



DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
N° 1
OCTUBRE DE 2012

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

EDITOR DE PUBLICACIONES, FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
Hugo Fábrega Vega

DIRECTOR
Dr. Julio Alvear Téllez

SECRETARIO DE REDACCIÓN
Sergio Verdugo Ramírez

CONSEJO CIENTÍFICO
Derecho Público Iberoamericano
es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos presentados son sometidos al proceso de arbitraje ciego.

Prof. Pablo Rodríguez Grez
Universidad del Desarrollo
(Chile)

4

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université Paris II Panthéon (Francia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Manuel Nuñez Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Prof. Dr. Ignacio Covarrubias
Universidad del Desarrollo
(Chile)

EDITOR
Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones de la Universidad del Desarrollo
Avenida Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Santiago de Chile
Teléfono: (56 2) 327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
AÑO I • Nº 1 • OCTUBRE DE 2012
ISSN

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Eduardo Soto Kloss

Litigación judicial frente a la Administración del Estado: un recuento histórico

13

Cristian Román

Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio
(= responsabilidad objetivada)

25

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Diego Pardow

La experiencia chilena. Disuadiendo ilícitos corporativos

55

Juan Andrés González

Breve análisis sobre la evolución jurídico constitucional
del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en Chile.

85

István Szászdi

El inicio de la lucha por los derechos de los indígenas del Nuevo Mundo.
Una reinterpretación política

125

Juan Fernando Segovia

Personalismo, sexualismo y disolución en la posmodernidad.

Una crítica a la concepción liberal de los derechos

157

5

ENSAYOS

ENSAYOS SOBRE NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA

Javier Couso

Acerca de la pertinencia de la nueva ley de no discriminación
para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile
193

Álvaro Ferrer, Carmen Domínguez, Alejandro Romero, Reynaldo Bustamante
Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*:
razones para afirmar la nulidad del proceso y la sentencia
201

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Nicolás Romero

La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia
243

Rodrigo Céspedes

A propósito del derecho a la educación:
Comentario a la sentencia Laurie Sáez con colegio San José Ltda.
265

Alejandro Leiva

Sobre la inconstitucionalidad de la figura de la “mediación” obligatoria
273

Nicolás Enteiche

De la potestad constitucional discrecional del Presidente de la República
283

RECENSIONES

Ignacio Covarrubias

Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, de Gabriel Mora
291

Sergio Verdugo

Living Originalism (Originalismo vivo), de Jack M. Balkin
299

Hugo Fábrega Vega

Obediencia y desobediencia civil, de Andrés Cruz Carrasco
305

SIGLAS Y ABREVIATURAS

305

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

315

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano sale a la luz como una publicación del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

Nuestra revista se propone analizar el Derecho Público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea se busca vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el Derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del Derecho Público desde las diversas aproximaciones científicas: Dogmática Constitucional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Teoría Constitucional, Filosofía Jurídica y Política, Sociología Jurídica, Historia del Derecho y otras disciplinas concurrentes. Los trabajos a publicar son sometidos a un proceso de arbitraje ciego, para lo cual cuenta con la asistencia de un prestigioso consejo científico y de un cuerpo de revisores.

En esta edición novel se publican trabajos de nota. La sección “Estudios” aborda dos géneros de materias: la administración del Estado y los derechos fundamentales. En la primera, se hace un recuento histórico de la defensa en Chile de los derechos de las personas. Asimismo, se formula la tesis de la responsabilidad “objetivada” del ente administrador. Ambos trabajos intentan resaltar, cada uno a su modo, la importancia práctica del principio anejo a la cultura hispanoamericana de que el Estado está sujeto al Derecho.

En el ámbito de los derechos fundamentales y desde diversas sensibilidades se exploran algunas cuestiones muy debatidas en el último tiempo sobre los ilícitos corporativos, el derecho a la educación, los derechos de los indígenas y la concepción liberal de los derechos. Los dos primeros temas son analizados a la luz de las carencias que en Chile parece denotar la actual institucionalidad jurídica. Por su parte, los derechos de los indígenas en Hispanoamérica son reexaminados científicamente desde el prisma de sus orígenes históricos.

El artículo dedicado a la concepción liberal de los derechos somete a crítica su vertiente personalista, de amplia influencia en países europeos de cultura latina. La discusión, según entendemos, se plantea por primera vez en nuestro país.

La sección “Ensayos” presenta dos visiones opuestas en torno al concepto jurídico de no discriminación arbitraria y sus implicaciones prácticas, a partir de la publicación de la ley N° 20.609 y de la sentencia de la CIDH en el caso Atala.

En la sección “Comentarios de Jurisprudencia” se incluye un análisis de las sentencias del TC colombiano en torno a la doctrina del “estado de cosas inconstitucional”. Asimismo, desde diversos enfoques, se estudian dos sentencias del TC chileno: una relacionada con la potestad constitucional discrecional del Presidente de la República y otra relativa a la figura de la “mediación” obligatoria. Finalmente, se expone un caso ejemplar sobre derecho a la educación (recurso de protección).

En la sección “Recensiones” se comentan tres libros de referencia sobre aspectos problemáticos varios del Derecho Público contemporáneo.

Con la difusión de los trabajos precedentes esperamos enriquecer las investigaciones sobre el Derecho Público, en especial el chileno y el iberoamericano, que hoy más que nunca requieren de una aproximación no sujeta a los lugares comunes, cuidando siempre la metodología científica.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director
Derecho Público Iberoamericano

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 1 | 2012

Estudios sobre administración del Estado

LITIGACIÓN JUDICIAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO: UN RECUENTO HISTÓRICO

JUDICIAL LITIGATION AGAINST THE ADMINISTRATION OF THE STATE: AN HISTORICAL ACCOUNT

*Eduardo Soto Kloss**

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo analizar en un breve recuento histórico la defensa en Chile de los derechos de las personas frente a la actividad de la Administración del Estado.

Palabras claves: litigación judicial, defensa de los derechos de las personas, Administración del Estado.

13

Abstract

This article aims to analyze a brief historical account of defence in Chile of people's rights against the activity of the administration of the State.

Key Words: judicial litigation, defense of the rights of the people, management of the State.

Introducción

En un tiempo en que el positivismo campea, por desgracia, mayoritariamente en la enseñanza del Derecho¹ y en que la juventud pareciera poco

* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon-Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: avenida Ejército 146, Santiago, Chile. Artículo recibido el 23 de mayo de 2012 y aceptado para su publicación el 25 de julio de 2012. Correo electrónico: sotokloss@ust.cl

¹ Que en esta perspectiva resulta mucho más fácil enseñarlo, por cuanto se reduce al texto normativo, su sentido y alcance.

propensa (para no decir “alérgica”) al estudio de la historia², aparece necesario –si no indispensable– mostrar en un recuento histórico, breve, lo que ha sido en Chile la “litigación pública”, es decir, la defensa de los derechos de las personas frente a la actividad de la Administración del Estado.

Se advertirá, desde el inicio, que no ha sido fácil esa defensa y ha habido tiempo en que ha sido verdaderamente trágica, si se recuerda el período 1968-1973, y también no poco decepcionante en estos últimos años 2003-2010.

Un vistazo general

Es un hecho sobre el cual no cabe discusión el que “hay derecho en donde hay acción”, así como cuando se proclaman derechos, sea en una constitución o en una ley, y no se confieren, o reconocen por los jueces, acciones para hacerlos efectivos, nos encontramos simplemente ante una “farsa” y un escarnio a la justicia.

14 Esto que fue tan normal entre los romanos, lo ha sido también en los ordenamientos más romanizados de Europa, como han sido los derechos del *Common Law* inglés y el castellano a través de las famosas *Siete Partidas*, de Alfonso el Sabio (1264), en las cuales una *Partida* completa está destinada a lo procesal (como es su *Partida Tercera*). Y de Castilla y su derecho lo hemos recibido nosotros, la América Hispana, a través del llamado Derecho Indiano, y luego en sus bases y principios en el Derecho de la república.

De esas bases –que serán recogidas en la Constitución de 1823, cuyo título XII, “Del Poder Judicial”, y sus títulos XIII a XVI estarán vigentes hasta 1875, en virtud de la disposición tercera transitoria de la Constitución³– resultan ciertos principios muy claros en este aspecto:

- a) El Poder Judicial protege los derechos individuales (art. 116);
- b) Nadie puede ser juzgado por “comisiones especiales” sino por los tribunales establecidos por la ley (art. 136);
- c) Los funcionarios judiciales deberán servir gratuitamente a quienes reclaman su intervención ante el atropello o violencia de las autoridades a sus derechos (art. 138);

² Sin la cual el Derecho se transforma en una mera tecnología al uso del poder de turno, el cual frecuentemente ahora, por desgracia, lo utiliza en sus afanes de reingeniería social como un medio o instrumento de dominación del Estado sobre la sociedad.

³ “Interín no se dicte la lei de organización de tribunales i juzgados, subsistirá el actual orden de Administración de justicia”.

d) Proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales es atribución del Poder Judicial (art. 146 N° 1).

La ley de 13 de octubre de 1875, sobre organización y funcionamiento de los tribunales de justicia, en su artículo 5° establecía:

“A los tribunales que establece la presente lei estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellas intervengan”,

y excluía las causas militares, de cuentas (fiscales y municipales), contratos de la Administración⁴, de imprenta, y las llamadas acusaciones constitucionales de autoridades gubernativas⁵.

A comienzos del siglo XX podía decirse que los tribunales de justicia tenían, en general, plena competencia para conocer de las reclamaciones en contra de los actos de la Administración, sin perjuicio que ya desde la última década del siglo XIX la Dirección del Tesoro, que luego se transformará en Consejo de Defensa Fiscal⁶, pretendía que los tribunales ordinarios de justicia carecían de competencia para ello, puesto que lo que llamaba “contencioso administrativo” –imitando el régimen francés– debía ser conocido por tribunales especiales, es decir, “administrativos”, lo que provocará las encendidas críticas del fiscal de la Corte Suprema, don Ambrosio Montt, en varias de sus célebres “Vistas”⁷.

Quien sabe si por esa curiosa campaña fiscalista la Constitución de 1925 –reforma de la 1833– contendrá el “fatídico” artículo 87, fatídico no por su contenido, sino por la interpretación que de él se hizo por la Corte Suprema y la incipiente doctrina administrativa de la época. Sabido es que tal interpretación significó en el período 1925-1973 (casi cincuenta

⁴ El artículo 104 de la Constitución de 1833 otorgaba competencia al Consejo de Estado para conocer de las contiendas que se suscitaren con ocasión de contratos o negociaciones celebrados por el gobierno o sus agentes, si bien luego la ley de 24 de octubre de 1874 suprimirá dicha competencia, quedando ello entregado a los tribunales ordinarios de justicia, véase Ricardo ANGUITA, *Leyes promulgadas en Chile, desde 1810 hasta el 1° de junio de 1912*, vol. 2, pp. 349-351. La referencia en p. 351, col. 1 *in fine*.

⁵ Que conferidas a la Cámara de Diputados y al Senado no constituyen propiamente ejercicio de atribuciones jurisdiccionales.

⁶ Creado por decreto de 21 de diciembre de 1895.

⁷ Véase Ambrosio MONTT, *Dictámenes del Fiscal de la Corte Suprema de Justicia*, Santiago, vol. 2, casos: Isla Santa Inés-río Imperial, de 1 de junio de 1894, pp. 162-167, en especial pp. 166-168; antes Cádiz de 9 de julio de 1889, pp. 215-231 y Allendes-Carrasco, de 16 de abril de 1889, pp. 261-275, en especial pp. 266-267.

años) una verdadera “inmunidad” que la judicatura regalara a la Administración, declarándose incompetente para conocer de las reclamaciones/nulidad en contra de los actos de la Administración, ya que según esa interpretación la competencia de ello la habría radicado la Constitución en los “tribunales administrativos” que ella preveía que se crearan a través de la intervención del legislador, lo que jamás ocurrió⁸.

Cierto es que para paliar esa verdadera “denegación de justicia” e “inmunidad jurisdiccional”, el legislador fue creando de modo sectorial “acciones (legales) de nulidad” de actos administrativos de determinadas autoridades y con un procedimiento especial, usualmente en única instancia, breve y sumario y algunas veces hasta con la fórmula –del todo inconstitucional– de no proceder recurso alguno en contra de la sentencia que en él recayera y que yo llamara “la fórmula fatídica”⁹.

16 Cabe mencionar aquí que cinco proyectos de ley de creación de tribunales administrativos se presentaron entre 1928 y 1952 sin que tuvieran resultado legislativo alguno, pues era evidente que a ningún gobierno le interesaba estar sujeto en su actividad al control de los tribunales de justicia. No obstante ello, por aquella época (1945-1958) fueron creándose unos llamados “tribunales administrativos” –engendros propiamente inconstitucionales– que, formados por funcionarios administrativos y por algún miembro de los tribunales de justicia (hasta de la Corte Suprema), conocían de las reclamaciones de los particulares afectados en algunas escasas determinadas materias de algún sector de la Administración del Estado¹⁰.

La época 1968 (reforma agraria)-1973 significó una toma de conciencia muy intensa en la ciudadanía y también en la Corte Suprema, en cuanto debía cambiar esa situación de denegación de justicia frente

⁸ Véase Eduardo SOTO KLOSS, “La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia”, pp. 349-359. Ahora en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, pp. 695-702; también Eduardo SOTO KLOSS, “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia (comentario a “Undurraga Fonck-Undurraga Riesco c/Cora”/1976-1977”, pp. 232-250.

⁹ Véase Eduardo SOTO KLOSS, “La fórmula ‘y en su contra no procederá recurso alguno’ y el Estado de derecho (notas sobre la tutela jurisdiccional de los administrados)”, en *Gaceta Jurídica*, pp. 2-14. También en SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo... op. cit.*, pp. 591-604.

¹⁰ Los referidos proyectos fueron los del ministro Osvaldo Koch/1927, bajo la presidencia Carlos Ibáñez del Campo; del senador Raúl Juliet/1945; del diputado Gustavo Lorca Rojas/1968; del senador Pedro Fonca Aedo/1969 y del ministro Arturo Zúñiga Latorre/1958, presidencia Carlos Ibáñez del Campo (el más completo).

Respecto de esos seudotribunales los hubo *v.gr.* en materias de comercio interno, de calificación cinematográfica, de avalúos, del petróleo, aduaneros, agrarios, etcétera.

a la arbitrariedad de la Administración. Y así fue que ante el verdadero “desprecio de la justicia” (*contemptus curiae/contempt of court*) de que hacía gala el gobierno de la tristemente célebre Unidad Popular, de clara inspiración marxista-leninista, la Corte Suprema a través de su presidente, Enrique Urrutia Manzano, en la inauguración del año judicial 1973 (marzo) declaró de forma expresa que los tribunales ordinarios de justicia eran competentes para conocer de la nulidad de los actos de la Administración, dejando atrás décadas de indefensión ciudadana y que a 1973 se hacía ya insostenible¹¹.

Dada la trágica experiencia de “la quiebra del Estado de Derecho”, reconocida por la propia Corte Suprema en su declaración del 23 de junio de 1973, la Comisión nombrada por la Junta de Gobierno para estudiar una nueva Constitución, el 25 de octubre de 1973¹² elaboró un documento, de fecha 16 de noviembre de 1973, en que planteaba las “Metas u objetivos fundamentales” para realizar dicha tarea. En ellas aparece en lugar muy importante para asegurar los derechos de las personas, un mecanismo procesal/acción “para la adecuada protección” de ellos. Y el 8 de noviembre de 1974 esta Comisión informaba sobre su actividad al presidente Augusto Pinochet, indicando en uno de sus párrafos que “se ampliaría” el llamado recurso de amparo/*habeas corpus* a todos aquellos casos en que estén o puedan estar amenazados, restringidos o coartados los derechos fundamentales “por actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o particulares”. Antes de dos años, se dictará el Acta Constitucional N° 3 (13 de septiembre de 1973), cuyo artículo 2° estableció lo que se llamará luego “recurso de protección”, y que no es sino una “acción de amparo” de los derechos que la Constitución reconoce a las personas y ante la cual los tribunales (superiores en este caso) ejercen sus potestades jurisdiccionales “conservadoras”, es decir, de “protección de los derechos de las personas”¹³.

Conocido es que esta acción de amparo, por sus características propias del “amparo” (ágil, pronto y eficaz), se transformará en “la” acción para proteger los derechos de las personas frente a la ilegalidad, arbitrariedad o ambas de los organismos de la Administración del Estado.

17

¹¹ Véase *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 70, N°s 7 y 8, Santiago, 1973, pp. 248-250; el discurso completo en *Diario Oficial* de 14 de marzo de 1973; sobre la quiebra del Estado de Derecho bajo el gobierno de Salvador Allende, véase oficio de la Corte Suprema al Presidente de la República de fecha 2 de mayo de 1973 en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 70, N°s 7 y 8, Santiago, 1973, pp. 226-240 (una verdadera “catilinaria”).

¹² Decreto N° 1.064, de 25 de octubre de 1973, *Diario Oficial* de 12 de noviembre de 1973.

¹³ Véase Eduardo SOTO KLOSS, *Actas constitucionales. Antecedentes y textos*.

De allí que yo sostuviera ya en noviembre de 1976 que, existiendo esta acción, la creación de los llamados “tribunales administrativos” resultaba innecesaria, ya que por esta vía de amparo la solución de los conflictos en este campo era rápida, más informal, más equitativa y, sobre todo, más eficiente, que los tribunales de fuero especial, con procedimientos especiales de lato conocimiento y toda una organización judicial burocrática, en circunstancias de que la acción de protección será conocida por las cortes de apelaciones y la Corte Suprema, todas ya existentes y en pleno funcionamiento, y a través de un procedimiento (auto acordado de la Corte Suprema), inquisitivo e informal, breve y eficaz en sus resultados de justicia concreta.

De allí el notable éxito que tuvo en general este mecanismo de defensa ante la antijuridicidad del actuar u omitir de organismos de la Administración del Estado¹⁴.

18 Como lo bueno no suele durar mucho, la Corte de Apelaciones de Santiago, por motivos que no son del caso tratar aquí, hacia 1998 se vio con tal cantidad de trabajo (no así las de regiones) que la Corte Suprema no encontró nada mejor para paliar ese atochamiento que crear un “trámite de admisibilidad”, conocido por la Corte de Apelaciones en cuenta y con un estudio “somero”, esto es, superficial, del libelo proteccional que se presentaba, pudiendo declararlo inadmisibile, o sea, impidiendo al recurrente el “acceso mismo a la justicia” y su anexo, el derecho fundamental al “juez natural” (art. 19 N° 3 de la CP). Si bien ello fue modificado en 2007, pero manteniéndose dicho trámite, con ello se restringió notoriamente, y en especial, la reclamación ante los actos u omisiones antijurídicos de la Administración, en una nueva manera de “denegación de justicia”¹⁵. Dada esta situación, es que irá adquiriendo importancia otro mecanismo de defensa de los derechos de las personas, que había sido un tanto olvidado; aparecería una nueva vedette, la “nulidad de derecho público” (art. 7° inciso 3° de la CP).

Como pareciera que algunos organismos de la Administración del Estado quisieran por todos los medios impedir el ejercicio de los derechos de las personas y que se practique la justicia, surgiría la pretensión

¹⁴ Véase Eduardo SOTO KLOSS, *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*; también Eduardo SOTO KLOSS, “Estado de hecho o Estado de derecho. La protección de los derechos de las personas en la Constitución y en la práctica”, pp. 575-585; Eduardo SOTO KLOSS, “El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre”, pp. 605-618 y Eduardo SOTO KLOSS, “La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (25 años de jurisprudencia 1977-2002)”, pp. 625-639.

¹⁵ Véase Eduardo SOTO KLOSS, “El derecho fundamental de acceso a la justicia. A propósito de requisitos de admisibilidad”, pp. 273-278. Ahora en SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo... op. cit.*, pp. 541-553.

de aplicar a la referida acción de nulidad de origen constitucional las normas civiles de la prescripción extintiva de las acciones. Por fortuna, la Corte Suprema se decidió por rechazar dicha prescripción y declararla “imprescriptible”, si bien nuevamente restringida ahora último¹⁶.

Debe señalarse que aparecerá también a mediados de la década de 1990 otro mecanismo procesal de defensa de los derechos de las personas, como ha sido la “acción declarativa de mera certeza”, de origen jurisprudencial, la cual, aunque no muy conocida ni practicada por los abogados, presenta gran utilidad frente al actuar antijurídico de la Administración del Estado¹⁷.

No puede olvidarse en este recuento el llamado “amparo económico” (ley N° 18.971, artículo único), medio procesal de salvaguarda de la iniciativa privada en la actividad económica frente a la pretendida intervención ilegal de la Administración del Estado en la actividad “empresarial”, la cual sólo por excepción está permitida en la Constitución previa ley de quórum calificado, especial y específica que determine de forma expresa su objetivo, estructura y fines. Ciertamente es que su historia jurisprudencial ha sido bien movida y variable e, incluso, el juez supremo ha pretendido –“legislando al efecto”– transformarla de “acción de amparo”, que es en una acción “meramente declarativa”, lo que constituye una “farsa”, puesto que su finalidad de garantía de la primacía de la actividad privada en esa materia y salvaguarda del principio de subsidiariedad dispuesto por la propia Constitución (artículos 1° inciso 3°, 19 N° 21 inc. 2°, y 23), deviene así inexistente; por suerte ello ha sido dejado de lado a partir de marzo de 2009¹⁸.

19

¹⁶ Véase Eduardo SOTO KLOSS, “La nulidad de derecho público en el derecho administrativo chileno”, pp. 443-483, con abundante jurisprudencia suprema constante; de interés también, Gabriel BOCKSANG, “De la nulidad de derecho público como inexistencia”, pp. 91-116 y Gabriel BOCKSANG, “De la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público”, pp. 87-104.

Recientemente y alterando toda esa abundante jurisprudencia (hay más de cincuenta fallos en el mismo sentido) la Corte Suprema ha dicho que teniendo la nulidad de derecho público un contenido patrimonial debe regirse por el *Código Civil* aplicándose las normas de la prescripción extintiva (art. 2332): véase *Le Roy Barria c/Eskal S.A.*, Corte Suprema 27 de enero de 2009, rol 3237-2007, bajo la influencia de un magistrado supremo, venido del exterior y durante más de treinta años abogado y jerarca de la defensa fiscal.

¹⁷ Véase Eduardo SOTO KLOSS, “La acción declarativa de mera certeza”, pp. 685-693; a los casos allí citados pueden agregarse *BancoEstado*, y también *Empresa de Ferrocarriles del Estado*.

¹⁸ Véase Eduardo SOTO KLOSS, “Amparo económico y rol subsidiario del Estado”, pp. 105-114; también “Comentario a *Asimet A.G. c/ Codelco Chile/1993*”. Especialmente, Enrique NAVARRO BELTRÁN, “El recurso de amparo económico, 15 años de jurisprudencia”, pp. 19-42; C.A.S.G, *Recurso de amparo económico*, pp. 41-46, y Humberto NOGUEIRA

Tampoco puede dejar de mencionarse el muy frecuente medio procesal para impugnar los actos u omisiones de la actividad municipal, llamado “reclamo de ilegalidad” (ley N° 18.695, art. 142), el cual a pesar de su muy frecuente uso en tribunales no ha merecido el estudio de la doctrina.

Del mismo modo ha de mencionarse el muy utilizado medio procesal de la “inaplicabilidad” de preceptos legales ante el TC, que permite en una gestión pendiente ante un tribunal ordinario (¿y por qué no, incluso, especial?) impugnar un precepto legal que contiene, por ejemplo, medidas sancionadoras, o de otro tipo, como el *solve et repete*, que ha aplicado a un afectado la Administración, en un determinado procedimiento administrativo¹⁹.

Por último –para no alargar esta exposición, que es sólo una apretada síntesis–, resulta decepcionante el giro que ha tenido la “acción constitucional de responsabilidad del Estado” por los daños producidos por los organismos de su Administración (art. 38 inciso 2°), tanto en su actuar como en su omitir, es decir, por su actividad como por su inactividad. Ello a partir especialmente desde 2002, caso Domic Bezic²⁰, pero sobre todo desde 2009 hasta 2011, en que la Corte Suprema (tercera sala) pretende, por una parte, en algunos casos, que la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados por su Administración carece de fundamento constitucional (sic) y, por otra, que el régimen jurídico aplicable sería el de la “falta de servicio”, entendida como “culpa” –a la francesa– y no como “omisión”, como dice el propio texto que contiene dicha expresión, el art. 44/42 de la ley N° 18.575 de 1986 y la propia ley N° 18.695, orgánica de municipalidades, art. 142, régimen que, por lo demás, no se aplica en todos los sectores²¹. Pero aun mayor decepción provoca el hecho de que

20

ALCALÁ, “Análisis crítico sobre línea jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema sobre el recurso de amparo económico”.

¹⁹ Véase Eduardo SOTO KLOSS, “La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el ‘solve et repete’ y el Estado de Derecho”, pp. 97-117. También Eduardo SOTO KLOSS, “Comentarios a fallos del Tribunal Constitucional, rol 536/30 de agosto de 2006”, pp. 195-203; Eduardo SOTO KLOSS, “rol 1518/21 de octubre de 2010, El solve et repete en el artículo 169 del Código Sanitario”, pp. 224-233 y Eduardo SOTO KLOSS, “Rol 1580/27 de enero de 2011, El Tribunal Constitucional y la lucha contra resabios absolutistas”, pp. 246-254. Reciente, Sebastian LEWIS, “El solve et repete. Estudio de una regla que debe ser derogada”, pp. 467-502 y Sebastian LEWIS, “El solve et repete y el Tribunal Constitucional de Chile”, pp. 151-168.

²⁰ En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 99, Santiago, 2002, 2.5, pp. 126-152 y mi comentario en pp. 152-154.

²¹ Sobre el régimen chileno de la responsabilidad del Estado/Administración –que tiene su origen y fundamento expreso en la propia Constitución (arts. 6° inc. 3°, 7° inc. 3° y 38 inc. 2°)– véase SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 737-744; sobre la denominada “falta de servicio”, *op. cit.*, pp. 745-756; una síntesis en nuestro comentario a Parada Toloza y otros c/Servicio de Salud de Concepción, en *op. cit.*, pp. 829-842.

últimamente la Tercera Sala de la Corte Suprema se ha embarcado en la idea de que esta responsabilidad del Estado está regida por el *Código Civil* (art. 2314, disposición que contendría en sí la idea de “falta de servicio”...), incluso si se trata de daños producidos en la conscripción militar por agentes de las Fuerzas Armadas, instituciones estatales por antonomasia y regidas por el Derecho Público²². Ello es una muestra más de un planteamiento que desconoce la Constitución, la interpreta a su guisa y puede llegar hasta despreciar los derechos de las víctimas de actos, hechos u omisiones de la Administración del Estado, menospreciando lo que es el Derecho Público chileno, dejándose llevar, una vez más, por “injertos extranjerizantes”, que de modo usual pervierten el ordenamiento con mecanismos que contrariando la propia Constitución de la república terminan avasallando los derechos de las personas.

La lucha por la vigencia de la justicia ha sido siempre una tarea ardua, difícil y agotadora. Pero para eso estamos los abogados y juristas, en especial quienes como nosotros creemos que el Derecho es el medio más perfeccionado que los hombres han ideado para vivir en paz, pero siempre que lo entendamos como “lo justo”, “lo debido a otro”, como “justicia” (*ius sive justum, ipsa res iusta*), y no como instrumento de dominación de unos (quienes ejercen el poder estatal) sobre otros (la ciudadanía), para sojuzgarlos y someterlos, incluso, bajo ideologías perversas probadamente fracasadas.

21

Bibliografía

- ANGUITA, Ricardo, *Leyes promulgadas en Chile, desde 1810 hasta el 1° de junio de 1912*, Santiago, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1912, 3 vols.
- BOCKSANG, Gabriel, “De la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público”, en *Ius Publicum*, N° 14, Santiago, 2005.

²² Véase Seguel Cares c/Fisco, Corte Suprema, 3ª Sala, 30 de julio de 2009, rol 371-08 y José Miguel VALDIVIA, y Cristián ROMÁN CORDERO, “Comentarios críticos”; Hernán CORRAL TALCIANI, “Comentarios críticos” y Fabián HUEPE ARTIGAS, “Comentarios críticos”, pp. 121-149. Y ahora Fernández Rodríguez y otros c/Fisco, Corte Suprema, 3ª Sala, 24 de marzo de 2011, rol 1760-09 y Delorenzo Galilea y otro c/Fisco (Corte Suprema, 3ª Sala, 26 de octubre de 2011, rol 8400-2009, en *Diario Constitucional* 61, de 31 de octubre de 2011, véase mi comentario a estos fallos en *Ius Publicum*, N° 28, Santiago, 2012, pp. 103-120. Sobre la improcedencia de aplicar el *Código Civil*, que rige las relaciones entre privados y bajo los principios de la justicia conmutativa, al Estado, cuya misión es promover el bien común, o sea, de distribuir o repartir dicho bien, bajo los principios de la justicia distributiva (Derecho Público y especialmente Administrativo), véase Eduardo SOTO KLOSS, “Adversus haereses”, pp. 3-10.

- BOCKSANG, Gabriel, “De la nulidad de derecho público como inexistencia”, en *Ius Publicum*, N° 16, Santiago, 2006.
- C.A.S.G, Recurso de amparo económico”, en *Gaceta Jurídica*, N° 309, Santiago, 2006.
- “Comentario a Asimet A.G. c/ Codelco Chile/1993”, en *Informe Constitucional*, N° 572, de 17 de junio de 1993.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “Comentarios críticos”, en *Microiuris*, D 374.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián, “Comentarios críticos”, en *Ius Publicum* N° 28, Santiago, 2012.
- LEWIS, Sebastian, “El solve et repete. Estudio de una regla que debe ser derogada”, en Jaime ARANCIBIA, José Ignacio MARTÍNEZ y Alejandro ROMERO (coords.), *Litigación pública*, Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2011.
- LEWIS, Sebastián, “El solve et repete y el Tribunal Constitucional de Chile”, en *Ius Publicum*, N° 28, Santiago, 2012.
- MONTT Ambrosio, *Dictámenes del Fiscal de la Corte Suprema de Justicia*, Santiago, Imprenta Nacional, 1894/95, 2 vols.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “El recurso de amparo económico, 15 años de jurisprudencia”, en *Revista de Derecho*, vol. 9, Santiago, 2005.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Análisis crítico sobre línea jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema sobre el recurso de amparo económico”, en *Microiuris*, D 406, Santiago, 22 de julio de 2010.
- 22 SOTO KLOSS, Eduardo, *Actas constitucionales. Antecedentes y textos*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977.
- SOTO KLOSS, Eduardo “Adversus haereses”, en Jaime ARANCIBIA, José Ignacio MARTÍNEZ y Alejandro ROMERO (coords.), *Litigación pública*, Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2011.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Amparo económico y rol subsidiario del Estado”, en *Temas de Derecho*, vol. 8, N° 1, Santiago, 1993.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Comentarios a fallos del Tribunal Constitucional, rol 536/30 de agosto de 2006”, en *Ius Publicum*, N° 17, Santiago, 2006.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 2ª ed., Santiago, LegalPublishing-Abeledo Perrot, 2010.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “El derecho fundamental de acceso a la justicia. A propósito de requisitos de admisibilidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, Santiago, 1998.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “El recurso de protección, institución esencial de una sociedad libre”, en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 2ª ed., Santiago, LegalPublishing-Abeledo Perrot, 2010.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección. Origen, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Estado de hecho o Estado de derecho. La protección de los derechos de las personas en la Constitución y en la práctica”, en Eduardo

- SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 2ª ed., Santiago, LegalPublishing-Abeledo Perrot, 2010.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La acción declarativa de mera certeza”, en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 2ª ed., Santiago, LegalPublishing-Abeledo Perrot, 2010.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, N°s 3/4, Santiago, 1974.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La fórmula ‘y en su contra no procederá recurso alguno’ y el Estado de derecho (notas sobre la tutela jurisdiccional de los administrados)”, en *Gaceta Jurídica*, N° 27, Santiago, 1979.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La impugnación de sanciones administrativas y el derecho fundamental de acceso a la justicia: el ‘solve et repete’ y el Estado de Derecho”, en AA.VV., *Sanciones administrativas y derechos fundamentales, regulación y nuevo intervencionismo*, Conferencias, Santiago, Universidad Santo Tomás, 2006.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La nulidad de derecho público en el derecho administrativo chileno”, en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 2ª ed., Santiago, LegalPublishing-Abeledo Perrot, 2010.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (25 años de jurisprudencia 1977-2002)”, en Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 2ª ed., Santiago, LegalPublishing-Abeledo Perrot, 2010.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia (comentario a “Undurraga Fonck-Undurraga Riesco c/Cora/1976-1977””, en *Revista de Derecho Público*, N°s 21/22, Santiago, 1977.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Rol 1518/21 de octubre de 2010, El solve et repete en el artículo 169 del Código Sanitario”, en *Ius Publicum*, N° 26, Santiago, 2011.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Rol 1580/27 de enero de 2011, El Tribunal Constitucional y la lucha contra resabios absolutistas”, en *Ius Publicum*, N° 27, Santiago, 2011.
- VALDIVIA, José Miguel y Cristián ROMÁN CORDERO “Comentarios críticos”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 71, Santiago, 2009.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DE LA ADMINISTRACIÓN
POR FALTA DE SERVICIO
(= RESPONSABILIDAD OBJETIVADA)

RESPONSIBILITY FOR LACK OF SERVICE
(STRICT LIABILITY)

*Cristian Román Cordero**

Resumen

En el presente artículo se postula que el sistema de la responsabilidad del Estado, aunque en general se basa en la falta de servicio, no es de carácter subjetivo sino que es objetivado u objetivo. Lo anterior se debe a que el factor de atribución se presume de la infracción de los deberes propios de la Administración o, bien, del daño experimentado por el administrado.

Palabras claves: Administración del Estado, responsabilidad objetivada.

25

Abstract

This article postulates that the system of the liability of the State, although generally based on lack of service, is not subjective but strict. This is due to the factor of attribution is presumed from violation of the duties of the Administration, or the damage experienced by the citizen.

Keywords: State' Administration, strict liability

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Público por la Universidad de Chile. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago, Chile. Artículo recibido el 18 de julio de 2012 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2012. Correo electrónico: croman@derecho.uchile.cl
El autor, desde ya, agradece cualquier comentario a su correo.

Presentación

Hasta no hace mucho tiempo, la doctrina discutía en torno al carácter subjetivo u objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración en Chile, discusión que estaba centrada en la inclusión o exclusión de la falta de servicio como factor de atribución (único o general) de dicho sistema de responsabilidad. Así, la teoría subjetiva la reconocía¹; mientras que la objetiva la negaba².

Hoy podemos señalar que dicha discusión ya se encuentra en cierto modo zanjada, puesto que no sólo la jurisprudencia sino que, además, la doctrina han reconocido que dicha responsabilidad exige la ocurrencia de la falta de servicio como factor de atribución, al menos en la generalidad de los casos. Ahora bien, a partir de esto algunos autores no sólo la califican de subjetiva, porque reconoce –por regla general– como presupuesto a dicho factor de atribución, sino, también, porque le otorgan a la falta de servicio un carácter análogo a como históricamente se entendía a la culpa en la responsabilidad civil extracontractual, vale decir, como un *factor de imputación* evocador de la idea de *pecado jurídico*³. Pues bien, sostenida por la defensa fiscal y acogida muchas veces por nuestros tribunales, dicha doctrina, en los hechos, ha convertido a la falta de servicio en un obstáculo insalvable, un *presupuesto diabólico*, para que dicha responsabilidad se comprometa o, si se quiere, para que el administrado lesionado sea reparado. Así las cosas, la responsabilidad patrimonial de la Administración

26

¹ Pedro PIERRY ARRAU, “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, p. 302.

² Hugo CALDERA DELGADO, *Sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile*, pp. 205-207; Gustavo FIAMMA OLIVARES, “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”, pp. 434-435; Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, pp. 309-310.

³ Así, reconociendo esta situación, el ministro Sergio Muñoz Gajardo, en su prevención en la sentencia rol N° 9140-2007 de la Corte Suprema, señala lo que sigue: “En definitiva en la falta de servicio objetiva no se abandona su conceptualización, pero se impone a la Administración que acredite que su obrar fue diligente. (/) La teoría de la falta de servicio subjetiva recurre a la noción de funcionamiento defectuoso del obrar de la Administración, único evento en que responde, pero en este caso corresponde al administrado que ha sido dañado probar el defecto en el obrar de la Administración tanto por acción como por omisión, sugiriendo diferentes conceptualizaciones al efecto. Se extrema esta concepción de la falta de servicio subjetiva, puesto que algunos exigen que solo se acredite un obrar defectuoso objetivamente constatable, sino que ha existido culpa en el obrar que ocasionó el daño. Extremando aún más las cosas se recurre a la noción de culpa de derecho privado, pero se agrega incluso el llamado a las normas de la legislación civil para regir la situación concreta, en especial el Código Civil, tanto en disposiciones sustanciales generales y particulares, como en el régimen que regula la prescripción”.

ha adquirido características distintas, si no opuestas, a aquéllas que singularizan al Derecho Administrativo chileno, toda vez que, en la práctica, se ha constituido en un mecanismo de defensa no de la persona respecto del Estado, como debiera ser, sino que del Estado respecto de la persona.

A mi juicio, y eso es lo que pretendo acreditar en este trabajo, si bien, por regla general, la responsabilidad patrimonial de la Administración se sujeta a la ocurrencia de la falta de servicio, no por ello dicho sistema debe ser entendido como *subjetivo* y menos aún en los términos antes referidos, sino que al contrario, como *objetivado* u *objetivo*⁴, ya que tal factor de atribución (conceptualizado como deficiente organización o funcionamiento de la Administración) y, a su vez, dicha responsabilidad se presume de la infracción por parte de la Administración de sus deberes (de cuidado o de actuación) o, bien, del daño experimentado por el administrado (o sea, sobre la base de la causalidad material), en los términos que se señalarán más adelante.

I. Primera parte

Singularidades de la responsabilidad patrimonial de la Administración en Chile

27

La falta de servicio, que es un instituto de origen claramente francés, y que ha sido incorporado al Derecho Administrativo chileno, desde hace más de treinta años⁵, ha ido adquiriendo las características propias que a éste singularizan. Parafraseando a un célebre autor, que la tildara de *injerito*

⁴ Acerca de si la falta de servicio es una responsabilidad objetiva o subjetiva existen muchas posiciones; ellas, en síntesis, son las que siguen: 1. Es objetiva, porque se funda exclusivamente en la causalidad material. 2. Es objetiva, pues prescinde de la culpa o dolo del agente, criterios estos últimos que singularizan un sistema de corte subjetivo. 3. Es subjetiva, pues para comprometerse –la responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio– requiere siempre de un reproche en la actuación de la Administración. 4. No es ni objetiva ni subjetiva: sería “objetivada”. No es subjetiva, pues no requiere culpa, ni tampoco sería objetiva, pues no requiere sólo de la causalidad material para comprometerse.

⁵ El decreto ley N° 1289, de 1976, que se encuentra derogado, en su artículo 62 consagró por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico a la falta de servicio como factor de atribución de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, sostuvo que la responsabilidad de las municipalidades procedía “principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos *no funcionan debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente*”. Como se advierte, si bien no se refiere a ella de forma expresa como *falta de servicio*, destaca su clásico contenido con arreglo a la definición tripartita sugerida por Raymond Odent.

*extranjerizante*⁶, puedo señalar que la falta de servicio al ser injertada en el Derecho Administrativo chileno, y en específico en la responsabilidad patrimonial de la Administración, de cuya savia se ha nutrido durante todo este tiempo, ha *mutado genéticamente* en el mismo sentido de éste, vale decir, en orden a resguardar y maximizar el *derecho a la indemnidad patrimonial del administrado*, configurándose así como un *injerto nacionalizado*, una *falta de servicio a la chilena*. De ahí que al estudiarla (determinar su alcance y operatividad en el Derecho chileno), tal como pretendo en este trabajo, pueda prescindir de la construcción doctrinaria y jurisprudencial que sobre ella se ha elaborado en el Derecho francés, y no parezca ya, *prima facie*, errado sostener que un régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en ella fundado, a la luz del Derecho chileno, sea “objetivado” u “objetivo”, tal como he señalado con anterioridad.

Bajo ese predicamento, a continuación analizaré las singulares características del Derecho Administrativo (y de la responsabilidad patrimonial de la Administración) en Chile que han coadyuvado a dicho fenómeno.

DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO

28

Conforme a una serie de normas positivas, la Constitución reconoce los derechos de las personas como límite del actuar de los órganos del Estado (art. 5° inciso 2°), lo que se encarga de detallar en su artículo 19. Tales disposiciones no son más que la punta visible de ese gran *iceberg* que es el principio de protección general de los derechos del administrado, que constituye un principio general de Derecho Público⁷ y uno de los *núcleos dogmáticos* sobre los cuales se erige nuestra disciplina⁸. De dicho principio se deriva el de la *indemnidad patrimonial*, conforme al cual el administrado no puede ser lesionado por el Estado en sus derechos, y si así lo fuera, debe ser indemnizado por aquél en forma íntegra y oportuna⁹.

Lo anterior queda en evidencia cuando se analiza la evolución histórica del respeto de las personas y de sus derechos¹⁰, así como también

⁶ SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁷ Cristian ROMÁN CORDERO, “La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el Derecho Público chileno”, p. 35.

⁸ Alejandro VERGARA BLANCO, *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”*, p. 13 y ss.

⁹ Al respecto véase Fernando JIMÉNEZ LARRAÍN, “Las indemnizaciones constitucionales”, p. 205 y ss.

¹⁰ Bernardino BRAVO LIRA, “Honor, vida y hacienda. Estado de derecho en el mundo hispánico (siglos XVI al XXI) contrastes con la rule of law inglés y régné de la loi ilustrado”, p. 23 y ss. Bernardino BRAVO LIRA, *El Estado de Derecho en la historia de Chile*, p. 123 y ss.; Bernardino BRAVO LIRA, *Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX*, p. 37 y ss.

del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en Chile, al menos antes de la inclusión legislativa de institutos foráneos. En efecto, durante ese período, desde el Derecho Indiano (1798)¹¹, la jurisprudencia había reconocido la sujeción del Estado, o de entidades análogas, al principio de responsabilidad patrimonial y, del mismo modo, que ésta se comprometía de forma objetiva y directa, sobre la base a la causalidad material o, bien, conforme a principios o reglas propios de Derecho Público (por ejemplo, desigual repartición de las cargas públicas)¹². Lamentablemente, desde 1938, por la importación, o mejor dicho contrabando, de los bien llamados *injertos extranjerizantes* (por ejemplo, la doctrina actos gestión/autoridad¹³, la falta de servicio –en su sentido clásico–, etc.)¹⁴, el principio de la indemnidad patrimonial del individuo perdió terreno, que hoy recupera en forma paulatina y de manera extraña bajo la forma de falta de servicio, aunque con una nueva lectura.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN CHILE

Por su parte, presenta, de igual forma, ciertos caracteres que le son propios, que influyen en la inteligencia de la falta de servicio. A saber¹⁵:

1. La responsabilidad patrimonial de la Administración es de Derecho Público

29

Con ello deseo expresar que dicho instituto está inspirado en restablecer el equilibrio (entre Administración y administrado / dañador y dañado) alterado en tanto el administrado ha experimentado un daño a consecuencia del actuar de la Administración, máxime cuando ésta lo ha ocasionado bajo el amparo de su posición exorbitante. Así las cosas, siendo el Derecho Público un Derecho entre desiguales, al igual que todas las ramas del

¹¹ Jaime ARANCIBIA MATTAR, “Responsabilidad de los gobernantes por daños y perjuicios causados a los gobernados en Chile indiano. Once casos de jurisprudencia (1552-1798)”, p. 53 y ss.; Jaime ARANCIBIA MATTAR, “La responsabilidad gubernativa en el Chile indiano. Los orígenes de nuestra tradición en la materia”; Eduardo SOTO KLOSS, “Responsabilidad del Estado, globalización, regulaciones y seguridad jurídica”, pp. 305-306.

¹² Cristian ROMÁN CORDERO, “Bernardino Bravo con Fisco de Chile”, p. 1021 y ss.; Eduardo SOTO KLOSS, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones”, p. 79 y ss.

¹³ Guillermo VARAS CONTRERAS, *Derecho Administrativo*, pp. 358-360.

¹⁴ Manuel JARA CRISTI, *Derecho Administrativo, Anotaciones de clases*; Enrique SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo chileno y Comparado*, t. I; Enrique SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo chileno y Comparado*, t. II; Patricio AYLWIN, *Manual de Derecho Administrativo*, p. 257 y ss.

¹⁵ Al respecto véase ROMÁN CORDERO, Cristian, “La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado”, p. 509 y ss.

Derecho en que aquello se evidencia, se inclina a favor de la parte débil, en este caso el administrado. Por tanto, la responsabilidad patrimonial de la Administración, en tanto responsabilidad de Derecho Público, está articulada en orden a facilitar, y en caso alguno a impedir, la reparación del daño que el administrado ha sufrido, que la Administración materialmente le ocasionó o, al menos, no evitó que se concretara, estando a ello obligada del punto de vista jurídico. Esta “inclinación”, según veremos más adelante, se evidencia en un profuso régimen de presunciones de los presupuestos que la hacen procedente¹⁶, en especial de la falta de servicio, que por su generalidad no tienen parangón en la responsabilidad civil extracontractual.

En razón de lo anterior, la zona de intersección entre la responsabilidad patrimonial de la Administración y la responsabilidad civil extracontractual es muy acotada, la que en caso alguno comprende al factor de atribución, ya que él, al ser el elemento medular de la primera, es propio y reservado al Derecho Público.

Sin embargo, no es posible desconocer que hay muchos aspectos de la responsabilidad patrimonial de la Administración no expresamente reglados. ¿Rige respecto de ellos en forma supletoria el *Código Civil*?¹⁷. La correcta solución de este problema exige distinguir cuál es el aspecto no reglado: factor de atribución u otras materias¹⁸.

30

¹⁶ En efecto, en esta materia hay una marcada tendencia a presumir el daño moral en la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha sostenido: “(que concede a) cada una de ellas (las actoras) la cantidad de 4.000.000, a título de daño moral, debe tenerse presente que aun cuando no se allegó prueba alguna a este respecto, resulta evidente y notorio, sin necesidad de demostración, que la muerte de (...), hermano de la primera y cónyuge de la segunda, tuvo que producirles, tal como ambas lo afirman, un menoscabo, deterioro o perturbación de sus facultades síquicas y espirituales”, *Gaceta Jurídica*, N° 67, Santiago, 1986, p. 60 y ss.) o, bien, (respecto de la desaparición de una persona por agentes del Estado): “no es admisible sostener que deba probarse por la víctima si la desaparición de un esposo y padre le produce un agravio moral o espiritual o acreditar su cuantía; a ello se opone la propia naturaleza humana, creatura única e indivisible cuya protección debe inspirar a todo ordenamiento jurídico”. *Gaceta Jurídica*, N° 274, Santiago, 2003, p. 110 y ss.

Y, asimismo, en orden a presumir la relación de causalidad, la jurisprudencia ha sostenido, por ejemplo (en un caso de apósitos dejados en el cuerpo de una persona luego de ser sometida a una operación quirúrgica en un hospital público): “Que tales hechos acreditados constituyen indicios suficientes que permiten presumir la existencia de la falta de servicio alegada así como la relación de causalidad existente entre ésta y el daño sufrido por el actor”. Corte Suprema, rol N° 9140-2009.

¹⁷ Véase Hernán CORRAL TALCIANI, “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿régimen constitucional o régimen civil?”; Alejandro VERGARA BLANCO, “Derecho Administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil”, pp. 272-273.

¹⁸ Cristian ROMÁN CORDERO, “El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como ‘Derecho Común’ (recensión)”, pp. 333-335; Cristian

a) Factor de atribución

Así, si el aspecto no reglado es el factor de atribución (el fundamento jurídico en cuya virtud la Administración carga con los costos de los daños sufridos por un particular), éste, que es el aspecto medular de la responsabilidad patrimonial de la Administración, debe ser integrado sólo y exclusivamente sobre la base de normas de Derecho Público. Por tanto, respecto a él no cabe aplicar de forma supletoria las normas pertinentes de la responsabilidad civil extracontractual.

b) Otras materias

En otras materias, por ejemplo, los otros presupuestos de la responsabilidad (daño, causalidad y actuación) y materias conexas (por ejemplo, prescripción, concausalidad, presunciones de falta, etc.), estimo que habrá que aplicar, primeramente, las normas de Derecho Público que las reglen, aun cuando tengan un carácter especial (*v.gr.*, el artículo 38 y siguientes de la LAUGE, en tanto regulan *in extenso* la responsabilidad patrimonial de los órganos de la Administración en “materia sanitaria”¹⁹, precisando muchos aspectos no reglados por el régimen general –art. 42 de la LOCBGAE–, por ejemplo, concepto de daño moral, falta personal, riesgos del desarrollo, etc.), y en su defecto, principios de Derecho Público y, en caso de que éstos no otorguen solución, las normas pertinentes de la responsabilidad civil extracontractual, pero, siempre, interpretándolas con arreglo al *principio de la indemnidad patrimonial del administrado*, en cuyo caso adoptará el carácter de *in dubio pro administrado*.

31

2. La responsabilidad patrimonial de la Administración
está estructurada sobre la base
del principio de la responsabilidad patrimonial del Estado

Con ello quiero destacar que la Administración, al igual que cualquier individuo del tráfico jurídico, puede ver comprometida su responsabilidad patrimonial en términos amplios, vale decir, que no tiene reconocido a priori ni total ni parcialmente (respecto de órganos o actividades) márgenes de irresponsabilidad²⁰. De ahí que el artículo 14 de la Ley sobre Firma

ROMÁN CORDERO, Lección 2: Responsabilidad patrimonial del Estado y responsabilidad civil extracontractual.

¹⁹ Cristian ROMÁN CORDERO, “HIV+: el deber de notificar al portador (y su infracción como hipótesis de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria)”, p. 14 y ss.

²⁰ Cristian ROMÁN CORDERO, “Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado”, pp. 783-784.

Electrónica, que declara la irresponsabilidad estatal en ciertas hipótesis, y el artículo 35 del DFL 900, de 1996, del MOP, Ley General de Concesiones, en la interpretación sugerida por la defensa fiscal en orden a que reconocería la irresponsabilidad general del Estado respecto de los daños sufridos por los usuarios de carreteras concesionadas²¹, producirían efectos abiertamente contrarios a la Constitución, cuyo control corresponde, en sede de inaplicabilidad, al TC.

Cabe precisar que cuando afirmo dicho principio, en caso alguno quiero decir que la Administración responda siempre y en todo caso, antes bien, entiendo que ese principio, en su ejecución práctica, debe subordinarse a una regla que precise la ley, en términos tales que disponga bajo la ocurrencia de qué presupuestos dicha responsabilidad se compromete. En el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, esa regla de procedencia, por lo general, es la falta de servicio, mas no la única, como tendremos oportunidad de ver más adelante.

3. La responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado es una responsabilidad constitucional-legal

32 Es una responsabilidad constitucional-legal, ya que a ambas les corresponde un papel en su diseño.

Primero, a la Constitución, pues en su artículo 38 inciso 2° pareciera establecer el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración en términos amplios, tal como señalara anteriormente (es decir, que ésta puede originarse a partir de cualquier actuación –material o jurídica, acción u omisión, irregular o ilícita–) y que sus presupuestos básicos son lesión (daño), actuación de la Administración y relación de causalidad.

Ahora bien, qué factor de atribución resulta aplicable y cuál es su alcance conceptual (así como el de los presupuestos antes referidos), y los aspectos conexos al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, son materias de regulación legal.

En aquellos casos en los que no resulta aplicable la falta de servicio, en conformidad a lo previsto en los artículos 42 de la LOCBGAE, 142 de la LOCM y 38 de la LAUGE, y no se ha previsto de manera expresa en sede legal otro factor de atribución, estimo que tiene aplicación la Constitución en forma directa, en específico los artículos 6° y 7°, incisos finales, entendiéndolo que precisan el factor de atribución *inactividad administrativa*

²¹ Cristian ROMÁN CORDERO, “Daños sufridos por los usuarios de carreteras concesionadas: ¿paga Moya?”, p. 267 y ss.

(ello sobre la base de las expresiones ‘infracción’ o ‘contravención’, que, respectivamente, emplean)²².

Cabe precisar que un régimen por inactividad administrativa es mucho más garantista que uno por falta de servicio, toda vez que si en este último tienen cabida alegaciones de orden subjetivo (al menos cuando se adhiere a la denominada tesis de la *falta de servicio-subjetiva*) tales como, por ejemplo, la imprevisibilidad de la ocurrencia del daño, la graduación de la gravedad de la falta que la configure en función de la dificultad del servicio, carencia de medios (personales, materiales o financieros), etc., ello no es admisible en el primero, pues sólo exige, a fin de comprometer la responsabilidad de la Administración, que ésta incurra en la infracción de sus deberes (de actuación o cuidado) y que de dicha infracción se derive un daño para el administrado (causalidad material)²³. En otras palabras, la inactividad administrativa es sinónima de lo que se entiende como *falta de servicio-objetiva*, que veré más adelante, y constituye, en mi opinión, el factor de atribución supletorio en la responsabilidad patrimonial de la Administración en Chile.

4. La responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad directa

Con esto quiero señalar que la responsabilidad patrimonial de la Administración se compromete con absoluta prescindencia de quien materialmente ocasionó el daño. En efecto, siendo uno de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración la actuación administrativa, de la cual se ha derivado el daño, ésta se evidencia cuando un órgano lo ha realizado en ejercicio o con ocasión de sus funciones, conforme previene el artículo 4° de la LOCBGAE. Así no es dable aplicar respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración regímenes análogos al consultado en el artículo 2320 del *Código Civil*, *responsabilidad por el hecho ajeno*, pues se trata de una responsabilidad indirecta que se supedita a la identificación del dependiente y a la acreditación de la culpa en su actuar. Lamentablemente, son muchos los fallos que en el último tiempo

33

²² Cristian ROMÁN CORDERO, Lección 11. Presupuesto especial de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por actuación irregular: la “infracción” o “contravención”.

²³ Así, por ejemplo, en el fallo Urra con fisco de Chile (suicidio de enfermo psiquiátrico en Hospital Naval, FFAA) la jurisprudencia sostuvo: “Que por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Política de la República, *el Estado es responsable de la falta de cuidado y vigilancia* en que se incurrió en el Servicio de Psiquiatría del Hospital Naval Almirante Nef de Viña del Mar”. Como se advierte, se condena al fisco sólo sobre la base de “inactividad administrativa”.

han incurrido en este error²⁴. Cabe señalar, por último, que esta característica es del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en Chile, así como también de la falta de servicio, y por ello rige en los casos en los que esta última no es aplicable.

5. La responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad escalonada.

En conclusión, cabe precisar que la responsabilidad patrimonial de la Administración en Chile es *escalonada*, en el entendido que su procedencia no se conforma sólo a un factor de atribución (falta de servicio), sino que, también, a otros, por ejemplo, inactividad administrativa, sacrificio especial, riesgo por ella creado, etcétera²⁵.

Preciso es destacar este punto, pues hoy, a la luz de nuestra jurisprudencia, existe una suerte de absolutismo de la falta de servicio, toda vez que la Corte Suprema entiende que necesario es uniformar el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a este factor de atribución. Lo anterior no es lo acertado, pues con ello se desconocen las particularidades de ciertos órganos y actuaciones de la Administración, que exigen distintos regímenes de responsabilidad, como podría entenderse ha sido el objeto que el legislador tuvo presente al excluir a las FFAA de la aplicación de la falta de servicio, conforme precisa el artículo 21 inciso 2° de la LOCBGAE; al establecer un régimen de responsabilidad por falta

34

²⁴ Por ejemplo, se ha aplicado recientemente el artículo 2320 para comprometer la responsabilidad patrimonial de la Junta Nacional de Jardines Infantiles por daños ocasionados por uno de sus funcionarios con ocasión de sus funciones (abusos sexuales): Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 7779-2008, 2 de marzo de 2012.

²⁵ Fernando Pantaleón, en este sentido, ha expresado: “Ha llegado el momento de abandonar esa cautivadora obra de imaginación jurídica que fue la construcción unitaria de la responsabilidad patrimonial de la Administración y del instituto de la expropiación forzosa sobre el concepto de lesión que la víctima no tiene el deber de soportar; entre la responsabilidad que hemos llamado daños cuasiexpropiatorios, de evidente conexión con la expropiación forzosa, y la responsabilidad por riesgo existe una profunda cisma principal”. Fernando PANTALEÓN PRIETO, “Los anteojos del civilista: hacía una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, p. 95.

Por su parte, Oriol Mir afirma: “La diversificación, la particularización sectorial no debe limitarse, sin embargo, al criterio fundamental de imputación de daños (culpa-responsabilidad objetiva), sino que debe alcanzar potencialmente a todos los requisitos y elementos de la responsabilidad administrativa: todos los requisitos y elementos de la responsabilidad de la Administración deben ser objeto de adaptación cuando las especialidades de un determinado sector de actuación administrativa así lo exijan. Adaptación, pues, eventualmente, de la causalidad (de su prueba: presunciones de causalidad), de los daños indemnizables, de los títulos de imputación de primer nivel, del consentimiento”. Oriol MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial. Hacia un nuevo sistema*, pp. 309-310.

de servicio *relativo* para las municipalidades, al disponer el artículo 142 de la LOCM que éstas responden *principalmente* por falta de servicio; y al reivindicar para los órganos de la Administración “en materia sanitaria” el régimen por falta de servicio, conforme precisa el artículo 38 de la LAUGE, concibiendo un subsistema muy bien delineado en comparación con el general.

II. Segunda parte

Responsabilidad patrimonial de la Administración por falta de servicio

A continuación, me referiré a la falta de servicio, apuntando a las razones que me llevan a sostener que el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en ella fundado, a la luz del Derecho Administrativo chileno, tiene el carácter de “objetivado” u “objetivo”.

LA FALTA DE SERVICIO COMO FACTOR DE ATRIBUCIÓN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN CHILE

35

En primer lugar, cabe señalar que la falta de servicio es el factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mas no el único, conforme he señalado. Por tanto, cuando es exigido expresamente por la ley, por necesidad debe verificarse para que dicha responsabilidad se comprometa; de ahí que se diga que es presupuesto y factor de atribución (esto es, la razón jurídica en cuya virtud un tercero distinto a quien ha sufrido un daño carga con los costos que él importa, en este caso la Administración²⁶).

Es reconocida como factor de atribución general de la responsabilidad patrimonial de la Administración en razón de los siguientes preceptos legales:

- a) artículo 42 de la LOCBGAE²⁷, precepto que, preciso es recordar, por expreso mandato de su artículo 21 inciso 2º, no es aplicable a los órganos que señala, entre ellos las FFAA;

²⁶ Rubén COMPAGNUCCI DE CASO, “Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo”, p. 57.

²⁷ Dicho precepto legal dispone: “Artículo 42. Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. (f) No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

- b) artículo 142 de LOCM²⁸, que dispone que las municipalidades responden *principalmente* por falta de servicio, admitiendo así factores de atribución diversos, todos ellos, por cierto, más garantistas que aquélla (por ejemplo, la inactividad, la ilegalidad, el riesgo creado, etc.) y
- c) artículo 38 de la LAUGE²⁹, aplicable a los órganos de la Administración en “materia sanitaria”, que reitera lo previsto en el referido artículo 42 de la LOCBGAE, mas extiende este factor de atribución a los órganos de la Administración “en materia sanitaria” a los cuales este último precepto no resulta aplicable.

Un tema de singular relevancia es aquél que tiene relación con los órganos o actuaciones no expresamente cubiertas por los referidos preceptos y que por ello no les resulta aplicable el factor de atribución falta de servicio, por ejemplo, las FFAA en cuanto no realicen actividad “sanitaria”. Son muchas las soluciones que ha dado la doctrina, las que ha recepcionado la jurisprudencia (por ejemplo, aplicar el artículo 38 inciso 2° de la Constitución o artículo 4° de la LOCBGAE como régimen objetivo; aplicar el artículo 2320 del *Código Civil* –responsabilidad por el hecho ajeno–, etc.), mas en el último tiempo ha prevalecido aquella sentada en el fallo Seguel Cares contra Fisco de Chile³⁰.

36

En síntesis este fallo sostuvo:

- a) Si no hay norma de Derecho Público que establezca la regla de responsabilidad patrimonial del Estado respecto del actuar de las FFAA, preciso es aplicar el Derecho Común, supletorio para estos efectos, es decir, el *Código Civil*;
- b) Así las cosas, corresponde aplicar el artículo 2329 inciso 1° del mismo *Código*, que previene: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a *malicia o negligencia* de otra persona, debe ser reparado por ésta”, entendiéndose que la expresión “malicia o negligencia”, respecto de los órganos de la Administración, está

²⁸ Dicho precepto legal dispone: “Artículo 142. Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. (/) No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

²⁹ Dicho precepto legal dispone: “Artículo 38. Los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio. (/) El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio”.

³⁰ Corte Suprema, rol N° 1.760-2009, 24 de marzo de 2011. En análogo sentido: PIERRY ARRAU, “Algunos aspectos...”, *op. cit.*, p. 302.

referida a “falta de servicio”. Por tanto, la falta de servicio tendría reconocimiento general en nuestro sistema y

- c) Dicha solución estaría en correspondencia con la manifiesta necesidad de uniformar el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a la falta de servicio.

Replico tales fundamentos, respectivamente, de la siguiente manera³¹:

- a) La responsabilidad patrimonial de la Administración es de Derecho Público; por tanto, sus “vacíos normativos” deben ser integrados sobre la base de principios o reglas de dicha rama, en especial en aquello que constituye su núcleo: el factor de atribución, según ya se ha señalado. No es dable, por lo demás, entender, sin más, que el Derecho Civil es Derecho Común y supletorio, sobre la base de lo preceptuado en el artículo 4º del *Código Civil*. Si tuviera tal carácter, lo sería sólo respecto de las ramas que integran el Derecho Privado (por ejemplo, Comercial), no en referencia a aquéllas que integran el Derecho Público, puesto que éste obedece a una lógica sustancialmente distinta marcada por la composición de intereses de distinta naturaleza: públicos y privados, y por el garantismo a favor de la persona en relación con el Estado;
- b) El legislador al excluir a las FFAA de la aplicación del título II de la LOCBGAE y, a su vez, de la falta de servicio (art. 42), lo hizo de manera clara para consultar en estos casos a favor del administrado un régimen de responsabilidad más garantista, atendido el carácter particularmente “dañoso” que ellas tienen. De este modo, la interpretación propuesta por la Corte Suprema contradice de forma abierta dicho designio legislativo al aplicar, así, *contra legem*, la falta de servicio a las FFAA. Ratifica lo anterior el hecho de que las municipalidades, igualmente excluidas del artículo 42 de la LOCBGAE, disponen de un régimen más garantista que aquél cuando se precisa en el artículo 142 de la LOCM que tales corporaciones responden *en lo principal* por falta de servicio³² y

³¹ Cristian ROMÁN CORDERO, “La responsabilidad patrimonial del Estado-Administración: ¿una “perinola jurisprudencial”?”, p. 313.

³² Así, por ejemplo, en conformidad a lo previsto en el artículo 141 letra i, podría tener cabida sobre la base de la hipótesis de la ilegalidad (reclamo de ilegalidad acogido). En efecto dicho precepto dispone: “i) Cuando se hubiere dado lugar al reclamo, el interesado podrá presentarse a los tribunales ordinarios de justicia para demandar, conforme a las reglas del juicio sumario, la indemnización de los perjuicios que procedieren, y ante el Ministerio Público, la investigación criminal que correspondiere. En ambos casos, no podrá discutirse la ilegalidad ya declarada”.

- c) La responsabilidad patrimonial de la Administración no necesita conformarse a un único factor de atribución, tal como sostiene la Corte Suprema, antes bien, en el Derecho Comparado se advierte precisamente lo contrario: reconocer las singularidades de los órganos y actuaciones de la Administración y subordinarlos a factores de atribución diversos.

La correcta solución en estos casos, a mi juicio, importa aplicar como factor de atribución, en defecto de la falta de servicio o regla especial diversa, la *inactividad administrativa*. Me remito, por tanto, en este punto, a lo ya señalado.

*LA FALTA DE SERVICIO EN CHILE:
CONCEPTO Y RÉGIMEN PROBATORIO*

1. Concepto de falta de servicio

La falta de servicio es, en puridad, una deficiente organización o funcionamiento de la Administración³³. Ella puede ser observada desde dos perspectivas: una interna y otra externa. La interna es la que advierte la propia Administración, que tiene relación precisamente con su deficiente organización o funcionamiento; en tanto que la externa es la que advierte el administrado: si la Administración ha cumplido o no con el *estándar de actuación exigible*, en otras palabras, si ha infringido o no sus deberes de cuidado o actuación. Bajo ese predicamento distingo entre falta de servicio *interna* y *externa*³⁴, respectivamente.

38

2. Parámetros de apreciación de la falta de servicio

El parámetro con arreglo al cual puede ser apreciada la ocurrencia o no de la falta de servicio, en un caso concreto, puede ser objetivo o subjetivo, distinción que da origen a las teorías de la *falta de servicio-objetiva* y *falta de servicio-subjetiva*, según paso a explicar.

Parámetro objetivo (falta de servicio-objetiva)

Con arreglo a este parámetro, la falta de servicio es la infracción (inactividad) por parte de la Administración de sus deberes de cuidado o actuación³⁵. La

³³ Cristian ROMÁN CORDERO, *Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado*, p. 309 y ss.

³⁴ Cristian ROMÁN CORDERO, "Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado: su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos", p. 405 y ss.

³⁵ En este sentido, el profesor Eduardo Soto Kloss ha afirmado: "Ahora bien, queríamos llegar a este punto, de que la responsabilidad del Estado es objetiva, que ella posee un carácter

infracción de los primeros deberes (de cuidado) se verifica toda vez que la Administración al actuar no adopta las medidas necesarias a fin de evitar la ocurrencia del daño, mismos que impone la ley, reglamento, usos normativos (por ejemplo, *lex artis*), etc. A su vez, la infracción de la segunda clase de deberes (de actuación) se verifica toda vez que la Administración no actúa, estando a ello obligada por la ley, ya sea en términos expresos o, bien, genéricos (por ejemplo, como funciones del servicio), en cuyo caso, a fin de precisar la existencia de dicho deber, el juez podrá considerar dos criterios: relevancia del bien jurídico protegido y el cotejo entre el costo de la actuación y el de los daños que con ella se evitan^{36,37}. Por tanto, los deberes de actuación tienen distintas intensidades, y serán más intensos aquéllos consagrados expresamente por ley y que tengan relación con el resguardo de la vida o la integridad física y síquica de las personas, vale decir, cuando

objetivo (...) Y se ha asentado de una manera curiosa, ya que –adelantando conclusiones– no se ve como antinómica la idea de ‘falta de servicio’, entendida correctamente como ‘omisión’, ‘inactividad’, ‘ausencia de actuación’, con el carácter objetivo de esta responsabilidad, objetividad que emana de la propia naturaleza de los órganos de la Administración del Estado, en este caso, sus Servicios de Salud, los cuales son personas jurídicas estatales y, por tanto, carentes de subjetividad y, en consecuencia, no pasibles de imputarles ni dolo ni culpa, o sea, culpabilidad, ni ‘falta’/ ‘culpa’ del servicio, responsabilidad que gira sobre la base de la ‘causalidad material’”. Eduardo SOTO KLOSS, “La responsabilidad del Estado-Administración es objetiva”, pp. 407-409. En el mismo sentido, en otro artículo expone: “Y parece importante recalcar esto porque la idea de ‘falta de servicio’, que tiene este contenido tan claro desde el sentido natural y obvio del término falta, que es ausencia, privación, defecto, o sea ‘omisión’, ha tenido en lo que se refiere a los daños producidos por otros servicios públicos, como los Servicios de Salud, un giro conceptual desde ‘omisión’ a ‘culpa’ del servicio, en una perspectiva subjetivista que mal se aviene con la naturaleza y estructura jurídica de un organismo estatal, persona jurídica carente por entero, antológicamente, si se pudiera así decir, de todo atributo subjetivo, de dolo o culpa, torpeza, descuido o negligencia”. Eduardo SOTO KLOSS, “La responsabilidad de las municipalidades que produzca su inactividad/falta de servicio: principios básicos (notas para un recuento jurisprudencial)”, p. 73. En conclusión, en la tesis de este autor: “Falta de servicio: omisión, sí; culpa del servicio, jamás”. Eduardo SOTO KLOSS, “Falta de servicio ¿Régimen general de la responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El derecho ¿Arte de magia?)”, p. 131.

³⁶ Cristian ROMÁN CORDERO, “Inactividad administrativa y responsabilidad del Estado”, p. 402 y ss.

³⁷ Así, por ejemplo, siguiendo esta tesis, la jurisprudencia, respecto de la alegación de los Servicios de Salud en cuanto a que carecen de personal médico especializado, ha expresado: “Que dentro de estos parámetros el demandado subsidiario debió haber adoptado las medidas para contar con personal de urgencia especializado, o tener contemplado otras medidas de urgencia, al no hacerlo importa falta de servicio por haber actuado tardadamente. Ninguna trascendencia tiene el hecho no probado sostenido por el demandado, que en todos los hospitales de nuestro país existe esta situación. Y de ser efectivo se tendrá que valorar en cada caso si esta falta de servicio origina la relación de causalidad con el daño que se ocasione”.

dicho deber sitúa a la Administración en una *posición de garante* (*deber de garantía, de seguridad o de custodia*, según la nomenclatura empleada en forma habitual por la jurisprudencia).

Parámetro subjetivo (falta de servicio-subjetiva)

Con arreglo a este parámetro, a fin de valorar la ocurrencia de la falta de servicio en un caso concreto, deben considerarse las circunstancias específicas en las que se ha encontrado la Administración al momento de incurrir en la acción u omisión lesiva, tales como, por ejemplo, la previsibilidad de la ocurrencia del daño³⁸, la dificultad del servicio (en función del tiempo y lugar), la disposición de recursos (personales, materiales y financieros)³⁹, etc. Por tanto, con arreglo a este parámetro pueden darse casos en los que la Administración objetivamente haya incurrido en la infracción de sus deberes de actuación o cuidado (inactividad), pero que ello no resulte reprochable, por los motivos antes apuntados, no constituyendo así falta de servicio y, por tanto, no dando origen a responsabilidad patrimonial de la Administración.

Como se observa, conforme a este parámetro, la falta de servicio adquiere caracteres análogos a los de la culpa en su prístino significado, esto es, como evocación del *pecado jurídico*, por lo que ha sido criticado por importante doctrina⁴⁰.

40

³⁸ En este sentido se ha afirmado: “Toda actividad material genera de por sí ciertos peligros potenciales, lo que obliga a introducir medidas de seguridad de vigilancia, etcétera. Ello genera que el deber de seguridad y vigilancia no puede extenderse más allá de los eventos que sean razonablemente previsibles en el desarrollo del servicio”. Marcos GÓMEZ PUENTE, *La inactividad administrativa*, p. 861.

³⁹ En este sentido se ha afirmado: “Chile no es un país de primer mundo, sino uno emergente, de pocos recursos. No se le puede exigir al Estado carreteras como una ‘highway’ norteamericana, una ‘autostrada’ italiana o una ‘autobahn’ germánica. Ni hospitales como la Clínica Mayo. Si se quiere responsabilizar pecuniariamente al Estado por no alcanzar esos altos estándares, se retraerá de actuar en campos tan peligrosos”. Gonzalo VIAL CORREA, “El Estado paga”, p. 11.

⁴⁰ Así, por ejemplo, Jorge López Santamaría ha expresado: “Discrepo de quienes postulan que la falta de servicio consiste en que el órgano administrativo se comportó mal. Esta fórmula de inocente apariencia (no actuó como habría debido actuar) desemboca en el regreso más o menos disimulado a la culpa, pues la culpa precisamente existe cuando el demandado, confrontando a un hombre medio (apreciación in abstracto), no actuó como habría debido actuar. (...) es decir, que a la Administración sólo le sería exigible tal o cual conducta correcta, si hubiese dispuesto de los recursos financieros, técnicos, humanos para actuar oportuna y eficazmente ante las circunstancias del caso concreto”. Jorge LÓPEZ SANTAMARÍA, “Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente”, p. 44.

3. Régimen probatorio de la falta de servicio

Sobre el régimen probatorio de la falta de servicio, el artículo 42 de la LOCBGAE nada dice. Sin perjuicio de ello, conforme a las reglas generales que regulan las obligaciones podemos colegir que el administrado tiene el deber de acreditar la falta de servicio⁴¹, lo que es corroborado por el artículo 38 inciso 2° de la LAUGE en tanto previene: “El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio”, precepto que, si bien es acotado a la “materia sanitaria”, en este punto, a mi juicio, debe entenderse con alcance general.

Pero, en específico: ¿qué debe acreditar el administrado? ¿Debe acreditar lo que he llamado la falta de servicio *externa* (infracción del deber de cuidado o actuación por parte de la Administración) o la falta de servicio *interna* (su deficiente organización o funcionamiento)?

En mi opinión, prescindiendo de la distinción entre *falta de servicio-objetiva* y *falta de servicio-subjetiva*, y dado el carácter garantista que tiene la falta de servicio en el Derecho Administrativo chileno, el administrado, a fin de comprometer la responsabilidad patrimonial de la Administración, junto a los presupuestos basales de ésta (daño, relación de causalidad y actuación de la Administración), deberá acreditar sólo la ocurrencia de la *falta de servicio externa*, es decir, la infracción por parte de la Administración de sus deberes de actuación o de cuidado (inactividad). Así las cosas, y sin perjuicio de la prueba que en contrario la Administración puede hacer valer en los términos que más adelante se detallarán, la falta de servicio (deficiente organización o funcionamiento), en el Derecho chileno, se presume de la infracción por parte de la Administración de sus deberes (de cuidado o de actuación)⁴². De ahí que califique al régimen

41

⁴¹ En este sentido se ha señalado: “Según un principio del derecho común la prueba de la falta incumbe al demandante, es decir a la víctima”. Jean RIVERO et Jean WALINE, *Droit Administratif*, p. 284. “El proceso de responsabilidad no escapa al principio del derecho procesal según el cual quien formula una pretensión está en el deber de suministrar la prueba (actori incumbit probatio). (...) Es claro que si un daño es imputable a una persona pública ello no es suficiente por lo general para hacerla responsable: se necesita que la víctima demuestre que en su origen se halla una culpa del servicio”. Michel PAILLET, *Responsabilidad administrativa*, p. 135 y “La situación norma es el funcionamiento regular del servicio; en consecuencia, debe probar en el juicio indemnizatorio el mal funcionamiento del servicio quien la imputa a través de los medios probatorio admitidos en juicios”, Ricardo SANHUEZA ACOSTA, *Bases para una teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado Administrador chileno*, p. 138.

⁴² En este sentido, Pablo Rodríguez Grez ha expresado: “El servicio que pesa sobre la Administración, por lo tanto, debe hallarse impuesto en la norma respectiva en términos formales y explícitos o deducirse de manera inequívoca de la legislación que regula la

de responsabilidad patrimonial de la Administración basado en ella como “objetivado”.

Ahora bien, este régimen general de presunciones de falta de servicio a partir de la infracción por parte de la Administración de sus deberes de actuación o de cuidado (inactividad), según se ha explicado, aflora con nitidez en los casos de “mal estado de la vía pública”, “inadecuada o falta de señalización de la vía pública”, “mal estado de los bienes nacionales de uso público”, etc., en los términos previstos en los artículos 2329 del *Código Civil*, numerales 2 y 3, 174, inciso 5° de la LT⁴³ y 5° c) de la LOCM. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado:

que “corresponde a la Administración mantener en buen estado de funcionamiento las vías públicas, por lo que los defectos que ellas presenten hacen presumir su mala mantención, constitutiva de falta de servicio”⁴⁴.

Cuando el deber de actuación está consagrado expresamente por la ley y tiene relación con resguardar la vida o la integridad física y síquica de las personas (por ejemplo, reclusos, concriptos, etc.), la Administración es situada en una *posición de garante*, en cuyo caso de la sola ocurrencia del daño se ha de presumir la falta de servicio (deficiente organización

42

actividad. (/) De lo señalado se infiere lo más importante. La ‘falta de servicio’ configura una presunción de culpa que opera por el solo hecho de que el servicio no funcione debiendo hacerlo, o lo haga imperfectamente o con retardo. De este hecho se deduce la culpa de la Administración, debiendo ésta, y no el dañado, acreditar que se ha obrado con la diligencia y el cuidado debidos. Se trata, por ende, de una presunción simplemente legal, en todo equivalente a las presunciones establecidas en el artículo 2329 del Código Civil. Probablemente, sea esta la razón por la cual se ha pensado erradamente en un régimen de responsabilidad objetiva sin que exista norma que lo determine. Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual del Estado se impone directamente y sobre la base de una presunción de culpa que puede desvanecerse siempre que se pruebe un caso fortuito u otra causal de justificación. Mientras esto no suceda subsistirá la responsabilidad del Estado”. Pablo RODRÍGUEZ GREZ, “Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado”, pp. 31-32. En el mismo sentido, Eduardo Soto Kloss ha observado: “tocaba a la víctima probar la falta de servicio en que él habría incurrido, pero se olvida –cuando se alega esta perversa afirmación– que la falta de servicio es una ‘omisión’, o sea, es una inactividad del Servicio, el cual no actúa en la forma o tiempo debido que la ley le impone, y los hechos negativos son de imposible prueba. Es todo lo contrario lo que requiere de prueba, lo que ha de probarse es la diligencia con la que ha obrado el Servicio, actuándose en forma y tiempo que legalmente debía hacerlo”. Eduardo SOTO KLOSS, “Responsabilidad del Estado por daños de su Administración. Algunos casos de jurisprudencia (2° semestre de 2008)”, p. 103.

⁴³ Precepto legal que dispone: “Art. 174. La Municipalidad respectiva o el Fisco, en su caso, serán responsables civilmente de los daños que se causaren con ocasión de un accidente que sea consecuencia del mal estado de las vías públicas o de su falta o inadecuada señalización”.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 1.691-2007, 4 de junio de 2008.

o funcionamiento)⁴⁵, y comprometerá su responsabilidad patrimonial, a no ser que el daño se deba exclusivamente al actuar de la víctima, al hecho de un tercero o a un caso fortuito o fuerza mayor. Así, en este caso, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá de la prueba que la Administración puede allegar a fin de excusar su responsabilidad, al estar de esta forma fundada la responsabilidad en la causalidad material bien puede ser entendida como objetiva⁴⁶. Asimismo, se evidencia en ciertas presunciones cuasilegales de falta de servicio propias del ámbito sanitario (en el que sirven un papel de singular relevancia atendida la dificultad probatoria que esta materia importa para el administrado), tales como, por ejemplo, en los casos de contagio de enfermedades nosocomiales (intrahospitalarias), tratamientos inofensivos de los que se derivan graves consecuencias, etcétera⁴⁷.

Por su parte, la Administración, a fin de desvirtuar la falta de servicio (deficiente organización o funcionamiento), en dicha forma presupuesta,

⁴⁵ En este sentido se ha planteado: “es dable pensar que en la prueba del daño sufrido por un particular, cuya vinculación causal permite su imputación al Estado, se encuentra insita la existencia de una falta de servicio, pues si el Estado ha generado un daño reparable es obvio que la gestión de la función administrativa ha sido deficiente. (/) Es por ello que puede afirmarse que la prueba del daño causalmente imputable al Estado equivale a la prueba de la falta de servicio –el fundamento de la responsabilidad radica en la necesaria reparación del daño– y que la falta de servicio importa un factor de atribución equivalente a la culpa objetivada o, mejor aún, a la *culpa presupuesta*. (/) De este modo, la existencia de una culpa presupuesta autoriza a revertir la carga de la prueba, de modo tal que incumbirá a la Administración probar que sus agentes cumplieron con sus deberes legales, vale decir, que actuaron diligentemente, o sea que no incurrieron en *breach of duty*, en los términos del derecho anglosajón”. Oscar Álvaro CUADROS, *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*, pp. 124-125.

⁴⁶ Así, por ejemplo, en el caso de un menor violado en un recinto penitenciario, la jurisprudencia ha expresado: “no pudo sino obedecer al defectuoso funcionamiento del servicio de Gendarmería... incumplimiento de custodia que el ordenamiento jurídico le impone respecto de las personas privadas de su libertad, mientras permanecen en el recinto penitenciario”; respecto de un recluso con meningitis no tratada: que “constituyen elementos idóneos para presumir que la atención recibida fue deficiente...”; respecto de la muerte de menores en un recinto del Servicio Nacional de Menores: “la falta de servicio es más que clara en el presente caso, ya que se trata de menores de edad –de por sí inmaduros– que se encontraban en situación de protección, a cargo de instituciones de la Administración del Estado, las que debía velar precisamente por su seguridad, su salud y por su vida, y los hechos ocurridos demostraron que ello no sucedió, pues de otro modo no se habría llegado al desenlace que tuvo el mencionado suceso”; respecto de daños sufridos por un conscripto al interior de un recinto militar ha señalado: “es indudable que el Estado debe responder por el daño irrogado, ya que se trata de un riesgo causado por la propia Administración del Estado, quien debe garantizar las condiciones mínimas de seguridad, respecto de quien cumplía con el deber militar”.

⁴⁷ Corte Suprema, rol N° 9140-2009, 31 de julio de 2012.

siempre podrá, cualquiera sea la tesis que se acoja sobre la falta de servicio (*falta de servicio-objetiva* o *falta de servicio-subjetiva*), demostrar que no ha incurrido en infracción de deber (de cuidado o actuación) alguno, es decir, que ha obrado con *normalidad*⁴⁸.

Ahora para quienes adhieren a la tesis de la *falta de servicio-subjetiva*, además, podría, para idéntico propósito, demostrar la ocurrencia de circunstancias subjetivas que no harían reprochable la infracción de sus deberes (de actuar o cuidado) en las que ha incurrido, lo que en este contexto obstaría el compromiso de dicha responsabilidad, tales como, por ejemplo, la imprevisibilidad de la ocurrencia del daño, carencia de medios (personales, materiales y financieros), la graduación de falta en función de la dificultad del servicio, etcétera⁴⁹.

⁴⁸ Así, por ejemplo, si el borde de una piscina está mojado, ello es normal y no puede importarse falta de servicio: “Que los testigos (...) estuvieron contestes en el hecho que el menor resbaló ‘porque el borde de la piscina estaba mojado y resbaladizo’, adjetivos que califican con regularidad este sector de las piscinas y que constituyen en su funcionamiento una situación de normal ocurrencia, particularmente si se tiene en cuenta la gran cantidad de personas que comúnmente ingresan y salen del agua en ellas”. “Que no existe en autos antecedente probatorio alguno a partir del cual pueda presumirse que el estado en que se encontraba el borde de la piscina municipal el día del accidente no se enmarca dentro de un estado de normalidad en el funcionamiento de la misma sino que constituya una ‘falta de servicio’ imputable a la municipalidad”. *Gaceta Jurídica*, N° 226, Santiago, 1999, pp. 84-85.

⁴⁹ Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha observado: “esta responsabilidad (patrimonial de la Administración) debe tener correspondencia con la falta de servicio respecto de lo real con que el Estado puede contar y actuar y no con un modelo ideal en que el Estado es omnipotente, prestador de todos los servicios necesarios para la realización de la vida”; que “La noción de falta de servicio se traduce en una mala organización o un mal funcionamiento del servicio, según el grado de dificultad que presente la organización del mismo, puesto que es imposible que algunos no se produzcan, aun cuando el servicio actúe competentemente y ello es así porque la previsibilidad normal o la imposibilidad de evitar el daño bajo ciertas circunstancias son factores que eliminan la responsabilidad”. (...) de lo señalado se desprende que el Estado de Chile, tanto a través de sus autoridades administrativas como por medio de los órganos policiales, ha actuado dentro de lo que es dable esperar atendidas las particulares circunstancias del conflicto en la zona y los medios humanos y materiales con que se ha contado, poniendo de su parte todos los medios disponibles para evitar los perjuicios sufridos por la demandante, lo que, incluso, ha sido reconocido por el propio demandante en diversas instancias tanto judiciales como policiales y administrativas. Así las cosas y por lo dicho en las reflexiones anteriores, no se encuentra probado el no funcionamiento del servicio, puesto que además no concurre el elemento esencial ya señalado en el considerando 23 de esta sentencia, en los términos allí indicados y de acuerdo con lo sostenido por la doctrina administrativa. Hugo CALDERA DELGADO, *El acto administrativo. Legalidad, efectos e impugnación*, p. 120. (Corte Suprema, rol N° 3172-2008) o, bien, que: “es dable precisar que el concepto anotado de la falta de servicio por parte de un órgano del Estado, debe entenderse en términos de disponibilidad de lo tecnológico y la capacidad humana consecencial...”. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6557-2008, 14 de enero de 2010.

Conclusiones

A la luz de lo señalado en el presente trabajo puedo concluir lo que sigue:

1. La responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho Público chileno descansa sobre el principio de la indemnidad patrimonial de la Administración. Así las cosas, este instituto se erige como un mecanismo tendente a reparar el daño sufrido por un administrado a consecuencia del actuar de la Administración. Este carácter lo diferencia claramente de la responsabilidad civil extracontractual, lo que se evidencia en un amplio régimen de presunciones de los presupuestos que la hacen procedente, en especial de la falta de servicio.
2. La falta de servicio es, en puridad, una deficiente organización o funcionamiento. Ella es así advertida por la Administración, más por el administrado, como la infracción por parte de ésta de sus deberes de cuidado o actuación. En este contexto, hoy existen dos doctrinas que explican el alcance conceptual de la falta de servicio. Para unos, ella importa sólo la infracción por la Administración de sus deberes de actuación o cuidado (inactividad, *falta de servicio-objetiva*), y para otros, la deficiente organización o funcionamiento del servicio, en cuya inteligencia deben considerarse las especiales circunstancias en las que se hallaba la Administración al producirse el daño, tales como, por ejemplo, los medios (personales, materiales o financieros) con los que contaba, la previsibilidad de la ocurrencia del daño, la dificultad del servicio en función al tiempo y lugar, etc. (*falta de servicio-subjetiva*), así ésta se asemeja a la culpa en su prístino concepto evocador del pecado jurídico.
3. Prescindiendo de esa discusión (*falta de servicio-objetiva* y *falta de servicio-subjetiva*), y teniendo presente que corresponde al administrado acreditar la falta de servicio, estimo que dicha exigencia sólo está referida a la prueba de la infracción de los deberes de actuación o cuidado por parte de la Administración (inactividad), pues de ello se presume su deficiente organización o funcionamiento. De ahí que entienda que la responsabilidad patrimonial de la Administración en ella fundada sea objetivada, ya que se presume de un elemento objetivo como es la mera infracción por aquélla de sus deberes de cuidado o actuación. Hay casos en los que el deber actuación por parte de la Administración es singularmente intenso, como acontece cuando la ley lo consagrada en forma expresa a fin de resguardar la vida y

la integridad física o síquica de las personas, situándola en una posición de garante, en cuyo caso de la sola ocurrencia del daño que experimenta el administrado se presume la falta de servicio y se compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración, a excepción que el daño se deba exclusivamente al hecho de la víctima, de un tercero o a un caso fortuito o fuerza mayor, hipótesis en la que estimo que dicha responsabilidad puede ser calificada de objetiva al estar estructurada sobre la base de la causalidad material.

4. Finalmente, ya sea que se adhiera a la tesis de la *falta de servicio-objetiva* o a la de la *falta de servicio-subjetiva*, la Administración, a fin de excusar su responsabilidad, siempre podrá acreditar la normalidad en su comportamiento, vale decir, que no ha incurrido en infracción de deber (de cuidado o actuación) alguno. Ahora para quienes adhieren a la tesis de la *falta de servicio-subjetiva*, además, podría, para idéntico propósito, demostrar la ocurrencia de circunstancias subjetivas que no harían reprochable la infracción de sus deberes (de actuar o cuidado) en las que ha incurrido, lo que en este contexto obstaría el compromiso de dicha responsabilidad, tales como, por ejemplo, la imprevisibilidad de la ocurrencia del daño, carencia de medios (personales, materiales y financieros), la graduación de falta en función de la dificultad del servicio, etcétera.

46

Bibliografía

- AGUADO I CUDOLA, Vincenc y Alina del Carmen NETTEL BARRERA, “La responsabilidad patrimonial por inactividad de las administraciones públicas mexicanas”, en *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, año 3, N° 6, México, julio-diciembre 2009.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943.
- ALTAMIRA Gigena, Julio A., *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1973.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime, “Responsabilidad de los gobernantes por daños y perjuicios causados a los gobernados en Chile indiano. Once casos de jurisprudencia (1552-1798)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 18, Santiago, 1999.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime, “La responsabilidad gubernativa en el Chile indiano. Los orígenes de nuestra tradición en la materia”, en AA.VV., *Responsabilidad*

- del Estado-Administración*, conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, Andros, 2006.
- AYLWIN, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1952.
- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo general*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot, 2010.
- BOLÑA KELLY, Germán, *Responsabilidad del Estado por daños*, Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2004.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado de Derecho en la historia de Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1997.
- BRAVO LIRA, Bernardino, "Honor, vida y hacienda. Estado de derecho en el mundo hispánico (siglos XVI al XXI) contrastes con la rule of law inglés y régime de la loi ilustrado", en *Revista de Derecho Público*, N° 67, Santiago, 2005.
- BRAVO LIRA, Bernardino, Poder y respeto a las personas en Iberoamérica. Siglos XVI a XX, Valparaíso, Ediciones Universitarias Valparaíso, 1989.
- CALDERA DELGADO, Hugo, *El acto administrativo. Legalidad, efectos e impugnación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981.
- CALDERA DELGADO, Hugo, *Sistema de responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- CALDERA DELGADO, Hugo, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo", en AA.VV., *Homenaje al profesor Jorge Mosset. Derecho de Daños*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1989.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, "La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿régimen constitucional o régimen civil?", en *Cuadernos de Extensión Jurídica. Responsabilidad civil de entidades corporativas*, N° 7, Santiago, 2003.
- CUADROS, Oscar Álvaro, *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, 15ª ed., Paris, Montchrestien, 2001, t. 1.
- DE GASTINES, Louis, *Les présomptions en Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 1991.
- DE LAUBABÈRE, André, *Manual de Derecho Administrativo*, Bogotá, Editorial Temis, 1984.
- DEPUIS, Georges, Marie-José GUÉDON y Patrice CHRÉTIEN, *Droit Administratif*, Paris, Arman Colin, 2004.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo, "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio", en *Revista Chilena del Derecho*, vol. 16, N° 2, Santiago, julio-agosto 1989.

- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, “Presunción de falta y responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios: la aplicabilidad en España de la experiencia francesa”, en *Revista de Administración Pública*, N° 140, Madrid, 1996.
- GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Paris, LGDJ, 2001, t. 1.
- GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad administrativa*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.
- HUEPE ARTIGAS, Fabián, *Responsabilidad del Estado, falta de servicio y responsabilidad objetiva en su actividad administrativa*, Santiago, Instituto Chileno de Derecho Administrativo, 2004.
- JARA CRISTI, Manuel, *Derecho Administrativo, anotaciones de clases*, Santiago, Imp. Artes y Letras 1943.
- JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando, “Las indemnizaciones constitucionales”, en Baltazar MORALES ESPINOZA (dir.), *XXXVIII Jornadas de Derecho Público: Derecho Público en el siglo XXI. Reforma y modernización del Estado*, Concepción, Universidad de Concepción, 2008, t. 1.
- LAGASABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Editorial Civitas, 1994.
- LÓPEZ BENITEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Editorial Civitas, 1994.
- 48 LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge, “Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCIV, N° 1, Santiago, enero 1997.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Editorial Civitas, 2002.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de Droit Administrative*, Paris, Montchrestien, 2005.
- PAILLET, Michel, *Responsabilidad administrativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Los anteojos del civilista: hacía una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, año 1, N° 2, Santiago, diciembre 2000.
- PEIRANO BUGEDO, Juan, *De la responsabilidad extracontractual del Estado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- PIERRY ARRAU, Pedro, “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en *Revista de Derecho Público*, N° 59, Santiago, 1996.
- PIERRY ARRAU, Pedro, “¿Es objetiva la responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia”, en *Revista Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, Santiago, junio 2004.
- RICHER, Laurent, *La Faute du Service Public dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris, Économica, 1978.

- RIVERO, Jean et Jean WALINE, *Droit Administratif*, Paris, Dalloz, 2002.
- RODRIGUEZ GREZ, Pablo, "Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado", en *Actualidad Jurídica*, N° 23, Santiago, enero 2011.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "Daños sufridos por los usuarios de carreteras concesionadas: ¿paga Moya?", en AA.VV., *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2009.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como 'Derecho Común' (recensión)", en *Revista de Derecho Público*, N° 73, Santiago, 2010.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "Inactividad administrativa y responsabilidad del Estado", en *Revista de Derecho Público*, N° 67, Santiago, 2005.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el Derecho Público chileno", en *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, N° 7, México, enero-junio 2010.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "Bernardino Bravo con Fisco de Chile", en *Revista Chilena de Historia del Derecho. Estudios en Honor de Bernardino Bravo Lira*, N° 22, t. II, Santiago, 2010.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "HIV+: el deber de notificar al portador (y su infracción como hipótesis de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria)", en *Gaceta Jurídica*, N° 346, Santiago, abril 2009.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "La responsabilidad patrimonial de la administración del Estado", en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2005.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "La responsabilidad patrimonial del Estado-Administración: ¿una "perinola jurisprudencial"?", en *Revista de Derecho Público*, N° 71, Santiago, 2009.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "Lección 2: Responsabilidad patrimonial del Estado y responsabilidad civil extracontractual", en *Responsabilidad del Estado. Apuntes de clases*, 2011, inédito.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "Lección 11. Presupuesto especial de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por actuación irregular: la 'infracción' o 'contravención'", en *Responsabilidad del Estado. Apuntes de clases*, 2011, inédito.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, *Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado*, tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2004.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado", en Rolando PANTOJA BAUZÁ, *Derecho Administrativo chileno*, México, Editorial Porrúa, 2007.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, "Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado: su necesaria modelación legal en base a la enumeración y delimitación conceptual de sus presupuestos", en *Revista de Derecho Público*, N° 66, Santiago, 2004.

- SANHUEZA ACOSTA, Ricardo, *Bases para una teoría general de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado Administrador chileno*, tesis para optar al grado académico de magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962, t. I.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, t. II.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Falta de servicio ¿Régimen general de la responsabilidad del Estado-Administración en Chile? (El derecho ¿Arte de magia?)”, en AA.VV., *Responsabilidad del Estado-Administración*, conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, Andros, 2006.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La responsabilidad de las municipalidades que produzca su inactividad/falta de servicio: principios básicos (notas para un recuento jurisprudencial)”, en AA.VV., *Responsabilidad del Estado-Administración*, conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, Andros, 2006.
- 50 SOTO KLOSS, Eduardo, “La responsabilidad del Estado-Administración es objetiva”, en Rolando PANTOJA BAUZÁ, *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La responsabilidad del Estado-Administración es objetiva (A propósito de ‘Aillepán Sepúlveda’, Corte Suprema / 2ª Sala, 9.1.2007)”, en Rolando PANTOJA BAUZÁ (coord.), *Derecho Administrativo: 120 Años de Cátedra*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones”, en revista *Ius Publicum*, N° 26, Santiago, 2011.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Responsabilidad del Estado, globalización, regulaciones y seguridad jurídica”, en *Revista Chilena del Derecho*, N° 2, Santiago, 2004.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Responsabilidad del Estado por daños de su Administración. Algunos casos de jurisprudencia (2° semestre de 2008)”, en revista *Ius Publicum*, N° 22, Santiago, 2009.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La responsabilidad de las municipalidades que produzca su inactividad/falta de servicio: principios básicos (notas para un recuento jurisprudencial)”, en AA.VV., *Responsabilidad del Estado-Administración*, conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, Andros, 2006.
- VALDIVIA, José Miguel, “La responsabilidad de la Administración del Estado en Francia”, en Juan Carlos MARÍN GONZÁLEZ, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México DF, Editorial Porrúa, 2004.
- VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial Nascimento, 1940.

- VERGARA BLANCO, Alejandro, "Derecho Administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil", en: AA.VV., *Libro en Homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss, La primacía de la persona*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como "Derecho Común"*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010.
- VIAL CORREA, Gonzalo, "El Estado paga", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 2, Santiago, diciembre 2002.

Estudios sobre derechos fundamentales

LA EXPERIENCIA CHILENA DISUADIENDO ILÍCITOS CORPORATIVOS

THE CHILEAN EXPERIENCE. DETERRING ILLICIT CORPORATE EQUITY MANAGEMENT

*Diego G. Pardow**

Resumen

Este artículo analiza las investigaciones sobre potenciales violaciones a deberes fiduciaros llevadas a cabo por la SVS entre 1990 y 2012. Esta evidencia muestra dos grupos de problemas: por un lado, la SVS ha dejado una parte importante del mercado de valores sin vigilancia; por otro, el nivel de disuasión es bajo y descansa en mecanismos indirectos de sanción. Estos resultados sugieren que las reformas futuras deben fomentar el papel de los agentes privados, tanto en el margen extensivo como en el intensivo. Mientras mejorar el desempeño de la SVS en el margen extensivo debiera mitigar el sesgo de monitoreo que se observa actualmente, las mejoras en el margen intensivo apuntan a incrementar la magnitud del castigo experimentado por quienes infringen la ley.

55

Palabras clave: gobierno corporativo, deberes fiduciaros, fiscalización.

Abstract

This paper analyzes the investigations on potential misconducts conducted by the Chilean public enforcer SVS between 1990 and 2012. The evidence reveals two groups of problems: on the one hand, the SVS has leaved a

* Abogado, Universidad de Chile, magíster en Derecho y estudiante de doctorado en la Universidad de California, Berkeley. Artículo recibido el 8 de junio de 2012 y aceptado para su publicación el 17 de agosto de 2012. Correo electrónico dpardow@berkeley.edu

Este trabajo fue realizado en el marco de mis estudios de doctorado, los que son financiados por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica de Chile, a través de su programa BecasChile. Agradezco las sugerencias de Osvaldo Lagos y Gonzalo Islas, así como la ayuda de Virgilio Topasio y el grupo de investigación que los referidos profesores dirigen en la Universidad Adolfo Ibáñez. Cualquier error es de mi exclusiva responsabilidad. Favor dirigir comentarios al correo ya mencionado.

substantial region of the market unmonitored; on the other hand, the level of specific deterrence is generally low and relies greatly on indirect mechanisms of punishment. Such results suggest that future reforms should facilitate private enforcement on both the extensive and the intensive margin. Whereas improving the performance of the SVS on the extensive margin should mitigate its monitoring bias, the improvements on the intensive margin are meant to increase the punishment experienced by offenders.

Keywords: Corporate Governance, Fiduciary Duties, Enforcement

El problema... es conseguir que las personas hagan lo correcto, sin que nadie tenga que estarles diciendo lo que tienen que hacer
Hayek (1945) 527

1. Introducción

56

Cada cierto tiempo, en el mercado de valores se producen casos emblemáticos que remecen a la opinión pública. Así como durante los últimos meses las prácticas contables de La Polar han ocupado el centro del debate¹, hace algunos años sucedía lo propio con un conjunto de ilícitos cometidos durante la reestructuración de Schwager², y hace algunos años más con la conducta de los así denominados *gestores clave* durante la toma de control de Enersis³. Un aspecto común en todos estos casos es que han abierto un espacio de reflexión sobre nuestro desempeño institucional⁴.

Tratándose del caso La Polar, buena parte del debate público se encuentra contenido en el informe de la comisión investigadora de la Cámara de Diputados⁵. El documento concluye afirmando la necesidad de incrementar el nivel de disuasión en materia de sociedades anónimas y

¹ Véase, *In re* Alcalde y otros, resoluciones exentas de la SVS, N°s 64 a 87 de 2012, conocido como caso La Polar.

² Véase, *In re* Kravetz y otros, resoluciones exentas de la SVS, N°s 247 a 253 de 2006, conocido como caso Schwager.

³ Véase, *In re* Mackenna y otros, resoluciones exentas de la SVS, N°s 351 a 353 y 371 a 373, todas de 1997, conocido como caso Chispas.

⁴ El caso Chispas gatilló la principal reforma a las leyes sobre sociedades anónimas y mercado de valores, conocida como Ley de OPAS. En tanto y, aunque su importancia es comparativamente menor, los casos posteriores han motivado sucesivas revisiones de la regulación, tanto en el ámbito reglamentario como legislativo. Para una exposición concisa sobre la evolución de la regulación en esta materia, véase Gonzalo ISLAS, "Gobierno corporativo: teoría económica, principios de la OCDE y la ley 20.382", pp. 14-16.

⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, COMISIÓN DE ECONOMÍA, FOMENTO Y DESARROLLO, CONSTITUIDA EN ESPECIAL INVESTIGADORA, *Informe sobre la crisis financiera provocada por las malas prácticas crediticias de la empresa La Polar, 6 de octubre de 2011* ("Informe La Polar").

mercado de valores⁶, esto es, aumentar los costos que debieran enfrentar aquéllos que infringen la ley. Para estos efectos, se propone incrementar la severidad de las sanciones y fortalecer los organismos de fiscalización⁷. Aunque algunas de estas propuestas resultan interesantes, el desafío que enfrenta en la actualidad nuestra regulación es más complejo.

En términos formales, las leyes chilenas cumplen con los estándares usuales en Derecho Comparado, en especial en relación con la severidad de las sanciones. Por su parte, los organismos de fiscalización parecen contar con personal capacitado y un nivel razonable de presupuesto. Una mirada más atenta, sin embargo, revela que nuestra respuesta institucional a casos como La Polar es característicamente monótona, y depende casi en exclusiva de lo que pueda hacer la SVS.

En los países que cuentan con mercados de valores desarrollados, la detección de infracciones descansa en una multiplicidad de mecanismos, muchos de ellos en manos de agentes privados. Así sucede con los analistas financieros, los auditores externos o las instancias de autodenuncia dentro de las propias empresas involucradas. Los organismos de fiscalización son conscientes de las ventajas informativas que tienen este tipo de agentes, y, por ello, no se limitan a recopilar antecedentes públicos acerca de posibles infracciones, sino que administran programas de delación compensada y de recompensa a informantes. Por último, los accionistas y abogados particulares representan un papel decisivo en el castigo a los responsables, mediante acciones derivativas y acciones de clase.

Este tipo de respuestas institucionales brillan por su ausencia en Chile, y es ahí donde radican los principales problemas de nuestra regulación. En primer lugar, como todo grupo humano, los organismos públicos tienden a desarrollar hábitos y preferencias consistentes en el tiempo. Cuando los agentes privados se abstienen de proveer información sobre potenciales infracciones, estos hábitos y preferencias tienden a introducir un sesgo en el sistema de fiscalización. En segundo lugar, los organismos públicos

⁶ Existen distintas maneras para referirse a este sector de la regulación. En este trabajo, la denominación sociedades anónimas y mercado de valores se utiliza para referirse a la normativa legal y reglamentaria comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, y la ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas. El Informe La Polar se extiende también sobre otros aspectos, como sucede con el sistema financiero, cuya regulación está comprendida, en lo principal, en la Ley General de Bancos. Aunque estos aspectos no son abordados en este trabajo, un análisis exhaustivo de las posibles fallas de la regulación financiera fue desarrollado recientemente por un grupo de expertos convocados por el Ministerio de Hacienda, conocido como Comisión Desormeaux. Véase MINISTERIO HACIENDA, *Informe Comisión de Reforma a la Supervisión y Regulación Financiera*, 7 de abril de 2011.

⁷ Informe La Polar, pp. 202-205.

enfrentan incentivos adversos y restricciones institucionales para fijar las multas buscando un nivel óptimo de disuasión. En contraste, los accionistas y abogados privados son muy sensibles a la magnitud del recupero, de modo que su pasividad erosiona la capacidad disuasiva de las sanciones.

Este artículo busca ilustrar los problemas de nuestra regulación analizando las investigaciones sobre potenciales violaciones a deberes fiduciaros llevadas a cabo por la SVS entre 1990 y 2012. Para estos efectos, la próxima sección revisa el objetivo de políticas públicas que debieran perseguir las sanciones en este ámbito del Derecho, así como la situación en que se encuentra Chile desde una perspectiva comparada. A continuación, se describe la muestra de casos incluida en este estudio y la metodología utilizada para construirla. Las siguientes secciones discuten con mayor detalle dos tendencias problemáticas: primero, la SVS muestra un sesgo hacia sociedades con un controlador comparativamente más débil y, segundo, las víctimas tienden a permanecer pasivas y las multas son fijadas mediante una valoración en abstracto acerca de la gravedad de la conducta. Por último, la sección final sintetiza la conclusiones.

2. *Una red de zanahorias y garrotes*

58

La principal conclusión a la que arribó la Cámara de Diputados luego de investigar los hechos relacionados con el caso La Polar, es que resulta necesario incrementar los costos que enfrentan quienes cometen infracciones en materia de sociedades anónimas y mercado de valores⁸. Detrás de este diagnóstico subyace un marco conceptual que concibe a las sanciones como un costo, cuya función es generar un nivel de disuasión donde el castigo esperado por el infractor excede a las ganancias asociadas a la comisión del ilícito⁹. El castigo esperado, por su parte, depende tanto de la magnitud de la sanción como de la probabilidad con la que dicha sanción es efectivamente impuesta¹⁰.

⁸ Informe La Polar, p. 202, N° 2.

⁹ Este marco conceptual es en general conocido como la Teoría del Precio Relativo. Conforme a ella, una infracción reporta beneficios a quien la comete y gatilla una serie de costos o consecuencias negativas representadas por el castigo. De este modo, los potenciales infractores elegirían abstenerse de cometer un ilícito únicamente cuando los beneficios son menores que los costos. Véase, Gary Stanley BECKER, "Crime and Punishment: An Economic Approach", pp. 176-179.

¹⁰ George J. STIGLER, "The Optimum Enforcement of Laws", pp. 527-529. Desde los célebres estudios de Gary Becker y George Stigler, la literatura ha desarrollado numerosas maneras de aproximarse al castigo esperado. Para una introducción a este concepto y las

Desde esta perspectiva, las recomendaciones del Informe La Polar resultan razonables. Acentuar la severidad de las sanciones aumentaría la magnitud individual del castigo, mientras que fortalecer los organismos de fiscalización debiera incrementar la frecuencia con que se castiga a los responsables. Más aún, la literatura en Derecho Comparado pareciera apoyar esta intuición, pues existe abundante evidencia empírica acreditando que la fortaleza del organismo fiscalizador y la severidad de las sanciones están positivamente relacionadas con el tamaño y profundidad del mercado de valores¹¹.

Una mirada más atenta a esta evidencia, sin embargo, revela que el espacio para mejorar en los términos propuestos por el Informe La Polar es bastante limitado. Como se muestra en la tabla N° 1, al analizar los índices con los que se mide la calidad de la regulación sobre sociedades anónimas y mercado de valores, Chile se encuentra en un nivel de desarrollo notable en relación con los países con los que se suele comparar nuestro desempeño institucional. No sólo estaríamos en una posición sustancialmente mejor que nuestros vecinos en Latinoamérica sino que los resultados parecieran situarnos por encima de algunas economías desarrolladas, como Francia, Japón o Alemania.

Tratándose de los órganos de fiscalización, el nivel de presupuesto y dotación de personal de la SVS únicamente es superado por sus homólogos de Estados Unidos y el Reino Unido¹². La cercanía con estos países es digna de remarcar, ya que su modelo regulatorio constituye el principal ejemplo a imitar en este ámbito del Derecho¹³. Respecto de los

distintas maneras de formalizarlo, Robert COOTER & Thomas ULEN, *Law & Economics*, pp. 485-518.

¹¹ Véase Rafael LA PORTA, Florencio LÓPEZ-DE-SILANES & Andrei SHLEIFER, "The Economic Consequences of Legal Origins", pp. 291-298, para una revisión concisa de la literatura sobre esta materia. Aunque un análisis detallado sobre la metodología utilizada en estos estudios atendería contra la extensión de este artículo, algunos aspectos son discutidos más adelante.

¹² El presupuesto de los organismos de fiscalización es comparado en términos relativos, esto es, dividiendo el presupuesto anual del organismo por el Producto Interno Bruto del país respectivo. Del mismo modo, la dotación de personal es obtenida dividiendo el número de funcionarios por la población del país en millones de habitantes. Véase Mark ROE & Howell JACKSON, "Public and private enforcement of securities laws: Resource-based evidence", pp. 211-212. En la tabla N° 1 ambos índices se presentan en una escala de 0 a 1, luego de ser normalizados tomando el mayor valor de la muestra. La justificación para ello es que facilita la comparación con los restantes índices, cuya escala original es de 0 a 1. Por otra parte, los datos sobre Chile fueron obtenidos a través de un procedimiento de extrapolación, por lo que resulta más apropiado entenderlos en términos relativos.

¹³ Henry HANSMANN & Reinier KRAAKMAN, "The End of History for Corporate Law", quienes sostienen que el actual modelo seguido por Estados Unidos y el Reino Unido

estándares normativos, el margen para mejorar pareciera ser mayor, tanto en términos de los niveles publicidad como de los deberes exigidos a los agentes que participan en el mercado de valores¹⁴. Con todo, en materia de sanciones Chile ocupa el primer lugar dentro de la muestra junto a Alemania, España y Estados Unidos.

Panel A
El estándar en Derecho Comparado

Figura 1
Detección de fraudes corporativos en Estados Unidos
(1996-2004)

PRIMERA ETAPA (0-10 meses)	SEGUNDA ETAPA (10-20 meses)	TERCERA ETAPA (20-30 meses)
Autodenuncia <ul style="list-style-type: none"> • Directorio (6,4%) • Gerencia (25,8%) 	Organismos públicos <ul style="list-style-type: none"> • SEC (3,9%) • Otros (10,9%) 	Demandas privadas <ul style="list-style-type: none"> • Abogados (1,7%) • Accionistas (2,2%)
Agentes del mercado <ul style="list-style-type: none"> • Analistas (9,1%) • Venta-en-corto (4,3%) 	Mecanismos internos <ul style="list-style-type: none"> • Auditores (9,1%) • Otros (4,3%) 	Mecanismos externos <ul style="list-style-type: none"> • Empleados (13,0%) • Prensa (9,1%)

60

Este diagrama sistematiza la información contenida en Luigi Zingales¹⁵, presentando a los distintos agentes involucrados en la detección de fraudes corporativos en Estados Unidos, agrupados en tres etapas sucesivas de acuerdo con el tiempo promedio que toma a cada agente detectar el fraude. Las etapas corresponden al tiempo que toma la detección del fraude y los porcentajes a la participación de cada agente en el total de detecciones. La muestra corresponde a doscientos treinta casos de fraudes corporativos ocurridos en Estados Unidos entre 1996 y 2004.

representa el punto más alto en la evolución de la regulación sobre sociedades anónimas y mercado de valores.

¹⁴ El nivel de publicidad se compara a través de un índice cuya escala es de 0 a 1, dentro de la cual se mide el tipo de información exigida a los emisores de valores. Lo mismo sucede con los índices sobre la extensión de los deberes y la severidad de las sanciones. En el primero, las variables que recogen el estándar de prueba exigido en cada país para perseguir la responsabilidad civil de directores y gerentes, intermediarios de valores y auditores externos. En el segundo, el objetivo es medir la magnitud de las sanciones criminales y multas administrativas asociadas con una infracción a los deberes referidos en el índice anterior. Para construir estos índices, los autores elaboraron una serie de cuestionarios que fueron respondidos por un abogado especialista en esa área dentro de cada país. Véase Rafael LA PORTA, Florencio LÓPEZ-DE-SILANES y Andrei SHLEIFER, "What works in securities laws?", pp. 6-11.

¹⁵ Luigi ZINGALES, Alexander DYCK & Adair MORSE, "Who Blows the Whistle on Corporate Fraud?", pp. 53-55, tablas N°s 2 y 4.

Tabla N° 1
Índices sobre regulación del mercado de valores
(2006-2009)

País	Órgano fiscalizador		Estándares Normativos			Promedio
	Personal	Presupuesto	Publicidad	Deberes	Sanciones	
Estados Unidos	1,00	1,00	1,00	1,00	0,50	0,90
Reino Unido	0,80	0,97	0,83	0,66	0,42	0,74
Chile	0,42	0,79	0,58	0,33	0,50	0,52
España	0,36	0,36	0,50	0,66	0,50	0,48
Francia	0,25	0,35	0,75	0,22	0,33	0,38
Japón	0,18	0,19	0,75	0,66	0,10	0,36
Brasil	0,11	0,38	0,25	0,33	0,33	0,28
Alemania	0,19	0,16	0,42	0,11	0,50	0,27
Argentina	0,15	0,19	0,50	0,22	0,17	0,25

Esta tabla muestra los índices utilizados en Derecho Comparado para analizar la regulación sobre el mercado de valores. La muestra corresponde a una selección de los países con los que suele compararse a Chile en términos de desempeño institucional. Los datos relativos al órgano fiscalizador son tomados de Mark Roe y Howell Jackson¹⁶, y se presentan en una escala de 0 a 1 luego de ser normalizados utilizando el valor máximo de la muestra. Los datos relativos a los estándares normativos son tomados de Rafael La Porta¹⁷, y se presentan en su escala original de 0 a 1. El promedio corresponde a la media aritmética de los valores anteriores.

61

Para explicar esta divergencia entre el diagnóstico de la Cámara de Diputados y los instrumentos de medición utilizados en Derecho Comparado, es necesario introducir algunas herramientas analíticas adicionales. En términos generales, el sistema de fiscalización está sujeto a dos tipos de errores:

- el Error Tipo I, cuando alguien inocente es considerado como culpable (*falso-positivo*) y
- el Error Tipo II, cuando alguien culpable es considerado como inocente (*falso-negativo*)¹⁸.

Ahora bien, para efectos de corregir estos errores es posible distinguir dos ámbitos diferentes de actuación. Mientras en el *margen extensivo* el propósito consiste en disminuir la frecuencia del error, en el *intensivo* se trata de reducir su magnitud individual¹⁹.

¹⁶ ROE & JACKSON, *op. cit.*, pp. 214-215, tabla N° 2.

¹⁷ LA PORTA *et al.*, "What works...", *op. cit.*, pp. 15-16, tabla N° 2.

¹⁸ Mitchell POLINSKY & Steven SHAVELL, "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", pp. 60-62. Para una revisión de estas ideas en el marco del Derecho de la Libre Competencia en Chile, Santiago MONTT, "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas", pp. 10-11.

¹⁹ Como se aprecia, dentro del marco conceptual referido al comienzo de esta sección, el margen extensivo actúa sobre la probabilidad con que el castigo es efectivamente impuesto

Respecto del *margen extensivo*, los instrumentos de medición utilizados en Derecho Comparado muestran un panorama incompleto. Efectivamente, el nivel de recursos de la SVS parece adecuado con relación al que tienen organismos similares en otros países. No obstante, lo que distingue a los modelos de regulación más exitosos es su capacidad de lograr que los distintos agentes que participan en el mercado de valores se involucren en la detección de infracciones²⁰. Ello no sólo involucra establecer deberes específicos para estos agentes y fiscalizar su cumplimiento sino, también, incluir incentivos positivos, como sucede con los programas de delación compensada y de recompensa a informantes²¹.

Según se muestra en la figura N° 1, en Estados Unidos cerca de la mitad de los casos son detectados de manera temprana, ya sea por la propia empresa involucrada como por intermedio de profesionales que están siempre en contacto con el flujo de información del mercado de valores²². Enseguida, un cuarto de las infracciones superan este primer filtro y son detectadas posteriormente por los mecanismos de fiscalización más tradicionales, correspondiendo un 15% a organismos públicos y cerca del 10% a auditores externos²³. Por último, el cuarto de casos restante incluye demandas privadas, denuncias de empleados y casos descubiertos a través de la prensa.

62 Algo similar ocurre en relación con el *margen intensivo*, donde los índices sobre estándares normativos ocultan las dificultades procesales que

y el margen intensivo se relaciona con su severidad. Con todo, entender la fiscalización como un problema de clasificación, permite racionalizar las imperfecciones del sistema. Véase William M. LANDES & Richard A. POSNER, “The Private Enforcement of Law”, pp. 26-29.

²⁰ La literatura se refiere a este proceso como la *descentralización* del sistema de fiscalización, cuya principal ventaja consiste en utilizar agentes privados que poseen un mejor acceso a la información sobre la comisión de ilícitos. Véase Charles SCHULTZE, *The Public Use of Private Interest*, pp. 6-15.

²¹ Véase Reinier KRAAKMAN, Henry HANSMANN, Paul DAVIES, Gérard HERTIG, Klaus HOPT, Hideki KANDA & Edward ROCK, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, pp. 35-54.

²² Los datos que se discuten en los párrafos siguientes corresponden a un estudio de doscientos treinta casos de fraudes corporativos ocurridos en Estados Unidos entre 1996 y 2004, realizado por Luigi Zingales, Alexander Dick y Adair Morse. Bajo la categoría de fraudes corporativos se incluyen distintos ilícitos donde, al igual que sucedió con Chispas, Schwager o La Polar, los directivos de la sociedad ocultaron información a los accionistas y al mercado. Véase ZINGALES *et al.*, *op. cit.*, pp. 7-9.

²³ En Estados Unidos la supervigilancia del mercado de valores recae en varios organismos. Además de la SEC, la CFTC también tiene competencia general en estas materias, mientras que el Departamento de Justicia fiscaliza a ciertos sectores donde las compañías reciben subsidios públicos. A su vez, la categoría “otros mecanismos de control interno” incluye, entre otros, a bancos de inversión, representantes de tenedores de bonos, compradores y proveedores estratégicos.

supone una demanda privada sobre estas materias en Chile. Nuevamente, la pasividad de los agentes privados implica centralizar en la SVS no sólo la responsabilidad de detectar las infracciones sino, también, la de reprimirlas con un castigo apropiado. Ello contrasta con lo que sucede en la mayoría de los países que cuentan con un mercado de valores robusto, donde buena parte de los costos asociados a la comisión de un ilícito provienen de demandas presentadas por los accionistas o de acciones de clase promovidas por abogados particulares²⁴. En definitiva, fomentar la participación de quienes ocupan la posición de víctima en este tipo de ilícitos es un asunto decisivo porque permite que la magnitud del castigo se acerque a un nivel óptimo²⁵.

3. Casos investigados por la SVS

Con el objetivo de evaluar las posibles deficiencias de nuestra regulación, a continuación se analizan las investigaciones realizadas por la SVS sobre potenciales infracciones a los deberes fiduciarios de los directores y gerentes de sociedades anónimas²⁶. La muestra fue construida principalmente a través de búsquedas en la base de datos de la SVS, donde se recopilan las sanciones impuestas por este organismo. Esta base de datos, sin embargo, sólo incluye casos ocurridos con posterioridad al año 2000, por lo que para la década comprendida entre 1990 y 2000 se revisaron los índices de la *Revista de Valores*²⁷.

63

²⁴ Sin duda, tanto los organismos públicos como los inversionistas institucionales representan un papel importante, especialmente en casos en los que la existencia de seguros de responsabilidad civil permitiría mitigar el efecto disuasivo de una sentencia de condena, Brian CHEFFINS & Bernard BLACK, "Outside Director Liability Across Countries", pp. 1475-1480. No obstante, fuera del ámbito de cobertura de dichos seguros, existe un grupo relevante de infracciones dentro del cual son los particulares quienes se encargan de perseguir a los responsables. Véase John C. COFFEE, "Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and its Implementation", pp. 1539-1545 y Kenneth DAVIS, "The Forgotten Derivative Suit", pp. 450-451.

²⁵ Gary Stanley BECKER & George Joseph STIGLER, "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers", pp. 5-7.

²⁶ En este ámbito del Derecho, se utiliza la denominación deberes fiduciarios para designar los deberes de *cuidado*, *lealtad* e *información* que tienen los directores y gerentes. Los deberes de *cuidado* establecen ciertos parámetros de prudencia con los que se deben manejar los negocios de la empresa. Enseguida, los deberes de *lealtad* regulan las situaciones donde existe un conflicto entre los intereses de la compañía y los de sus administradores. Por último, los deberes de *información* regulan la manera en que directores y gerentes deben rendir cuenta de su gestión. Sobre los aspectos dogmáticos de esta clasificación, véase Diego G. PARDOW, "Potestades de administración y deberes fiduciarios".

²⁷ La búsqueda inicial arrojó dos mil seiscientos treinta y una resoluciones que la propia SVS clasifica como sanciones. Atendido que el sujeto pasivo de los deberes

El procedimiento descrito en el párrafo anterior permitió identificar nueve casos²⁸, a los cuales se agregaron otros tres que aparecen en estudios previos sobre esta materia y donde la SVS decidió abstenerse de formular cargos²⁹. Según se muestra en la tabla N° 2, un primer aspecto llamativo es que dentro de los veintidós años incluidos en la muestra, únicamente aparecen doce investigaciones de la SVS sobre esta materia. Aunque es posible que existan otros casos, en especial tratándose de situaciones donde nunca hayan llegado a formularse cargos, el reducido número de investigaciones resulta consistente con la carga de trabajo de la SVS³⁰.

Tratándose de la distribución temporal de los casos, la muestra también resulta consistente con el diagnóstico de la literatura. Entre 1997 y 2001, la mayoría de los casos se relacionan con infracciones a deberes de lealtad durante procesos de tomas de control. Esta primera tendencia puede explicarse a partir de la coincidencia temporal entre el fin del ciclo económico del programa de privatizaciones de la década de 1980, y el

fiduciarios es una persona natural, de ese grupo fueron descartadas mil veinticinco resoluciones que sancionan a una persona jurídica. También fueron descartadas setecientas treinta resoluciones que establecen sanciones de censura y consisten en infracciones formales en la entrega de información. Por último, se descartaron seiscientos noventa y ocho resoluciones correspondientes a materias como recursos administrativos, suspensiones en la cotización de valores y eliminaciones de los registros de la SVS. Respecto de las ciento setenta y ocho resoluciones restantes, se analizó cualitativamente si correspondían a infracciones a deberes fiduciarios y se las agrupó en los casos que se detallan más adelante.

64

²⁸ Además de Chispas, Schwager y La Polar, se identificaron los siguientes casos: *In re* Bacigalupo y otros, resolución exenta de la SVS, N° 316 de 1997, conocido como Campos; *In re* Diéguez y otro, resoluciones exentas de la SVS, N° 572 de 2004 y 489 de 2005, conocido como ESSBIO; *In re* Codner y otros, resoluciones exentas de la SVS N° 854 a 861 de 2009, conocido como FASA e *In re* Iglesias y otros, resolución exenta de la SVS, N° 545 de 2011, conocido como Pehuenche. Por último, se identificaron dos casos, donde el conflicto fue resuelto a través de un pronunciamiento sobre la operación: oficio ordinario de la SVS, N° 2207 de 3 de marzo de 2005, conocido como París, y oficios ordinarios de la SVS, N° 2827 de 18 de febrero de 2010 y N° 3209 de 26 de febrero de 2010, conocido como CAP.

²⁹ Previo a la formulación de cargos, la ausencia de un registro formal impide identificar este tipo de casos de manera sistemática. Los que no fueron identificados durante la primera búsqueda corresponden a dos investigaciones relacionadas con Telefónica Chile, en particular con sus filiales de internet (Terra) y telefonía móvil (Móvil), así como la investigación que involucró a la SQM. El primer caso es analizado por Roberto DIAZ, *La regulación de los conflictos de interés de los directores como una medida de protección a los accionistas minoritarios en la sociedad anónima*, pp. 99-105, mientras que los dos siguientes son analizados por Fernando LEFORT y Teodoro WIGODSKI, *Una mirada al gobierno corporativo en Chile: casos emblemáticos*, pp. 55-96.

³⁰ Un análisis de las dos mil seiscientos treinta y una resoluciones de la SVS incluidas en la muestra original, refleja que la entrega tardía de balances, memorias e información financiera en general, así como la fiscalización a compañías de seguros, consumiría cerca del 80% de los recursos de fiscalización de este organismo.

vacío regulatorio que vino a llenar la Ley de OPAS³¹. Con posterioridad a esa fecha, el tipo de caso más frecuente que ha enfrentado la SVS se relaciona con los conflictos de intereses en las operaciones entre empresas relacionadas. Nuevamente, esta tendencia concuerda con la idea de que en un mercado de valores como el chileno, cuya característica principal es la concentración de la propiedad accionaria, la principal fuente de conflicto debiera ser las relaciones matriz-filial³².

Panel B:
Casos investigados por la SVS
(1990–2012)

Tabla 2
Descripción de los casos investigados

Caso	Año	Tipo de ilícito	Operación	Detección	Multa (USD M)
Chispas	1997	Deberes de lealtad	Toma de control	SVS	\$ 72.546,6
Campos	1998	Deberes de lealtad	Toma de control	Prensa	\$ 22,7
Terra	2000	Deberes de lealtad	Matriz-filial	Prensa	–
SQM	2001	Deberes de lealtad	Toma de control	SVS	–
ESSBIO	2002	Deberes de lealtad	Matriz-filial	SVS	\$ 330,1
Móvil	2004	Deberes de lealtad	Matriz-filial	Prensa	–
SCH	2005	Deberes de informar	Giro ordinario	Prensa	\$ 1.514,6
París	2006	Deberes de lealtad	Toma de control	Prensa	–
FASA	2009	Deberes de cuidado	Giro ordinario	SVS	\$ 211,1
CAP	2010	Deberes de lealtad	Matriz-filial	Prensa	–
PCH	2011	Deberes de lealtad	Matriz-filial	Denuncia	\$ 90,5
La Polar	2012	Deberes de informar	Giro ordinario	Denuncia	\$ 2.508,1

65

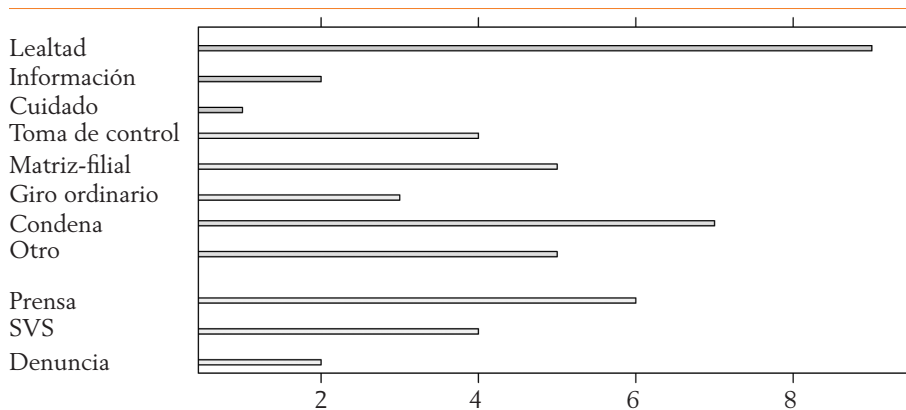
Esta tabla resume los casos investigados por la SVS entre 1990 y 2012, debido a potenciales violaciones a los deberes fiduciarios de los directores y gerentes. Las

³¹ ISLAS, *op. cit.*, pp. 15-16. Las tres empresas involucradas en estos casos –ENERSIS, IANSA y SQM– fueron estatales donde la gerencia incumbente mantuvo un porcentaje importante de propiedad sobre la compañía, véase Dominique HACHETTE, “Privatizaciones: reforma estructural pero inconclusa”, pp. 121-125. Como observan LEFORT y WIGODSKI, *op. cit.*, estas empresas cumplieron un ciclo inicial de crecimiento, y hacia el final de la década de 1990 requerían de un socio estratégico que aportara el capital necesario para seguir creciendo.

³² Véase Simon JOHNSON, Rafael PORTA, Florencio LÓPEZ-DE SILANES & Andrés SHLEIFER, “Tunnelling”, pp. 10-12. El mercado de valores chileno se caracteriza por una alta capitalización de mercado y un volumen bajo. Su capitalización representa cerca de un 85% del PIB y el volumen fluctúa entre un 7,5% y 10%. Aunque esas cantidades se han mantenido en rangos similares durante los últimos veinte años, desde 1997 la emisión de acciones ha disminuido y el deslistamiento de compañías aumentado. De este modo, el *free float* es actualmente cercano al 14% en promedio. Véase Fernando LEFORT and Eduard WALKER, “Chilean Financial Markets and Corporate Structure”, pp. 285-287.

cantidades incluidas en la última columna están expresadas en miles de dólares. Para la confección de esta tabla se utilizó la información contenida en los expedientes respectivos, así como en el análisis de los casos realizado por Agostin y Pasten, Pfeffer, Rodríguez, Ried, Lefort y Wigodski, Díaz, Núñez y Pardow, Dougnac, Lagos y Gaspar³³.

Figura 2:
Tendencias comunes y frecuencia de casos



Esta figura muestra gráficamente la información contenida en la tabla anterior. El eje vertical incluye las características de los casos, agrupadas conforme a las categorías utilizadas en la tabla N° 2. Cada barra representa una característica, mientras que los colores representan las categorías. El eje horizontal incluye el número de casos que presenta la característica respectiva.

66

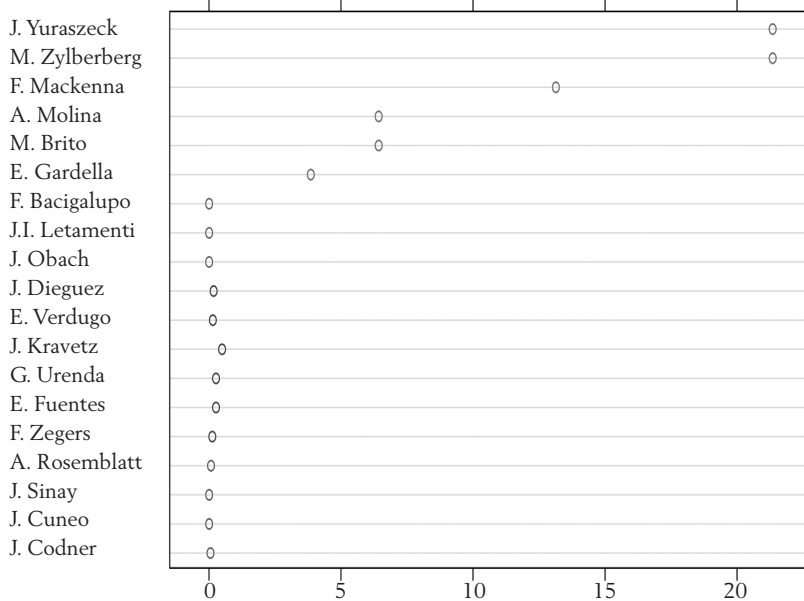
En relación con nuestro desempeño institucional, el análisis de los casos evidencia dos grupos de problemas. Respecto del margen *extensivo*, el grado de centralización del sistema de fiscalización resulta preocupante. Según se muestra en la figura N° 2, existen dos casos de denuncias forma-

³³ Manuel AGOSIN y Ernesto PASTEN, “Corporate Governance in Chile”; Francisco PFEFFER, “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la superintendencia de valores y seguros en el contexto del denominado ‘caso Chispas’”; Pablo RODRÍGUEZ, “La sentencia del caso Chispas. Un error judicial”; José Miguel RIED, “El caso Almacenes París, algunas consideraciones en torno al concepto de oferta pública de valores”; LEFORT y WIGODSKI, *op. cit.*; DIAZ, *op. cit.*; David NÚÑEZ y Diego G. PARDOW, “¿Por qué no demandan los accionistas? El problema de las costas en la acción derivativa”; Clemente DOUGNAC, “Potestad sancionadora de la Superintendencia de Valores y Seguros, persecución penal en la Ley de Mercado de Valores chilena y el principio de non bis in idem”; Osvaldo LAGOS, “El daño imputable al accionista o al director infractores como límite a la responsabilidad civil en conflictos de sociedades cotizadas”; José Antonio GASPAS, “Extensión de la obligación de diligencia y cuidado de los directores de sociedades anónimas: comentario a resoluciones exentas de la SVS N° 854 a 861 de 2009” y José Antonio GASPAS, “Motivación de la solicitud de accionistas para citar a junta de accionistas: comentario a oficios ordinarios de la SVS N° 2827 de 18 de febrero de 2010 y N° 3209 de 26 de febrero de 2010”.

les de particulares y seis corresponden a reportajes aparecidos de manera previa al inicio de una investigación por parte de la SVS³⁴. Los cuatro casos restantes se refieren a investigaciones iniciadas de manera proactiva por este organismo³⁵. Más allá de las dificultades para establecer una cadena causal clara entre estas fuentes de información, es claro que gran parte de los mecanismos de detección referidos en la sección anterior están ausentes.

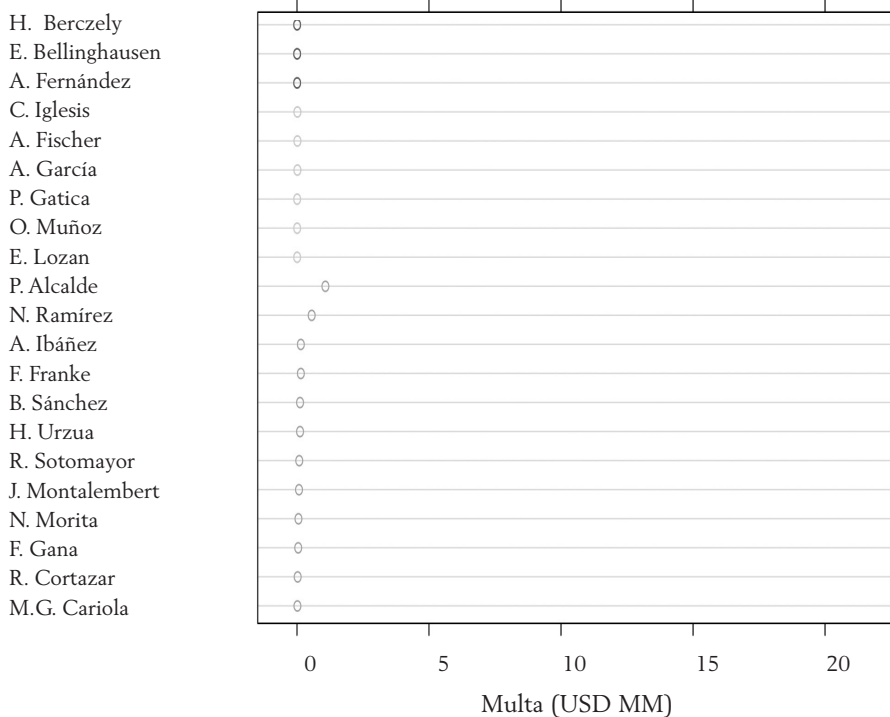
Panel B:
Casos investigados por la SVS
(Cont.)

Figura 3:
Magnitud de las multas en el ámbito individual



³⁴ Para efectos de identificar quién detectó el potencial ilícito se utilizó el procedimiento descrito por ZINGALES *et al.*, *op. cit.*, pp. 11-13, consistente en construir una línea de tiempo para cada caso y realizar un análisis cualitativo de los primeros antecedentes disponibles. Mientras en Pehuenche la propia resolución de la SVS consigna que la investigación comenzó a solicitud de Asesorías e Inversiones Ilihue S.A., en La Polar habría sido una serie de cartas del abogado Andrés Sepúlveda lo que habría gatillado la detección de los ilícitos. Véase Informe La Polar, p. 196.

³⁵ En ESSBIO la propia SVS consigna en sus resoluciones que el caso fue detectado de forma interna, mientras que en Chispas y SQM la SVS habría reparado en la infracción a partir de información proporcionada por la SEC. Véase Francisco PARISI & Guillermo YÁÑEZ, “The Deal of the Century in Chile Endesa España’s Takeover of Enersis”, p. 106 y LEFORT y WIGODSKI, *op. cit.*, p. 66. Por último, si bien es cierto que en FASA el acuerdo con la Fiscalía Nacional Económica había sido extensamente cubierto por la prensa, la SVS fue la primera en reparar acerca de las infracciones cometidas durante su proceso de aprobación.



68

Esta figura muestra la magnitud de las multas impuestas por la SVS, desagregadas en el ámbito individual. El eje vertical incluye a los individuos sancionados, agrupados conforme a los casos referidos en la tabla anterior. El eje horizontal incluye la magnitud de la multa en millones de dólares, según el valor de la UTM y el dólar observado al momento de la sentencia. Cada punto representa la multa impuesta a cada individuo sancionado, mientras que los colores representan los casos, ordenados cronológicamente.

En este sentido, en los casos más recientes la SVS adoptó la decisión de perseguir la responsabilidad de directores independientes y auditores externos, lo que pareciera apuntar en la dirección correcta. Sin embargo, las principales fuentes de detección en Estados Unidos corresponden a autodenuncias por parte de las propias empresas involucradas y a denuncias realizadas de manera independiente por sus trabajadores. La importancia de ambos grupos, por su parte, refleja la capacidad del sistema de fiscalización estadounidense para utilizar otro tipo herramientas, como sucede con los programas de delación compensada y de recompensa a informantes.

Tratándose del margen *intensivo*, el panorama es igualmente preocupante. Como se muestra en la figura N° 3, Chispas sigue siendo con distancia el caso más importante. Con excepción de Jacobo Kravetz y Pablo Alcalde, ninguna de las multas posteriores supera el millón de dólares. Bajo

estas circunstancias, resulta fundamental evaluar la capacidad de nuestra regulación para facilitar la intervención de las víctimas de los ilícitos.

En CAP y París la SVS se pronunció sobre la operación antes de que fuera ejecutada y con ello parece haber agotado la controversia³⁶. Por su parte, en Terra, SQM y Móvil la intervención de inversionistas institucionales habría permitido que las distintas partes involucradas alcanzaran un acuerdo³⁷. Por último, en ESSBIO existe evidencia de una transacción con los accionistas minoritarios³⁸. En la mitad restante de los casos, sin embargo, el escaso éxito de las víctimas ha dejado en evidencia un conjunto de problemas en nuestras instituciones procesales³⁹.

En definitiva, la SVS realiza menos de una investigación al año sobre estas materias y gran parte de los mecanismos de detección utilizados en otros países brillan por su ausencia. Por otra parte, la mayoría de las multas impuestas por la SVS son inferiores al millón de dólares, y salvo en instancias extrajudiciales, la capacidad de las víctimas para perseguir a los responsables es limitada. En las secciones siguientes se profundiza el análisis de ambos problemas, junto con evaluar posibles objeciones al enfoque propuesto en este trabajo.

4. El margen extensivo

69

El problema acerca de cuántas fuentes de información deben alimentar un sistema de fiscalización es, en el fondo, una dificultad de diversificación de portafolio. La cantidad de infracciones detectadas por el sistema, al igual que el retorno de una cartera de inversión, depende de la complementariedad de sus distintos componentes. Ello no sólo se manifiesta en el hecho de que las fuentes de información actúen de manera sucesiva,

³⁶ Véase RIED, *op. cit.*, pp. 154-158 y GASPARD, "Motivación...", *op. cit.*, pp. 371-372.

³⁷ LEFORT y WIGODSKI, *op. cit.*, pp. 71-76 & 93-95 y DÍAZ, *op. cit.*, pp. 104-105. Con relación a la función que han cumplido los inversionistas institucionales fuera de los casos referidos, Augusto IGLESIAS, "Pension Reform and Corporate Governance: Impact in Chile", pp. 115-130.

³⁸ La transacción fue comunicada como hecho esencial el 6 de julio de 2011 y sus aspectos más importantes aparecen en la Ficha Codificada Uniforme de 13 de noviembre de 2011, p. 108.

³⁹ Con relación a la jurisdicción civil, las reglas sobre legitimación activa y distribución de costas dificultan financiar litigios que típicamente involucran un gran número de afectados –NUÑEZ y PARDOW, *op. cit.*, pp. 273-277–, mientras que las exigencias probatorias relacionadas con la imputabilidad del daño resultan en exceso rígidas –LAGOS, *op. cit.*, pp. 717-719–. Respecto de la jurisdicción penal, la existencia de sanciones administrativas previas plantea un problema de doble persecución –DOUGNAC, *op. cit.*, pp. 8-11–.

una después de la otra, sino, también, en el tipo de casos que detectan. Así, por ejemplo, en Estados Unidos la SEC pareciera enfocarse en compañías de menor tamaño, mientras que los abogados particulares tienden a demandar a empresas relativamente más grandes⁴⁰.

En términos generales, todo grupo humano desarrolla preferencias consistentes cuando tienen que realizar una tarea de manera sostenida en el tiempo. En un sistema de fiscalización descentralizado, las preferencias de monitoreo que tenga un mecanismo en particular, pueden ser corregidas y complementadas por las de los restantes mecanismos. Al contrario, centralizar la detección de infracciones en un grupo limitado de fuentes de información implica que sus preferencias de monitoreo pueden sesgar el sistema de fiscalización, dejando una parte importante del mercado de valores sin vigilancia.

Conforme a lo expuesto en la sección anterior, las investigaciones de la SVS revelan que nuestro sistema de fiscalización efectivamente descansa en un grupo limitado de fuentes de información. Lamentablemente, como el número de casos incluidos en la muestra es pequeño, los métodos con los que suele evaluarse la existencia de un sesgo en el sistema de fiscalización resultan difíciles de aplicar⁴¹. No obstante, una revisión de las características del mercado de valores permite aproximarse a este problema desde una perspectiva cualitativa.

70

La literatura destaca que en el mercado chileno existen tres tipos de compañías⁴²:

⁴⁰ James D. COX, Randall S. THOMAS y Dana KIKU, “SEC Enforcement Heuristics: An Empirical Inquiry”, pp. 777-779. La explicación para esta diferencia de comportamiento radicaría en que un organismo público, pero cupado de maximizar la probabilidad de condena, debiera preferir adversarios con menores recursos para invertir en su defensa judicial. En contraste, los abogados particulares reciben un porcentaje del recupero, y por ello, preferirían enfocarse en empresas relativamente más grandes. Una tendencia similar han observado Robert BOWEN, Andrew CALL & Shiva RAJGOPAL, “Whistle-Blowing: Target Firm Characteristics and Economic Consequences”, pp. 1250-1253, respecto de los trabajadores que denuncian infracciones dentro del ámbito de aplicación de los programas de recompensa a informantes.

⁴¹ En particular, los estudios referidos en la nota anterior utilizan regresiones para determinar las preferencias de monitoreo de los mecanismos que actúan en la detección de ilícitos. Como todo método basado en la observación de frecuencias, la regresión requiere de una muestra significativamente más numerosa que la utilizada en este estudio. Véase James D. COX, Randall S. THOMAS & Dana KIKU, “Public and Private Enforcement of the Securities Laws: Have Things Changed Since ENRON”, pp. 895-897.

⁴² Véase Nicolás MAJLUF, Nureya ABARCA, Darío RODRÍGUEZ & Luis FUENTES, “Governance and Ownership Structure in Chilean Economic Groups”, pp. 112-113 y Fernando LEFORT & Edwards WALKER, “Ownership and Capital Structure of Chilean Conglomerates: Facts and Hypotheses for Governance”, pp. 5-16

- Están los *conglomerados*, quienes tienen un portafolio diversificado de actividades y cuyo controlador cuenta con cerca de un 60% de la participación accionaria.
- Los MBO, cuyo aspecto característico es concentrar sus actividades de negocios en un sector determinado y ser gobernadas a través de mecanismos comparativamente más débiles⁴³.
- Las *multinacionales*, en este caso el esquema de control es similar al de los conglomerados, siendo controladas con dos tercios o más de la propiedad accionaria. Con todo, su perfil de negocios es similar al de las MBO, toda vez que sus actividades se concentran en un sector en particular.

Dentro de esta clasificación, los conglomerados son el tipo de compañía más importante en Chile. Excluyendo al sector financiero, cerca de un 70% de las empresas pertenecen a esta categoría, y colectivamente son dueñas de un 90% del total de los activos reflejados en el mercado de valores⁴⁴. En este sentido, considerando que su gobierno corporativo se construye alrededor de un controlador fuerte, dos de los principales autores en esta materia concluyen que el desafío prioritario de nuestra regulación es lidiar con el problema de agencia *horizontal* en este tipo de compañías⁴⁵.

Sin embargo, los casos investigados por la SVS cuentan una historia diferente. Como se muestra en la tabla N° 3, ninguna de las empresas investigadas pertenecía a un conglomerado: ocho de ellas corresponden a MBO y tres a multinacionales, una de las cuales fue investigada en dos oportunidades. En particular, resulta llamativo que en la mayoría de las sociedades investigadas exista un controlador mucho más débil o que

71

⁴³ Históricamente, este grupo estaba compuesto por empresas públicas que fueron privatizadas mediante *management buyouts* o MBO, donde la gerencia incumbente y los trabajadores adquirieron cerca de un tercio de las acciones –Gérard ROLAND, “Corporate Governance and Restructuring: Lessons from Transition Economies”, pp. 341-343–. Sin embargo, durante los últimos veinte años varias sociedades en el ámbito de la venta al detalle han financiado sus planes de expansión a través de ofertas públicas de valores, a consecuencia de lo cual ocuparon una posición similar al de las MBO originales.

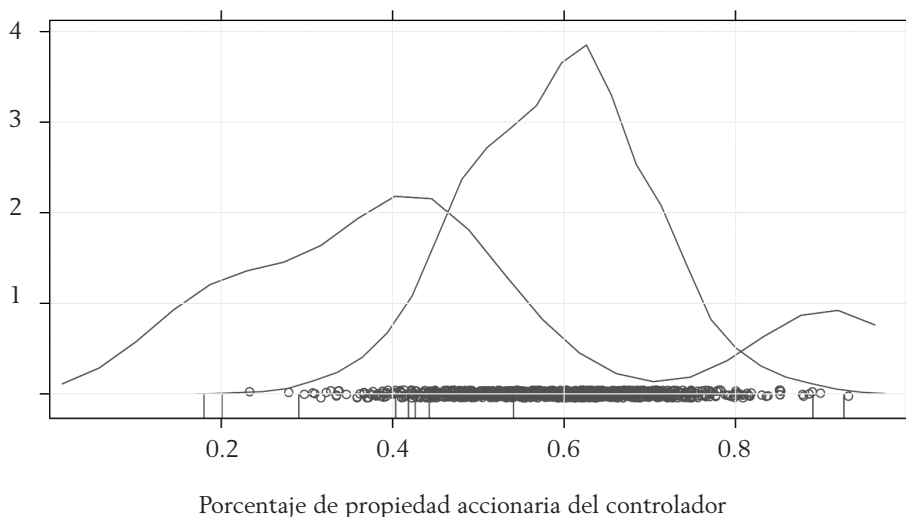
⁴⁴ LEFORT y WALKER, “Ownership...”, *op. cit.*, pp. 15-18.

⁴⁵ Fernando LEFORT & Eduard WALKER, “Do Markets Penalize Agency Conflicts Between Controlling and Minority Shareholders? Evidence from Chile”, pp. 311-312. Ello, por oposición al problema de agencia vertical entre la administración de la compañía y sus accionistas, el que suele encontrarse en mercados de valores con mayores niveles de dispersión. Véase KRAAKMAN *et al.*, *op. cit.*, pp. 35-37 y Stephen M., BAINBRIDGE, *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, pp. 1-16. Para una aproximación a este tópico desde el Derecho chileno, Diego G. PARDOW, “La desgracia de lo ajeno”, pp. 595-600 y Enrique ALCALDE, *La sociedad anónima: autonomía privada, interés social y conflictos de interés*, pp. 25-32.

no exista un controlador. Más aún, el número de acciones en manos de accionistas no controladores, así como la separación entre propiedad y control dentro del grupo investigado, sugeriría que el tipo de caso más frecuente en nuestro sistema de fiscalización se relaciona con el problema de agencia *vertical*, esto es, exactamente lo contrario de lo que cabría esperar teniendo en cuenta las características del mercado⁴⁶.

Panel C:
El sesgo de fiscalización de la SVS

Figura 4
Distribución de la participación del controlador en Chile



Esta figura muestra la distribución de la propiedad accionaria del controlador en Chile. La línea roja representa a las sociedades investigadas por la SVS entre 1990 y 2012. La línea azul representa una muestra aleatoria de las sociedades incluidas en el IPSA durante un periodo similar. La información sobre la participación del controlador fue obtenida de la base de datos de la SVS. En aquellos casos donde la sociedad informó que carecía de controlador, el cálculo se realizó sumando las participaciones de los tres mayores accionistas.

⁴⁶ El porcentaje de propiedad corresponde a la fracción de utilidades efectiva, una vez descontado el efecto de sociedades *holding* aguas arriba. El porcentaje de control corresponde a la fracción de votos en la junta de accionistas. La metodología utilizada es la descrita en LEFORT & WALKER, “Ownership...”, *op. cit.*, pp. 8-12.

Tabla 3:
Perfil de las sociedades investigadas por la SVS
(1990-2012)

Caso	Perfil	Grupo investigado		Instituciones	Minoritarios	Otros
		propiedad	control			
Chispas	MBO	5,95%	29,04%	40,93%	27,07%	2,96%
Campos	MBO	1,11%	42,63%	35,13%	18,95%	3,19%
SQM	MBO	2,30%	20,09%	53,24%	0,18%	26,49%
ESSBIO	Multinacional	55,03%	55,03%	0,001%	3,42%	41,55%
CTC	Multinacional	44,27%	44,27%	33,76%	21,97%	–
SCH	MBO	41,84%	41,84%	42,49%	19,86%	1,15%
FASA	MBO	27,93%	40,35%	5,93%	30,85%	24,06%
CAP	MBO	5,04%	54,11%	14,65%	31,24%	22,79%
PCH	Multinacional	92,65%	92,65%	1,10%	3,35%	2,91%
La Polar	MBO	0,08%	0,08%	55,12%	44,88%	–

Esta tabla resume el perfil de negocios y la participación accionaria de las sociedades investigadas por la SVS. Los datos fueron obtenidos de las memorias anuales de cada sociedad, correspondientes a la fecha de inicio de la investigación de la SVS. El perfil de negocios fue determinado con la metodología indicada por Nicolás Majluf y Fernando Lefort y Eduard Walker⁴⁷.

Para discutir estas ideas en términos continuos, consideremos que la muestra de casos utilizada en este estudio es, en definitiva, una del mercado de valores en su conjunto. De este modo, si nuestro sistema de fiscalización careciera de un sesgo, los datos debieran reproducir las características generales del mercado. La figura N° 4 ilustra este ejercicio, comparando la propiedad del controlador en los casos investigados por la SVS y en una muestra efectivamente aleatoria de las empresas que componen el IPSA⁴⁸. En términos de la participación del controlador, esta muestra es unimodal y básicamente simétrica. En contraste, la muestra de casos investigados por la SVS es bimodal y asimétrica.

⁴⁷ MAJLUF *et al.*, *op. cit.*, pp. 112-113 y LEFORT & WALKER, “Ownership...”, *op. cit.*, pp. 4-6.

⁴⁸ Para construir esta muestra, se utilizó una base de datos con el registro de los doce mayores accionistas de las sociedades fiscalizadas por la SVS, para el período comprendido entre marzo de 2001 y septiembre de 2011. La base de datos me fue entregada por la SVS en respuesta a una solicitud fundada en la Ley de Transparencia –oficio electrónico de la SVS N° 27250 de 19 de octubre de 2011–. En ella se identificaron a las cuarenta empresas incluidas en el IPSA utilizando su RUT, y luego se eligieron de manera aleatoria y sin reemplazo diez trimestres para cada empresa. En los casos donde la sociedad informó quien era su controlador, se consideró esa participación accionaria. En aquellos casos donde la sociedad informó que carecía de controlador, el cálculo se realizó sumando las participaciones de los tres mayores accionistas.

De este modo, aunque el reducido número de casos impide utilizar procedimientos estadísticos, en términos cualitativos la existencia de un sesgo parece evidente. Ciertamente, una mente suspicaz podría intentar una explicación en términos políticos⁴⁹. Sin embargo, determinar la plausibilidad de una eventual captura del regulador excede con creces los límites de la evidencia recolectada en este trabajo. Un aspecto mucho más importante a destacar es que, cualquiera sea su explicación, si dicho sesgo refleja las preferencias consistentes de las fuentes de información que alimentan a nuestro sistema, un aumento en los recursos de la SVS sería incapaz de corregir el problema.

5. El margen intensivo

El segundo aspecto que revela el análisis de las investigaciones de la SVS es que la mayoría de las multas son relativamente bajas y la capacidad de las víctimas para intervenir en el proceso es limitada. Desde una perspectiva económica, ambos problemas están relacionados. Las víctimas tienen incentivos superiores para perseguir un nivel óptimo de castigo, en especial en ámbitos donde los organismos públicos también están legitimados para perseguir una sanción de manera simultánea⁵⁰. Al final del día, son las víctimas las que sufren el daño y, por tanto, su situación patrimonial futura depende directamente de lo que puedan recuperar en el juicio. En contraste, en los organismos públicos siempre es un tercero quien evalúa su desempeño, por lo que su comportamiento depende de la capacidad de ese tercero para determinar la relación entre el esfuerzo desplegado y el resultado obtenido⁵¹.

De acuerdo con lo expuesto al inicio de este trabajo, para que un director o gerente se sienta compelido a cumplir con sus deberes fiduciaros, el castigo esperado debe ser superior a las ganancias derivadas de una infracción. Este marco conceptual plantea un conjunto de dificultades metodológicas⁵². Sin embargo, una manera sencilla de evitarlas consiste

⁴⁹ Los conglomerados no sólo representan a las compañías más grandes y estables del país sino, también, a familias tradicionales de empresarios con fuertes conexiones políticas. Véase, por ejemplo, Hugo FAZIO, *La transnacionalización de la economía chilena: mapa de la extrema riqueza al año 2000* y María Oivía, MONCKEBERG, *El saqueo de los grupos económicos al Estado chileno*.

⁵⁰ Véase LANDES & POSNER, *op. cit.*, pp. 16-24.

⁵¹ Susan ROSE-ACKERMAN, "Reforming Public Bureaucracy through Economic Incentives?", p. 140.

⁵² Para empezar, estimar el castigo esperado por las personas investigadas por la SVS, exigiría determinar cuál era la probabilidad conjunta de detección y condena. Ello no

en centrar el análisis únicamente en las ganancias obtenidas por los infractores y la magnitud del castigo que experimentaron de modo efectivo. El cociente entre ambas cantidades ofrece información suficiente para discutir, tanto el nivel general de disuasión, como la importancia relativa de las multas impuestas por la SVS.

En la tabla N° 4 se muestran los resultados obtenidos con este enfoque. Las ganancias derivadas del ilícito son consideradas como un flujo de caja positivo para el infractor, mientras que las cantidades entre paréntesis son consideradas como un costo o flujo de caja negativo. Esta información también se presenta resumida en dos cocientes: el cociente “multa” corresponde a la estimación de las ganancias ilícitas dividida por la magnitud de la multa, mientras que el “total” también corresponde a las ganancias ilícitas, pero en esta ocasión divididas por la suma de los distintos costos que habrían enfrentado los infractores a consecuencia del litigio⁵³.

La estimación de las ganancias exigió reducir el número de casos en la muestra y desagregarlos en el ámbito individual⁵⁴. Como resultado quedaron veintidós procesos sancionatorios, seis de los cuales corresponden a Pehuenche y comprenden situaciones idénticas entre los distintos

solamente envuelve un ejercicio contrafáctico sino que supone discutir la plausibilidad de una serie de supuestos sobre la aversión al riesgo y la capacidad cognitiva de los involucrados. Una discusión más detallada sobre estos tópicos puede encontrarse en el intercambio de ideas entre Richard A. POSNER, “Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law” y Christine JOLLS, Robert SUNSTEIN & Richard THALER, “A Behavioral Approach to Law and Economics”.

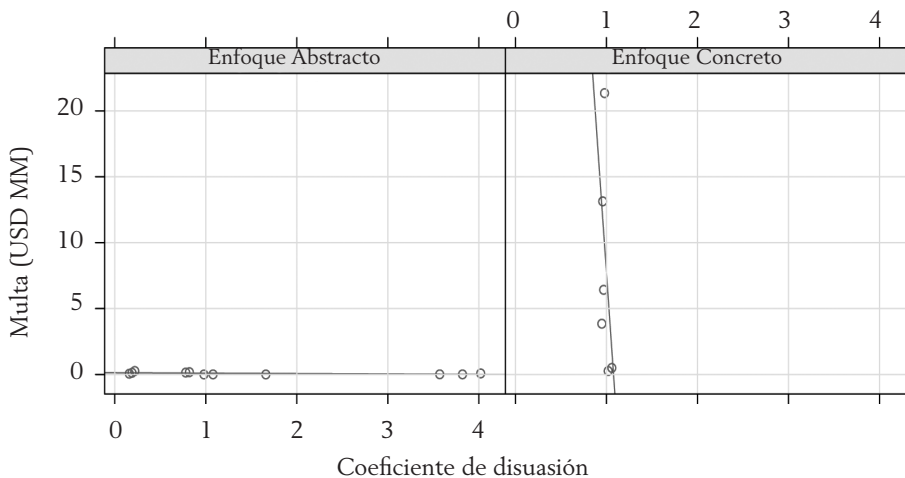
⁵³ El primer elemento de esta suma corresponde a los costos de litigio, que fue estimado extrapolando los datos del estudio UNIVERSIDAD DE CHILE, FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS, *Estudio aranceles Defensoría Penal Pública de Chile*. La extrapolación se funda en que los aranceles de la Defensoría Penal Pública son estimados considerando la duración esperada de un juicio penal, la cual sería alrededor de cinco veces inferior a la de un juicio civil –José Francisco GARCÍA y Francisco Javier LETURIA, “Justicia civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma”, p. 351, n. 13–. El mismo procedimiento se utilizó para valorar las multas y juicios relacionados, obtenidos a partir de búsquedas en la base de datos del Poder Judicial utilizando el RUT de los involucrados. Los resultados fueron dos multas sobre infracciones a la regulación sobre hechos esenciales en Chispas, quince demandas de accionistas concentradas en Chispas, Campos y Schwager, así como un juicio criminal en Schwager y dos procesos de arbitraje en FASA y Pehuenche. Finalmente, se consideró si las consecuencias del ilícito fueron mitigadas y si los acusados fueron removidos de su cargo en la compañía –Roberta ROMANO, “The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?”, pp. 70-83.

⁵⁴ En particular, se descartaron aquellos casos donde no se aplicaron sanciones o, bien, la ilicitud de la conducta se encontraba pendiente de resolución ante los tribunales. En razón de lo primero fueron descartados íntegramente Terra, SQM, Móvil, París y CAP. En razón de lo segundo se descartó La Polar, así como ciertas resoluciones en FASA y Schwager.

sancionados⁵⁵. Con relación a los procesos sancionatorios vinculados a Chispas y Campos, las ganancias fueron determinadas tomando en cuenta la cantidad de dinero recibida por los infractores durante el proceso de toma de control, y descontando el valor de mercado del activo subyacente⁵⁶. Tratándose de las sanciones en Schwager, la infracción comprendía la venta de valores con información privilegiada, y por ello, la estimación se realizó determinando los retornos anormales con un estudio de eventos.

Panel D:
Estimando el retorno de los ilícitos

Figura 5
Enfoque sancionatorio y nivel de disuasión



Esta figura muestra la relación entre el tipo de enfoque sancionatorio, la magnitud de las multas (eje vertical) y el nivel de disuasión generado (eje horizontal). Cada punto representa a un individuo sancionado y la línea de tendencia fue estimada con una

⁵⁵ En este caso, la infracción se refería al precio de transferencia en un contrato de suministro entre Pehuenche y su sociedad matriz. Ninguno de los directores sancionados tenía una participación relevante en estas sociedades. No obstante, considerando que actuaban simultáneamente como directores de la empresa filial y gerentes de la empresa matriz, y que ninguno de ellos fue despedido como consecuencia de la multa impuesta por la SVS, se consideró como ganancia ilícita las remuneraciones recibidas en calidad de directores. Esos valores se estimaron siguiendo el mismo procedimiento utilizado para valorar el costo de una remoción, esto es, considerando una anualidad de cinco años y según el promedio de las remuneraciones consignadas en la memoria anual para el período correspondiente. Véase supra, n. 50.

⁵⁶ Atendido que en ambos casos se transfirió un paquete de acciones inferior al necesario para adquirir el control, su valor se determinó según la cotización bursátil para el período correspondiente. Véase NUÑEZ y PARDOW, *op. cit.*, pp. 257-266.

regresión lineal simple. En la derecha aparecen los casos resueltos con un enfoque abstracto y en la izquierda los resueltos con uno concreto.

Tabla 4
Nivel de disuasión alcanzado por la SVS

Caso	Acusado	Ganancia (USD M)	Multa (USD M)	Otros (USD M)	Cuocientes Multa Total
Chispas	Fernando Mackenna	\$59.027,0	\$(13.138,1)	\$(48.528,1)	4,49 0,96
Chispas	José Yuraszeck	\$95.918,9	\$(21.349,4)	\$(76.584,2)	4,49 0,98
Chispas	Marcos Zylberberg	\$95.918,9	\$(21.349,4)	\$(76.515,4)	4,49 0,98
Chispas	Eduardo Gardella	\$17.708,1	\$(3.856,1)	\$(14.77,2)	4,59 0,95
Chispas	Arsenio Molina	\$29.513,5	\$(6.426,9)	\$(25.360,1)	4,59 0,97
Chispas	Marcelo Brito	\$29.513,5	\$(6.426,9)	\$(25.360,1)	4,59 0,97
Campos	Félix Bacigalupo	\$ 397,0	\$(11,4)	\$(354,9)	34,82 1,08
Campos	José I. Letamenti	\$ 397,0	\$(5,7)	\$(233,5)	69,65 1,66
Campos	Juan Obach	\$ 397,0	\$(5,7)	\$(401,3)	69,65 0,98
ESSBIO	Juan Dieguez	\$ 856,8	\$(180,1)	\$(870,6)	4,76 0,82
ESSBIO	Eduardo Verdugo	\$ 316,4	\$(150,1)	\$(253,9)	2,11 0,78
SCH	Jacobo Kravetz	\$ 1.730,1	\$(501,4)	\$(1.132,2)	3,45 1,06
SCH	Gabriel Urenda	\$ 298,8	\$(267,4)	\$(26,7)	1,12 1,02
SCH	Francisco Zegers	\$ 45,3	\$(133,7)	\$(108,4)	0,34 0,19
FASA	Alejandro Roseblatt	\$ 515,0	\$(83,7)	\$(44,2)	6,15 4,03
FASA	Jose Codner	\$ 386,3	\$(62,8)	\$(2.406,0)	6,15 0,16
PCH	Claudio Igleis y otros	\$ 233,9	\$(17,2)	\$(48,2)	13,60 3,58

77

Esta tabla presenta una estimación del nivel de disuasión en casos sobre deberes de lealtad. Para ello se utilizó la información de los expedientes respectivos, así como el análisis realizado por Fernando Lefort y Teodoro Wigodski, David Nuñez y Diego Pardow, Clemente Dougnac y Osvaldo Lagos⁵⁷.

En ESSBIO la infracción consistió en un *tunneling* vertical, donde la propia SVS observó que el prestador del servicio realizó una serie de pagos a la sociedad matriz, a cambio de la adjudicación de un conjunto de contratos por parte de ESSBIO cuyo precio excedía los valores de mercado. Por último, en FASA también fue la propia SVS quien observó el conflicto de intereses que tenían el gerente general y el presidente del directorio al momento de aprobar el acuerdo con la Fiscalía Nacional Económica, ya que ambos podrían haber sido condenados de manera solidaria por las autoridades de Libre Competencia. En ambos casos, ésta fue la información utilizada para estimar las ganancias ilícitas⁵⁸.

⁵⁷ LEFORT y WIGODSKI, *op. cit.*; NUÑEZ y PARDOW, *op. cit.*; DOUGNAC, *op. cit.* y LAGOS, “El daño...”, *op. cit.*

⁵⁸ Con relación a FASA, se consideró como una ganancia ilícita la disminución en la exposición al riesgo de ser sancionado por las autoridades de Libre Competencia. Para

Este enfoque contrasta con lo que hizo la SVS, quien pese a observar estas circunstancias, sólo las utilizó como un argumento adicional acerca de la gravedad de la infracción. Lo mismo sucedió en Campos y Pehuenche, pese a observar que la existencia de un conflicto de interés era plausible, la SVS decidió enfocarse en infracciones formales respecto del procedimiento de aprobación en el directorio y valorar la multa conforme a una apreciación en *abstracto* acerca de la gravedad de la infracción. Al contrario, en Chispas y Schwager la SVS realizó un análisis similar al aquí propuesto, determinando la multa conforme a una valoración en *concreto* de las ganancias obtenidas por los infractores.

Según se muestra en la figura N° 5, esta diferencia de enfoque tiene una influencia decisiva en el nivel de disuasión obtenido. En las sanciones valoradas usando un enfoque abstracto, el cociente total varía de manera significativa, con valores entre 0,16 y 4,03. Por su parte, la magnitud de las multas contribuye relativamente poco para lograr ese nivel de disuasión, lo que se ilustra en la sección izquierda de la figura mediante una línea de tendencia plana. Al contrario, en las sanciones donde se adoptó un enfoque concreto, el cociente de disuasión tiende a ser menos variable y la contribución de la multa mayor. En consecuencia, el nivel de disuasión y la magnitud de la multa demuestran una correlación negativa, lo que se ilustra en la sección derecha de la figura mediante una línea de tendencia decreciente.

78

Al igual que con la sección anterior, la evidencia presentada podría interpretarse como una crítica más severa a nuestro sistema de fiscalización. En particular, un cociente superior o cercano a la unidad implicaría que la reincidencia es una opción racional, con independencia de la probabilidad de detección y castigo. Sin embargo, la muestra de casos es incluso más pequeña y las estimaciones están lejos de ser exactas. Antes que una evaluación de estas cantidades en términos absolutos, lo interesante es la conexión entre el enfoque sancionatorio y el resultado obtenido. En la mayoría de los casos, la SVS adoptó un enfoque abstracto y la variación en los niveles de disuasión refleja el problema de incentivos que destaca la literatura. En contraste, cuando la SVS se comportó de manera similar a una víctima, esto es, realizando una valoración en concreto de las ganancias asociadas al ilícito, los resultados fueron sustancialmente mejores.

ello, la multa solicitada por la Fiscalía Nacional Económica se multiplicó por la frecuencia histórica con la que se ha hecho efectiva la responsabilidad solidaria de directores y gerentes, utilizando la base de datos electrónica del Tribunal de la Libre Competencia. La frecuencia obtenida fue similar tanto para casos de colusión de precios (7,69%), como para la generalidad de los casos resueltos en esa sede (7,28%).

6. Conclusiones

El informe de la Cámara de Diputados acerca del caso La Polar concluye que nuestra regulación sobre sociedades anónimas y mercado de valores debe aumentar su nivel de disuasión, para lo cual propone fortalecer los mecanismos de fiscalización y aumentar la severidad de las sanciones. A la luz de las investigaciones de la SVS en casos sobre infracciones a los deberes fiduciarios, el diagnóstico resulta acertado. Sin embargo, los mecanismos propuestos no parecen apuntar en la dirección correcta.

El éxito de un sistema de fiscalización no descansa sólo en la fortaleza de sus órganos de fiscalización o en la severidad nominal de sus sanciones. En el margen extensivo, el sistema de fiscalización debe lograr que los distintos agentes que participan en el mercado de valores se involucren en la detección de infracciones. Aumentar los recursos de la SVS podría contribuir a lograr este objetivo, pero únicamente si estos nuevos recursos son utilizados con ingenio. En este sentido, el Derecho Comparado muestra que los programas de delación compensada y de recompensa a informantes pueden cumplir un papel importante.

En el margen intensivo, un incremento en la severidad nominal de las sanciones no es garantía de mayor disuasión, en particular si las multas continúan siendo determinadas con una valoración en abstracto acerca de la gravedad de la conducta. La SVS podría mejorar su desempeño valorando, en concreto, las ganancias asociadas a la comisión del ilícito. No obstante, es difícil que los organismos públicos puedan sustituir el papel de las víctimas, por lo que seguirá siendo necesario mejorar las reglas sobre acciones derivativas y acciones de clase.

79

Bibliografía

- AGOSIN, Manuel y Ernesto Pasten, "Corporate Governance in Chile", en *Documento de Trabajo*, N° 209, Santiago, Banco Central de Chile, 2003.
- ALCALDE, Enrique, *La sociedad anónima: autonomía privada, interés social y conflictos de interés*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- BAINBRIDGE, Stephen M., *The New Corporate Governance in Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- BECKER, Gary Stanley, "Crime and Punishment: An Economic Approach", in *Journal of Political Economy*, vol. 76, N° 2, Chicago, 1968.
- BECKER, Gary Stanley & George Joseph STIGLER, "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers", in *Journal of Legal Studies*, vol. 3, ciudad, 1974.

- BOWEN, Robert, Andrew CALL & Shiva RAJGOPAL, “Whistle-Blowing: Target Firm Characteristics and Economic Consequences”, in *The Accounting Review*, vol. 85, N° 4, Washington, 2010.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, COMISIÓN DE ECONOMÍA, FOMENTO Y DESARROLLO, CONSTITUIDA EN ESPECIAL INVESTIGADORA, *Informe sobre la crisis financiera provocada por las malas prácticas crediticias de la empresa La Polar, 6 de octubre de 2011*. (Informe La Polar).
- COFFEE, John C., “Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and its Implementation”, in *Columbia Law Review*, vol. 106, New York, 2006.
- COOTER, Robert, & Thomas ULEN, *Law & Economics*, Boston, Addison-Wesley, 2011.
- COX, James D., Randall S. THOMAS & Dana KIKU, “SEC Enforcement Heuristics: An Empirical Inquiry”, in *Duke Law Journal*, vol. 53, N° 2, Durham, 2003.
- COX, James D., Randall S. THOMAS & Dana KIKU, “Public and Private Enforcement of the Securities Laws: Have Things Changed Since ENRON”, in *Notre Dame Law Review*, N° 80, Notre Dame, Indiana, 2004.
- CHEFFINS, Brian & Bernard BLACK, “Outside Director Liability Across Countries”, in *Texas Law Review*, vol. 84, Austin, Texas, 2006.
- DAVIS, Kenneth B., “The Forgotten Derivative Suit”, in *Vanderbilt Law Review*, vol. 61, Vanderbilt, Texas, 2008.
- 80 DÍAZ, Roberto, *La regulación de los conflictos de interés de los directores como una medida de protección a los accionistas minoritarios en la sociedad anónima*, tesis de magíster, Santiago, Universidad de Chile, 2009.
- DOUGNAC, Clemente, “Potestad sancionadora de la Superintendencia de Valores y Seguros, persecución penal en la Ley de Mercado de Valores chilena y el principio de non bis in idem”, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, N° 32, Madrid, 2011.
- FAZIO, Hugo, *La transnacionalización de la economía chilena: mapa de la extrema riqueza al año 2000*, Santiago, LOM Ediciones, 2000.
- GARCÍA, José Francisco y Francisco Javier LETURIA, “Justicia civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 2, Santiago, 2006.
- GASPAR, José Antonio, Extensión de la obligación de diligencia y cuidado de los directores de sociedades anónimas: comentario a resoluciones exentas de la SVS N°s 854 a 861 de 2009”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, Santiago, julio 2011.
- GASPAR, José Antonio, “Motivación de la solicitud de accionistas para citar a junta de accionistas: comentario a oficios ordinarios de la SVS N° 2827 de 18 de febrero de 2010 y N° 3209 de 26 de febrero de 2010”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, Santiago, julio 2011.
- HACHETTE, Dominique, “Privatizaciones: reforma estructural pero inconclusa”, en Felipe LARRAÍN y Rodrigo VERGARA (eds.), *La transformación económica de Chile*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2000.

- HANSMANN, Henry & Reinier KRAAKMAN, "The End of History for Corporate Law", in *Georgetown Law Journal*, vol. 89, Wahington, 2000.
- HAYEK, Federick, "The Use of Knowledge in Society", in *The American Economic Review*, vol. 35, N° 4, ciudad, 1945.
- IGLESIAS, Augusto, "Pension Reform and Corporate Governance: Impact in Chile", in *Revista ABANTE*, vol. 3, N° 1, Santiago, 2000.
- ISLAS, Gonzalo, "Gobierno corporativo: teoría económica, principios de la OCDE y la ley 20.382", en Javier WILENMANN (ed.), *Gobiernos corporativos: aspectos esenciales de las reformas a su regulación*, Santiago, Legal Publishing. 2011.
- JOHNSON, Simon, Rafael LA PORTA, Florencio LÓPEZ-DE SILANES & Andrés SHLEIFER, "Tunnelling", in *Working Paper*, N° 7523, ciudad, National Bureau of Economic Research, 2000.
- JOLLS, Christine, Robert SUNSTEIN & Richard THALER, "A Behavioral Approach to Law and Economics", in *Stanford Law Review*, vol. 7, Stanford, 1998.
- KRAAKMAN, Reinier, Henry HANSMANN, Paul DAVIES, Gérard HERTIG, Klaus HOPT, Hideki KANDA & Eduardo ROCK, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- LAGOS, Osvaldo, "El daño imputable al accionista o al director infractores como límite a la responsabilidad civil en conflictos de sociedades cotizadas", en *Estudios Derecho Civil*, N° 4, Santiago, 2011.
- LANDES, William M. & Richard A. POSNER, "The Private Enforcement of Law", in *Journal of Legal Studies*, vol. 4, N° 1, Chicago, 1975.
- LA PORTA, Rafael, Florencio LÓPEZ-DE-SILANES y Andrés SHLEIFER, "The Economic Consequences of Legal Origins", in *Journal of Economic Literature*, vol. 46, N° 2, ciudad, 2008.
- LA PORTA, Rafael, Florencio LÓPEZ-DE-SILANES y Andrés SHLEIFER, "What works in securities laws?", in *The Journal of Finance*, vol. 61, N° 1, ciudad, 2006.
- LEFORT, Fernando and Eduardo WALKER, "Chilean Financial Markets and Corporate Structure", completar datos editoriales, 2007.
- LEFORT, Fernando & Eduardo WALKER, "Do Markets Penalize Agency Conflicts Between Controlling and Minority Shareholders? Evidence from Chile", in *The Developing Economies*, vol. 45, N° 3, ciudad, 2007.
- LEFORT, Fernando & Eduardo WALKER, "Ownership and Capital Structure of Chilean Conglomerates: Facts and Hypotheses for Governance", in *Revista ABANTE*, vol. 3, N° 1, Santiago, 1999.
- LEFORT, Fernando y Teodoro WIGODSKI, *Una mirada al gobierno corporativo en Chile: casos emblemáticos*, Santiago, Universidad Católica Ediciones, 2008.
- MAILUF, Nicolás, Nureya ABARCA, Darío RODRÍGUEZ & Luis FUENTES, "Governance and Ownership Structure in Chilean Economic Groups", in *Revista ABANTE*, vol. 1, N° 1, Santiago, 1998.
- MONCKEBERG, María Olivia, *El saqueo de los grupos económicos al Estado chileno*, Santiago, Ediciones B, Grupo Zeta, 2001.

- MINISTERIO HACIENDA, *Informe Comisión de Reforma a la Supervisión y Regulación Financiera*, Santiago, 7 de abril de 2011.
- MONTT, Santiago, “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas”, en *Documentos de Trabajo*, N° 1, Santiago, Centro de Regulación y Competencia, 2009.
- NÚÑEZ, David y Diego G. PARDOW, “¿Por qué no demandan los accionistas? El problema de las costas en la acción derivativa”, en *Revista Estudios Públicos*, N° 118, Santiago, 2010.
- PARDOW, Diego G., “La desgracia de lo ajeno”, en *Estudios Derecho Civil*, N° 4, Santiago, 2009.
- PARDOW, Diego G., “Potestades de administración y deberes fiduciarios”, en *Estudios Derecho Civil*, vol. 2, Santiago, 2007.
- PARISI, Franco & Gonzalo YAÑEZ, “The Deal of the Century in Chile Endesa España’s Takeover of Enersis”, in *International Review of Financial Analysis*, vol. 9, N° 1, Birminghams, 2000.
- PFEFFER, Francisco, “El concepto de control societario, la administración de la sociedad anónima, los conflictos de interés y la potestad punitiva de la superintendencia de valores y seguros en el contexto del denominado ‘caso Chispas’”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, Santiago, 2005.
- POLINSKY, Mitchell & Steven SHAVELL, “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, in *Journal of Economic Literature*, vol. 38, N° 1, ciudad, 2000.
- POSNER, Richard A., “Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law”, in *Stanford Law Review*, vol. ?, Stanford, 1998.
- RIED, José Miguel, “El caso Almacenes París, algunas consideraciones en torno al concepto de oferta pública de valores”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 1, Santiago, 2006.
- RODRÍGUEZ, Pablo, “La sentencia del caso Chispas. Un error judicial”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 3, Santiago, 2005.
- ROE, Mark & Howell JACKSON, “Public and private enforcement of securities laws: Resource-based evidence”, in *Journal of Financial Economics*, vol. 93, N° 2, ciudad, 2009.
- ROLAND, Gérard, “Corporate Governance and Restructuring: Lessons from Transition Economies”, in *Annual world bank conference on development economics 2000*, Washington, 2001.
- ROMANO, Roberta, “The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation?”, in *Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 7, N° 1, Oxford, 1991.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, “Reforming Public Bureaucracy through Economic Incentives?”, in *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 2, N° 1, Oxford, 1986.
- SCHULTZE, Charles, *The Public Use of Private Interest*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 1977, vol. 1976.
- STIGLER, George J., “The Optimum Enforcement of Laws”, in *The Journal of Political Economy*, vol. 78, N° 3, Chicago, 1970.

UNIVERSIDAD DE CHILE, FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS,
Estudio aranceles Defensoría Penal Pública de Chile, Santiago Facultad de
Ciencias Económicas y Administrativas, 2002.

ZINGALES, Luigi, Alexander DYCK & Adair MORSE, "Who Blows the Whistle on
Corporate Fraud?", in *ECGI-Finance Working Paper*, vol. 156, Cambridge, 2007.

BREVE ANÁLISIS SOBRE LA EVOLUCIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN CHILE

BRIEF LEGAL ANALYSIS OF THE EVOLUTION OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO EDUCATION AND FREEDOM OF EDUCATION IN CHILE

*Juan Andrés González Tugás**

Resumen

Este artículo describe de manera breve y concisa la evolución jurídico-constitucional de la libertad de enseñanza y el derecho a la educación en Chile. Con tal propósito el trabajo se divide en siete partes: 1. La educación en la etapa india. 2. La educación bajo los primeros regímenes constitucionales del Chile independiente. 3. La educación y la libertad de enseñanza en las constituciones de 1828 y 1833. 4. El derecho a la educación y la libertad de enseñanza según la Carta de 1925. 5. La forma en que fueron recogidos ambos derechos en la Constitución de 1980. 6. El marco legal. 7. La búsqueda de equilibrios. Por último, el trabajo aporta algunas conclusiones sobre el alcance y contenido de ambos derechos en la Constitución.

85

Palabras clave: derecho a la educación, libertad de enseñanza, institucionalidad educativa, calidad de la educación, equilibrio y consenso.

Abstract

This article describes briefly and concisely the legal and constitutional evolution of academic freedom and the right to education in Chile. The paper is divided in seven parts: 1. Education in the indian period. 2. The

* Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y magister en Derecho Público con mención Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente es doctorando por la Universidad de los Andes. Dirección postal: San Carlos de Apoquindo 2200, Santiago, Chile. Artículo recibido el 28 de mayo de 2012 y aceptado para su publicación el 28 de agosto de 2012. Correo electrónico gzonzalez5@miuandes.cl

education under the first Chilean constitutions. 3. The education and academic freedom in the Constitutions of 1828 and 1833. 4. The right to education and freedom of education in 1925 Constitution. 5. The right to education and freedom of education in 1980 Constitution. 6. The legislative development of both rights. 7. The search for balance. Finally, the article provides some conclusions about the scope and content of these rights in the Constitution.

Key words: right to education, academic freedom, institutional system of education, quality of education, balances and consensus.

I. *Presentación*

La historia de ciertos conceptos vista desde la dogmática jurídico-constitucional nos permite apreciar con mayor amplitud la naturaleza, sentido y alcance de los derechos y libertades.

Bajo esta premisa el presente artículo desarrolla, de manera breve y razonada, el derecho a la educación, entendido como marco de acción programática de la política estatal, y la libertad de enseñanza, considerada como facultad de los particulares para abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales (cualquiera sea la modalidad y nivel de instrucción que se quiera impartir) y la autonomía académica para impartir la enseñanza sin injerencias externas.

Para tal efecto el artículo distingue siete etapas en la historia de Chile sobre las cuales se van configurando la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Estas etapas son: la educación en la etapa indiana; la educación bajo los primeros regímenes constitucionales; la educación y la libertad de enseñanza en las constituciones de 1828 y 1833; el derecho a la educación y la libertad de enseñanza según la carta de 1925 y la forma en que son dispuestos por la Constitución de 1980.

Por último se describe el marco legal vigente dentro del cual se insertan ambas normas y da cuenta de los consensos y equilibrios que existen al interior de la comunidad política, a propósito de la implementación de un modelo educacional justo, equitativo y de calidad.

II. *La educación durante el período indiano*

A primera vista, la Corona española manifiesta escaso interés por el desarrollo de la tarea educativa en las colonias de América. Sin embargo,

esta mirada nos parece errada. En efecto, ya desde sus inicios la casa real de Habsburgo imparte una serie de directrices encaminadas no sólo a la conquista del territorio americano sino, también, a la formación y robustecimiento del conocimiento de la población. Dicho esfuerzo se descontextualiza si dejamos de lado la activa participación de la Iglesia Católica en el proceso educativo.

Podríamos afirmar que la educación durante los primeros años del coloniaje se desarrolla desde tres ángulos:

- primero, como divulgación del conocimiento humano,
- segundo, como labor catequística y evangelizadora de la Iglesia, y
- tercero, como estrategia de anexión y dominación militar de los nuevos espacios territoriales de la Corona.

En este escenario la Junta Magna convocada por Felipe II en 1568, siguiendo la norma impuesta por Isabel la Católica en 1503, decide acelerar la instalación de escuelas en cada poblado a fin de impartir la enseñanza de la doctrina católica, la lectura y escritura en castellano, el canto, la música, la danza y algunos oficios¹.

Desde el punto de vista de los medios y recursos materiales disponibles, la educación es elemental y precaria. Aparte de los primeros establecimientos conventuales, la enseñanza se imparte en casas de humildes maestros. Los libros impresos escasean y el número de alumnos primarios de escuelas oficiales a mitad de siglo XVII no supera las ciento ochenta y siete plazas. Bajo este contexto se circunscriben los esfuerzos de Pedro Hernández de Paterna y Alonso Escudero para el desarrollo de las primeras escuelas; el primero enseñando letras a los “mochachones” y el segundo dictando clases a niños aborígenes².

En educación secundaria y superior la realidad no es muy diferente a lo que era la enseñanza primaria. La educación estaba en manos de congregaciones para la formación de novicios. Su objetivo era la enseñanza de la Gramática, las Humanidades, la Filosofía y la Moral.

Durante la dinastía de los Borbones, en particular bajo el despotismo ilustrado de Fernando VI y Carlos III, el escenario educativo y cultural de la sociedad chilena pareciera experimentar un cambio significativo.

El nuevo estilo impuesto por los reyes borbones Felipe V (1700-1746), Fernando VI (1746-1759) y Carlos III (1759-1788), modifica el régimen de organización administrativa en diferentes órdenes de materias, como es el caso de la construcción de obras públicas y la fundación de ciudades.

¹ Marcial SÁNCHEZ GAETE (dir.), “La educación en el Chile colonial”, p. 162.

² FRANCISCO ENCINA, Leopoldo CASTEDO, *Historia de Chile*, t. I, p. 81.

Asimismo, el desarrollo del comercio y las ideas ilustradas del Renacimiento caracterizadas por el reconocimiento de los derechos de igualdad, libertad y propiedad, cambian la fisonomía de la sociedad chilena. En efecto, durante este período los virreyes y gobernadores “no se limitaban a hacer circular los libros que recomendaba el rey”, sino que también fomentan la publicación de periódicos destinados a propagar el conocimiento literario, científico e industrial que se creía útil para los americanos.

Muy relacionado al esfuerzo de promoción del conocimiento fue la labor de la orden mercedaria, de la Compañía de Jesús, de los dominicos, de los agustinos y de los franciscanos³.

De esta manera, los mercedarios sostienen escuelas primarias desde 1612 en Chimbarongo y desde 1740 en Curicó. Los jesuitas desde 1613 en Castro y Achao, desde 1647 en Valdivia y, a partir de 1740 hasta 1767, en San Felipe⁴. Los franciscanos en 1622 instalan en Quillota su primera escuela (antes de que esa localidad fuese fundada como ciudad), luego en Malloa, Copiapó, La Serena, Santiago, El Monte, Curicó, Chillán, Arauco, Santa Bárbara, Castro, San Pedro de Alcántara de la Costa, en el río Mataquito. En 1696 imparten la doctrina a los nativos de Curimón, cerca de San Fernando. En San José de Bellavista, en Curicó y en Talca desde 1746 mantienen escuelas de primeras letras. Los dominicos tienen escuelas desde 1676 en Santiago y en sectores aledaños, a fines del siglo XVIII en Valparaíso, y a partir de 1566 imparten clases en conventos de Concepción, de Villarrica (1568), de Valdivia y Osorno (1569). Por último, los agustinos, que al momento de ser ordenados como presbíteros recibían el título de Predicador y Confesor de Indios y Mulatos, instruyen desde 1595 en sus conventos de Santiago, desde 1627 en Ñuñoa, Longotoma, Ribera del Maule, Concepción de Penco, Valdivia, Millaola, Perquilauquén, Cauquenes, Talca, Rapel, Alhué, La Chimba, Putaendo y Valparaíso⁵.

En lo que respecta a la educación secundaria, fray Antonio de San Miguel, obispo de Imperial, funda en 1583 el Seminario, institución con-

³ En referencia a la cita de Diego Barros Arana, ENCINA y CASTEDO, *op. cit.*, p. 449.

⁴ La expulsión de los jesuitas provocó un debilitamiento de la red educacional eclesiástica en todo el país, a tal punto que no pudo ser subsanado por el Estado, sino con mucha posterioridad durante la Independencia. Al momento de la expulsión, la Compañía de Jesús sostenía el convictorio de San Francisco Javier en Santiago, el de San José en Concepción y diez colegios a lo largo de Chile en los que se impartía enseñanza de primeras letras y secundaria. Todo lo anterior sin contar con las residencias, misiones y haciendas que poseían escuelas de primeras letras. El vacío educacional que provoca la expulsión obliga a la autoridad civil y a los cabildos a asumir nuevas responsabilidades, en algunos casos de manera muy precaria. Sol SERRANO, *Estado, universidad y profesiones en Chile. 1842-1879*, vol. 1, pp. 23-25.

⁵ SÁNCHEZ GAETE, *op. cit.*, pp. 162-163.

siderada el primer colegio de enseñanza secundaria del país (destruida por la sublevación indígena de 1598 junto a siete ciudades). A su vez, la Compañía de Jesús funda en 1652 el colegio de Buena Esperanza en Arauco (destruido por la sublevación indígena de 1655 y reabierto en 1666), en 1662 el colegio de Castro, en 1657 el de La Serena (cerrado en 1662 y reabierto en 1672), en 1678 el colegio San Pablo de Santiago, en 1683 los de Concepción y Mendoza y en 1728 el de Quillota (establecimientos que son atendidos por la Compañías de Jesús hasta su expulsión en 1767). Con igual propósito, los agustinos imparten educación gratuita de Gramática, Artes y Teología a partir de 1596⁶.

En cuanto a educación superior, son pioneros los dominicos, franciscanos y jesuitas. Los primeros imparten Filosofía y Teología desde 1589 y en 1613 sus clases se hacen extensivas a todo el clero⁷. En 1622 se funda la Universidad Pontificia de Estudio General Santo Tomás de Aquino, ubicada en lo que hoy es el convento dominico de Nuestra Señora del Rosario –casa de estudio que en 1738 se transforma en la Real Universidad de San Felipe–. Los franciscanos, por su parte, construyen en 1678 el colegio San Diego de Alcalá –en cuyas dependencias se edifica el Instituto Nacional–. Por último, los jesuitas en 1611 fundan el convictorio San Francisco Javier, entidad que concitaría el favor de la aristocracia criolla.

Igualmente, fueron significativos los esfuerzos de la Iglesia destinados a impartir instrucción en la población indígena. De esta manera, siguiendo las directrices prescritas por la real cédula de 6 de febrero de 1774, por la que Carlos III encomienda “la defensa y protección de los indios de aquella tierra, su instrucción y conversión”⁸, los franciscanos fundan el Colegio o Seminario de Naturales⁹. A dichas experiencias se suman –de

⁶ SÁNCHEZ GAETE, *op. cit.*, pp. 163-164.

⁷ En 1685 el Papa autoriza a la orden de Santo Domingo la concesión de grados académicos en Teología y Filosofía hasta que en Chile exista una universidad de estudios generales. Esta situación provocó una controversia con la Compañía de Jesús. En 1700 la Real Audiencia expresa que no hay razón para dejar sin efecto la bula pontificia. Lo que vendría a ser el primer conflicto en materia educacional termina en 1747 con la creación de la Universidad Real de San Felipe.

⁸ La real cédula de 1774 encomienda a los provinciales franciscanos y dominicos “la defensa y protección de los indios de aquella tierra [en] su instrucción y conversión a nuestra fe católica”. Será esta cédula la que aprueba el informe de Manuel Amat, virrey de Perú, que dictamina los medios para pacificar la Araucanía, entre ellos la educación y formación de la población indígena como agentes culturales. SÁNCHEZ GAETE, *op. cit.*, pp. 166-170.

⁹ Con el transcurrir del tiempo el Colegio de Naturales es denominado de variadas formas: Colegio Araucano Carolino de Naturales; Colegio de San Carlos; Real Seminario Carolino de Naturales; Real Colegio Ambrosiano de San Carlos; Convictorio Araucano Carolino; Colegio de Indios; Real Colegio de Naturales y Colegio de Caciquillos. SÁNCHEZ GAETE, *op. cit.*, p. 177.

manera aislada y sin continuidad—, diversas iniciativas a lo largo del país. Finalmente, a causa de las dificultades para obtener financiamiento y las reticencias que presenta la población indígena para recibir instrucción, esta modalidad de enseñanza no prospera y termina hacia fines de la Colonia y comienzos de la Independencia.

Con todo, la educación en Chile seguirá siendo limitada y precaria. Desde esta perspectiva es comprensible la cédula real de 1786, que ordena poner escuelas pías en parroquias y conventos¹⁰. Por lo mismo, también es atendible que a fines del siglo XVIII la enseñanza secundaria y superior sólo contara con el Seminario Conciliar (1608), el Convictorio Carolino (1778), el Convictorio Jesuita de San Francisco Javier (1611), la Academia de San Luis (1799)¹¹ y la Real Universidad de San Felipe (1738)¹².

III. La Educación bajo los primeros regímenes constitucionales

A partir de la recepción de las primeras ideas de la Ilustración, de la crisis económica sufrida a causa del monopolio y de la invasión napoleónica a la Península, la educación es percibida como un elemento crucial para el desarrollo de las políticas de emancipación y desarrollo. En esa dirección Camilo Henríquez, Juan Egaña y Manuel de Salas presentan al Congreso Legislativo de 1811 los primeros proyectos de reforma educacional. Mientras los trabajos de Camilo Henríquez y Manuel de Salas se hacen cargo del ideario revolucionario independentista¹³, la propuesta de Juan

90

¹⁰ SÁNCHEZ GAETE, *op. cit.*, p. 162.

¹¹ La creación de la Academia de San Luis se debe a los ingentes esfuerzos de Manuel de Salas, quien, a fines de 1799, logra su fundación con el apoyo económico del Tribunal del Consulado, del Cabildo y del Tribunal de Minería. Su objetivo era práctico y acotado: la enseñanza de Geometría, Aritmética, Dibujo, Agricultura, Comercio e Industria. Fue el primer establecimiento que enseñó idioma corriente y cursos de matemáticas aplicadas. Por último, cabe señalar que a pesar de su limitada influencia este proyecto representó —en vísperas de la Independencia— la apertura al pensamiento científico racionalista y el cambio de paradigma que asume la autoridad en materia educativa, a saber, el papel de agente transformador del sistema educativo. SERRANO, *op. cit.*, vol. 1, pp. 12-14.

¹² Para completar la enseñanza de Leyes y Medicina, la real cedula de 1738 autoriza la creación de la Universidad Real de San Felipe, plantel que es inaugurado en 1747 y que sólo a partir de 1758 comienza a impartir las cátedras de Gramática Latina, Filosofía, Legislación, Teología, Cánones, Matemáticas y Medicina. Desde 1782 asume la supervisión de la enseñanza en Chile, haciéndose cargo de la redacción de reglamentos de educación primaria y secundaria. Gonzalo IZQUIERDO FERNÁNDEZ, *Historia de Chile*, vol. 1, pp. 110-111.

¹³ En este sentido Camilo Henríquez afirma: “Entre las clases del estado llano y de la plebe se encontrarán las grandes reservas de talentos y un patriotismo desnudo de in-

Egaña analiza la educación desde una perspectiva teórica, tarea que será determinante para el desarrollo de la educación entre los años 1810 y 1820.

El entusiasmo que despierta el régimen revolucionario en materia educativa se plasma en el artículo 36 del Primer Proyecto de Constitución Política del Estado redactado por Juan Egaña:

“Los gobiernos deben cuidar de la educación e instrucción pública, como una de las primeras condiciones del pacto social. Todos los estados degeneran y perecen a proporción que se descuida la educación y faltan las costumbres que la sostienen y dan firmeza a los principios de cada gobierno. En fuerza de esta convicción, la ley se contraerá especialmente a dirigir la educación y las costumbres en todas las épocas de la vida del ciudadano...”¹⁴.

Convencido de este ideal programático, en 1812 José Miguel Carrera ordena a los conventos y cabildos abrir escuelas gratuitas de primeras letras para niños varones, mandato que se haría extensivo el 21 de agosto de ese mismo año a los conventos de monjas¹⁵. Con tal objetivo el preámbulo del decreto señalaba:

“Parecerá una paradoja en el mundo culto que la capital de Chile, poblada de más de cincuenta mil habitantes, no haya aún conocido una escuela de mujeres. Pero ya es preciso desmentir errores y sobre todo dar ejercicio a los claros talentos del sexo femenino; y para verificarlo con la docencia, religiosidad y buen éxito que se ha prometido el Gobierno, ordena que a ejemplo de lo que se ha hecho con los conventos regulares, destine cada monasterio en su patio de fuera o compases, una sala capaz para situar la enseñanza de niñas que deban aprender por principios la religión, a leer y escribir y los demás menesteres de una matrona, aplicando el ayuntamiento de sus fondos los salarios de maestras que bajo la dirección y clausura de cada monasterio sean capaces de llenar tan loable como indispensable objeto”¹⁶.

terés”. María Loreto EGAÑA BARAONA, *La educación primaria en el siglo XX en Chile, una práctica de política estatal*, p. 26.

¹⁴ SERRANO, *op. cit.*, vol. 1, p. 43.

¹⁵ Con el objetivo de fundar nuevas escuelas, difundir la enseñanza primaria y plantear la instrucción secundaria según el nuevo espíritu independentista, la Junta Gubernativa que preside José Miguel Carrera decreta a los cabildos y a los conventos la apertura de escuelas primarias para hombres. A su turno, el 21 de agosto de 1812 se ordena a los monasterios de monjas la creación de escuelas gratuitas para niñas pobres. El 27 de octubre se promulga el reglamento constitucional. Fernando CAMPOS HARRIET, *Historia constitucional de Chile, las instituciones políticas y sociales*, pp. 91-92, 388-389.

¹⁶ Fernando CAMPOS HARRIET, *Desarrollo educacional 1810-1860*, p. 12. No obstante lo visionario del preámbulo, la educación femenina experimenta en Chile un lento desarrollo. Así, el 5 enero de 1854 se decreta la fundación de la primera Escuela Normal de Preceptoras, cuyo único objetivo será formar docentes encargadas de “dirigir escuelas

El 18 de junio de 1813 la Junta Gobierno dicta la primera ley de instrucción primaria, denominada *Disposición fundamental sobre la materia*, poniendo énfasis en la responsabilidad del Estado para promover y desarrollar la labor de instrucción. Guiado por este propósito el artículo XX dispone: “Ninguno podrá enseñar en Chile sino en la forma dispuesta por este Reglamento”. Del mismo modo, y en referencia a la labor docente, destaca la

“importancia [del] ministerio, eximiéndolo de todo servicio militar y cargo concejiles y el Gobierno les tendrá presente para dispensarles una particular protección”¹⁷.

La norma crea, además, el cargo de Protector de la Enseñanza Primaria, y preside la apertura del Instituto Nacional.

Sobre esto último, el Plan de la Constitución del Estado de Chile de 1811 dispuso la creación de un gran Instituto para las ciencias, artes, oficios, instrucción militar, religiosa, ejercicios que den actividades, vigor, salud y cuanto pueda formar el carácter físico y moral del ciudadano.

Atendiendo los lineamientos del referido plan constitucional, en 1813 la Junta de Gobierno encargó a una comisión especial la formulación de un plan de educación nacional, que acuerda fundir en un solo establecimiento las entidades educativas más representativas de Santiago. Fue así como el 10 de agosto de ese año se inaugura el Instituto Nacional, entidad que agrupó el Convictorio Carolino, de formación humanista, la Academia de San Luis, de formación técnica, el Colegio de Naturales, de educación especial indígena, el Seminario Conciliar de Santiago y la Real Universidad de San Felipe¹⁸.

Consolidada la independencia, la Constitución Provisional de Bernardo O’Higgins de 1818 encomienda al Senado Conservador fomentar un régimen

primarias de mujeres en toda la República”. Dicha entidad estuvo a cargo de las religiosas del Sagrado Corazón de Jesús. A su vez, en 1865 se crea la primera escuela privada de niñas y recién en 1877 se establecen las primeras escuelas fiscales. En 1877, bajo la presidencia de Aníbal Pinto, Miguel Luis Amunátegui, ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, legisla para que las mujeres pudieran acceder a la educación superior. Karen FLATEN GASITÚA, Maríe, *Incorporación gradual del género femenino en la sociedad chilena. Primera Parte: La mujer ciudadana*, pp. 1-2.

¹⁷ Este precepto será la base jurídica de lo que más adelante entenderemos por Estado Docente: toda la función educativa a cargo del magisterio al amparo del Estado. CAMPOS HARRIET, *Historia...*, op. cit., pp. 388-389 y CAMPOS HARRIET, *Desarrollo...*, op. cit., p. 13.

¹⁸ El Instituto Nacional desempeña tres modalidades de enseñanza: como establecimiento de enseñanza primaria y secundaria; como establecimiento de enseñanza técnica, militar, física, normal y eclesiástica y como establecimiento de enseñanza universitaria. CAMPOS HARRIET, *Desarrollo...*, op. cit., p. 14; IZQUIERDO FERNÁNDEZ, op. cit., vol. 2, p. 276.

de educación pública¹⁹. Por esta razón en 1819 se crea el cargo de Protector de Escuelas y se dicta un reglamento de instrucción primaria que prescribe la enseñanza de la Lectura, Escritura, Matemática, Gramática, Castellano, Doctrina Cristiana y “nociones sobre el origen y objeto de la sociedad, derechos del hombre, y sus obligaciones hacia ella y el gobierno que la rige”²⁰.

En 1822 un nuevo reglamento delega en los conventos el mandato prescrito en 1813 de mantener y crear escuelas de primeras letras en las poblaciones de todo el país, estableciendo derechos y obligaciones con clara impronta social²¹.

La particularidad de la Constitución de 1822²² fue disponer un régimen de *educación pública uniforme*. A su vez, se insta al Congreso a dictar un *plan general de educación* destinado a uniformar el contenido de la enseñanza. Por su relevancia, transcribimos íntegro el contenido del texto constitucional en materia de educación:

“Artículo 230. La *educación pública* será *uniforme* en todas las escuelas, y se le dará toda la extensión posible en los ramos del saber, según lo permitan las circunstancias;

Artículo 231. Se procurará poner escuelas públicas de primeras letras en todas las poblaciones: en las que, a más de enseñarse a la juventud los principios de la religión, leer, escribir y contar, se les instruya en los deberes del hombre en sociedad;

Artículo 232. A este fin, el Director Supremo cuidará de que en todos los conventos de religiosos dentro y fuera de la capital, se fijen escuelas bajo el *Plan General de Educación* que dará el Congreso;

Artículo 233. La misma disposición del artículo anterior se observará en los monasterios de monjas para con las jóvenes que quieran concurrir a educarse en las escuelas públicas, que deben establecer;

Artículo 234. Se procurará conservar y adelantar el Instituto Nacional, cuidando el Supremo Director de sus progresos y del mejor orden, por cuantos medios estime convenientes”.

¹⁹ El programa de gobierno de Bernardo O’Higgins transita del antiguo al nuevo régimen, asumiendo desafíos en materia de política social, en las reformas al régimen administrativo organizacional y en la construcción de un sistema de educación pública. Para esto último ordena la fundación de escuelas primarias dependientes de los cabildos y la implementación de una política de control y fiscalización de las escuelas particulares existentes. Julio HEISE GONZÁLEZ, *Historia constitucional de Chile*, p. 36.

²⁰ IZQUIERDO FERNÁNDEZ, *op. cit.* vol. 2, p. 277.

²¹ CAMPOS HARRIET, *Historia...*, *op. cit.*, p. 389.

²² La Constitución de 30 de octubre de 1822 es proclamada poco después de la expulsión definitiva de los españoles en el sur del país luego de lo cual la opinión pública se inclina por instaurar un régimen democrático, sin limitaciones.

La Constitución de 1823, o Constitución Moralista de Egaña²³, incorpora dos novedades:

- dispone que la educación es “uno de los primeros deberes del Estado” y
- en materia orgánica, delega la función educativa en la administración comunal.

En síntesis, el texto constitucional contiene la educación en dos títulos: el XIX, sobre municipalidades y el XXII, sobre moralidad nacional. De esta forma, mientras el art. 218, del título XIX, radica la función educativa en el municipio y la tarea de “la educación científica e industrial” en los funcionarios, el art. 257, del título sobre moralidad pública, prescribe:

“la instrucción pública, industrial y científica, es uno de los primeros deberes del Estado. Habrá en la capital dos institutos normales: uno industrial y otro científico, que sirvan de modelo y seminario para los institutos de los departamentos. Habrá escuelas primarias en todas las poblaciones y parroquias. El código moral, y entre tanto un reglamento, organizará la educación de los institutos”.

Bajo este espíritu se fundan la Biblioteca Nacional y el Instituto Nacional: la primera, a cargo de la difusión de las letras; el segundo, supervisando la evaluación y concesión de títulos académicos.

94

IV. La Educación bajo las constituciones de 1828 y 1833

Hacia fines de la década de 1820 la educación primaria crecía en número. Sólo en Santiago se contaban veintiséis escuelas primarias con 1723 alumnos, de las cuales cuatro eran públicas y el resto sometidas a un régimen conventual y de regencias privadas.

En vista del contexto político que caracteriza esa época, la educación se polariza entre “pipiolos” y “pelucones”. Fue así como entre los años 1829 y 1831 funcionan en Santiago dos establecimientos emblemáticos que

²³ Fruto del desconcierto que origina la caída del régimen de Bernardo O’Higgins, y luego del Acta de Unión de las Provincias y del gobierno provisorio del general Ramón Freire, en 1822 se elige un congreso constituyente encargado de redactar una nueva Constitución y elegir un jefe supremo, cargo que finalmente recae en el mismo Ramón Freire. Aun cuando se constituyen diversas comisiones para debatir un texto, la totalidad del estatuto termina siendo redactado por Juan Egaña bajo el ideal de que el Derecho Público debe ceñirse a los preceptos de la moralidad privada.

representan esa realidad de conflicto: el Liceo Chile, regentado por José Joaquín Mora, y el Colegio de Santiago, dirigido por Juan Francisco Meneses.

El primer establecimiento poseía un programa de estudios con lecciones de Elocuencia y Literatura, clases de Gramática y Geografía, y en Derecho, lecciones sobre el pensamiento utilitarista de Jeremy Bentham. El funcionamiento del liceo es apoyado con recursos del gobierno pipiolo. Era claro que esta inusual preferencia, asociada al ideario liberal de clara raigambre laica y científica, irritaría el ánimo de la tienda pelucona. En respuesta al conflicto se funda el Colegio de Santiago²⁴.

La Constitución de 8 de agosto de 1828 era escueta en materia de educación²⁵. En tal sentido el numeral 8 del artículo 114, sobre Gobierno y Administración Interior de las Provincias, delega en las asambleas provinciales la “inmediata *inspección* de los establecimientos piadosos de educación”. En tanto el numeral 5 del artículo 122 ordena a los municipios “*establecer, cuidar y proteger* escuelas de primeras letras, y la educación pública en todos sus ramos”.

Con el advenimiento de un nuevo régimen político, en 1830 los conceptos de Estado y soberanía identifican a la clase dirigente. Dentro de este marco racionalista cobra fuerza la idea de institucionalidad educativa. Con ese propósito, y a condición de abrir nuevas escuelas primarias en todo el territorio, el gobierno devuelve a la Iglesia Católica los bienes que le habían sido confiscados durante la Independencia.

A causa del escaso número de profesores, los alcances de la política educacional siguen siendo limitados. Ante esta realidad el gobierno impulsa políticas de promoción mediante la asignación de becas de estudios que permiten cubrir los gastos de mantención y vestuario del futuro maestro, obligando a los egresados a devolver el beneficio mediante la prestación de sus servicios durante los siguientes siete años de obtenido el título²⁶.

²⁴ IZQUIERDO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, vol. 2, p. 382. Con el fin del proceso revolucionario de 1829, el español José Joaquín Mora es expulsado del país y Andrés Bello asume la dirección del Colegio de Santiago. En 1832 se provoca la fusión de ese establecimiento con el Instituto Nacional. Este conflicto sería el tercero que se produce en materia educacional después del originado entre dominicos y jesuitas, por la capacidad de conceder títulos académicos, y el de autonomía, que se suscita entre jesuitas y las facultades de tuición conferidas a la Universidad Real de San Felipe.

²⁵ Esto sin perjuicio del entusiasmo que despertaba la materia en el presidente Francisco Antonio Pinto, quien, además de visitar las salas de clases, creía urgente una reforma respecto de los programas de enseñanza y los viejos métodos de pedagogía empleados en educación secundaria y superior por el Instituto Nacional. HEISE GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 49.

²⁶ IZQUIERDO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, vol. 2, pp. 278-279. Esta política será crucial para el desarrollo de la educación popular y la igualdad de sexo. De ahí la creación en 1853 de la primera Escuela Normal de Mujeres.

Con igual propósito el 12 de junio de 1832 el presidente José Joaquín Prieto dicta un decreto que conmina a los conventos a crear y mantener, en el plazo de un mes, escuelas de primeras letras de enseñanza gratuita y, para el caso de que ello no ocurriera, traspasa dicha obligación a las municipalidades a costa de los primeros²⁷.

Poco después los artículos 153 y 154 de la Constitución de 1833 plasman el ideario educativo bajo tres directrices:

- 1) la obligación *preferente* del Estado de atender la educación,
- 2) el deber del Congreso de elaborar un plan de estudio en el ámbito nacional y
- 3) la creación de una *superintendencia de educación pública* destinada a la inspección. En esta línea el tenor de los artículos 153 y 154:

“Art. 153: La educación pública es una atención *preferente* del Gobierno. El Congreso formará un plan general de educación nacional; y el Ministro del despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la República.

Art 154: Habrá una *superintendencia de educación pública*, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional, y su dirección bajo la autoridad de Gobierno”.

96

En 1834 ocurre un hecho inédito: el régimen de educación confesional separa la enseñanza en dos niveles: secundaria y superior. Siguiendo la misma huella, en 1852 el Instituto Nacional replica la iniciativa según el plan de educación propuesto por Ignacio Domeyko.

El plan aprobado en 1843 separa la educación en tres niveles: instrucción primaria, instrucción secundaria y educación superior. Las materias de estudio que contempla son: Lectura, Gramática, Filosofía, Ciencias, Idiomas, Geografía, Cosmografía, Historia y Matemáticas. Sin embargo, la implementación del plan no considera la disponibilidad de profesores en el ámbito país.

En 1837 se promulga la Ley Orgánica de Ministerios, iniciativa legal que separa la cartera de Justicia, Culto e Instrucción Pública de la que corresponde al Ministerio del Interior²⁸. Por ley orgánica en 1842 es creada la Universidad de Chile, poniéndose en marcha un sistema anual de rendición de exámenes para todos los alumnos del país. Este último hecho tensiona las relaciones que existen entre agentes públicos y privados a propósito de los grados de autonomía de las instituciones de educación no pertenecientes a la red pública de enseñanza²⁹.

²⁷ CAMPOS HARRIET, *Historia...*, *op. cit.*, p. 389.

²⁸ SERRANO, *op. cit.*, vol. 1, p. 101.

²⁹ El conflicto entre la Universidad de San Felipe y la autoridad, por la autonomía, se remonta al Chile colonial. Con la creación del Instituto Nacional en 1813 se retira una

Entretanto, siguiendo los consejos de Andrés Bello para hacer frente al escaso desarrollo que exhibe la educación popular, en 1856 se funda la Sociedad de Instrucción Primaria inspirada en las ideas que a continuación describe Miguel Luis Amunátegui:

“Existe en nuestro suelo un enemigo más formidable que una nación extranjera, tan tremendo como la conquista de bárbaros, un enemigo que nos tiene avasallados, que no nos deja respirar, que nos ata las manos, que no nos permite dar un paso en la senda del progreso (...) Ese enemigo es la ignorancia que impide el desarrollo rápido y completo de la civilización en Chile, la ignorancia madre de la ineptitud para el trabajo...”³⁰.

El sistema educacional en el ámbito país crecía tanto en el entorno público como en el sector privado. Siguiendo el ejemplo del Instituto Nacional, se abren en regiones nuevos liceos, como los de San Felipe, La Serena, Cauquenes, Concepción, San Fernando, Rancagua, Chillán y Valdivia. A su turno, el sector privado igualmente concreta nuevas iniciativas a través de la Congregación de los Sagrados Corazones, las escuelas de los Hermanos Cristianos y diversos emprendimientos de particulares. El total de la población escolar en 1850 fue de dos mil ciento cincuenta y ocho alumnos en el sector público, mil setecientos cincuenta y uno en el sector privado, y trescientos cuarenta y nueve alumnos pertenecientes a colegios conventuales³¹.

97

El 24 de noviembre de 1860 Manuel Montt promulga la Ley de Instrucción Primaria, que organiza el primer nivel de enseñanza, hasta entonces en manos de los cabildos y conventos. Con un claro sesgo centralista, el precepto establece la gratuidad de la educación, ordenando la creación de escuelas en todos los departamentos con más de dos mil habitantes y la formación de escuelas en cada ciudad cabecera y capital de provincia así como la creación de escuelas rurales de temporada³². La

serie de privilegios que posee la autoridad universitaria y, en 1823, el gobierno decreta que los exámenes debían rendirse en el Instituto Nacional. SERRANO, *op. cit.*, pp. 97-98. En 1843 la situación fue nuevamente discutida entre el Consejo Universitario y el presidente Manuel Montt, hecho que se repite en 1864 a propósito de las molestias del rector del Colegio San Luis. Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, v. 12, pp. 155-156.

³⁰ IZQUIERDO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, vol. 2, pp. 278-279.

³¹ IZQUIERDO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, vol. 2, p. 283. Llama la atención el equilibrio que se produce entre el número de escuelas públicas y privadas.

³² Los efectos de la gratuidad se aprecian con el crecimiento de la población de alumnos entre los años 1851 y 1860: en 1851 hay veintitrés mil ciento treinta y un alumnos, en tanto que en 1860 hay cuarenta y un mil trescientos catorce alumnos. El sector privado también participa de este rápido crecimiento. En esta línea se inscriben los esfuerzos de

norma toma como pauta el proyecto de ley presentado por José Victorino Lastarria en agosto de 1843³³.

La Ley de Instrucción Primaria crea la función del Inspector General de Instrucción Primaria a cargo de la Superintendencia de Educación, además de la figura del “visitador de escuelas” para cada provincia (antecedente directo del actual inspector de subvención y del supervisor técnico pedagógico de establecimientos educacionales). También, establece una forma de financiamiento municipal o privado –vía donaciones, multas y mandas forzosas–; somete a todas las escuelas particulares pagadas a la inspección de la autoridad; establece una base curricular, diferenciando para ese efecto escuelas de hombres y escuelas de mujeres; y prescribe las condiciones mínimas para la idoneidad docente. Sobre la obligatoriedad nada decía en sus orígenes³⁴.

En 1871 el presidente Federico Errázuriz Zañartu designa a Abdón Cifuentes como ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, quien seguía muy de cerca la experiencia estadounidense, donde la “libertad de enseñanza” parecía haber representado un papel determinante en el desarrollo económico.

Siguiendo las ideas de Abdón Cifuentes, el 15 de enero de 1872 Federico Errázuriz Zañartu dicta un decreto por el cual se faculta a los alumnos de colegios particulares a rendir exámenes en sus establecimientos, previo informe de las personas que se desempeñasen como examinadores y rendida la cuenta de los exámenes a la Universidad de Chile. En pocas palabras, la libertad de examen significaba la abolición de la tutela que ejercía el Estado, a través del Instituto Nacional y la Universidad de Chile, de los colegios particulares de congregaciones religiosas.

98

la Sociedad de Escuelas Católicas de Santo Tomás de Aquino y el Colegio Mac-Kay. La libertad de culto representa, en este sentido, un papel determinante.

³³ La propuesta original de José Victorino Lastarria no era centralista. El preámbulo daba cuenta de dos problemas básicos: la dispersión de escuelas y la ausencia de control. Además, contiene las siguientes materias: 1) clasifica a las escuelas en dos grados: elementales y superiores, y fija un plan de estudios, 2) prescribe sobre los niveles de conocimientos exigibles a los instructores, 3) persevera en la obligación de los conventos y monasterios de mantener escuelas gratuitas, sometidas a la misma reglamentación del Estado, 4) garantiza la libertad de enseñanza para los establecimientos particulares e impone condiciones de buenas costumbres y competencias para sus administradores, 5) crea una inspección general de instrucción primaria a cargo de un alto funcionario del cual dependerían inspectores provinciales. Este proyecto de ley fue rechazado el 12 de junio de 1850. Terminada la revolución de 1851 la iniciativa se discute durante el decenio del presidente Manuel Montt. CAMPOS HARRIET, *Desarrollo...*, *op. cit.*, pp. 21-24.

³⁴ El debate sobre la obligatoriedad de la educación se inicia en el año 1900. En esta lógica el 18 de junio de ese año el senador Pedro Bannen somete a debate legislativo la obligatoriedad de la enseñanza primaria. Lo mismo hacen en 1909 Miguel Varas y Enrique Oyarzún, y en 1917 Darío Salas. CAMPOS HARRIET, *Desarrollo...*, *op. cit.*, pp. 28-29.

Muy influenciado por el pensamiento del rector de la Universidad de Chile, Diego Barros Arana, este programa de acción nunca contó con el apoyo político necesario³⁵, circunstancia que, sumada a los abusos cometidos al amparo de la libertad de enseñanza, determina la revocación del decreto en cuestión y la renuncia del ministro Abdón Cifuentes³⁶.

La dicotomía que existe entre libertad de enseñanza y deber del Estado de impartir y mejorar la educación, sienta las bases de lo que será la futura institucionalidad educativa chilena. Consecuencia de lo anterior es que el 24 de noviembre de 1860 se reconoce la libertad para abrir establecimientos educacionales privados, el 27 de julio de 1865 se aprueba una ley interpretativa que permite la libertad de cultos y de enseñanza en edificios particulares, y el 13 de agosto de 1874 se incorpora en el número 6° del artículo 12 de la Constitución de 1833 la libertad de enseñanza³⁷.

En igual sentido, el 9 de enero de 1879 se dicta la Ley de Instrucción Pública, por la cual el Estado conserva el monopolio de la educación a través de un régimen autorizacional y un sistema de inspección, control y supervigilancia.

Imbuido por un espíritu de progreso y desarrollo, en 1886 el gobierno del presidente José Manuel Balmaceda inicia una serie de reformas políticas

³⁵ La figura de Diego Barros Arana en educación es polémica. Administra la “máquina liberal” durante casi toda la gestación del Estado Docente, primero como director del Instituto Nacional, y luego a cargo de la rectoría de la Universidad de Chile. Bajo estas funciones ejerció un control indirecto sobre el Consejo de Instrucción Primaria y la Facultad de Filosofía de la Universidad de Chile, organismos de los cuales dependen las designaciones de directores y docentes de escuelas públicas, y otro directo, mediante la intervención de la admisión de alumnos a liceos. Durante ese período el desarrollo del sistema es extraordinario. Basta considerar que en 1852 había ciento ochenta y seis escuelas y diez mil alumnos, en tanto que para el año 1902 el número de escuelas crece a mil setecientas y el número de alumnos a ciento veinte mil. Gonzalo VIAL, *Historia de Chile (1891-1973)*, vol. 1, p. 134.

³⁶ Desde las primeras temporadas de exámenes libres se produjeron abusos que fueron controlados por el gobierno del presidente Federico Errázuriz. Sin embargo, la responsabilidad por las irregularidades cometidas recayeron en la figura del rector de la Universidad de Chile, Diego Barros Arana, razón por la cual es destituido. Esta medida provocó el rechazo del sector radical y liberal, hecho que determina la renuncia del ministro Abdón Cifuentes y la ruptura entre el gobierno de Federico Errázuriz y el Partido Conservador. Antonio HUNEUS GANA, *La Constitución de 1833*, p. 61. En igual sentido HEISE GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 88-89.

³⁷ A partir del decenio del presidente Manuel Montt la política militante de los partidos Conservador, Liberal y Radical, adquiere importancia ante la necesidad de garantizar nuevas libertades individuales y menos intervencionismo estatal. Esto explica la ley de reforma constitucional de 13 de agosto de 1874, aprobada en el gobierno del presidente Federico Errázuriz Zañartu, que extiende las garantías constitucionales a las libertades de reunión, asociación y petición y enseñanza. HUNEUS GANA, *op. cit.*, pp. 63-66. En igual sentido HEISE GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 90.

tendientes a mejorar el sistema educativo en el ámbito nacional. Mediante las reformas se implementan innovadoras técnicas de enseñanza, se crea el Instituto Pedagógico, se funda una red pública de enseñanza secundaria y técnica femenina y se construyen escuelas a lo largo de todo el territorio³⁸.

V. La Educación bajo la Constitución de 1925

Hacia fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la discusión se centra en la obligatoriedad y gratuidad de la educación a propósito de la alta tasa de analfabetismo. Por su importancia, el tema educacional se transforma en “la polémica del centenario”.

Fruto de lo anterior y como parte de la “cuestión social”, en 1920 se promulga la ley N° 3.658, que declara el carácter obligatorio de la educación primaria³⁹. La nueva norma extiende el período escolar a cuatro años (desde los siete a los trece años de edad), y prescribe el carácter obligatorio de la enseñanza. El precepto establece que será responsabilidad de los padres cumplir con dicho mandato y dispone como excepción los siguientes casos: inexistencia de escuelas fiscales, municipales o particulares gratuitas, ausencia de vacantes en escuelas situadas a menos de tres kilómetros del domicilio, e impedimento físico o mental. En áreas rurales se crea un sistema de enseñanza temporal⁴⁰.

100

³⁸ Las pretensiones del presidente José Manuel Balmaceda se plasman en las siguientes palabras: “Procuró que la riqueza fiscal se aplique a la construcción de liceos y escuelas, y establecimientos de aplicación de todo género que mejoren la capacidad intelectual de Chile. No cesaré de emprender la construcción de vías férreas, caminos, puentes, muelles y puertos que faciliten la producción, que estimulen el trabajo, que alienten a los débiles y que aumenten la savia por donde circula la vitalidad económica de la nación. Ilustrar al pueblo y enriquecerlo después de haber asegurado sus libertades civiles y políticas, es la obra del momento y bien podríamos decir que es la confirmación anticipada de la grandeza de Chile”. HEISE GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 107-108. Tanto la capacidad instalada del sistema de educación pública como su cobertura crecen en aproximadamente en un 70%. En efecto, mientras que en el gobierno de Domingo Santa María existían setecientas ochenta y seis escuelas primarias, con sesenta y tres mil quinientos cincuenta y nueve alumnos, concluida la revolución de 1891 existen mil doscientos cincuenta y tres establecimientos educacionales, con ciento catorce mil quinientos sesenta y cinco alumnos.

³⁹ Con esta medida el nivel de matrículas de alumnos experimenta un sostenido incremento y la tasa de analfabetismo disminuye de un 49% en 1920 a un 43% en 1930. En 1920 la matrícula es de trescientos treinta y cinco mil cuarenta y siete niños y en 1925 asciende a cuatrocientos treinta y nueve mil novecientos treinta y siete. CAMPOS HARRIET, *Desarrollo...*, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁰ La ley N° 3.658 prescribe la obligación de padres y guardadores de educar a sus hijos y pupilos, ordena a los patrones a velar porque que los hijos de sus empleados asistan

Teniendo presente este antecedente legal, la Constitución de 1925 dispuso en el número 7° del artículo 10 del capítulo III, sobre Garantías Constitucionales, la libertad de enseñanza. El citado precepto prescribía lo que sigue:

“La libertad de enseñanza.

La educación pública es una atención preferente del Estado.

La educación primaria es obligatoria.

Habrá una Superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional y su dirección, bajo la autoridad del Gobierno”.

De esta manera la norma garantiza la libertad de enseñanza y establece el deber preferente del Estado de educar y el carácter obligatorio de la instrucción primaria⁴¹. Cabe señalar que a propósito de la redacción del inciso segundo del artículo 10 de la Constitución, comienza a ser discutido el papel que corresponde al Estado en materia educacional. En este orden de ideas la doctrina se divide en torno al alcance y sentido de los términos “educación pública” y “atención preferente del Estado”⁴².

El régimen presidencial asumido por el general Carlos Ibáñez del Campo durante los años 1927 a 1931 constituye un nuevo hito para la educación. En efecto, la reformulación del aparato público administrativo, la creación de nuevas instituciones en el ámbito social y económico, el incipiente proceso de constitucionalización de los derechos sociales, en fin, las políticas de modernización y crecimiento del Estado destinadas a satisfacer distintas necesidades de la población, implican una profunda reformulación del quehacer de la educación⁴³.

101

a clases, y encomienda a las personas que empleen a menores para el servicio doméstico a matricularlos en escuelas regulares de enseñanza. En caso de inobservancia la ley establece sanciones que van desde la amonestación, las multas administrativas, hasta las penas de prisión. Dicha norma se transforma en 1929 en el decreto con fuerza de ley N° 5.291.

⁴¹ Cabe señalar que el número 7° del artículo 10 de la Constitución de 1925 no considera el último inciso del número 6° del artículo 12 de la Constitución de 1833 (introducido con la reforma de 1874), por el cual se delegan en el Congreso aspectos reglamentarios en los siguientes términos: “El Congreso formará un plan general de educación nacional; y el Ministro del Despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella a la Nación”.

⁴² El debate reproduce las posiciones del positivismo jurídico y la escuela del derecho natural. Véase Guillermo VARAS CONTRERAS, *La enseñanza particular ante el Derecho*, a propósito de la reglamentación del DFL N° 104, que crea la superintendencia en 1953. De igual forma Sebastián SOTO VELAZCO, “La libertad de enseñanza durante el gobierno de Frei Montalva”.

⁴³ IZQUIERDO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, vol. 2, pp. 87-91. Todos estos cambios estaban impregnados por la mutación de paradigma político: el surgimiento de la mesocracia.

Durante este gobierno más de cinco ministros pasan por la cartera de Justicia, Culto e Instrucción Pública. Las políticas educacionales se centran en la reorganización del servicio público educacional y en la creación de la Superintendencia de Educación⁴⁴, en la puesta en marcha del Plan de Reforma Integral de la Enseñanza Pública⁴⁵, en la creación del Ministerio de Educación Pública⁴⁶, en el diseño de las primeras escuelas experimentales⁴⁷ y en la promulgación del DFL N° 7.500⁴⁸.

⁴⁴ La Superintendencia de Educación a la que alude el número 7 del artículo 10 de la Constitución de 1925, y antes el artículo 153 de la Constitución de 1833, supervisaría ocho niveles y modalidades de educación, cada una de ellas a cargo de un director, a saber: universitaria, pedagógica, secundaria, primaria, comercial, agrícola, industrial, artística, y de cultura física (última que finalmente es eliminada). Por DFL N° 1.312, el 19 de abril de 1927 se crea la Superintendencia de Educación y por DFL N° 2.066, se crea el estatuto orgánico. Esta norma es reformulada por el DFL N° 7.500, de diciembre de 1927. Más adelante, el 3 de junio de 1953, mediante decreto con fuerza de ley N° 104 se retoma la creación de la Superintendencia de Educación Pública. Con la creación de la Superintendencia de Educación deja de existir el Consejo de Instrucción Pública. VIAL, *op. cit.*, vol. 1, p. 406.

⁴⁵ El Plan de Reforma Integral modifica algunos paradigmas educativos como el concepto de “escuela activa”, esto es, la escuela dispuesta a escuchar y no la de los libros y las lecciones, la que sirve para hacer, la que transforma el auditorio en laboratorio, la que permite al niño actuar en vez de oír. VIAL, *op. cit.*, vol. 1, p. 413.

⁴⁶ Ministerio de Educación Pública es el nombre que adopta la antigua cartera de Justicia, Culto e Instrucción Pública a partir de noviembre de 1927. La ley N° 19.856, que reestructura el MINEDUC, establece la base orgánica, funcional y competencial del órgano. De esta forma, es la Secretaría de Estado encargada de fomentar la educación en todos los niveles; asegurar a toda la población el acceso a la educación, estimular la investigación científica y la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural. Le corresponde proponer políticas y planes de desarrollo, asignar recursos, evaluar, normar, otorgar el reconocimiento oficial, y fiscalizar el cumplimiento de la normativa. A la cabeza se encuentra el Ministro, quien junto al subsecretario y jefes de división, actúa como jefe del servicio. Existe un nivel central y otro regional y provincial sobre los que desconcentra territorialmente su función.

⁴⁷ La experimentación podía ser ampliada o limitada. La primera era abierta a cualquier método novedoso de enseñanza, la segunda reproducía la totalidad de un determinado sistema de enseñanza foráneo. La particularidad de este programa era asociar –heurísticamente– la continuidad del plan educativo al éxito del proyecto.

⁴⁸ El DFL N° 7.500 confirma la idea de Estado Docente, privilegiando la formación laica de la enseñanza y el papel “cooperador” que cumplen los privados respecto del Estado (art. 1). Además, consagra la autonomía para la elección de autoridades docentes en los establecimientos educacionales (arts. 40-42), establece la descentralización administrativa, creando para ese efecto direcciones provinciales de educación, a quienes corresponde el nombramiento de los profesores (arts. 33 y 37), clasifica los niveles de enseñanza obligatoria, para niños entre siete y quince años, en un ciclo primario de seis años (para ser impartido en escuelas urbanas, rurales, de concentración, escuelas hogares, y escuelas complementarias, vespertinas o nocturnas), y uno secundario también de seis años, tres comunes y tres especiales divididos en educación humanística, educación científica y

Entretanto, al interior de la Universidad de Chile se inicia un movimiento de reforma que persigue mejorar la investigación científica y revitalizar las humanidades. En este plano son figuras Juan Gómez Millas, Alfredo Lagarrigue, Enrique Bahamondes y Carlos Charlín.

El segundo gobierno del presidente Arturo Alessandri se caracteriza por la pugna entre una elite reacia a los cambios y una mesocracia y proletariado propensos a reformas estructurales en materia social, conflicto que se reproduce en el ámbito educacional. No obstante, durante éste período no se registran grandes avances más que en el terreno de la capacitación rural.

“Educar es gobernar” fue la consigna del gobierno radical del presidente Pedro Aguirre Cerda en 1938. Este gobierno se centra en el desarrollo de la educación técnico-profesional, minera e industrial, en la implementación de un ambicioso plan de construcción de escuelas y en el mejoramiento de la carrera docente.

Siguiendo el impulso industrializador, en 1947 se crea la Universidad Técnica del Estado a partir de la fusión de diversas entidades de educación superior relacionadas con quehacer técnico-profesional, como: el Instituto Pedagógico Técnico, la Escuela de Artes y Oficios, la Escuela de Ingenieros Industriales, las Escuelas de Minas de Copiapó y La Serena, y las industriales de Concepción, Valdivia y Temuco⁴⁹.

El 25 de enero de 1951 el presidente Gabriel González Videla promulga una ley especial de subvención⁵⁰ con el objetivo de asegurar el

técnica. Desde el punto de vista ideológico la norma tiene un claro sesgo nacionalista. La norma es derogada a fines del gobierno.

⁴⁹ Sofía CORREA *et al.*, *Historia del siglo XX chileno*, p. 151.

⁵⁰ Los primeros antecedentes legales sobre la subvención estatal a “sociedades o particulares” los podemos encontrar en los artículos 68 y 69 del decreto ley N° 5.291, conocido como Ley de Educación Primaria Obligatoria. Este decreto ley disponía tres requisitos para percibir la subvención: *la gratuidad, impartir enseñanza reconocida por el Estado, y un mínimo de asistencia* de alumnos. Además, somete la gestión y control de estos establecimientos a la vigilancia de las direcciones provinciales de educación. Luego, la ley N° 9.864, de 25 de enero de 1951, concede subvención a escuelas primarias y a establecimientos de educación secundaria, entre otros, y establece como base de cálculo del pago de la subvención tanto la “asistencia media” del alumno (arts. 1 y 4), la idoneidad del maestro o docente (art. 2), como también la disponibilidad presupuestaria fiscal (art. 3). Dicha norma es complementada por las leyes N° 10.343, de 1952 y N° 12.875, de 1957, las cuales reglamentan la educación particular gratuita y pagada hasta fines del gobierno de Eduardo Frei Montalva. Las ideas matrices de las normas mencionadas se mantendrán vigentes, primero, con la dictación del decreto ley N° 456, de 1974, que legisla sobre otorgamiento de subvención fiscal a los establecimientos particulares gratuitos como una forma de estímulo respecto de ese sector, y luego, con los decretos leyes N° 2.438 y N° 3.476, de 1978 y 1980, respectivamente, hasta lo que hoy conocemos como DFL N° 2,

financiamiento de la educación particular gratuita de enseñanza primaria, secundaria, profesional, normalista y técnico profesional⁵¹.

Con la idea de proveer educación gratuita a todos los sectores de la población, en 1953 el presidente Carlos Ibáñez del Campo crea la Junta Nacional de Auxilio Escolar, entidad que estaría a cargo de implementar y coordinar diversas políticas asistenciales que garanticen el acceso igualitario a la educación (como es el caso de las asignaciones en alimentación, transporte, vestuario y becas)⁵². Ese mismo año su gobierno persevera con la iniciativa de crear una superintendencia de educación como órgano a cargo de la “Dirección Superior e Inspección de la Educación Nacional”⁵³.

A fines de la década de 1950 y comienzos de los años 1960 la políticas implementadas por los gobiernos de los presidentes Jorge Alessandri Rodríguez y Eduardo Frei Montalva innovan la cuestión educacional en dos materias: en un nuevo “planeamiento integral de la educación” y con la extensión de la obligatoriedad de la enseñanza hasta 8° año básico.

De esta manera, en 1961 el presidente Jorge Alessandri conforma una comisión especial a fin de realizar un estudio preliminar sobre la educación en el país. Las conclusiones son, por decir lo menos, desalentadoras: cerca del 40% de la población en edad escolar recibe uno a dos años de enseñanza, aproximadamente el 28% recibe entre tres y cinco años de educación, y sólo el 26% termina sexto año de educación primaria. Sólo el 7,9% de la población escolar en el ámbito nacional completa tercer año de enseñanza secundaria⁵⁴.

104

de 1998, sobre Ley de Subvención del Estado a Establecimientos Educativos. Sobre la misma materia, véase el trabajo de SOTO VELAZCO, *op. cit.*, pp. 151-152.

⁵¹ Formaban parte de estas modalidades de enseñanza las escuelas nocturnas, los cursos prácticos de capacitación técnico-profesional, impartidos por las sociedades de socorro mutuo, y los implementados por la Universidad Técnica Federico Santa María y la Universidad de Concepción.

⁵² La ley N° 15.720 regula la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, cuyo objetivo es la aplicación de medidas coordinadas de asistencia escolar para hacer efectiva la igualdad de oportunidades ante la educación, y la implementación de programas asistenciales que entreguen beneficios en alimentación, vestuario, útiles, transportes escolares, asignación de becas, préstamos, gestión de internados u hogares estudiantiles, preservación de la salud y cualquier otra política asistencial relativa a educación (art. 1). Son antecedentes a su creación la Dirección General de Instrucción Primaria y las juntas comunales de auxilio escolar creadas en 1928 en el primer periodo del presidente Carlos Ibáñez del Campo.

⁵³ La “nueva” entidad se compone de dos órganos consultivos: el Consejo Nacional de Educación y la Oficina Técnica de Investigaciones Educativas, y sus facultades se restringen al sector de enseñanza pública. (arts. 1, 3, 6 y 8 del DFL N° 104, de 3 de junio de 1953). La discusión se centra en los alcances de las competencias de esta nueva entidad, esto es, si cubre toda la educación o si se circunscribe a la educación pública.

⁵⁴ SOTO VELAZCO, *op. cit.*, p. 138.

En tanto, el presidente Eduardo Frei Montalva divide la educación en cuatro niveles:

- Educación parvularia,
- Educación general básica (ocho años de carácter obligatorio),
- Educación media científico-humanista o técnica-profesional (cuatro años) y
- Educación superior⁵⁵.

Lo anterior en vista de que en 1960 cerca de cuatrocientos mil niños en edad escolar no asisten a la escuela y sólo el 14% completa la educación media.

En 1970, el gobierno del presidente Salvador Allende abre una nueva encrucijada política con la propuesta de la Escuela Nacional Unificada, que pretende dar acceso universal “desde el nacimiento hasta la ancianidad” y asegurar una “formación armónica de la personalidad de los niños, adolescentes y jóvenes chilenos”. La dicotomía entre autonomía y dirigismo estatal en materia educacional tensiona aún más el escenario político. El conflicto recrudece no sólo a propósito del proyecto⁵⁶ sino que, también, a consecuencia del movimiento de reforma universitaria⁵⁷.

⁵⁵ El período del presidente Eduardo Frei Montalva en educación se caracteriza por un intenso y detallado modelo de regulación estatal. En tal sentido distintos decretos supremos abordan materias tan precisas como el uniforme escolar, el feriado obligatorio, el calendario escolar, los planes y programas de estudios, y las tarifas de los servicios de educación y transporte. De igual forma es interesante señalar la existencia de conflictos entre la autoridad y representantes de establecimiento de educación particular gratuita a propósito de la insuficiencia de la subvención para financiar los costos que involucran ese régimen de educación. SOTO VELAZCO, *op. cit.*, pp. 143-144.

⁵⁶ La iniciativa del Ejecutivo fracasa por el exceso de sesgo ideológico. Basta ver el informe del Ministerio de Educación, publicado el 9 de marzo de 1973, en el que se señalan como ideas centrales la construcción de una “sociedad socialista humanista, basada en el desenvolvimiento de las fuerzas productivas, en la superación de la dependencia económica, tecnológica y cultural, en el establecimiento de nuevas relaciones de propiedad y en una auténtica democracia y justicia social garantizada por el ejercicio efectivo del poder por el pueblo”. ANDREA ÑIGUES MANSO, “Notas y comentarios sobre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación en la Constitución de 1980”, pp. 173-174.

⁵⁷ En términos generales las causas de este conflicto se resumen en los siguientes puntos: 1º La reducida oferta de carreras liberales, dejando de lado el esfuerzo investigador y la difusión de la cultura y el conocimiento técnico; 2º la promoción de la educación a grupos elitistas y privilegiados en desmedro de alumnos de familias desprovistas de ingresos –la consigna era: ¡universidad para todos!–; 3º la forma poco democrática o discriminadora para el ingreso a las mismas; 4º la centralización de un poder omnímodo, no sólo por parte de los docentes sino que, también, de la administración; 5º la ausencia de un estilo democrático capaz de expresar una comunidad de interés integrada por docentes, administrativos y estudiantes; 6º la estructura organizativa de los mismos, donde las facultades existentes se hacían cargo de escuelas desconectadas unas con otras,

En enero de 1971 se dicta la ley N° 17.398, sobre Estatuto de Garantías, que sustituye el antiguo número 7 del artículo 10 de la Constitución de 1925. En lo que nos interesa, la norma delimita el derecho a la educación respecto de la libertad de enseñanza. Con este fin garantiza la autonomía académica, administrativa y económica de cada proyecto educativo (sea público o privado). Además, se reconoce la función educativa a cargo del Estado, misión que debía ser desarrollada a través de las instituciones oficiales de enseñanza y la participación del sector privado. Por otra parte, reconoce valores, como el pluralismo y la democracia, y reinstala la Superintendencia de Educación. El texto que incorpora la reforma en materia educativa es el siguiente:

“La libertad de enseñanza.

La educación básica es obligatoria.

La educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas educacionales establecidos por las autoridades educacionales.

La organización administrativa y la designación del personal de las instituciones privadas de enseñanza, serán determinadas por los particulares que las establezcan, con sujeción a las normas generales.

Sólo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del estado una contribución económica que garantice su financiamiento, de acuerdo a las normas que establezca la ley.

La educación que se imparta a través del sistema nacional será democrática y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial. Su modificación se realizará también en forma democrática, previa libre discusión en los organismos competentes de composición pluralista.

perdiendo todo tipo de esfuerzo científico-integrador; 7° la uniformidad docente y la falta de flexibilidad curricular, hechos que desalentaban la búsqueda de una formación vocacional distinta y especializada; 8° la independencia universitaria para dirigir, administrar y financiar un proyecto verdaderamente autónomo; 9° el grado de participación que debían tener los alumnos al interior del claustro; 10° en fin, el papel que debía cumplir cada proyecto universitarios en el contexto del desarrollo del país, esto es, la universidad como verdadero agente activo de cambio y desarrollo. SILVA BASCUÑÁN, *op. cit.*, vol. 12, pp. 158-166.

Sobre este conflicto damos cuenta de la reforma de estatutos de la Universidad Técnica Federico Santa María, en septiembre de 1966; de la Universidad de Concepción, en junio de 1967, de la Universidad Católica de Santiago, en agosto de 1967 y de la Universidad de Chile, en septiembre de 1969, con la creación de un Congreso Universitario Transitorio encargado de redactar el proyecto de estatuto orgánico de la Universidad (aprobado por la ley N° 17.200) y en mayo de 1971, con la aprobación de las bases propuestas mediante la ley N° 17.434.

Habrà una superintendencia de educaci3n pùblica, bajo la autoridad del gobierno, cuyo consejo estarà integrado por representantes de todos los sectores vinculados al sistema nacional de educaci3n. La representaci3n de estos sectores deberà ser generada democràticamente.

La superintendencia tendrà a su cargo la inspecci3n de la enseñanza nacional.

Los organismos técnicos competentes haràn la selecci3n de los textos de estudios sobre la base de concursos pùblicos a los cuales tendràn acceso todos los educadores id3neos, cualquiera que sea su ideologìa. Habrà facilidades equitativas para editar y difundir esos textos escolares, y los establecimientos educacionales tendràn libertad para elegir los que prefieren.

Las universidades estatales y las particulares reconocidas por el estado son personas jurìdicas dotadas de autonomìa acadèmica, administrativa y econ3mica. Corresponde al estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, cientìficos y culturales del paìs.

El personal acadèmico es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro del deber de ofrecer a sus alumnos la informaci3n necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes.

Los estudiantes universitarios tienen derecho a expresar sus propias ideas y a escoger, en cuanto sea posible, la enseñanza y tuici3n de los profesores que prefieran”.

VI. El Derecho a la Educaci3n y la libertad de enseñanza a partir de la Constituci3n de 1980

En los inicios del gobierno militar la materia educativa no pierde protagonismo siendo objeto de amplios debates tanto en el seno de la Comisi3n Ortùzar⁵⁸ como al interior del Consejo de Estado⁵⁹. La Comisi3n de Estudio de la Nueva Constituci3n dedic3 veintiocho sesiones al anàlisis de ambos derechos. En ella fueron debatidas materias tales como el papel de la familia en la pràctica educativa; la funci3n docente y el papel del

⁵⁸ La discusi3n sobre las materias concernientes al derecho a la educaci3n y la libertad de enseñanza constan en Sesiones N^{os} 132, 133, 134, 135, 136, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 151, 152, 154, 155, 223, 224, 225, 226, 227, 245, 280, 282, 399 y 401 de la Comisi3n de Estudio de la Nueva Constituci3n.

⁵⁹ En este sentido, sobre derecho a la educaci3n y libertad de enseñanza véanse las sesiones consignadas en las actas N^{os} 59, 96, 98, 99 del Consejo de Estado. A partir de 1985, las actas N^{os} 161, 162, 163, 164, 165 daràn cuenta del debate sobre Ley Orgànica Constitucional de Enseñanza. Jaime ARANCIBIA MATTAR *et al.*, *Actas del Consejo de Estado (1976-1990)*.

Estado; el sistema de financiamiento vía subvención a establecimientos públicos y privados; el principio de reserva legal y la ley orgánica constitucional de enseñanza; los mecanismos de control, evaluación y regulación; los tipos, modalidades y niveles de enseñanza; el principio de autonomía de los establecimientos que imparten educación general así como de los centros de estudios que imparten educación superior y el carácter subsidiario del Estado⁶⁰.

Muy influenciada por los sucesos políticos ocurridos en el transcurso de la década de 1970 e imbuida por el espíritu de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en especial por el artículo 26⁶¹, el texto definitivo de la Constitución Política introduce el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. El tenor del artículo 19 N° 10 de la Constitución es como sigue:

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas: (...).

N° 10: El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de la vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

108

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia y garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal al segundo nivel de transición, sin que este constituya requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ella de toda la población. En el caso de la educación media

⁶⁰ El papel del Estado en materia educativa fue objeto de un interesante intercambio de opiniones en el seno de la Comisión Ortúzar. Dicho debate se produce en la sesión N° 143, al incorporar el derecho a la educación. Al interior de la Comisión existen dos posiciones: una, defensora de la idea del Estado docente; la otra, del Estado subsidiario. SILVA BASCUÑÁN, *op. cit.*, pp. 187-191.

⁶¹ El Artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone: 1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”.

Por su parte, el artículo 19 N° 11 garantiza la libertad de enseñanza, que “incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales” y dispone:

“no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”.

Asimismo, prescribe que

“la enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia político partidista alguna”.

El inciso cuarto señala:

109

“los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”.

Por último, el inciso quinto del número 11 determina las materias que son objeto de ley orgánica constitucional, a saber:

“...los requisitos mínimos que deberán exigirse en cada uno de los niveles de enseñanza básica y media y señalará las normas objetivas, de general aplicación, que permitan al Estado velar por su cumplimiento. Dicha ley, del mismo modo, establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”⁶².

Cabe señalar que la Carta no contempla un recurso que proteja directamente el derecho a la educación. Este amparo constitucional sólo es posible deducirlo incorporando o anexando al derecho a la educación

⁶² El contenido esencial de la libertad de enseñanza es analizado en detalle por la sentencia rol N° 410, de 14 de junio de 2004, del TC. En efecto, a partir del considerando décimo se explica el alcance y sentido del enunciado, sus limitaciones, y las relaciones e implicancias que existen con el derecho a la educación.

el contenido de las garantías previstas en los números 1, 2, 3, 11, 23 y 24, del artículo 19 de la Constitución (esto es, derecho a la vida, derecho a no ser discriminado de manera arbitraria, debido proceso, la libertad para abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales y el derecho que tienen los padres para escoger el establecimiento de enseñanza de sus hijos, libertad para adquirir el dominio sobre toda clase de bienes, y derecho de propiedad)⁶³.

VII. *El marco legal*

La indeterminación estructural que caracteriza al citado número 10 del artículo 19 de la Constitución permite al legislador adoptar la política que más se adecue a las circunstancias, de conformidad a las potestades configurativas que subyacen en el precepto⁶⁴.

De manera que para hacer posible la concreción de las normas previstas en el artículo 19 N°s 10 y 11, la Constitución delega al legislador una serie de poderes de configuración, entre ellos los previstos en el artículo:

- a) Lograr que toda persona alcance un pleno desarrollo en las distintas etapas de la vida.

110

⁶³ Pese a las insuficiencias del marco jurídico, las cortes de apelaciones y la Corte Suprema han aceptado la tesis de amparar el derecho a la educación cuando está conectado con el contenido de alguna garantía constitucional tutelada por el recurso de protección, como resulta ser la igualdad ante la ley, el derecho al debido proceso, la libertad de adquirir el dominio y el derecho de propiedad. Un detallado examen del resultado de los recursos de protección vía incorporación o anexión del contenido de garantías clásicas en los derechos sociales, entre ellos, el derecho a la educación, es descrito por Tomas Pablo JORDÁN DÍAZ, *La protección de los derechos sociales: modelo comparado de tutela jurisdiccional (España Chile)*. No obstante, tratándose de derechos sociales que implican prestaciones estatales la jurisprudencia ha resuelto de manera distinta. Al respecto véase José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Los derechos sociales”, pp. 125-166 y José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, pp. 171-330. Damos cuenta de iniciativas de reforma constitucional que incorporan el amparo del derecho a la educación, *Boletín* 4222-07.

⁶⁴ Los derechos sociales exigen un momento activo de configuración y dicha potestad se traduce en ley mediante mandatos de ayuda, de subsidio, de aseguramiento, de organización, de impuestos, de procedimientos, de dirección, de planificación y de fomento. La Constitución, en términos genéricos, desarrolla los siguientes principios con carácter de preceptos: 1) La promoción del bien común y el principio de servicialidad (artículo 1, inciso 4). 2) La protección a la población, el derecho a participar con igualdad de oportunidades (artículo 1, inciso 5). 3) El desarrollo solidario, armónico y equitativo (artículo 3, inciso 3 y artículo 115, inciso 1). 4. La política nacional y regional de desarrollo (artículo 113, inciso 7). 5) La definición de gobiernos regionales y comunales (artículo 111, inciso 2 y artículo 118, inciso 4).

- b) Reconocer a los padres el derecho preferente y deber de educar a sus hijos.
- c) Otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.
- d) Promover la educación parvularia.
- e) Financiar un sistema gratuito de enseñanza básica y media, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media, este sistema se extenderá hasta los veintiún años de edad.
- f) Fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y protección e incremento del patrimonio cultural de la nación⁶⁵.

De esta forma, el deber de garantizar el acceso gratuito y el financiamiento fiscal a los niveles de educación parvularia, básica, media y superior no predispone al Estado a un régimen determinado en materia de financiamiento, sino, únicamente, al que más se adecue a las posibilidades económicas del país⁶⁶.

En este sentido en 1980 dos cuerpos legales cambiarían el rumbo del sistema educativo en materia de financiamiento: el decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, sobre rentas municipales y el decreto ley N° 3.176, que fija normas a los establecimientos educacionales de enseñanza particular subvencionada por el Estado.

En efecto, por el primero se establece un conjunto de normas legales que junto con reestructurar a los municipios, los facultan para asumir la

⁶⁵ Estas potestades configurativas en materia educacional, en afinidad con las dispuestas por los tratados de derechos humanos, en especial por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las observaciones generales dictadas por el Comité, determinarían para muchos el contenido del derecho a la educación. Así, las exigencias de disponibilidad y asequibilidad, de accesibilidad (en términos de no discriminación personal, material y financiera), de aceptabilidad y de adaptabilidad, harían posible la aplicabilidad directa de la constitución y formarían el contenido esencial del derecho a la educación. Sobre el contenido del derecho a la educación LORENZO COTINO HUESO, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, p. 163 y ss.; HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *Una nueva mirada sobre los aspectos constitucionales del derecho a la educación: Su protección en el derecho internacional y su evolución en la jurisprudencia* y HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, "El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos".

⁶⁶ Por ello, de conformidad al principio de subsidiariedad, es compatible la existencia de un establecimiento subvencionado con la de un establecimiento particular pagado, o la de uno con subvención normal y otro de financiamiento compartido. De igual forma, es constitucionalmente factible un programa de acción político que sustente un régimen de educación gratuita. Bajo esta perspectiva la configuración del derecho a la educación es competencia exclusiva y privativa del legislador.

administración del servicio educativo. Por el segundo, en cambio, se reconoce el derecho a impetrar la subvención tanto respecto de los establecimientos que a ese entonces eran parte del sistema público de educación como de los establecimientos particulares gratuitos⁶⁷. En pocas palabras, el Estado docente deja de existir

A fines del gobierno militar se dicta la ley N° 18.962, Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza⁶⁸. Dicha norma antes que poner fin a la dicotomía que existía entre libertad de enseñanza y derecho a la educación, deja abierto el debate en torno a la vigencia del principio de subsidiariedad y la noción de Estado social.

Como sea, la LOCE haría suyas no sólo materias de naturaleza eminentemente estructural (como los niveles y modalidades de enseñanza) sino aquellas técnicas propias del Derecho Público Administrativo, entre las que cuenta el reconocimiento oficial y los procedimientos de reclamación administrativa.

La LOCE contemplaba en el título preliminar normas generales y conceptos; el título I disponía sobre los requisitos mínimos de la enseñanza prebásica, básica y media y las normas objetivas para velar por su cumplimiento; los títulos II y III prescribían sobre las condiciones mínimas para obtener el reconocimiento oficial del Estado para establecimientos de educación general, instituciones de educación superior (esto es, universidades, institutos profesionales y centros de formación técnica) e instituciones de educación de las FFAA y de Orden. Además, creaba el Consejo Superior de Educación, y regulaba el sistema de acreditación al que se someterían las nuevas instituciones de Educación Superior. En fin, el título IV, confería el reconocimiento de pleno derecho a los establecimientos educacionales declarados cooperadores de la función educativa del Estado, así como a las instituciones de educación superior creadas con

112

⁶⁷ En directa alusión al decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, los artículos 19, 20 y 21 del decreto ley N° 3.476 reconocen el beneficio de la subvención para aquellos establecimientos educacionales que debían ser traspasados al sector municipal, siempre y cuando cumplieren los requisitos para impetrar el beneficio. El decreto ley ordena “el traspaso al dominio del fisco, a título gratuito, de todos los terrenos, derechos y edificaciones pertenecientes a instituciones descentralizadas del Estado, *que actualmente estén destinadas al funcionamiento educativo*” y facultaba a la Sociedad Constructora de Establecimientos Educacionales a entregar en comodato a las Municipalidades del país los bienes raíces o edificios de su propiedad.

⁶⁸ Aun cuando la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza fue publicada el 10 de marzo de 1990, un día antes de que Augusto Pinochet entregara el mando al presidente Patricio Aylwin, el contenido de su texto fue discutido durante más de seis años en la subcomisión redactora del Consejo de Estado, siendo tema de debate en sesenta y cinco oportunidades.

anterioridad a la ley, definiendo el concepto de autonomía institucional. Directamente relacionado con el concepto de democracia protegida acuñado en la Constitución durante el gobierno militar, ese mismo título disponía distintas prohibiciones y restricciones sobre conductas y acciones incompatibles con el ordenamiento jurídico, en especial aquellas destinadas a la propagación de tendencias político-partidistas.

La LOCE, junto a la Ley de Subvenciones (DFL N°2, de 1998, de Educación), el Estatuto Docente (DFL N° 1, de 1997) y la Ley Orgánica de Municipalidades (DFL N° 1-19.704)⁶⁹, serán la columna vertebral del régimen de educación particular subvencionada y pública municipal.

De esta forma, el DFL N°2, de 1998⁷⁰, es una norma que toma como antecedente directo el decreto ley N° 3.476, de 1980. Se trata de un cuerpo legal *in extenso* complejo que prescribe las condiciones y los requisitos para impetrar el beneficio de la subvención (artículo 6°). Asimismo, regula el régimen de jornada escolar completa diurna (que amplía la jornada diaria a ocho horas de clases), fija la base del cálculo sobre la asistencia mensual de los alumnos, determina los incrementos a que ella da derecho (art. 9-14). Además, establece procedimientos de pago para distintas situaciones, a saber: el Sistema Financiamiento Compartido, régimen en el que concurren de manera simultánea el financiamiento público y el privado (título II), la subvención de internados, el apoyo al mantenimiento y refuerzo educativo, al desempeño de excelencia docente y la administración delegada prevista en el decreto ley N° 3.166. Por último, dispone de un procedimiento administrativo especial de reclamación que contempla sanciones para el caso de incumplimiento a la ley.

113

Cabe agregar que esta ley de subvenciones no es la única que regula el total de los beneficios y asignaciones económicas que aporta el Estado en materia educacional. En efecto, una serie de normas tendientes a financiar complementariamente el sistema educacional –sea general o de educación superior–, han ido transformando el “mapa” del financiamiento

⁶⁹ El DFL N° 1-19.704, que fija texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, dispone en su artículo 4° que corresponde al municipio desarrollar directamente o con otros órganos de la administración del Estado las funciones relacionadas con la salud y la cultura. Para este efecto, y según dispone el artículo 8°, el municipio puede celebrar convenios con otros órganos, suscribir contratos, y entregar en concesión el servicio educativo, sin que ello implique una transferencia de la calidad de sostenedor. La norma debe ser leída en función del decreto con fuerza de ley N° 1-3.063, que traspasó el servicio educativo a las municipalidades.

⁷⁰ El DFL N°2, de Educación, de 1998, fija, a su vez, el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 2, de 1996, sobre subvención del Estado a establecimientos educacionales.

público educacional. En este sentido, destacamos las leyes N° 18.591 y N° 20.248 y el DFL N° 33, de octubre de 1981, normativas por las que se que crea el Fondo de Crédito Solidario para la Educación Superior⁷¹, el régimen de Subvención Escolar Preferencial⁷² y el FONDECYT, que fija normas sobre financiamiento de la investigación científica y tecnológica⁷³.

A su vez, el DFL N° 1, de 1997, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.070, que aprueba el estatuto de los profesionales de la educación, y de las leyes que la complementan y modifican, regula la función docente en varios planos, entre estos: idoneidad, categorías con que se presta la función (docencia, docencia directiva y asistencia técnica

⁷¹ Por esta ley se crea un fondo anual por el cual el Estado aporta recursos a las universidades pertenecientes al Consejo de Rectores con cargo al presupuesto de la nación. De acuerdo con el artículo 70 de la ley N° 18.591, el Fondo Solidario está concebido “para cada una de las instituciones de educación superior que reciben aporte del Estado con arreglo al artículo primero del DFL N° 4, del Ministerio de Educación, de 1981”. Esta situación es actualmente cuestionada por cuanto no existen motivos claros y plausibles para justificar un trato diferenciador entre las universidades tradicionales, que pertenecen al Consejo, y las universidades, centros de formación técnica e institutos profesionales privados que hoy concentran más del 55% de la matrícula en educación superior. Se trata de un criterio temporal, pues el Estado contribuye a financiar entidades existentes al 1 de diciembre de 1980 (DFL N° 4, de 1981, del MINEDUC, sobre financiamiento de universidades). Véase NOGUEIRA ALCALÁ, *Una nueva mirada...*, *op. cit.*, p. 17.

⁷² Para acceder a los beneficios de esta ley el sostenedor debe suscribir con el Ministerio de Educación un convenio de igualdad de oportunidades y excelencia educativa por cuatro años. La norma, además de definir la condición de alumno prioritario, avanza en la implementación de la Ley General de Educación en áreas tales como la clasificación de los establecimientos educacionales en autónomos, emergentes y en recuperación, crea un sistema voluntario de evaluación de alumnos y establecimientos educacionales conforme a estándares, regula un régimen de control sobre la base de rendición de cuentas de los aportes entregados por el Estado vía subvención y crea un sistema de asistencia técnica pedagógica por agentes externos que asesoran al establecimiento educacional en áreas tales como la gestión, liderazgo, administración y desarrollo técnico pedagógico. El 11 de octubre de 2011 la Ley SEP es mejorada en los siguientes aspectos: se incrementa la subvención en un 21% al 40% de los alumnos prioritarios (ochocientos mil alumnos); la elaboración del Plan de Mejoramiento Educativo corresponde al director y al resto de la comunidad educativa, pudiendo mejorar las áreas de desarrollo si se estima que hay mayores necesidades; por último, se faculta la contratación de docentes, asistentes y personal necesario para mejorar las capacidades técnicas y se regulan de mejor manera las entidades de ATE, para el apoyo en la elaboración del Plan de Mejoramiento.

⁷³ Mediante este decreto ley se crea un consejo nacional de desarrollo científico y tecnológico, integrado por los ministros de Educación, Hacienda y Planificación, o sus representantes, encargados de establecer anualmente montos globales de dinero para la investigación y desarrollo científico tecnológico (art. 1), y dos consejos superiores, uno de Ciencias y el otro de Desarrollo Tecnológico, encargados de asignar esos recursos a investigación, mediante el llamado a un concurso nacional de proyectos, a universidades, institutos profesionales, personas jurídicas y personas naturales.

pedagógica), crea un sistema de perfeccionamiento y formación a cargo de un centro de perfeccionamiento, establece un régimen de evaluación (art. 18), garantiza la autonomía y regula la carrera funcionaria sobre la base de un modelo rígido de contratación y asignaciones.

Independiente de las críticas que se le podían efectuar, la LOCE innovó en una serie materias que sirven de base al actual régimen educacional, a saber:

- 1) establecer los requisitos mínimos para cada nivel de enseñanza, con la finalidad de obtener el reconocimiento oficial del Estado, y prescribir las normas objetivas para su cumplimiento dentro de las cuales se cuentan la regulación de procedimientos administrativos especiales y la creación de un sistema nacional de evaluación para la calidad de la educación (SIMCE);
- 2) clasificar las distintas clases de enseñanza (educación formal y educación informal; educación regular y educación sin reconocimiento oficial; educación científico-humanista y educación técnico-pedagógica; educación de adultos; educación especial, etcétera);
- 3) diferenciar los tipos y niveles de enseñanza según si se trata de educación general o educación superior. Así, la educación general se divide en niveles de transición prebásico o parvulario, básico y medio, en tanto que la educación superior puede ser universitaria, técnico-profesional o de formación técnica.

115

VIII. La búsqueda de equilibrios y consensos

Marcado por un claro descontento frente a situaciones de inequidad y luego de una maratónica movilización convocada por la Asamblea Coordinadora de Estudiantes Secundarios, en mayo de 2006 se reinstala la discusión política en materia de educación.

El debate, originado por demandas relativas a la gratuidad del transporte público y la prueba de selección universitaria, se extiende a aspectos vinculados a materias tales como el financiamiento del sistema, la reforma municipal, la derogación de la LOCE, la creación de una superintendencia de educación y de una agencia nacional de calidad, la jornada escolar completa diurna, la regulación del lucro, el subsidio o bonificación a padres de familias de escasos recursos, la flexibilidad laboral de la carrera docente, la mejora de los mecanismos de capacitación y perfeccionamiento pedagógico y la creación de un sistema objetivo de evaluación (mediante

pautas o estándares nacionales e internacionales) de los principales actores del sistema (esto es, los alumnos, los establecimientos educacionales y los docentes). Quedó claro en esa oportunidad que el debate se circunscribía en el mejoramiento de la calidad de la educación y en el logro de mayores grados de equidad.

Para hacer frente a la serie de demandas planteadas, el 7 de junio de ese año la presidenta Michelle Bachelet designa un consejo asesor presidencial para la calidad de la educación, encomendando la reforma del ordenamiento jurídico educacional⁷⁴. El producto final de este debate fue la LGE.

En lo medular, son novedades de esta norma los principios sobre los que se inspira el modelo educacional en concordancia con lo previsto en los tratados internacionales ratificados por Chile,⁷⁵ los deberes y derechos de cada uno de los actores que interactúan en el sistema educativo, el incremento de los estándares y exigencias de la educación reconocida oficialmente por el Estado, y la reformulación de la institucionalidad pública educacional.

De acuerdo con el artículo 3° de la LGE, son principios estructurales:

1. la universalidad y permanencia, por los cuales la educación debe estar al alcance de todos y durante toda la vida;
2. la calidad de la educación, a fin de asegurar que todos los alumnos y alumnas alcancen los objetivos generales y estándares de aprendizajes que se definan por ley;
3. la equidad del sistema educativo, por el que se garantiza la igualdad de oportunidad para recibir una educación de calidad;
4. el respeto y fomento de la autonomía de los establecimientos educacionales al momento de definir y desarrollar sus proyectos educativos;

116

⁷⁴ El consejo asesor, presidido por Juan Eduardo García Huidobro, fue integrado por ochenta y un miembros representativos de todos los sectores, entre ellos los actores directamente vinculados al movimiento, los estudiantes. El informe final fue entregado el 11 de diciembre de 2006 a la Presidenta de la República. Mayores antecedentes en SILVA BASCUÑÁN, *op. cit.*, vol. XII, pp. 158-166.

⁷⁵ Desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Pacto de Derechos Sociales Económicos y Culturales en 1966, otros instrumentos han desarrollado el derecho a la educación, debiendo ser interpretado a la luz de los mismos. Entre estos acuerdos internacionales se cuentan: la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, de Jomtien, Tailandia, de 1990 (artículo 1°); la CDN, (párrafo I, artículo 29); la Declaración y Plan de Acción de Viena (Parte I, párrafo 33, parte II, párrafo 80), todos los anteriores en directa relación con el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos (párrafo II). Sobre el contenido del derecho a la educación y los tratados internacionales, NOGUEIRA ALCALÁ, "El derecho a la...", *op. cit.*

5. la diversidad de procesos y proyectos educativos así como el respeto a la diversidad cultural, religiosa y social de las poblaciones;
6. la responsabilidad, en cuanto a que todos los actores deben cumplir con sus obligaciones y rendir cuenta pública cuando corresponda;
7. la participación, esto es, el derecho de los miembros de la comunidad de ser informados y de participar en el proceso educativo;
8. la flexibilidad, en el sentido de permitir la adecuación del proceso frente a la diversidad de realidades y proyectos educativos;
9. la transparencia, a fin de facilitar la información desagregada del conjunto del sistema educativo en cuanto a ingresos, gastos y resultados;
10. la integración, que permita la incorporación de alumnos de diversas condiciones sociales, étnicas, religiosas, económicas y culturales;
11. la sustentabilidad como medio para fomentar el respeto al medio y el uso racional de los recursos naturales como expresión concreta de la solidaridad con las generaciones futuras y
12. la interculturalidad, por la que se reconoce al individuo en su especificidad cultural y de origen, considerando su lengua, cosmovisión e historia⁷⁶.

117

Asimismo, establece con mayor precisión cuáles son los deberes del Estado en materia educativa (en especial, los arts. 5, 6, 7 y 8) y prescribe los derechos y obligaciones de cada uno de los integrantes de la comunidad escolar. En tal sentido, el artículo 9° define la comunidad como

“una agrupación de personas que inspiradas en un propósito común integran una institución educativa. Ese objetivo común es contribuir a la formación y el logro de aprendizajes de todos los alumnos que son miembros de ésta, propendiendo a asegurar su pleno desarrollo espiritual, ético, moral, afectivo, intelectual, artístico y físico. El propósito compartido de la comunidad se expresa en la adhesión al proyecto educativo del establecimiento y a sus reglas de convivencia establecidas en el reglamento

⁷⁶ Esta línea de pensamiento es la que sigue la Ley Orgánica de Educación de España, de 3 de mayo de 2006, la que en el artículo 1°, del título preliminar, contempla los principios sobre los que se fundamenta la referida norma. La construcción de un sistema jurídico fundado en valores, principios y reglas –como normas– se encuentra fuertemente arraigada en los postulados que aborda la tesis moderna del constitucionalismo, en especial, la propuesta por Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*. Véase Juan Andrés GONZÁLEZ TUGAS, *Justificaciones del racional y justo procedimiento legal según el artículo 19 N° 3 de la Carta de Derechos Fundamentales chilena: garantismo y racionalidad constitucional*, pp. 7-34.

interno. (...) La comunidad educativa está integrada por alumnos, alumnas, padres, madres y apoderados, profesionales de la educación, asistentes de la educación, equipos docentes directivos y sostenedores educacionales”.

Por otra parte, la LGE, además de establecer los requisitos mínimos y objetivos generales para velar el cumplimiento de la educación prebásica, básica y media, y definir la técnica jurídica de control para la calificación, certificación y validación de estudios, y el reconocimiento oficial del Estado (artículos 39-51), perfecciona el marco institucional tendiente a garantizar la calidad de la educación. Con este propósito se crea el Consejo Nacional de Educación, la Agencia de Calidad de la Educación y la Superintendencia de Educación (art. 6, inciso segundo).

Al Ministerio de Educación le corresponde implementar el régimen administrativo autorizacional y planificar las distintas políticas educacionales (entre ellas, las concernientes a la evaluación del sistema). Por su parte, es misión del Consejo Nacional de Educación aprobar las bases curriculares para la educación parvularia, básica y media con sus respectivos planes y programas, así como administrar el sistema de licenciamiento y evaluación de nuevos proyectos de educación superior (arts. 53 y 54)⁷⁷. A su turno, la Agencia de Calidad de la Educación tendrá a su cargo orientar y evaluar a los sostenedores y establecimientos educacionales por dos medios: uno, de carácter prescriptivo, en función de logros de aprendizajes de los alumnos de enseñanza básica y media⁷⁸, y otro, de naturaleza “indicativa”, sobre la base del desempeño de los establecimientos educacionales y de los sostenedores⁷⁹. Por último, corresponde a la Superintendencia velar por la

118

⁷⁷ La ley N° 20.129, de 17 de noviembre de 2006, establece un sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación superior, cuyo objetivo es asegurar la transparencia, gestionar un sistema de licenciamiento e instituciones nuevas, e implementar uno referente a la acreditación institucional sobre la base de un proceso de análisis de los mecanismos existentes al interior de las entidades autónomas, y, por último, administrar un sistema de acreditación de las carreras y programas tendiente a verificar la calidad del servicio impartido. La base del sistema de aseguramiento de la calidad gira en torno a la autonomía de cada plantel y la transparencia de la información pública relativa a los resultados del proceso de evaluación.

⁷⁸ Según el artículo 37 este modelo de medición periódica se sustenta sobre la base del grado de cumplimiento de los objetivos generales por parte de los alumnos de cada establecimiento según parámetros o estándares de medición objetivos –sean ellos nacionales o internacionales–, debiendo informar, además, sobre la calidad y equidad del sistema educativo.

⁷⁹ Según el art. 38, los estándares indicativos de medición de establecimientos y sostenedores deberán considerar los resultados de aprendizajes de los alumnos, los resultados de medición de desempeño de los docentes y otros indicadores de calidad, orientándose a fortalecer las capacidades institucionales y de autoevaluación de los establecimientos

mantención de los requisitos que dan origen al reconocimiento oficial del Estado⁸⁰, resolver consultas e investigar las denuncias y reclamos que hagan los padres respecto de la educación de sus hijos, y controlar el sistema de rendición de cuentas relativo al uso de los recursos del establecimiento⁸¹.

Según lo han hecho ver distintos medios de comunicación, el actual modelo educativo ha sido objeto de innumerables críticas de parte de diferentes sectores de la ciudadanía, en especial en lo concerniente al modelo de educación pública, al régimen de control y financiamiento vía subvención, al perfeccionamiento de la carrera docente y al sistema de acreditación de la calidad tanto en lo que respecta al nivel de educación general como en lo referente a la educación superior; todo lo cual ha determinado la implantación de políticas presupuestarias preferentes en beneficio del rubro educacional de parte del gobierno del presidente Sebastián Piñera⁸².

IX. Conclusiones

I. ORÍGENES

El origen de la educación en Chile se explica en la tarea conjunta que desarrollan la Iglesia Católica y la monarquía española. Con el devenir de las

119

educacionales, sus planes de mejoramiento. La naturaleza indicativa determina que este modelo de evaluación por estándares no da origen a sanciones administrativas.

⁸⁰ En este orden de ideas, hay que relacionar el artículo 50 con lo prescrito en el art. 46 de la LGE, que dispone nuevas y mayores exigencias para obtener el reconocimiento oficial del Estado, entre ellas: estar constituido como persona jurídica de derecho público así como las de derecho privado cuyo giro único sea la educación, contar el administrador o representante legal con un título profesional de al menos ocho semestres, la calidad de sostenedor no podrá transferirse en caso alguno y bajo ningún título (letra a); comprometerse a cumplir con los estándares nacionales de aprendizaje (letra e); y acreditar con un capital mínimo pagado en proporción para la matrícula proyectada (letra h).

⁸¹ Como parte integrante de las reformas legislativas iniciadas con la promulgación de la LGE, el 27 de agosto de 2011 se publica la ley N° 20.529, sobre Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización, con el objetivo de mejorar el cumplimiento de estándares mínimos de enseñanza por parte de todos los establecimientos educacionales. Para estos efectos se regula con mayor detalle la composición y funciones de la Superintendencia de Educación y la Agencia de Calidad de la Educación.

⁸² La Ley de Presupuesto del año 2012 incrementó los recursos para educación en un 10% respecto del año 2011. Sobre la polémica acerca de la calidad, el financiamiento y el modelo de educación pública: Cristian BELLEY, Daniel CONTRERAS, Juan Pablo VALENZUELA, *Ecos de la Revolución Pingüina. Avances, debates y silencios de la reforma educacional*; Cristian BELLEY, Clemencia GONZÁLEZ, "La asistencia técnica educativa y sus factores de calidad: una revisión de la literatura".

ideas de la Ilustración intervienen nuevos actores en la función educativa con la finalidad de difundir el conocimiento en la población. El proceso de construcción de la república refuerza la relación Estado-educación.

2. PAPEL DEL ESTADO

Ya que la tarea de difundir el conocimiento es uno de los pilares de la república, el Estado asume un papel cada vez más preponderante en el fomento, desarrollo y control de la educación.

Este papel “asistencial” del Estado, en materia educacional, adquiere especial importancia con las primeras políticas económicas y sociales que fueron adoptadas a inicios de la década de 1930.

3. TENSIONES Y CONFLICTOS

ENTRE EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA

En el transcurso de la historia de Chile no es extraño observar distintos episodios de conflicto en materia de educación. En el presente trabajo damos cuenta de al menos cinco procesos de conflicto:

- el primero, suscitado entre congregaciones religiosas –jesuitas y dominicos– por los privilegios que concede la autoridad regia para otorgar títulos académicos,
- el segundo, por los grados de autonomía que ejercen particulares frente a la potestad de tuición que ejerce la Real Universidad de San Felipe,
- el tercero, como resultado de la pugna ideológica que se suscita entre pelucones y pipiolos, conflicto que supone distintos modelos de educación como también distintos planteamientos ideológicos,
- el cuarto, como resultado del conflicto por la libertad de enseñanza dada las fuertes injerencias que desempeña el Estado a través del Instituto Nacional y la Universidad de Chile (y la Facultad de Filosofía) y
- el quinto, los diversos conflictos originados durante el siglo xx y el presente, a propósito del incremento de expectativas de la población por acceder a mayores y mejores programas de educación.

4. OBLIGATORIEDAD Y GRATUIDAD

El carácter obligatorio de la educación fue decisivo para ampliar la cobertura educativa a partir de 1920. En efecto, a partir de ese año las tasas de

analfabetismo y deserción escolar descienden progresivamente. Sin embargo, garantizar el acceso universal no satisface la dimensión cualitativa.

Las primeras leyes de subvención educacional van aparejadas con el carácter obligatorio de la educación y la necesidad de ampliar la cobertura del sistema en toda la población.

5. LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Reconoce en los números 10 y 11 del artículo 19 el derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

El constituyente adopta la LOCE, como mecanismo idóneo para regular la materia. Entre otras materias, aporta nuevos conceptos, establece edades mínimas y máximas, sistematiza los niveles y modalidades de educación general, regula los requisitos básicos para la obtención del reconocimiento oficial del Estado por parte de los establecimientos educacionales, dispone un procedimiento administrativo de reclamación, y regula la educación superior que imparten las universidades, los institutos profesionales y los centros de formación técnica.

La LGE incorpora principios rectores, establece derechos y obligaciones para cada actor del sistema educativo, y crea un nuevo marco institucional, compuesto por el MINEDUC, la Superintendencia de Educación, el Consejo Nacional de Educación y la Agencia de Calidad. Esta normativa es desarrollada con mayor detalle por la ley que crea el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación.

121

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ed. Solane e Hijos A.G., S.A., 2002.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime *et al.*, *Actas del Consejo de Estado (1976-1990)*, Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2008, t. II.
- ATRIA, Fernando, *Mercado y ciudadanía en la educación*, Santiago, Flandes Indiano, 2007.
- BELLEY, Cristian, Clemencia GONZÁLEZ, “La asistencia técnica educativa y sus factores de calidad: una revisión de la literatura”, en Cristian BELLEY, Alejandro OSSES, Juan Pablo VALENZUELA (coord.), *Asistencia Técnica Educativa: de la Intuición a la Evidencia*, Santiago, Universidad de Chile, Centro de Investigación Avanzada en Educación, 2010.
- BELLEY, Cristian, Daniel CONTRERAS, Juan Pablo VALENZUELA, *Ecos de la Revolución Pingüina. Avances, debates y silencios de la reforma educacional*, Santiago, Pehuén Editores S.A., 2010.

- BRAHM GARCÍA, Enrique, “Carlos Ibáñez del Campo: El surgimiento de un caudillo político revolucionario”, en Jaime ARANCIBIA MATTAR, José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY (coord.) *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Santiago, Legal Publishing, Abeledo Perrot, 2009.
- CAMPOS HARRIET, Fernando, *Desarrollo educacional 1810-1860*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1960.
- CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia constitucional de Chile, las instituciones políticas y sociales*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- CASAS, Lidia, Jorge CORREA, Karina WILHELM, “Descripción y análisis jurídico del derecho a la educación y la discriminación”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico: Discriminación e Interés Público*, Serie Publicaciones Especiales, N° 12, Santiago, Universidad Diego Portales, 2001.
- CASTILLO-SÁNCHEZ, Camilo Ernesto, Ethel Nataly CASTELLANO-MORALES, “Defensa de la gratuidad de la educación en Colombia: algunos argumentos constitucionales y de derecho internacional” en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 12, N° 1, Bogotá, 2010.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN, *Sesiones N°s 132, 133, 134, 135, 136, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 146, 147, 148, 151, 152, 154, 155, 223, 224, 225, 226, 227, 245, 280, 282, 399 y 401*, Santiago, Congreso Nacional de Chile, 1980.
- 122 COTINO HUESO, Lorenzo, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- CORREA, Sofía *et al.*, *Historia del siglo XX chileno*, Santiago, Editorial Sudamericana, 2001.
- EGAÑA BARAONA, María Loreto, *La educación primaria en el siglo XX en Chile, una práctica de política estatal*, Santiago, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, LOM Ediciones, Colección Sociedad y Cultura, 2000, vol. XXII.
- EMBED IRUJO, Antonio, *et al.*, *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, 2009.
- ENCINA, Francisco, Leopoldo CASTEDO, *Historia de Chile*, Santiago, Zig-Zag, 1952, t. I.
- EVANS DE LA CUADRA Enrique, *Los derechos constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, t. I.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, “El servicio público de educación prestado por particulares”, en Salvador VALENCIA CARMONA (coord.), *Educación, ciencia y cultura, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 97, México, Edith Cuautle Rodríguez editora, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- FLATEN GASITÚA, Karen Marie, *Incorporación gradual del género femenino en la sociedad chilena. Primera Parte: La mujer ciudadana*, 2010, disponible en microjuris.com, MJCH_MJD416, fecha de consulta 26 de octubre de 2011.

- GARCÍA HUIDOBRO, Juan Eduardo *et al.*, *La reforma educacional chilena*, Madrid, Editorial Popular, 1999.
- GONZÁLEZ TUGAS, Juan Andrés, *Justificaciones del racional y justo procedimiento legal según el artículo 19 N° 3 de la Carta de Derechos Fundamentales chilena: garantismo y racionalidad constitucional*, tesis inédita para optar al grado académico de magíster en Derecho Público, mención en Derecho Constitucional, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2009.
- HEISE GONZÁLEZ, Julio, *Historia constitucional de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1954.
- HUNEEUS GANA, Antonio, *La Constitución de 1833*, Santiago, Editorial Splendid, 1933.
- ÍÑIGUES MANSO, Andrea, “Notas y comentarios sobre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación en la Constitución de 1980”, en *Derecho Mayor*, vol. 5, Temuco, 2006.
- IZQUIERDO FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Historia de Chile*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1989 vols. 1, 2 y 3.
- JORDÁN, Tomás, “Elementos configuradores de la tutela jurisprudencial de los derechos educacionales en Chile”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 1, Talca, 2009.
- JORDÁN, Tomás, “La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución Chilena”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, N° 2, Talca, 2007.
- JORDÁN DÍAZ, Tomás Pablo, *La protección de los derechos sociales: modelo comparado de tutela jurisdiccional (España Chile)*, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Colección de Investigación Jurídica, N° 10, 2006.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Barcelona, Centros de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Cedecs Editorial, 1997.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, N° 2, Santiago, 2010.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Los derechos sociales”, en Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones de Teoría Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Colex, 2010.
- Noguera Fernández, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Una nueva mirada sobre los aspectos constitucionales del derecho a la educación: Su protección en el derecho internacional y su evolución en la jurisprudencia*, 2008. Disponible en microjuris.com (MJCH_MJD315).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos”, en: *Revista IUS ET PRAXIS*, año 14, N° 2, Talca, 2008.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, 2ª ed., Madrid, COLEX, 2006.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, “Política y educación”, en *Revista de Derecho Público*, N° 50, Santiago, diciembre 1991

- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo, “Notas sobre nación, Estado y educación”, en *Revista de Derecho Público*, N° 47-48, Santiago, enero-diciembre 1990.
- SÁNCHEZ GAETE, Marcial, “La educación en el Chile colonial”, en Marcial SÁNCHEZ GAETE (dir.) *Historia de la Iglesia en Chile: en los caminos de la conquista espiritual*, Santiago, Editorial Universitaria, 2009, t. 1.
- SERRANO, Sol, *Estado, universidad y profesiones en Chile. 1842-1879*, tesis para optar al grado académico de doctor en Historia, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Instituto de Historia, 1992, vols. 1 y 2.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, v. XII.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2004.
- SOTO VELAZCO, Sebastián, “La libertad de enseñanza durante el gobierno de Frei Montalva”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 1, Santiago, 2004.
- VALENCIA AVARIA, Luis (comp.), *Anales de la República, textos constitucionales de Chile y registro de los ciudadanos que han integrado los poderes Ejecutivo y Legislativo*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1951, t. I.
- VARAS CONTRERAS, Guillermo, *La enseñanza particular ante el Derecho*, Santiago, Editorial del Pacífico, 1956.
- 124 VIAL, Gonzalo, *Historia de Chile (1891-1973)*, Santiago, Editorial Santillana del Pacífico S.A., 1981, vols. I y II.
- VITALE, Luis, *Interpretación marxista de la Historia de Chile. La Colonia y la Revolución de 1810*, Santiago, Prensa Latinoamericana S.A., 1972, t. II.
- VITAR, Sergio, *Educación nuestra riqueza. Chile educa para el siglo XXI*, Santiago, El Mercurio-Aguilar, 2005.

EL INICIO DE LA LUCHA
POR LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS
DEL NUEVO MUNDO.
UNA REINTERPRETACIÓN POLÍTICA

THE INITIATION OF THE STRUGGLE
FOR THE RIGHTS OF THE INDIANS
IN THE NEW WORLD.
A POLITICAL REINTERPRETATION

*István Szászdi León-Borja**

Resumen

El trabajo presente busca conocer la génesis de la lucha por los derechos de los naturales en América. Explica cómo los reyes de España, sea tanto por razones jurídicas como de carácter económico, intentaron frenar la desaparición de los naturales y su incorporación a la sociedad cristiana. Se toma en cuenta la situación político-militar de las Antillas españolas, la rebelión de los indios borincanos y la necesidad de mantener la encomienda para la supervivencia del poblamiento castellano. El trabajo explica cómo las *Leyes de Burgos* de 1512 y la *Moderación* de 1513 fueron resultado del inicio de la lucha por los derechos de los indios emprendida por los dominicos en el Nuevo Mundo antes de fray Bartolomé de Las Casas. Asimismo, se pone en evidencia cómo afectaron a su redacción la lucha entre la Corona y los herederos de Cristóbal Colón por el dominio y gobierno de las islas.

125

Palabras clave: *Leyes de Burgos*, indios, conquista, derechos, Fernando el Católico, Juan Ponce, dominicos, encomienda, pleitos colombinos, Real Audiencia de Santo Domingo

Abstract

The present research tries to explain the motives that led to the initiation of the struggle for the rights of American Indians. Because of economic

* Doctor en Derecho, Universidad de Valladolid. Profesor de Historia del Derecho español de la Universidad de Valladolid. Miembro del Instituto Histórico Simancas. Dirección postal: Trinidad 3, Segovia, España. Artículo recibido el 28 de mayo de 2012 y aceptado para su publicación el 30 de julio de 2012. Correo electrónico: istvanszaszdi@der.uva.es.

as well as legal reasons the King and the Queen of Spain tried to stop the genocide of the natives, introducing the Indians in Christian society. The article revisits the Antilles and the Indian uprising of Puerto Rico in 1511. It describes how important the *Encomienda* system became for the survival of the Spanish colony. It also narrates how the Dominican friars put the cornerstone of the defence of the Indians before Fray Bartolomé de Las Casas made his first steps, the first effects of their work were the so called *Leyes de Burgos* of 1512 and its Moderation of 1513.

Key Words: *Laws of Burgos*, Indians, Conquest, Rights, King Ferdinand The Catholic, Juan Ponce, Dominican friars, Encomienda, Columbian Litigation, Royal Courthouse of Santo Domingo

126

Cuando nos referimos a las *Leyes de Burgos* muchas veces se echa en falta el análisis político tanto de la realidad indiana como muy especialmente de los acontecimientos que afectaban los reinos y estados de don Fernando el Católico y de su hija doña Juana en Europa. Una vez más hay que destacar la necesidad de la unidad histórica de España y de sus Indias. Ello resulta bien evidente en aquellos primeros pasos de la colonización hispana en las Indias. Constituye la legislación primera de la encomienda indiana el primer *ius propium* indiano, hijo de la escolástica y del pensamiento de santo Tomás de Aquino y de sus seguidores y compañeros de hábito. Sin el influjo de los frailes dominicos no se podría comprender la supervivencia racial y cultural de los indígenas americanos, ni tampoco la existencia del mestizaje y de la integración. Utilizando el nombre de la encomienda medieval se dotó a ésta de un contenido diferente, que sin renunciar a los servicios personales de los indios, para hacer atractiva a los castellanos aquella singular conquista, exigía la conservación de los naturales, su vestido, alimentación y educación, en unas circunstancias en que la sociedad taína de la isla Española había sido gravemente afectada por la codicia aurífera y esclavista del gobierno de Cristóbal Colón, y de las medidas de *pacificación* del comendador de Lares, el gobernador frey Nicolás de Ovando.

El año de 1508, en que Juan Ponce recorrió la costa de la isla de San Juan Bautista, llamada por los indios Boriquén, fue teniendo “*conversación*” con los reyezuelos taínos o caciques y celebró un pacto de amistad y hermanamiento, un pacto de *guatiao* con el cacique Agüeybana, siguiendo la costumbre de la tierra el año de 1508¹. Éstos eran poderosos pactos de

¹ István SZÁSZDI LEÓN-BORJA, “Guatiao, los primeros Tratados de Indias”, pp. 405-438; István SZÁSZDI LEÓN-BORJA, “Alianza y vasallaje en la expansión atlántica (1485-1520): las élites de los cristianos nuevos”, pp. 7-31 y István SZÁSZDI LEÓN-BORJA, “Los precedentes a los acuerdos hispano-taínos y el valor de los pactos de *guatiao*”, pp. 243-261.

sangre o, como decían los españoles, de compadrazgo, que fueron un instrumento muy útil para la pacificación antillana y la inmediata colonización. Parte del ritual de la celebración de estos pactos consistía en intercambiar los nombres de las participantes entre sí, también se intercambiaban regalos sagrados (ídolos, collares y cinturones de chaquira, máscaras o *guayzas*, algunos *duhos* o taburetes de maderas duras del país) y, finalmente, se intercambiaban hermanas para que fueran sus mujeres. En la sociedad taína los caciques heredaban su reino o cacicazgo por vía femenina. No era el hijo del cacique quien heredaba, sino el hijo de la hermana. Los indios justificaban este orden sucesorio diciendo que se sabía quien era hijo de su madre, pero que del padre siempre quedaba duda. Por eso tanto los sobrinos de los caciques como las hermanas de éstos eran importantes. Gracias a estos pactos se facilitó la conquista pacífica de las Antillas por parte de los españoles. Juan Ponce dio su nombre y apellido a Agüeybana, y la hermana de éste tomó el nombre de Leonor, la esposa de Juan Ponce. Esta amistad permitió el sometimiento en un primer momento de todos los caciques menores obedientes al poderoso Agüeybana². Su sobrino y heredero fue otra historia, se llamaba como él y los cronistas españoles para diferenciarle le llamaron Agüeybana “el Joven”³. En 1510, a raíz de la muerte de su tío, se convirtió en cacique.

En 1510, ese mismo año, Cristóbal de Sotomayor, hijo del conde de Camiña “Pedro Madruga”⁴ y antiguo secretario de Felipe el Hermo-

127

² También fue importante el que Juan Ponce llevase al cacique boricua a Santo Domingo para que conociera la civilización hispana en su versión urbana. Dice Gonzalo Fernández de Oviedo: “Desde a poco tiempo, el capitán Joan Ponce vino a esta cibdad de Sancto Domingo, e trujo consigo al cacique Agueybana para ver las cosas de esta Isla Española, la cual en aquella sazón estaba muy poblada de indios como de cristianos. E si este cacique Agueybana o su madre vivieran, nunca hobiera rebelión ni las maldades que subcedieron en los indios de Sanct Joan”. Gonzalo FERNÁNDEZ DE OVIEDO, *Historia general y natural de las Indias*, t. II, libro XVI, capítulo II, p. 91.

³ SZÁSZDI LEÓN-BORJA, “Guatiao...”, *op. cit.*

⁴ Título portugués otorgado por el rey de Portugal, Camiña –Caminha en portugués– es un poblado que se encuentra a orillas del Miño en su ribera sur. En el año de 1475, Alfonso V de Portugal concedió a Pedro Álvares de Sotomayor su apoyo a la causa de Juana de Castilla, su prometida, durante la Guerra de Sucesión castellana. Esta distinción nobiliaria le aumentó el prestigio a la Casa de Sotomayor y un puerto comercial de relativa importancia en la margen portuguesa del Miño. Piénsese que el estuario del río Miño se extiende de Camiña a La Guardia. A la muerte de “Pedro Madruga” en 1486, su hijo Álvaro viajó a Lisboa para jurar vasallaje y ofrecer pleito homenaje por el condado de Camiña a João II, el resultado fue nefasto, dado que fue hecho prisionero y torturado por la justicia de *El-Rei*, a causa de una conspiración tramada contra el joven Sotomayor por parte de los criados y hombres de confianza de su padre que habían permanecido en Portugal. La intervención de los Reyes Católicos libró a Álvaro de Sotomayor de un trágico final. Pedro Álvares de Sotomayor había casado con Teresa de Távora, noble perteneciente a

so⁵, fundó Távora, aldea que fue abandonada poco después a causa de los mosquitos. Un año después estableció el poblado que llevaba su apellido, en el lugar donde hoy se asienta la población de Aguada. Agüeybana el Joven fue entregado en encomienda a Cristóbal de Sotomayor, bachiller en Derecho por la Universidad de Salamanca⁶, que fue recompensado por el

una familia notable en la corte de Portugal, con quien tuvo a los siguientes hijos legítimos: Álvaro, Diego, Alonso, Felipe, Cristóbal, Fernando, Mayor y Constanza. Uno de sus hijos ilegítimos, João de Sotomayor, se fue a Portugal, donde casó con la dama Isabel da Costa, seguramente familia del cardenal Acosta, “Alpedrinha”, cardenal de Portugal. Entre 1485 y 1486, para proteger el patrimonio familiar, el hijo mayor de Pedro Madruga, Álvaro de Sotomayor –que tenía dieciocho años– se apropió del condado y castillo de Sotomayor, al haber caído en desgracia ante los Reyes Católicos su padre por ser el hombre del rey de Portugal en Galicia. Pedro de Sotomayor murió en la primavera de 1486 en Alba de Tormes mientras negociaba su rehabilitación por los reyes. Teresa de Távora parece que crió a sus hijos en Portugal, en Valença do Minho, en la ribera lusa. Luego, en 1500, se encontraba con sus hijos Alonso y Cristóbal en Sevilla. La Condesa murió por 1509. Suso VILA, *A casa de Soutomaior (1147-1532)*, pp. 32, 290, 374.

⁵ Cargo que le costó la gracia de Fernando el Católico, pues a raíz de la muerte del Hermoso, Cristóbal de Sotomayor fue enviado a Indias a un destierro no escrito en la isla de San Juan. Ésta era la isla favorita del Rey, quien la tenía como propia. El crimen del noble gallego había sido ser testigo y redactar los tratados y capítulos más secretos que se acordaron en el tratado de Sevilla entre el archiduque Felipe de Habsburgo y el rey Juan Albret de Navarra, que configuraban una gran alianza entre Castilla, Francia y aquel Reino pirenaico, una política contraria a la liga antifrancesa diseñada por el rey católico, su suegro. Al estampar su firma el letrado Cristóbal de Sotomayor se ganó la desconfianza del rey Fernando, contra quien buena parte de ese tratado iba dirigido por parte del marido de Juana la Loca. Así, no es sorprendente que en el viaje al Nuevo Mundo Cristóbal de Sotomayor hubiera hecho tan buena amistad con Hernando Colón, a quien le vendió un libro, pues viajó con los hijos del Descubridor en el mismo barco al Nuevo Mundo, según anotara el vástago del Almirante y que integró los fondos de la Biblioteca Colombina. István SZÁSZDI LEÓN-BORJA, “Vida y desventura de un letrado gallego, Don Cristóbal de Sotomayor, de secretario real a alcalde mayor en Yndias”, pp. 701-706.

⁶ Así figura en los libros de cuentas de descargos de la Casa Real en el Archivo General de Simancas. En papeles del año de 1506, Leg. 6, fols. 421-427, consta: “A los herederos de Pero Alvarez de Sotomayor, Conde de Camiña, cierto juro que se le dejó por las declaratorias del año 1480. Firma el recibí su hijo don Diego de Sotomayor. Con cartas de donación de don Cristóbal de Sotomayor, estudiante y residente en el Estudio de Salamanca, hijo de dicho Conde y de doña Teresa de Távora –por él, y por su hermana Doña Mayor de Sotomayor–, de dicha Doña Teresa de Távora, y de don Alvaro de Sotomayor, Conde de Camiña, de la parte de juro que a ellos les tocaba; probanza de testigos y otros documentos sobre lo mismo”. Amalia PRIETO CANTERO, *Casa y descargos de los Reyes Católicos*, p. 199. Esta evidencia la encontré hace veinte años en Simancas, mas en los últimos tiempos han surgido nuevas fuentes, tal como los libros de cuentas del tesorero Morales de la Reina, que ha transcrito Rosana de Andrés. Por real cédula firmada por la Reina, y fechada en Alcalá de Henares de 6 de abril de 1506, dio orden a favor de Cristóbal de Sotomayor, hijo de la condesa de Camiña, “que los años que yo mandase dar mi çedula para ayuda a su estadio [debe leerse estudio] se los pagueis este año presente de

Rey Católico con el oficio de gobernador de la isla de San Juan Bautista⁷. Y al poco de llegar el noble gallego descubrió que el Rey sostenía a Juan Ponce en su cargo de gobierno. Ofreciéndole el de Santervás como regalo de consolación el oficio de alcalde mayor de la isla⁸, por ser letrado, des-

1503 que con esta mi çedula y con carta de pago de quien poder del dicho don Cristóbal tuviere y el traslado de la dicha primera çedula, mando que vos sean recibidos en cuenta los dichos 100.000 mrs. Y no fagades ende al..."; o la merced de la Reina "este año para ayuda a su estudio", fechada en Medina del Campo el 12 de enero de 1504 por una ayuda de cincuenta mil maravedís; o el asiento fechado en Segovia a 16 de septiembre de 1503 por el cual se ordenaba el pago de dieciséis mil seiscientos sesenta y siete maravedís. "Y por su poder, a Gonzalo de Verdesoto, cambiador, a cumplimiento de 50.000 mrs. De merced de la Reina para ayuda a su estudio". Rosana de ANDRÉS DÍAZ, *El último decenio del reinado de Isabel I a través de la tesorería de Alonso de Morales (1495-1504)*, 2789.

Años antes, en 1498, la condesa de Camiña (Caminha en portugués) pidió por merced a los reyes el que intervinieran para que don Cristóbal sirviese a las órdenes del príncipe de Gales. VILA, *A casa...*, *op. cit.*, p. 290. No creemos que don Cristóbal de Sotomayor hubiera hecho finalmente el viaje al reino de Enrique VII, lo cierto es que en 1501 se encontraba en los reinos de Castilla.

⁷ Es de suponer que Diego Colón vería con buenos ojos el nombramiento del noble gallego, y que si intentó retenerle en Santo Domingo se debió al conflicto que había con Juan Ponce en Puerto Rico. El nombramiento de Cristóbal de Sotomayor le reconocía como competencia gubernativa la administración de la justicia. Era lógico, dado que era letrado y que había servido de modo brillante en ese orden a Felipe el Hermoso. En ese sentido se seguía el modelo de la gobernación del marquesado de Villena y de los gobernadores de Galicia, especialmente después de 1479, cuyas competencias y prácticas debían ser bien conocidas por el galaico Cristóbal de Sotomayor. En particular interesante es lo que señala al respecto el mejor conocedor de las gobernaciones castellanas de aquella época, que dice, al tratar de los gobernadores que también eran justicias mayores, que fue el gobernador Alfonso de Navas en el marquesado el primero en 1477 y su sucesor inmediato Alfonso Manuel en ese mismo año, al tercer gobernador de Villena, Fernando de Frías, los reyes le delegaron "la justia alta e baxa, çivil y criminal, e mero e misto ynperio". Todos eran letrados. Insiste el Dr. González Alonso "Recuérdese, de otro lado, que los tres eran letrados, lo que facilitaba al máximo el disfrute personal de la función jurisdiccional". En cambio, los gobernadores del reino gallego no lo eran, aunque desde 1480, nos ilustra el citado autor, eran justicias mayores. Así, en esa fecha se provee al gobernador Fernando de Acuña, en su nombramiento, con que conozca "de las dichas causas breve y sumariamente, sin estrépitu ni figura de juicio", para una administración de la justicia sin dilaciones ni demoras, como era necesario por entonces para pacificar y dominar un territorio donde los partidarios de Juana de Castilla y de Alfonso de Portugal eran numerosos, y donde la Guerra de Sucesión se manifestó como una guerra entre señores. En dicho nombramiento a favor del siguiente gobernador gallego, Diego López de Haro, se le instruye que será competente en segunda instancia como "los oydores de nuestra audiencia". Normalmente los gobernadores gallegos entendían de procesos ayudados de juristas como en el caso del gobernador Fernando de Acuña y el licenciado Garcí López de Chinchilla. Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, *Gobernación y gobernadores. Notas sobre la administración de Castilla en el periodo de formación del estado moderno*. pp. 118-123.

⁸ Este oficio significaba no sólo ser justicia de la isla sino, más importante aún, ser un lugarteniente de gobernador, era, por tanto, la segunda autoridad de la isla en presencia de Juan Ponce y en ausencia del Gobernador de la gobernación era la autoridad máxima.

pués que embarcara a Juan Cerón a España, quien, como hemos dicho, tenía ese oficio del virrey de las Indias. Para muchos colonos Cristóbal Sotomayor se rebajó al aceptar ese oficio, por ser hombre de gran calidad y categoría⁹. Hizo pacto de guatiao con Agüeybana el Joven, pero éste tramaba a sus espaldas una gran revuelta contra todos los cristianos de la isla de San Juan Bautista-Boriquén. A pesar de que su hermana avisara al noble gallego del peligro que corría, no le dio crédito y terminó muriendo asesinado a manos de su propio *alter ego*, el cacique Agüeybana el Mozo. De nada le valió a la taína, que era manceba del español, sus advertencias¹⁰.

⁹ Dice Gonzalo Fernández de Oviedo, el cual conocía tanto a Cristóbal de Sotomayor como a Juan Ponce de la Corte: “E vino entonces con el Almirante un caballero que había seido secretario del serenísimo Rey don Felipe, llamado don Cristóbal de Sotomayor, que yo conocí muy bien, hijo de la condesa vieja de Camiña, y heredero del conde de Camiña: el cual don Cristóbal era hombre generoso y noble, el cual el Rey Católico enviaba por gobernador a la isla de San Juan; pero el Almirante no dio lugar a ello, aunque con él había venido, ni le consintió quedar en aquella isla... Juan Ponce era un escudero pobre cuando acá pasó, y en España había sido criado de Pero Núñez de Guzmán, hermano de Ramiro Núñez señor de Toral. El cual Pero Núñez, cuando le sirvió Joan Ponce, no tenía cien mill maravedís, o poco más, de renta, puesto que fuese de ilustre sangre, y después fue ayo del serenísimo señor Infante don Fernando, que agora es Rey de los Romanos. Quiero decir que de la persona de don Cristóbal a la de Joan Ponce, había mucha desigualdad en generosidad de sangres, puesto que el Joan Ponce estaba reputado por hidalgo y tuvo persona y ser para lo que fue después. ...Así que los que habían ido con el capitán Joan Ponce, como los que llevó don Cristóbal, todos le tuvieron a mal el haber aceptado tal cargo: y por eso como corrido dello, reconociendo su error, dejó el oficio, y no lo quiso, como arrepentido: pero no sin ser culpado en lo haber tomado”. Ramiro Núñez de Guzmán, señor de Toral, fue el caudillo de las Comunidades en León diez años después. FERNÁNDEZ DE OVIEDO, *op. cit.*, pp. 90-91.

¹⁰ No dejo de creer que Cristóbal de Sotomayor murió por ser el hombre de confianza de Diego Colón, que implantó la forma de gobierno señorial de éste en la isla, junto con los continos del Virrey. El nuevo repartimiento de indios colombinos y su “nuevo estilo” fueron los detonantes del levantamiento indígena de 1511. Y el matar a Cristóbal de Sotomayor desde la óptica de los habitantes de la isla, tanto indios como cristianos, era parecido a matar al propio Virrey, pues era su deudo. Hay que recordar que existía una natural empatía entre los Colón y el hijo del conde de Camiña: I. Los tres eran nobles; II. Eran de linajes estrechamente emparentados con la nobleza portuguesa y pertenecientes a ella, eran primos lejanos por la madre portuguesa de don Diego; III. Sus familias estaban resentidas desde la generación anterior contra Fernando el Católico. Para la familia portuguesa de Diego Colón, consúltese ÁDÁM SZÁSZDI NAGY, “Dos viñetas colombinas: Filipa y Vale do Paraiso”, pp. 129-175. Agradezco a Adám Szászdi Nagy, quien en comunicación personal me ha dado luz sobre cuál era el parentesco entre don Cristóbal y don Diego. Don Diego era primo de los Noroña-Meneses. El condestable de Portugal, D. Afonso, reconocido por el rey Manuel, era hijo adulterino de su hermano el duque de Viseu, D. Diogo, quien en sus mocedades fue rehén en Castilla cuando las Tercerías de Moura. Entonces el Duque, que era también maestro de la Orden de Santiago de la Espada de Portugal, tuvo un hijo en la esposa del infante Alfonso de Aragón, duque de Villahermosa y maestro de Calatrava, hermanastro del rey Fernando el Católico. La madre

La rebelión indígena de la isla de San Juan

Los principales jefes rebeldes que secundaron a Agüeybana fueron Guarionex, Mabodamaca y Urayoán. Para algunos, eran de linaje caribe. Lo cierto es que el alzamiento tuvo lugar en la zona occidental y sur de la isla. La pacificación de la tierra fue difícil especialmente por la resistencia del cacique Urayoán en los altos montañosos que llevan su nombre en la costa oeste, su cacicazgo era el de Yagüeza. Los indios taínos se aliaron con sus viejos enemigos, los caníbales, en su lucha contra los castellanos. El alzamiento indígena de la isla de San Juan Bautista tuvo lugar en 1511, según Gonzalo Fernández de Oviedo a comienzos del año, y se inició con la muerte de Diego Salcedo¹¹, el cual al cruzar un río a hombros de los indios, éstos le dejaron caer y ahogarse. Durante horas observaron su cadáver tendido en la orilla, pues creían que los blancos eran inmortales, hasta que le dieron por muerto y ello animó a los más indecisos a seguir el levantamiento de Agüeybana el Mozo. En realidad, los indios boricuas

del Condestable era Leonor de Sotomayor y Portugal, por parte materna era biznieta de Inés de Castro y de *El-Rei* Pedro de Portugal, y su padre fue João de Sotomayor.

El-Rei, Joao II, se encargó de su sobrino y lo hizo llevar a su reino, hijo de su cuñado Viseu, y lo entregó en secreto a Antao de Faria para su educación. D. Manuel lo reconoció como sobrino al subir al trono, y le hizo Condestable a raíz de su matrimonio con una hija de los marqueses de Vila Real, Joanna de Noronha el año de 1501. D. Afonso falleció tres años después. Los Noroña-Meneses (en portugués Noronha) ostentaban ese título de nobleza. Esa señora era conocida como la "Condestableza", su hija Beatriz casó con su primo el III marqués de Vila Real en 1520. Sobre esto véase a António Caetano DE SOUSA, *Historia Genealogica da Casa Real Portuguesa, desde a sua origem até o presente, com as familias illustres, que procedem dos reys, e dos serenissimos duques de Bragança. Justificada com instrumentos, e escritores de inviolavel fe, e offerecida a el rey D. Joaõ V. Nosso senhor*, vol. II, pp. 290. Agreguemos que Gonzalo Fernández de Oviedo sirvió primero como paje del segundo duque de Villahermosa, cuya casa denominó la "casa de Minerva y Marte" por unirse en ella el ejercicio de las armas con el cultivo de las letras. Gonzalo Fernández de Oviedo vivió con el Duque hasta los trece años, sirviendo luego al príncipe Juan como mozo de Cámara. Piénsese que los hijos de Cristóbal Colón, Diego y Hernando, fueron pajes del Príncipe y a su muerte siguieron en la Corte. También ellos conocieron a Juan Ponce cuando era paje o mozo de espuelas de Pero Núñez de Guzmán. Entre ellos, Cristóbal de Sotomayor, el virrey Diego Colón, y su hermano Hernando, se habrán tratado de deudos o primos por los parentescos ya explicados. Y habrán considerado el agravio a Cristóbal de Sotomayor por parte del Rey Católico como algo suyo igualmente, con certeza plena. Bien claro está que veían en Juan Ponce un ser inferior, y con ese desdén le trataron hasta que el Rey le llamó la atención a don Diego.

¹¹ ¿Se trata del mismo Diego Salcedo que el Almirante menciona en su carta al gobernador frey Nicolás de Ovando fechada en la Isla Beata el 3 de agosto de 1504? Diego Salcedo había llevado a Cristóbal Colón socorro de parte del comendador de Lares a la isla de Jamaica. Juan PÉREZ DE TUDELA (director de la edición), *Colección Documental del Descubrimiento (1470-1506)*, t. III. doc. 668, pp. 1641-1642; doc. 674, pp. 1649-1650.

pensaban que los españoles morían y resucitaban, creencia producto de una mala comprensión de la fe cristiana, que predica la resurrección de los muertos. La actividad exploradora de los ríos de Sotomayor buscando placeres de oro y el nuevo repartir indios hizo que los éxitos de comunicación con los indios por Juan Ponce en la banda oeste fueran echados a perder.

Los españoles, que eran encontrados desprevenidos, eran asaltados y muertos en sus ranchos o caminos. La noticia llegó por medio de un español llamado Juan González, pariente de Juan Ponce, el cual se había desnudado como los indios y embijado de guerra como ellos pasando por sus filas hasta alcanzar Caparra y dar a Juan Ponce la nefasta noticia. La Casa Fuerte de Ponce en aquella ciudad sirvió para proteger a la población cristiana por entonces. Durante aquellos días cayó en poder de los indios un joven español de nombre Diego Suárez, quien iba a ser sacrificado después de ser jugado a la pelota por los guerreros indios. Entonces el capitán Diego de Salazar se abrió paso entre la indiada descargando su espada y le liberó él solo. Los indígenas impresionados por su valor le pidieron que fuera al caney de Aymamón, su cacique jefe. Allí Diego de Salazar se presentó y le encontró herido de muerte por su espada, Aymamón le pidió ser su *guatiao* impresionado por su valor guerrero, accedió si el indio se dejaba bautizar por un sacerdote. Y así fue, siendo este episodio una gran victoria psicológica de los castellanos. Juan Ponce dejó a Diego de Salazar al cuidado de la villa de Caparra y se dirigió hacia el sur para sofocar la rebelión. Junto con los vecinos de Caparra Juan Ponce sojuzgó con sus armas y perros bravos a los indios, pero no sin trabajo. Cerca de Coayuco, hoy en tierras de Yauco, mientras los indios de guerra celebraban un areito, ceremonia de bailes, cantos y borracheras, Juan Ponce y su hueste por sorpresa cayó sobre mil indios sembrando el pánico entre ellos. Luego siguió a la región del cacique Agüeybana, quien murió en la guerra en una batalla cerca de su aldea, para Luis M. Díaz Soler a orillas del río Guaorabo. La rebelión se había iniciado en enero de 1511 y para el 20 de marzo, en que Juan Ponce escribió al Rey, las hostilidades habían cesado.

También en 1511 fue destituido el de Santervás de Campos de la gobernación de la isla de San Juan Bautista, pasando desde La Española el propio virrey Diego Colón para ocuparse de ella so excusa de pacificar a los indios. El Consejo Real de Castilla había dictado sentencia favorable a los Colón sobre su derecho a gobernar la isla de Puerto Rico por haberla descubierto el almirante Cristóbal Colón. Cuando Diego Colón después de la Sentencia de Sevilla decide tomar posesión personalmente de Puerto Rico, su único obstáculo era Juan Ponce¹².

¹² Sin duda, las noticias de que Juan Ponce había descubierto oro en Boriquén, el nombre aruaco para la isla de San Juan, y que habían “minas” de arenas auríferas fluviales

Por una carta fechada en Burgos el 23 de febrero de 1512 el rey don Fernando, de manera inusual, se dirigió al Almirante-Virrey, Diego Colón, y, después de reñirle sus delirios de poder y su malestar por haberle escrito dirigiéndole unas instrucciones en compañía de los oficiales reales de la isla Española, le escribió:

“Vuestra yda a la ysla de Sant Joan me paresçe bien, si inportunidades o pasiones de otros no os cegaren. Por seruiçio mio que andeis mui sobreaviso por que los que estan en semejantes cargos como vos, tienen mucha neçesidad de andar mui recatados y de no fiarse sino de aquellos que su Rey e señor se fia, porque quando las cosas no suceden bien, con cargarlas sobre aquel a quien su señor le da por ministro, paresçe que haze mucho cunplimiento el oficial a quien aquello acaesca.

Tengos en seruiçio lo que escrevis que tratareis a Joan Ponçe mejor que antes que acaeciese lo de San Joan. En todo lo que le tocare, si le tratades mui bien, espeçialmente en vn negoçio quel thesorero Pasamonte os hablará de mi parte que al dicho Joan Ponçe toca, hazerme eis plazer y seruiçio, y de lo contrario seré mui deservido”¹³.

de ésta, atrajeron la codicia de don Diego hacia la isla. Como su padre cayó en la tentación de hacer un repartimiento de indios entre los suyos y ganar voluntades entre los otros disolviendo la sociedad taína, o lo que quedaba de ella. Álvaro HUERGA, *Cartas de los Gobernadores (1550-1580)*. *Historia Documental de Puerto Rico*, t. XIX, pp. 23-26. Era tal la euforia de los Colón que el 19 de julio de 1511 le presentó Hernando Colón al rey don Fernando, en representación de su sobrino, un proyecto para dar la vuelta al mundo.

La doctora Adelaida Sagarra ofrece la noticia tal vez tomada de Emiliano Jos de que el memorial presentado se llamaba “Proyecto de Hernando Colón en nombre y representación del Almirante su hermano para dar la vuelta al mundo”. El Rey le respondió el 22 de agosto de 1511 que lo tratarían más tarde en Córdoba o en Sevilla, pero el proyecto nunca fue discutido. Posiblemente razones de oportunidad con el reino de Portugal lo consideraron imprudente. Adelaida SAGARRA GAMAZO, *Colón y Burgos: ciudad, protagonistas e historia*, p. 304. Este ambicioso plan muestra el estado de euforia y las ambiciones sin límite de los Colón por entonces al haber ganado el pleito a la Corona.

¹³ PÉREZ DE TUDELA *op. cit.*, t. III, doc. 817, p. 2117. La carta que publicó José María Chacón con la misma fecha dirigida al Virrey y a los oficiales reales dice en el capítulo octavo: “La yda de vos el almirante y vosotros a la isla de San Juan me ha parescido bien deveys de tener todos muy grandísimo cuydado de las cosas de aquella isla hasta ser pacificada y reformada y muy bien poblada y puesta en muy buena horden y para esto vos mando que les enbieys de ay todo el favor e ayuda e mantenimientos e prouisiones e consejos que pudierdes y en aquella podeys enmendar vosotros todas las cosas que al principio se erraron en esa isla y abreviar quanto pudierdes la pacificación della”. Y a continuación en el capítulo siguiente el Rey insistía: “Lo que vos el almirante me escreuis sobre Juan Ponce y del buen tratamiento que le quereis hazer por me servir os tengo en seruiçio y os encargo que ansy lo hagays en todas las cosas que le tocaren que en ello me seruireys”. José María CHACÓN Y CALVO, *Cedulario cubano (los orígenes de la colonización)*. (1493-1512), t. 6., doc. XCIV, p. 422.

Que el Rey quería seguir la política aconsejada por Juan Ponce para el desarrollo y colonización de la isla de San Juan es evidente, así se deduce de la real instrucción fechada en Valladolid, el 3 de mayo de 1509, en que don Fernando mandó a Diego Colón:

“Porque sobre la población de la isla de San Juan se tomó cierto asiento por mi mandado con Juan Ponce de León, y mi merced y voluntad es que en aquello no haya innovación hasta que yo mande proveer otra cosa. Sobre ello por ende yo os mando que en todo lo que requiriere le favorezcáis, así para las cosas que él hubiere menester sacar de la dicha Isla Española para el proveimiento de la dicha isla de San Juan como para otra qualquier cosa que convenga para el acrecentamiento y población de la Isla. Pero se entiende requiriéndoos él para ello y no de otra manera”¹⁴.

Diego Colón envió a Juan Cerón a la isla de San Juan como Alcalde Mayor, era andaluz y había sido contino de su padre Cristóbal Colón¹⁵.

Su nombramiento por el virrey Diego Colón constituía una afrenta para Juan Ponce, ya que no se consideraba un lugarteniente de gobernador, es decir, dependiente de la voluntad del gobernador de La Española, sino un gobernador autónomo nombrado y sólo bajo el mandato del Rey.

134 La primera reacción de Juan Ponce fue enviar preso a Juan Cerón a España. La Sentencia de Sevilla cambió la situación, pues la isla de San Juan, que había sido reclamada por los Colón como de su jurisdicción por haber sido descubierta por el Almirante Viejo, contra la opinión del fiscal de la Corona que mantenía lo contrario, pues había evidencia de su descubrimiento por Martín Alonso Pinzón en el primer viaje colombino, fue declarada bajo la gobernación de Diego Colón¹⁶. Juan Cerón volvió a

¹⁴ HUERGA, *op. it.*, p. 24.

¹⁵ En las cuentas del tesorero Alonso de Morales, se asentó un pago en Alcalá de Henares con fecha de 29 de febrero de 1498, a favor de Juan Cerón “escudero contino del Almirante”, junto a otros beneficiados en una lista con título de “Personas que sirvieron en las Indias”. ANDRÉS DÍAZ, *op. cit.*, p. 2789. Curiosamente a pesar de los acontecimientos del levantamiento indígena el Rey, desde Tordesillas, escribió al cacique Agueybana una carta de creencia, el 25 de julio: “Honrado cacique Guaybana: Envío a Juan Cerón nombrado alcalde mayor de esa isla y a Miguel Díaz asimismo alguacil mayor, a platicar con vos de nuestra parte. En todo cuanto os manifestaren les dareis fe”. Salvador BRAU, *La colonización de Puerto Rico*, p. 168. Los continos eran servidores de las grandes casas nobiliarias en imitación a los continos reales, que eran criados de los reyes, tenían un salario y gozaban de la confianza y cercanía a sus señores. Para el mejor conocimiento de los continos del Almirante y en especial de la trayectoria de Juan Cerón y García Troche, consúltese de István SZÁSZDI LEÓN-BORJA, *Juan Ponce de León y su época. Estudios institucionales de la Conquista*, pp. 135-160.

¹⁶ Sobre el descubrimiento de Boriquén en el Primer Viaje, consúltese Ádám SZÁSZDI NAGY, “Las Guías de Guanahani y la llegada de Pinzón a Puerto Rico”, pp. 63-206.

la isla con sus poderes indiscutidos, siempre dependiente del Virrey, que guardaba para sí el oficio de gobernador de la isla.

El Rey don Fernando había escrito a Juan Ponce, desde Sevilla, una real cédula con fecha de 21 de junio de 1511:

“El Rey. –Juan Ponce de León porque yo tengo voluntad de premiaros por lo que vos nos habéis servido, y habiendo resuelto el Consejo que el Gobierno de la isla de San Juan corresponde al almirante, porque su padre la descubrió, entregaréis las varas a Juan Cerón y Miguel Díaz, y bachiller Morales, y por lo que a vos toca, varios donde yo estoy que os haré justicia”¹⁷.

Para mantener parte de sus parcelas de poder perdidas, Juan Ponce acordó el casamiento de otro de los compañeros de Juan Cerón al servicio del segundo Virrey, llamado García Troche, castellano viejo de familia hidalga natural de Olmedo, que también había hecho el Segundo Viaje de 1493, y al igual que Juan Cerón también era contino de los Colón. Se casó con su hija mayor Juana. Más tarde el de Santervás casaría a otra de sus hijas, María, con el hermano de García, Gaspar. La tercera hija de Juan Ponce también hizo un enlace matrimonial de contenido altamente político, Isabel Ponce casó con el licenciado Antonio de la Gama, juez residenciador¹⁸.

Para el conquistador Juan Ponce de León la mejor manera de defender sus propios intereses, tanto como los del Rey, era hacer relación a los frailes dominicos de lo que sucedía en la isla de San Juan, sabedor de la cercanía de éstos a Fernando el Católico. Igualmente habría usado de sus propios contactos en la Corte para que don Fernando y el Consejo Real supieran del maltrato a que se veían sometidos los indios. Proteger a los naturales, era

¹⁷ BRAU, *op. cit.*, p. 163.

¹⁸ “Dicho se ha como el licenciado Velázquez fue por juez de residencia a la isla de Sanct Joan. El cual se hobo de tal manera en el oficio, que hobo muchas quejas del, por lo cual fue por Su Majestad proveído de juez de residencia para aquella isla el licenciado Antonio de la Gama, e aqueste hizo lo que supo. El cual después se casó con una doncella llamada doña Isabel Ponce de León, hija del Adelantado Joan Ponce de León... e avecindose en la tierra, e tuvo cargo de la gobernación de la isla por el Rey, en tanto que le turo el oficio de juez de residencia. Después de lo cual, torno en el cargo a cuyo era; y el Almirante don Diego Colom puso por su teniente a Pedro Moreno, vecino de aquella isla, del cual tampoco faltaron quejas, aunque no tantas como de algunos de los que primero habían gobernado... E ya el de la Gama había enviudado e acabado el primer matrimonio, y se había casado por segunda vez con Isabel de Cáceres. Mujer, que había seído de aquel Miguel Díaz, de quien en otras partes se ha hecho mención; la cual estaba muy rica mujer; y aqueste su marido fue proveído después por juez de residencia de Tierra Firme, a la provincia de Castilla del Oro...”. FERNÁNDEZ DE OVIEDO, *op. cit.*, capítulo XV, pp. 106-107.

proteger a la Real Hacienda y también salvarse en lo espiritual y terrenal¹⁹. Véase la coincidencia o proximidad de fechas entre el levantamiento, la llegada del Virrey a la isla, por un lado, y el sometimiento de la antigua Boriquén, además del sermón apasionado de adviento de fray Antonio de Montesino en la iglesia del convento de los dominicos de Santo Domingo ante el virrey Diego Colon y los oficiales reales. En 1512 los dominicos convencen a Fernando el Católico para redactar las llamadas *Leyes de Burgos* y un año después a petición del propio fray Pedro de Córdoba se redacta la *Moderación*, que iba dirigido a los indios de San Juan Bautista en un principio²⁰. La rebelión indígena de la isla de San Juan del año de 1511 tuvo como consecuencia directa la *Moderación de las Ordenanzas de Burgos*, expresamente para los indios boricuas en 1513. La protección de las naturales casadas con indios encomendados, la protección a los niños menores de catorce años para que “no sean obligados a servir en cosas de trabajo” y que aquéllos que carecieran de padres fueran

“encomendados por la persona que para ello touiere nuestro poder y los encargue a personas de buena conçiencia que tengan cuidado de los hazer enseñar y dotrinar en las cossas de nuestra Sancta Fee y se aprovechen de ellos en sus haziendas en las cosas que por los nuestros jueces de ape'laçion que allí tenemos fueren determinadas”.

136

Lo que nos muestra una conciencia humanista y la competencia que tenían los jueces de apelación sobre los indios excluyendo toda otra jurisdicción ajena sobre ellos. En otras palabras, a pesar de la sentencia de 5 de mayo de 1511 favorable a Diego Colón por la cual había visto reconocidos sus derechos a

“la Governación y administración de la justycia en nombre del Rey y Reyna... para que por sí y sus tenientes y oficiales de justicia conformes a sus privilegios pueda exercer y administrar la jurisdicción civil y criminal de las dichas islas”.

¹⁹ Ya cayó en cuenta Isabel Gutiérrez del Arroyo hace medio siglo sobre esta realidad. Al estudiar la real instrucción de 25 de julio de 1511 dirigidas a Juan Cerón, alcalde mayor de la isla de San Juan, y a Miguel Díaz, alguacil mayor de la misma, la ilustre historiadora bayamesa observó la insistencia del Rey al ordenar que no se le echaran cargas pesadas a los indios, “no se les eche ningunas cargas a cuestras, ni cosas de peso, porque se les hace mucho embarazamiento... para que no se quebranten”, pues de lo contrario “no se puede haber provecho de ellos... en las minas”. Isabel GUTIÉRREZ DEL ARROYO, “Un programa de gobierno en 1511”, pp. 40-41.

²⁰ István SZÁSZDI LEÓN-BORJA, “Sobre las Ordenanzas Reales para el regimiento de los indios y su moderación para la isla de San Juan (1512-1513)”, pp. 143-155.

El virrey de las Indias perdía su poder de administrador de justicia sobre los indígenas de Puerto Rico y poco después de todos los demás. Así se aseguraba que los indios dependieran de la Justicia del Rey, es decir, de la Real Audiencia de Santo Domingo.

Los dominicos de fray Diego de Deza

Es lógico pensar que Juan Ponce de León hizo llegar en La Española su opinión sobre el estado de cosas de la isla de San Juan y sus temores a un nuevo repartimiento que sólo dificultase más la pacificación de los naturales, tal y como ocurrió. Además, estaba en la mente de todos los vecinos antillanos el grave daño que hizo el Almirante Viejo, Cristóbal Colón, a la colonización de La Española y a la población indígena, que ahora conocemos gracias al descubrimiento de Aguirre y al estudio de Consuelo Varela Bueno²¹. El temor a que aquel desastre se repitiese en la isla de San Juan debió invadir a Juan Ponce, lo que en parte ocurrió. El conocer por parte de los indios el desastroso repartimiento que hizo Cristóbal Colón en la vecina Haití, con la separación de miembros de familias y el abusivo destino de mujeres y niños al trabajo de las minas, como de lo dispuesto para Boriquén por su hijo Diego debió ser la última gota que colmó el vaso de los caciques taínos boricuas. No todos se unirían a la rebelión, eso también lo sabían los españoles, pues los naturales estaban divididos. Si los indios alzados o de guerra tenían difícil solución, en cambio había que mantener la lealtad y obediencia de los indios guatíaos, es decir, indios de paz o quatinos. La situación de inquietud entre los naturales de San Juan, quienes se mostraban contrarios al repartimiento que hiciera el virrey don Diego²² y los temores del propio Rey Católico a que se repitiese el cuadro

cuál Aguirre????

137

²¹ Consuelo VARELA, *La caída de Cristóbal Colón. El juicio de Bobadilla*. Si Colón no recibió mayor castigo, más que la pérdida de la gobernación indiana, cuando por justicia debía haber sido procesado por traición, fue debido a la intervención del presidente Álvaro de Portugal, y al apoyo de los deudos nobles portugueses de su mujer, protegidos de la Reina.

²² En la importante real cédula de 23 de febrero de 1512, haciendo referencia a la isla de Puerto Rico el Rey le decía en el capítulo VII al Virrey: “vos el almirante me escreuis que estays confuso con la cedula que mande dar para que los yndios que vacasen se entregasen a Pasamonte para que anduviesen en nuestras minas hasta que yo mandase lo que se oviese de hazer dellos Yo mande que ansi se hiziese no con voluntad de tomar los indios de la yslla sino porque no se rrepartan alla porque esta es despues de la justicia la principal preheminiencia que alla tenemos yo e la corona destos Reynos y esta no se ha de dar a nayde en ninguna manera y pues que alla ay mandamientos especiales nuestros a quien se an de dar los yndios que an vacado y vacaren que Yo enbie hecho el Repartimiento el qual entiendo hazer por el que vos el almirante postremente hezistes que creo estara

de abusos causados por el Almirante Viejo en la isla Española, y que culminó con su remisión a España con sus hermanos presos por el comendador de Auñón en 1498, sin duda motivaron el deseo del Rey de establecer una real audiencia en Santo Domingo en 1511²³ tal como se había hecho en Galicia después de la Guerra de Sucesión Castellana con el fin de poner orden y reprimir los excesos de la nobleza afirmando la autoridad real. De esa manera los jueces de apelación vigilarían al visorrey-gobernador de las Indias, Diego Colón y sus criados. La preocupación de don Fernando, de que se repitiera el mal gobierno de Cristóbal queda reflejada en la carta de instrucciones –reprimenda general– del Rey al visorrey de las Indias con fecha en Burgos, de 23 de febrero de 1512:

138

“Tambien me maravillo de lo que me escrevis sobre el poner de los capitanes, por que puesto caso quel Comendador Maior los pusiera avnquel dixo lo contrario biviendo, pues vedes que en aquellas naos viene hazienda nuestra y de nuestros subditos y sus personas de nuestros naturales, no se yo por que razón no ayen de intervenir en el nonbrar los dichos capitanes los dichos nuestros ofiçiales. Y puesto caso que fuera preeminencia de vuestro ofiçio por lo que cunple a vuestro descargo y para que en caso que se pierda algún navío lo que Dios no quiera como acaece algunas vezes yo no os pueda demandar el dinero que allí se perdiera ni la perdida de los subditos desta corona Real ni sus bienes vos devierades suplicarme que yo mandara a nuestro ofiçiales que entendieran con vos juntamente. Y quiero deziros tambien que para que las cosas vaian como conviene a

bien hecho deveys de conplir los dichos mandamientos nuestros que alla estan para esto de las vecindades particulares no aveys de mirar sino de las que llevaren personas que an de curar bien los yndios y que merezcan el Repartimiento porque aquellas anse dado en tiempo pasado a todos los que an suplicado por ellas y podeys certificar a los vecinos desaysla que Yo no estoy de proposito de tomar mas yndios para Nos antes estoy inclinado a dexar los que tenemos y soltarlos [a] los cerros que por Nos estan ocupados y que ansi estoy en pensamiento de no dar mas yndios a mas personas de los que aca rresiden syno a los que agora los tienen y a los que trabajan en los negocios de esas partes y deveys saber que a Juan Cabrero mi camarero los di porque trabajo que diese la empresa al Almirante vuestro padre e a mi ynfrascripto secretario los mande dar por oficial y por lo que trabaja en las cosas desas partes...”. CHACÓN Y CALVO, *op. cit.*, doc. XCIV, pp. 421-422.

²³ Por una real provisión de 5 de octubre de 1511 la reina Juana ordenó el nacimiento de la Audiencia de Santo Domingo, para que sus vasallos del Nuevo Mundo “alcancen brevemente cumplimiento de justicia y no gasten su tiempo y haciendas en dilaciones y pleitos”, para lo cual nombró a tres letrados que debían de terminar los pleitos y causas que llegaren en grado de apelación, los cuales fueron los licenciados Marcelo Villalobos, Juan Ortiz de Matienzo y Lucas Vázquez de Ayllón. Los cuales conocerían tanto en las causas civiles como criminales. La Reina ordenó al Virrey y a todos los oficiales reales que guardasen, recibieran la administración de los jueces. Manuel ARANDA MENDÍAZ, *Visiones sobre el primer Tribunal de Justicia de la América Hispana. La Real Audiencia de Santo Domingo*, p. 69.

mi seruiçio y a vuestro provecho y onrra, no deveis de ponerlos en estas preheminiçias de poca sustançia diziendo quel Comendador Maior lo hazia porque vos sabeis mui bien que quando la Reina que santa gloria aya e yo lo enbiamos por gouernador a esa ysla a cavsa del mal recavdo que vuestro padre se dio en ese cargo que vos agora tenis estava toda alzada y perdida y sin ningund provecho y por esto fue necesario darle al Comendador Mayor [Ovando] el cargo absoluto para remediarla, porque no avia otro remedio ninguno ni avia vaso para que se pudiese dar ningund orden ni concierto desde aca para las cavsas susodichas; y tambien porque no tenia yo notiçia ni informaci3n ninguna de las cosas desya ysla para poderlas proveer”.

A esto añaadia Fernando el Cat3lico por si hubiera duda de su voluntad hacia los indigenas:

“Agora que gracias a Nuestro Seior las cosas desas partes las entiendo y como las de Castilla y estan de manera que se pueden poner en orden y conçierto para que Nuestro Seior sea seruido y nuestras rentas acresçentadas y los vesinos naturales desya ysla deven estar como vasallos y no como esclavos segund los tovieron en tienpos pasados, y por esto he de mandar proveer las cosas de alla como viere que convengan al seruiçio de Nuestro Seior e nuestro bien de la tierra. Y si vos quereis pensar en ello esto es vuestra honrra y salud de vuestra alma y acresçentamiento de vuestra hazienda y seguridad de vuestro estado y quando mande que se os diese la provision conforme a la del Comendador Mayor, ya sabeis que entonçes fuisteis como fue el Comendador Mayor y no por virtud de vuestro priuilejios...”²⁴.

139

Nunca m3s los Col3n podrían abusar de los vasallos naturales ni de cristianos. Los tiempos de la Reina habían pasado...

Fray Bartolom3 de Las Casas en su *Historia*, en el capitulo xvii, del libro II, trata de

“Las juntas que se hicieron para moderar las leyes que estaban hechas. Moder3ndose en virtud del informe que dio el siervo de Dios fray Pedro de C3rdoba, fraile de Santo Domingo, que llevo la religi3n a Indias, hijo de San Esteban de Salamanca”.

²⁴ P3REZ DE TUDELA, *op. cit.*, t. III, doc. 817, pp. 2016-2017. Igualmente, el Rey habia otorgado un lema al escudo concedido a la isla de San Juan Bautista en 1511 que decia “GUBERNADORES INTER NOS REX ET REGINA”, como observara Vicente Murga hacia referencia a que el Rey no renunciaba al seiorio sobre la isla a pesar de la Sentencia de Sevilla. Vicente MURGA SANZ, *Juan Ponce de Le3n. Fundador y primer gouernador del pueblo puertorriqueño, descubridor de la Florida y del estrecho de las Bahamas*, pp. 275-276.

El cual cuenta como el padre provincial mandó llamar a fray Pedro a Castilla a darle al Rey explicaciones por la actitud de la comunidad en Santo Domingo de La Española respecto de la encomienda y de encomenderos, a lo que obedeció fray Pedro de Córdoba llevándose consigo a fray Antón Montesino, el gran predicador que tanto escándalo causó entre los encomenderos y oficiales del Nuevo Mundo. La Corte estaba en Valladolid, era a comienzos de 1513, se acababan de promulgar las leyes llamadas de Burgos que regía la encomienda, y dice el dominico:

140

“Cuando llegó halló que se acababan de hacer las dichas leyes; y vistas, luego vido en ellas la perdición de los indios, como quedasen so el poder de los españoles repartidos como ganados, y lo que más lloraba era cognocer que se habían hecho por tantas y tales personas y de tanta auctoridad, solemnidad y con tanto acuerdo, que parecía que ninguno podía decir en contrario cosa alguna, que no fuese tenido por presumptuoso y temerario o por loco; pero finalmente trabajo de hablar al Rey, para dalle su disculpa de lo que acá se había predicado. Habló al Rey largo, dándole cuenta de todo, del hecho y del derecho, y lo que les había movido a predicarlo, en lo cual le dio a entender cuanto los frailes habían servido a Su Alteza y hecho bien a esta tierra. El Rey le oyó benignísimamente, y según el padre Pedro era de grande auctoridad y persona reverenda en sí, que fácilmente, quien quiera que lo vía y hablaba y oía hablar, cognoscía morar Dios en él y tener dentro de sí adornamiento y ejercicio de sanctidad... y tractábalo como a sancto, el Rey no se engañaba”.

Entonces, el Rey al darse cuenta de las dificultades para hacer leyes justas a los indios le dijo al fraile según narra el cronista dominico:

“Tomad, vos padre, a cargo de remediarlas, en lo cual me haréis mucho servicio e yo mandare que se guarde y cumpla lo que vos acordaredes”.

A lo que fray Pedro le respondió por humildad: “Señor, no es de mi profesión meterme en negocio tan arduo; suplico a Vuestra Alteza que no me lo mande...”. Por ello el Rey mandó que se juntasen algunos del Consejo y teólogos de nuevo para que “moderasen las leyes si fuese necesario”.

Y añade el padre Bartolomé de Las Casas:

“Uno de los teólogos fue su confesor, llamado el padre maestro fray Juan de Matencio [Matienzo], y otro fray Alonso de Bustillo, maestro también en Teología, y el susodicho licenciado Gregorio, clérigo y predicador del Rey. Los del Consejo fueron: el licenciado Santiago, el doctor Palacios Rubios, y estos dos siempre, sin duda, fueron favorecedores de los indios: yo soy testigo porque eran personas de virtud. Juntáronse todos con el Obispo don Juan de Fonseca... obispo a la sazón de Palencia, sin el cual

no se hacía ni se trataba cosa que tocara a estas Indias. Mandó el Rey que se informasen del dicho padre fray Pedro de Córdoba acerca de las recién hechas leyes y recibiesen su parecer”.

Como lo expresa en los capítulos xv y xvii, el maestro Alonso de Bustillo tuvo parte activa en la *Moderación de las Leyes* de 1512. Moderación de las llamadas *Leyes de Burgos*, que teniendo un carácter de generalidad se dirigieron a la isla de San Juan, fueron cuatro leyes que se promulgaron en Valladolid a 28 de julio de 1513 y “fueron en moldes impresas” como precisa fray Bartolomé²⁵.

²⁵ El obispo de Chiapas nos copió en su *Historia* el valiosísimo dictamen de la junta para la Moderación de 1513, que no puedo dejar de verter aquí y que fue sobre lo cual se redactó la reforma de las *Leyes* de 1512. Dice así: “Muy alto y poderoso príncipe, rey y señor: Vuestra Alteza nos mandó, que porque algunos religiosos y personas de consciencia, que tenían alguna noticia de las cosas de las Indias, habían informado a Vuestra Majestad que en las ordenanzas que mando hacer para el buen tratamiento y conversión y doctrina de los indios de la Isla Española, y de las otras islas, Indias y tierra firme del mar Océano, había algunas cosas que para el saneamiento de la consciencia de Vuestra Alteza convenía enmendarse: y porque nosotros, los que de yuso firmamos nuestros nombres, vistas las ordenanzas, y oídas otras personas que de las Indias tenían mucha noticia y experiencia, y después de muy bien visto y platicado y haber estudiado sobre ello, lo que en Dios y en nuestras consciencias nos parece que se debe añadir y enmendar en las dichas ordenanzas, son las cosas siguientes: Primeramente, que las mujeres indias casadas no sean obligadas de ir ni venir a servir con sus maridos a las minas ni a otra parte ninguna, si no fuere por su voluntad dellas o si sus maridos las quisieren llevar consigo; pero que las tales mujeres sean compelidas a trabajar en sus haciendas propias o en las de los españoles, dándoles su jornales que con ellas y con sus maridos se convinieren, salvo si las tales mujeres estuvieren preñadas, porque con estas tales Vuestra Majestad debe mandar que se guarde lo contenido en la ordenanza que sobre esto está hecha.

Que Vuestra Majestad debe mandar que los niños y niñas menores de catorce años no sean obligados a servicio en cosas de trabajo hasta que hayan la dicha edad de catorce años, pero que sean compelidos a servir en las cosas que los niños puedan bien comportar, como en desherbar las heredades y cosas semejantes en las haciendas de sus padres, los que las tuvieren; y los mayores de catorce años estén debajo del poder de sus padres hasta que tengan legítima edad o sean casados; y los que no tuvieren padres ni madres, lo hagan debajo de las personas a quien Vuestra Alteza los mandare encargar, conforme el parecer de los jueces, así en la edad, como en el trabajo que han de hacer, con tanto que por esto no sean impedidos a ser doctrinados y enseñados en las cosas de la fe, a las horas que lo han de aprender, dándoles de comer y pagándoles sus jornales que fueren tasados por los dichos jueces; y si algunos dellos quisiera aprender oficio, pueda libremente hacerlo; y estos no sean compelidos a otra cosa, estando en el oficio.

Asimismo debe Vuestra Alteza mandar que las indias que no fueren casadas, las que están so el poderío de sus padres o madres, que trabajen con ellos en sus haciendas o en las ajenas, conviniéndose con sus padres, y las que no estuvieren debajo del poder de sus padres o madres, porque no anden vagabundas, ni sean malas mujeres, y que sean apartadas de vicios, que sean doctrinadas y constreñidas a estar juntas con las otras y a trabajar en sus haciendas, si las tuvieren, y si no las tuvieren, en las haciendas de los indios

En la génesis de estas leyes se encontraba apoyando a fray Pedro de Córdoba, un hermano de hábito, el poderoso arzobispo de Sevilla, fray Diego de Deza. Al fin y al cabo las Indias estaban dentro de su archidiócesis, la más grande del mundo cristiano.

Juan Ponce y los frailes predicadores

Juan Ponce debió hacer llegar sus temores a la cabeza de la comunidad dominica de la isla Española, fray Pedro de Córdoba, con quien estudiaría su único hijo, Luis, quien más tarde tomaría el hábito de la Orden de Predicadores. No olvidemos que su antiguo amo, Pedro Núñez de Guzmán, tenía su casona palaciega vecina al convento de Santo Domingo, y que tenía a gloria llevar la sangre del santo nacido en Caleruega²⁶. Fue por este

y de los otros, pagándoles sus jornales, como a las otras personas que trabajan por ellos.

142 Que asimismo Vuestra Alteza debe mandar que los dichos indios sean obligados a servir nueve meses del año, como por Vuestra Alteza en las dichas ordenanzas cuasi lo tiene declarado y mandado; y que los tres meses contenidos en la dicha ordenanza, que a los indios se les da de huelga, porque no tornen a sus vicios y a su manera de vida y acostumbrada, y sean compelidos a trabajar en sus haciendas mismas, o por jornales en las de los otros vecinos, y que esta manera de servir sea por el tiempo que a Vuestra Alteza pareciere. Y porque los dichos indios podrían con el tiempo y con la conversación de los cristianos hacerse tan políticos y tan entendidos y capaces y tan aparejados a ser cristianos, para que por sí sepan regirse y vivan y sirvan como acá, lo hacen los otros cristianos. Vuestra Alteza ha de mandar que anden vestidos; y como se fuere cognosciendo la habilidad de cada uno, se les vaya dando la facultad para vivir por sí, teniendo la dicha policía y habilidad para ser cristianos; y este capítulo se entiende de los hombres; y sobre todo, Vuestra Alteza debe mandar que las mujeres se vistan dentro de cierto termino, so alguna pena.

Este servicio que a Vuestra Majestad es debido por los dichos indios de la manera susodicha, Vuestra Alteza puede hacer merced ello a quien fuere servido, por vida o por el tiempo que Vuestra Majestad fuere servido de hacer dello merced.

Y con estos aditamento suso contenidos, decimos que en Dios y en nuestras conciencias Vuestra Alteza tiene muy justas y moderadamente ordenadas las cosas de las dichas Indias, así para el buen tractamiento y conversión y doctrina de los dichos indios, como para la gobernación de aquellas partes, y que debe Vuestra Alteza mandar que en todo y por todo se guarden las dichas ordenanzas que Vuestra Majestad tiene mandadas a hacer, con estos dichos aditamentos, y que haciéndose así, su Real consciencia será eternamente descargada. Y así firmamos aquí nuestros nombres. –Episcopus Palentinus conde. –Frater Tomas de Matienzo. –Fray Alonso de Bustillo. –Licenciado Sanctiago. –El doctor Palacios Rubios. –El licenciado Gregorio”. Fray Bartolomé de LAS CASAS, *Historia de las Indias*, pp. 211-216. Las cuatro leyes fueron impresas en Valladolid y fueron enviadas al Nuevo Mundo a pesar de la desconfianza de Rafael Altamira sobre este punto, como Antonio Muro Orejón ha probado. Antonio MURO OREJÓN, “Ordenanzas Reales sobre los Indios. (Las Leyes de 1512-13)”, p. 450, n. 5.

²⁶ Ésta era la razón de la devoción de los Troche-Ponce de León con la Orden de Predicadores. Fueron el yerno y la hija de Juan Ponce quienes donaron los solares para los

motivo nombrado por el que el Rey Católico le nombró en 1511 Capitán General para pacificar la isla de San Juan cuando la rebelión indígena²⁷, y nadie conocía la realidad de los taínos mejor que él para aconsejar a la Junta que se encontraba en la Corte estudiando soluciones para la convivencia entre indios y españoles. Estas circunstancias nos mueven a creer que decidieron a los padres a fundar en la Isleta, el nuevo emplazamiento de la capital donde la familia de Juan Ponce les prestaba acogida. No en balde el encargado fue el propio fray Antonio Montesino, el gran predicador que inflamando con sus sermones los corazones de la isla Española había iniciado el debate de la encomienda indiana. Según cuenta Antonio de Remesal, la fundación tuvo lugar en 1521, cuando Caparra estaba siendo trasladada a la Isleta en el otro lado de la bahía de San Juan, entonces Puerto Rico. Con seis frailes Antonio Montesino fundó el convento de Santo Domingo de la capital puertorriqueña. No era su primera vez en la isla, allá por 1514 había estado en Puerto Rico convaleciendo de una enfermedad²⁸. Como se ve, su vinculación de los frailes predicadores con Puerto Rico y los Troche-Ponce era de años.

Precisamente en 1520, después de celebrarse las cortes de Santiago de Compostela, Juan Ponce de León se alzó por las comunidades contra el nuevo tipo de gobierno del joven rey Carlos, siendo Ramiro Núñez de Guzmán, hermano del primer amo de Juan Ponce, uno de los principales comuneros. Sin duda, fue el maltrato que dio el nuevo Rey a su hermano el

dominicos en San Juan, seguramente la idea de una fundación dominica en Puerto Rico era obra del propio Juan Ponce (en Caparra hubo un convento de franciscanos); como el hecho de que toda la familia, incluso, el conquistador nacido en Santervás se enterraron en la capilla mayor de la iglesia conventual, iglesia de Santo Tomás, hoy conocida como de San José, bajo las armas esculpidas en piedra de los Troche-Ponce de León, da plena prueba de su amor a los frailes predicadores. Añádase que un nieto de Juan Ponce, que llevaba su nombre, tomó el hábito de Santo Domingo, siendo un brillante astrónomo y escritor.

²⁷ Que Juan Ponce era el gran informante de los abusos del Virrey y sus criados lo reconoce el propio Vicente Murga, quien escribió: "Ponce de León informó personalmente al Rey lo que por carta y emisarios había hecho relación acerca de la triste suerte de los indios borinqueños víctimas de las *"entradas y cabalgadas"* autorizadas por los tenientes del Almirante". MURGA, *op. cit.* p. 159. No se confunda este cargo de capitán, que era militar, con el de capitán/gobernador de la isla, que había recibido Juan Ponce en marzo de 1510. Fue, sin duda, como premio a sus buenos servicios el que el Rey le encargase posteriormente la exploración y descubrimiento del Bimini, lo que le llevó al descubrimiento de la Florida. Gonzalo Fernández de Oviedo, que estaba en Castilla por entonces, atribuye a su antiguo amo, Pero Núñez de Guzmán, esta última gracia recibida del Rey Católico.

²⁸ OSIRIS DELGADO MERCADO, *Historia general de las artes plásticas en Puerto Rico*, p. 106. Los Troche-Ponce también donaron a la Orden de Predicadores su finca en Loíza, que fue conocida como Los Frailes y que perteneció a fines del siglo XIX y XX a la familia Alegría. Comunicación personal del Dr. Ricardo Alegría, meses antes de su fallecimiento.

infante Fernando, y a los propios Guzmán, lo que llevó a tal determinación del noble. Aquí nos interesa dejar constancia que fue un dominico quien dirigió a las turbas comuneras contra los Quiñones de León, que habían aceptado en las cortes celebradas en Galicia todas las exigencias del Rey. Ese famoso dominico fue fray Pablo de Villegas o de León, el cual tuvo hasta el final de la revolución comunera un importantísimo papel cerca de la Junta²⁹.

La proximidad del convento de los padres predicadores³⁰ a las casas de los Guzmán en la ciudad de León, y dados los vínculos de éstos con aquéllos, hacía que el joven paje Juan Ponce iniciara una natural simpatía con la orden dominica, lo que tuvo importantes consecuencias en el futuro. Fue aquel palacio de León, el de los Guzmán, su primer destino antes de pasar a la Corte con su amo, al que servía como mozo de espuelas. Poco después Pero Núñez de Guzmán fue llamado a la Corte y nombrado miembro de la casa del príncipe Juan, el hijo y heredero de Fernando e Ysabel, nacido en Sevilla en 1478. Los Reyes Católicos organizaron en Almazán una corte para su hijo. Junto a su amo estaba Juan Ponce y es en la pequeña Corte del Príncipe donde se conocieron Juan Ponce, Fernández de Oviedo, frey Nicolás de Ovando, Alonso Manso y el poderoso mentor de todos ellos fray Diego de Deza, el cual había sido nombrado tutor del Príncipe desde 1486. Todos heredaron el programa de los Reyes Católicos para el Nuevo Mundo, que el papa Alejandro VI le había otorgado con la condición de la conversión de los naturales³¹. Todos

144

²⁹ El palacio de los Guzmán de la ciudad de León, que fue muy reformado en el siglo XVI, está ocupado por la diputación provincial en la actualidad, y constituye uno de los grandes edificios monumentales, construido sobre la muralla romana. Tal vez fue allí donde vivió Juan Ponce en su época de criado siendo mozo. El palacio de los condes de Luna o de los Quiñones se encuentra no muy lejos, junto al actual mercado viejo, próximo a la catedral y su interés radica en haber sido las casas reales de los reyes de León en el siglo XI, debió ser el rey Carlos I quien se las concedió. La tenencia de esas casas reales había sido anteriormente otorgada por los Reyes Católicos en 1503 a Pedro Núñez. Los Guzmán estaban emparentados con los Trastámara por haber sido la madre de Enrique II, el de las Mercedes, Leonor de Guzmán. SZÁSZDI LEÓN-BORJA, “Los precedentes...”, *op. cit.*, pp. 19-21; SZÁSZDI LEÓN-BORJA, *Juan Ponce...*, *op. cit.*, pp. 16-23.

³⁰ Convento que se alzaba en el lugar de la plaza de Santo Domingo hasta su destrucción en el siglo XIX.

³¹ Un programa de Estado creado no sólo por la Reina sino por su sabio presidente del Consejo, su deudo portugués, D. Álvaro: y, qué duda cabe, el obispo de Zamora, y desde 1494 de Salamanca. Ciudad donde residió por esa razón el Príncipe hasta su muerte en 1497, posiblemente por lo cual Diego de Deza pidiera el traslado al obispado de Jaén al año siguiente del infausto suceso. Para la trayectoria de don Álvaro y cómo influyó en la política de las Indias véase mi trabajo, “El magnífico señor don Álvaro de Portugal, contador mayor de Castilla. Una trayectoria político-administrativa”, pp. 699-709 y “Sevilla, Frey Nicolás de Ovando y la organización eclesiástica indiana”, pp. 1239-1251.

ellos habían conocido el fracaso de Cristóbal Colón como Gobernador de las islas. Estos hombres criados o próximos a los reyes serían parte del grupo de oficiales y eclesiásticos que tendrían la misión de impedir el establecimiento del sistema señorial en las Indias, mantener la autoridad real y, sobre todo, velar por la supervivencia de los indios como vasallos protegidos por la Corona. Para los reyes habrán dos maneras de imponer su ideal de justicia: las leyes y las instituciones.

*Cómo la Corona puso fin al señorío de los Colón:
derecho e instituciones como instrumentos*

Todavía cuando se atiende a este período nos dejamos llevar ciegamente por una fuente de primera magnitud por ser contemporánea a los hechos, como por la admiración que mueve su autor. Se trata de la *Historia de Indias* de fray Bartolomé de Las Casas. Sin hacer desdoro a sus interpretaciones de los hechos, a veces muy personales, es necesario tener cautela cuando los intereses de la familia del Almirante de Indias entran en liza.

Su fobia a los oficiales aragoneses, cuya cabeza era el secretario Lope Conchillos, no obedece a que fueran conversos ni a que no fueran naturales de los reinos de Castilla, la razón que él mismo confiesa es otra, eran los criados y servidores del rey Fernando. El hombre que se opuso a los planes de Cristóbal Colón desde su llegada a Castilla, el hombre que puso fin a la tiránica gobernación sobre indios y cristianos de los genoveses Cristóbal, Bartolomé y Diego Colón. Se trata del Rey Católico, a quien trata el dominico sevillano con una dureza que sólo iguala en intensidad su comprensión por los Colón. Y la razón también la confiesa el propio fray Bartolomé, eran los descendientes y familiares del primer virrey de las Indias quienes con mayor fuerza apoyaban sus proyectos de una nueva manera de evangelización de los indígenas por medio de repúblicas de indios libres de españoles y sólo comunicadas con ellos por una orden militar creada para la protección de los naturales cristianos –que hace pensar mucho en las órdenes militares castellano-leonesas que bajo el patrocinio de Santiago Apóstol también protegían a los peregrinos además de hacer la Guerra Santa al infiel– su objetivo principal en la frontera.

Fernando el Católico utilizó tres medios para combatir los efectos de la Sentencia de Sevilla, de 5 de mayo de 1511, sancionada por el Consejo Real, que reconocía el derecho de Diego Colón sobre la isla de San Juan Bautista, entre otras cosas:

1. El crear unas ordenanzas de indios que regulasen los derechos y obligaciones de los encomenderos de indios y, por tanto, nor-

mando a la Encomienda. Es lo que se conoce como las *Leyes de Burgos*.

2. Proveer la fundación de una real audiencia en la isla Española para todo el Nuevo Mundo en 5 de octubre de 1511. La Audiencia representaba al Rey en persona, recibía el trato de Alteza y poseía competencias en materia de justicia y también de gobierno. Resulta evidente que su instauración fue para evitar los desmanes de los Colón ocurridos de 1493 a 1500.
3. Enviar a Alonso Manso a ocupar sede indiana de la isla de San Juan, siendo el primer Obispo que lo hiciera en el Nuevo Mundo, dirigiendo su diócesis desde Caparra. Fue ordenado Obispo en Sevilla, era hechura del Arzobispo de la sede hispalense el toresano Diego de Deza, dominico, a quien le debió su carrera eclesiástica. La nao que lo llevó a Indias surgió en Puerto Rico el 25 de diciembre de 1512. Y éste fue el tercer freno de Diego Colón o, al menos, así lo quiso el Rey Católico. Piénsese que Alonso Manso, siendo canónigo de la Seo de Salamanca había sido nombrado sacristán de la capilla del Príncipe Juan, según cuenta Gonzalo Fernández de Oviedo en su libro de la Casa del Príncipe. Era, por tanto, persona querida por los reyes. Además de persona conocida no podemos olvidar que ya existía el Patronato Real, la unión entre Iglesia y Estado, y que fue concedido para las Indias antes de que a los propios reinos de la Península que pertenecieron a Fernando e Isabel. Fue fray Diego de Deza quien escogió los primeros tres candidatos para ser sus sufragáneos, pero con la aprobación del Rey. Alonso Manso era persona de su confianza y en su honor el obispo de San Juan consagró su humilde catedral a la devoción de Nuestra Señora de los Remedios, cuya imagen del siglo xv sigue siendo objeto de devoción en el trascoro de la catedral hispalense. No en balde el Rey envió a la isla de San Juan, hoy Puerto Rico, al primer Obispo que ocupó su sede en Indias. Era un instrumento para combatir el poder creciente de Diego Colón. Era su hechura y era un prelado al servicio del Estado que quería construir el aragonés. Dará la causalidad que cuando Alonso Manso regrese a Castilla para pedir a Fernando privilegios y limosnas para su diócesis evangelizadora, será testigo de la muerte del Rey Católico en Madrigalejo, en 1516. Fue Alonso Manso quien acompañó el cadáver regio hasta su reposo en Granada. Fue él quien ordenó sacerdote a Bartolomé de Las Casas y quien consagraría a Sebastián Ramírez de Fuenleal obispo de Santo Domingo y presidente de la Real Audiencia de

Santo Domingo en 1527. Los Colón habían hecho lo posible para evitar el nombramiento de preladados en Indias, pues sabían que ello entraría en conflicto con sus intereses, en especial en el tema de la libertad y de los derechos de los naturales, a quienes veían como recursos de la tierra –entiéndase esclavos–, para lo que les convenía que los indios permanecieran en el paganismo. Tal había sido la actitud del primer Virrey de las Indias hasta su destitución en agosto de 1500 por el juez pesquisador frey Francisco de Bobadilla, por mandato de los Reyes Católicos. Los testimonios encontrados hace pocos años en el Archivo General de Simancas por Isabel Aguirre, primeramente estudiados por Consuelo Varela, así lo demuestran.

Diego Colón llevaba en Indias desde julio de 1509. Don Fernando había hecho lo posible para consolidar su dominio sobre la isla de San Juan Bautista y en esa clave hay que entender el nombramiento a favor de Juan Ponce de León como capitán de la isla fechada en Madrid el 2 de marzo de 1510. El 8 de noviembre de 1511, en Burgos, Fernando el Católico proveyó el escudo para la isla de San Juan, que permanece como oficial hasta hoy. No olvidemos que la Sentencia de Sevilla data del 5 de mayo de ese año y que el otorgamiento de un escudo tan personal, en que aparecen los símbolos y anagramas privativos de los Reyes Católicos (sus iniciales, el yugo y las flechas, las cruces de Jerusalén, reino perteneciente a don Fernando) como el color verde de la Fe y el cordero que está representado en el escudo de la Seo de Zaragoza, lo que directamente vincula la creación del obispado de la isla con el otorgamiento de escudo de armas. De una isla que Fernando insistía en tratarla de suya. Ante el peligro de un feudo indiano, por el cumplimiento de las Capitulaciones de Santa Fe, el Rey creaba instituciones, ponía sus señas de señorío realengo a pesar del fallo de su propio Consejo.

147

La real cédula que concede el escudo a la isla de San Juan dice:

“E yo, acatando como la dicha ysla fue por mi e por la dicha Reyna doña Ysabel, mi muy cara e muy amada muger, que sancta gloria aya, hallada e ganada, e como aveys sido los primeros pobladores della, de que Nuestro Señores muy seruido e nuestra Sancta Fee catolica muy ensalcada e considerando los buenos e leales servicios que los vecinos e moradores desa dicha ysla me aveys hecho e los grandes trabajos e peligros que aveys sufrido en poblar esa dicha ysla e ganarla e traerla a nuestro seruido e a obediencia los yndios della, e por que es cosa conveniente que los que bien e lealmente siruen que sean honrrados e remunerados e la dicha ysla sea mas enoblezida, tobelo pro bien e por la presente vos señalo e doy, para que la dicha ysla tenga por armas, vn escudo verde y dentro

de él vn cordero plateado encima de vn libro colorado e atrabesado vna bandera con una cruz e su veleta como la trae la divysa de Sanct Joan e por orla castillos e leones e vanderas e cruz de Yherusalem e por devisas una F. e vna Y. con sus coronas e yugos e flechas e vn letrado a la redonda de la manera siguiente...”³².

Quiero insistir, antes de llegar a las conclusiones de este trabajo, que hubo muchos responsables de las *Leyes de Burgos* de 1512 y su *Moderación*. Fray Diego de Deza debe ser incluido como uno de los principales responsables del debate ético y jurídico que las ocasionó. Su vinculación al convento dominico de San Esteban de Salamanca fue grande. En 1497 convocó el concilio de Salamanca. Reformó el dicho convento de donde salieron los mejores de la comunidad de la isla Española. En 1497, tras la publicación de la bula *Quanta in Dei Ecclesia* y mediante la concesión del breve *Alias ex certis*, Alejandro VI le encomendó la reforma de la Orden de los Dominicos; mediante el breve *Alias ex vobis*, de 14 de noviembre de 1499, fue encargado junto con Francisco Jiménez de Cisneros y Francisco Desprats de la reforma de las comunidades mendicantes.

148

Resulta memorable su actuación en Sevilla hasta su muerte en 1523. En 1512 convocó un concilio provincial en el que ordenó colocar públicamente en todas las parroquias de su jurisdicción tablas en las que estuviesen escritos los principales artículos de la fe para que los sacerdotes las leyeran y explicaran a sus parroquianos y contribuir así a la formación religiosa popular, iniciativa considerada como de los primeros impulsos dados al programa catequético desarrollado durante el siglo XVI. En 1515 estableció en la diócesis el estatuto de limpieza de sangre, con lo que el sevillano se erigió en el segundo cabildo eclesiástico español en impedir la incorporación de los descendientes de judíos o conversos. En 1517 fundó en Sevilla el Colegio Mayor Dominico de Santo Tomás, equiparado en rango a los de San Gregorio de Valladolid y de San Esteban de Salamanca. Murió en 1523 al poco tiempo después de haber sido llamado a ocupar la Sede Primada de España, la de Toledo, pero sin llegar a ser consagrado y tomar posesión de aquella catedral arzobispal.

Las *Leyes de Burgos* u *Ordenanzas de Indios* se redactaron pensando en regular de modo esencial el trabajo de las minas de los indios, pero también existían indios de servicio que habían sido asentados cerca de los pueblos cristianos. Éstos, conocidos como naborias, sólo se dedicaban a la atención de sus amos y fueron prontamente evangelizados y absorbidos, cuando eran capaces de sobrevivir a las pestes y demás enfermedades de los blancos. En este sentido fueron las mujeres indias de servicio las

³² Salvador BRAU, *La colonización de Puerto Rico*, apéndice III, pp. 494-495.

primeras madres de los mestizos, creando un nuevo grupo social que no era ni castellano ni indio, aunque sí cristiano³³.

La real provisión, ordenando la fundación de la Real Audiencia dominicana, a fines de 1511, obstruía cualquier intervención del Virrey en materia indígena, quedando legislado el contenido de la encomienda por las *Ordenanzas* del año siguiente. Se buscaba evitar la repetición de la rebelión boricua por medio de las *Leyes de Burgos*.

La Sentencia de Sevilla de 1511 había conseguido prohibir al Almirante-Virrey realizar nuevos repartimientos de indios. Y para reforzar tal mandato se enviaron a dos repartidores de indios en 1514 a la isla Española, Pero Ibáñez de Ibarra y Rodrigo de Albuquerque, quienes repartieron naturales en nombre del Rey³⁴. En aras de evitar el beneficio de la clientela colombina el Rey Católico permitió que se quitaran indios a los viejos vecinos y encomenderos para beneficiar al secretario Lope Conchillos y sus amigos conversos aragoneses, los cuales vivían en la lejana Corte. Clarence Haring calcula que los indios que servían al Rey alcanzaban las mil almas o más. Una tercera parte de los indios de la isla Española debían servir en las minas según una real cédula de 1511, que se vio confirmada con las *Ordenanzas de Indios* de 1512.

La invención de los derechos humanos (1512-1513)

Hay que corregir con severidad la opinión difundida entre lo historiadores no españoles, de considerar que la encomienda indiana era sinónimo de esclavitud. Y fue precisamente el evitar que ese sistema de servidumbre personal encubriera la pérdida total de libertad de los vasallos indios lo que provocó la reacción de las órdenes mendicantes contra una nueva variante de la “señorización” castellana que más correspondía a la sensibilidad de la Europa del feudalismo que al Derecho Canónico hispano bajomedieval. El título de posesión de las Indias que había otorgado el papa Alejandro VI a los Reyes Católicos y sus descendientes estaba condicionado a la evangelización de los naturales y a su trato como cristianos, no como paganos objeto del *ars mercatoria*. De allí la responsabilidad que sentían los dominicos, franciscanos y en menor medida los agustinos respecto de la protección de los naturales del Nuevo Mundo.

³³ Luis ARRANZ MÁRQUEZ, *Emigración española a Indias. Poblamiento y despoblación antillana*, pp. 32-33.

³⁴ Clarence H. HARING, *The Spanish Empire in America*, p. 42.

Fue en Valladolid donde al corregirse y mejorarse las *Leyes de Burgos*³⁵ nació el respeto por los derechos de los vasallos no europeos, de los neófitos y paganos que así se consideraban, iniciándose un capítulo en la historia del derecho de la humanidad que conocemos como la lucha por los derechos del hombre.

Tenemos que revisar la actuación de los personajes que redactaron las *Ordenanzas de Valladolid* de 1513 conocida como la *Moderación de las Leyes de Burgos*³⁶.

Me llama poderosamente la atención, más que el célebre Dr. Juan López de Palacios Rubios, catedrático de Prima de Cánones de la Universidad de Valladolid y miembro del Consejo Real desde 1504³⁷, la menos conocida figura de fray Alonso Bustillo, dominico a quien hemos hecho referencia como participante en la junta de las ordenanzas burgalesas, que por su participación en las comunidades de Castilla sería castigado y relegado por sus propios hermanos de hábito. El general de la Orden de Predicadores fray García Loaíza³⁸ fue quien sancionó a fray Alonso de Bustillo, a fray Pablo de León (de Villegas), a fray Alonso de Medina y a fray Antonio de Villegas. Fray Alonso de Medina emigró a Portugal donde vivió cómodamente y ejerció como profesor de Teología y predicador con el favor real³⁹.

150 A pesar de haber dedicado Manuel Giménez Fernández y Jaime Delgado, con anterioridad, una parcial atención al pasaje del proyecto de ley perpetua de los comuneros relativo a los repartimientos de indios o

³⁵ Las propias *Leyes de Burgos* fueron compuestas estando el Consejo Real en Valladolid, con anterioridad al traslado de la Corte a Burgos en 1512.

³⁶ Rafael ALTAMIRA Y CREVEA, “El texto de las Leyes de Burgos de 1512”, pp. 5-79.

³⁷ No sólo fue padre de la versión del Requerimiento que se utilizó a partir de 1513 en la conquista del Nuevo Mundo sino que escribió el *Libellus de insulis oceanis*.

³⁸ Nacido en Talavera de la Reina en 1478, hizo sus estudios en el Colegio Mayor de San Gregorio de Valladolid. En cuya institución fue rector. Fue provincial de España de la Orden de Predicadores desde 1516, y seis años más tarde fue nombrado confesor del rey Carlos I. Fue el primer presidente del Consejo de Indias, nombrado en 1524. Y desde el año siguiente fue consagrado obispo de Osma, alcanzando el capelo cardenalicio en 1539. Ese año fue elevado al arzobispado de Sevilla. Y en 1546 fue nombrado Inquisidor General. Fue uno de los personajes más influyentes y poderosos de la corte de España.

³⁹ Joseph PÉREZ, *La revolución de las comunidades de Castilla (1520-1521)*, p. 608. Fray Alonso de Bustillo era catedrático de Teología de la Universidad de Valladolid. Máximo DIAGO HERNANDO, “El factor religioso en el conflicto de las Comunidades de Castilla (1520-1521) El papel del clero”, pp. 110-113. Entre los frailes salmantinos cercanos a los comuneros estaba el dominico fray Antonio de Villegas, según cita Joseph Pérez, y que con certeza era hermano o deudo de fray Pablo de Villegas, conocido como fray Pablo de León, el fraile predicador más brillante favorable a la comunidad. En Salamanca debió conocer las enseñanzas del maestro Fernando de Roa, como las enseñanzas anteriores de Alonso Fernández de Madrigal, el “Tostado”, Pedro Martínez de Osma y otros graves maestros que trataron sobre tiranos y enemigos del bien común.

encomiendas, debemos al Dr. Joseph Pérez el haber superado el deslumbramiento que ocasiona este pasaje cuya primera reacción en todo lector conocedor del tema es pensar en el padre Bartolomé Las Casas.

Su opinión está recogida en su valioso libro del año 1977. Joseph Pérez hizo una valoración basada en el interés de la Santa Junta por limitar la encomienda indiana, una motivación claramente económica en que la justificación humanista y política quedaba en segundo término. Desde esa concepción escribió:

“En efecto la encomienda provocaba una pérdida en el rendimiento del trabajo y, por tanto, una disminución de los ingresos del Estado. Sólo algunos individuos se beneficiaban egoístamente del sistema. Dicho esto, añadamos que en el texto de la Junta quedaron reflejadas las polémicas que enfrentaron –antes y después de las Comunidades– a los partidarios de Las Casas con los responsables de la política colonial (Fonseca, Cobos, etc.): los indios debían ser tratados como cristianos y hombres libres, no como meros esclavos. ¿Podíamos pensar, siguiendo a Giménez Fernández, que este artículo fue redactado por un familiar de Las Casas? Creemos que no. Los letrados de la Junta conocían perfectamente los términos del debate y compartían el punto de vista de los enemigos de Fonseca con tanta mayor complacencia por cuanto luchaban contra los mismos adversarios políticos; eran los mismos hombres los que estaban arruinando el reino y los que en las Indias preconizaban la explotación humana...”⁴⁰.

151

Pero algo sí era cierto en las reflexiones de Manuel Giménez Fernández, el tema de la limitación y erradicación de la encomienda indiana era el objetivo de una campaña dirigida por los frailes dominicos, ellos fueron los que iniciaron en la Corte esa controversia indiana. Manuel Giménez Fernández, catedrático de la Universidad de Sevilla de Derecho Canónico, había escrito:

“Por su interés para nuestro estudio reproducimos literalmente las peticiones referentes a Indias, islas y Tierra Firme cuyo contenido coincide curiosamente con el ideario y aun con los textos lascasianos, lo que nos hace sospechar que en su redacción intervino ya que no la pluma de Las Casas estante en Sevilla al parecer desde primeros de octubre de 1520, sí la de alguno de sus habituales contertulios en los conventos dominicos de Valladolid y preferentemente Fray Alonso de Medina, a cuya intervención en el Manifiesto de Salamanca (11-1520) se debe seguramente la introducción en éste de tales temas”⁴¹.

⁴⁰ PÉREZ, *op. cit.*, p. 550. Sobre este tema véase de Itsván SZÁSZDI LEÓN-BORJA, “Los comuneros ante la encomienda indiana”.

⁴¹ Manuel GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *Política inicial de Carlos I en las Indias. Bartolomé de Las Casas capellán de Carlos I, poblador de Cumaná (1517-1523)*, p. 922.

En cambio, opino como José J. Jerez, que no se puede descartar a fray Alonso de Bustillo, quien había sido llamado por fray Antonio de Montesinos para explicar al Rey sus alegatos sobre los naturales de Yndias y que fue uno de los firmantes de las *Leyes de Valladolid* de 1513 que reformaron las *de Burgos* en diversos temas puntuales del trato a los indios, que afectaban a las mujeres y a los niños naturales, que fueron dictadas para Puerto Rico, por lo que se conocieron entonces como la *Moderación de las Ordenanzas de Indios para la Isla de San Juan*⁴². No pongo en duda la intervención del padre Alonso de Bustillo en el parecer de los comuneros contrario a la encomienda indiana, pero sí creo, sin ánimo excluyente, que hasta ahora no se ha prestado suficiente atención a la posibilidad que también interviniera fray Pablo de Villegas, conocido como fray Pablo de León, quien quiso ser uno de los procuradores que se acercara a Bruselas para entregar a su Cesárea Majestad la Ley Perpetua. Fray Pablo se formó con los dominicos salmantinos de San Esteban y debió estar bajo la influencia directa del pensamiento de fray Pedro de Córdoba⁴³ y sus frailes. Pertenece, por tanto, al grupo de los primeros enfrentados al obispo Juan Rodríguez de Fonseca por el tema de la encomienda indiana. Para obtener información de primera mano es necesario acudir a la lectura de la *Historia...* de fray Bartolomé de Las Casas. Es decir, que entre lo que hoy es la Casa del Estudiante, hace cinco siglos la casa de Juan Rodríguez de Fonseca, obispo de Palencia, junto a la Real Chancillería y el Colegio de San Gregorio se redactó en Valladolid la *Moderación de las Ordenanzas de Indios* el año de 1513.

152

Pero también es cierto que no sólo fueron los dominicos quienes tuvieron la exclusividad del debate sobre la encomienda indiana. Hace cuarenta años fray Lino Gómez Canedo expuso en Valladolid la importante aportación franciscana a la lucha por los derechos indígenas, antes y después de las comunidades, de cuyo trabajo extraigo las noticias vertidas

⁴² José Joaquín Jerez también da a entender la intervención de Alonso de Bustillo en la redacción del *Requerimiento*, pero no podemos estar de acuerdo, pues el propio fray Bartolomé de Las Casas lo atribuye al Dr. Juan López de Palacios Rubios. José Joaquín JEREZ, *Pensamiento político y reforma institucional durante la guerra de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*, pp. 572-573. Creo firmemente que el principal inspirador del escrito comunero contra la Encomienda de Indias fue el padre Alonso de Bustillo, que fue catedrático de la universidad vallisoletana. Basta leer a fray Bartolomé de Las Casas en su *Historia...* En el capítulo XVII, del libro II, el cronista sevillano trata de “Las juntas que se hicieron para moderar las leyes que estaban hechas. Moderándose en virtud del informe que dio el siervo de Dios fray Pedro de Córdoba, fraile de Santo Domingo, que llevo la religión a Indias, hijo de San Esteban de Salamanca”.

⁴³ No olvidemos que fray Pedro estudió en San Esteban y allí y en la ciudad salmantina, tan principal en las comunidades años después, estaban sus apoyos ante la Corte.

a continuación⁴⁴. Ya el secretario del cardenal Francisco Jiménez de Cisneros, el franciscano fray Francisco Ruíz, quien por 1500 había vivido en La Española, presentó en 1516 un plan para la reforma de las Indias, tema que por entonces era discutido en la Corte. Fray Francisco se declaraba a favor de la encomienda con reservas, como medio para que los españoles no abandonaran la tierra, explicando que era necesario averiguar

“quién hasta agora los ha tratado bien y dado buen mantenimiento y les han dado doctrina y enseñado las cosas de nuestra santa fe católica, y que a estos tales se les encomendasen y a los que al contrario han fecho se les quitasen, para los encomendar a personas que los tratasen bien e hiciesen y cumpliesen con ellos todo lo que está mandado”.

El padre Francisco Ruíz también pedía que se quitasen los indios a los ausentes y que se exigiera que los encomenderos estuvieran casados o por casar en el plazo de un año. Asimismo, proponía en su escrito el envío de labradores castellanos, con sus mujeres e hijos, y que se les pagase el pasaje a Yndias, dándoles tierras, una yunta de bueyes y vacas y que sembrasen trigo y plantasen viñas y árboles y que se pregonase por toda España, especialmente en Andalucía, Extremadura y el Maestrazgo⁴⁵. Proyecto que a mi entender debió inspirar en buena medida al del padre Bartolomé de Las Casas para Cumaná años después.

153

Poco después los franciscanos de la isla Española pidieron a los visitadores jerónimos que los indios naborías de casa (domésticos) como de los caciques se pusieran en libertad tanto los del Rey como todos los demás excepto los de algunos que tenían encomendados dos o pocos naborías “que los tienen como por hijos propios”.

Y que

“destos indios se hagan pueblos en la parte donde a los Padres Jerónimos pareciere, juntándose seis caciques, y que estos indios trabajen y que su trabajo sea por algodón de manera que cada uno dé a su Alteza cuatro arrobas de algodón y lo demás sea para ellos y para sus sacerdotes y personas cristianas que con ellos estén”.

También pedían los frailes que se sustituyese a los indios en el duro trabajo minero por esclavos negros⁴⁶.

⁴⁴ Lino GÓMEZ CANEDO, “Evangelización y Política Indigenista. Ideas y actitudes franciscanas en el siglo XVI”, pp. 34-36.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 35.

⁴⁶ GÓMEZ CANEDO *op. cit.*, p. 36.

Idea que vendió años más tarde con gran éxito fray Bartolomé de Las Casas a la camarilla flamenca del rey Carlos I. Así a cambio de conservar a los naturales del Nuevo Mundo, se inició la trata negrera, un gran negocio que ya habían reconocido los flamencos como fuentes de oportunidades económicas⁴⁷. No olvidemos que esta postura se acerca a la petición comunera recogida en el proyecto de ley perpetua al respecto del fin del trabajo de los indios en las minas.

Bibliografía

- ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, “El texto de las Leyes de Burgos de 1512”, en *Revista de Historia de América*, N° 4, Madrid, 1938.
- ANDRÉS DÍAZ, Rosana de, *El último decenio del reinado de Isabel I a través de la tesorería de Alonso de Morales (1495-1504)*, Valladolid, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 2004.
- ARANDA MENDÍAZ, Manuel, *Visiones sobre el primer Tribunal de Justicia de la América Hispana. La Real Audiencia de Santo Domingo*, Las Palmas, Campillo Nevado, 2007.
- 154 ARRANZ MÁRQUEZ, Luis, *Emigración española a Indias. Poblamiento y despoblación antillana*, Santo Domingo, Ediciones Fundación García Arévalo, 1979.
- BRAU, Salvador, *La colonización de Puerto Rico*, edición anotada por Isabel Gutiérrez del Arroyo, 5ª ed., San Juan de Puerto Rico, Instituto de Cultura Puertorriqueña, 1981.
- CHACÓN Y CALVO, José María, *Cedulario cubano (los orígenes de la colonización). (1493-1512)*, Madrid, Colección de Documentos Inéditos para la Historia de Ibero-América, Compañía Iberoamericana de Publicaciones S.A., 1929, t. 6.
- DELGADO MERCADO, Osiris, *Historia general de las artes plásticas en Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, Editora Corripio, 1994, tomo I.
- DIAGO HERNANDO, Máximo, “El factor religioso en el conflicto de las Comunidades de Castilla (1520-1521). El papel del clero”, en *Hispania Sacra*, vol. LIX, N° 119, Madrid, enero-junio. 2007.
- FERNÁNDEZ DE OVIEDO, Gonzalo, *Historia general y natural de las Indias*, Madrid, Ediciones Atlas, Biblioteca de Autores Españoles, edición de Juan Pérez de Tudela, 1959, t. II.
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Manuel, *Política inicial de Carlos I en las Indias. Bartolomé de Las Casas capellán de Carlos I, poblador de Cumaná (1517-1523)*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos, CSIC., 1960, t. II.

⁴⁷ István SZÁSZDI LEÓN-BORJA, “La merced de la isla de Cozumel al Almirante de Flandes por parte del Rey don Carlos. Las gobernaciones de Cuba y de Yucatán en 1518”, pp. 29-32.

- GÓMEZ CANEDO, Lino, "Evangelización y Política Indigenista. Ideas y actitudes franciscanas en el siglo XVI", en *Estudios sobre política indigenista española en América, Terceras Jornadas Americanistas de la Universidad de Valladolid. Simposio Conmemorativo del V Centenario del Padre Las Casas*, Valladolid. Seminario de Historia de América-Universidad de Valladolid, 1976, t. II: Evangelización, régimen de vida y ecología, servicios personales, encomienda y tributos.
- GONZÁLEZ ALONSO, Benjamín, *Gobernación y gobernadores. Notas sobre la administración de Castilla en el periodo de formación del estado moderno*, Madrid, Universidad de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1974.
- GUTIÉRREZ DEL ARROYO, Isabel, "Un programa de gobierno en 1511", en *Revista del Instituto de Cultura Puertorriqueña*, N° 5. San Juan, octubre-diciembre, 1959.
- HARING, Clarence H., *The Spanish Empire in America*, New York, Harbinger Books, 1963.
- HUERGA, Álvaro, *Cartas de los Gobernadores (1550-1580). Historia Documental de Puerto Rico*, San Juan, Academia Puertorriqueña de la Historia-Centro de Estudios Avanzados de Puerto Rico y del Caribe-Fundación Puertorriqueña de las Humanidades, 2010, t. XIX.
- JEREZ, José Joaquín, *Pensamiento político y reforma institucional durante la guerra de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*. Madrid, Fundación Francisco Elías de Tejada-Marcial Pons, 2007.
- LAS CASAS, Bartolomé de, *Historia de las Indias*, edición de Juan Pérez de Tudela Bueso y Emilio López Oto Madrid, Ediciones Atlas, Biblioteca de Autores Españoles, 1961, t. II, libro II, capítulos XVII-XVIII.
- MURGA SANZ, Vicente, *Juan Ponce de León. Fundador y primer gobernador del pueblo puertorriqueño, descubridor de la Florida y del estrecho de las Bahamas*, 2ª ed., Barcelona, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1971.
- MURO OREJÓN, Antonio, "Ordenanzas Reales sobre los Indios. (Las Leyes de 1512-13)", en *Anuario de Estudios Americanos*, vol. XIII, Madrid, 1956.
- PÉREZ, Joseph, *La revolución de las comunidades de Castilla (1520-1521)*, traducción de Juan José Faci Lacasta, Madrid, Siglo XXI Editores, 1977.
- PÉREZ DE TUDELA Juan (director de la edición), *Colección Documental del Descubrimiento (1470-1506)*, Madrid, Real Academia de la Historia-CSIC-Fundación MAPFRE América, 1994.
- PRIETO CANTERO, Amalia, *Casa y descargos de los Reyes Católicos*, Catálogo XXIV del Archivo General de Simancas, Valladolid, Instituto Isabel la Católica de Historia Eclesiástica, 1969.
- SAGARRA GAMAZO, Adelaida, *Colón y Burgos: ciudad, protagonistas e historia*, Burgos, Editorial Dosssoles, 2006.
- SOUSA, António Caetano de, *Historia Genealogica da Casa Real Portuguesa, desde a sua origem até o presente, com as familias illustres, que procedem dos reys, e dos serenissimos duques de Bragança. Justificada com instrumentos, e escritores de inviolavel fe, e offerecida a el rey D. Joaõ V. Nosso senhor*, introducción de

- Manuela Mendonça, Lisboa, Quid/Novi/Publico-Academia Portuguesa da História, 2007, vol. II.
- SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, “Alianza y vasallaje en la expansión atlántica (1485-1520): las élites de los cristianos nuevos”, en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas (Anuario de Historia de América Latina)*, N° 36, Hamburgo, 1999.
- SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, “El magnífico señor don Álvaro de Portugal, contador mayor de Castilla. Una trayectoria político-administrativa”, en María Isabel DEL VAL VALDIVIESO, Pascual MARTÍNEZ SOPENA (coords.). *Castilla y el mundo feudal: homenaje al profesor Julio Valdeón*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2009, vol. 2.
- SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, “Guatiao, los primeros Tratados de Indias”, en *IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense. 1991, vol. I.
- SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, *Juan Ponce de León y su época. Estudios institucionales de la Conquista*, Valladolid, Diputación de Valladolid, 2011.
- SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, “La merced de la isla de Cozumel al Almirante de Flandes por parte del Rey don Carlos. Las gobernaciones de Cuba y de Yucatán en 1518”, en *Anuario de Estudios Americanos*, vol. 58, N° 1, Madrid, 2001.
- SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, “Los comuneros ante la encomienda indiana”, presentado en el II Simposio Internacional de Historia Comunera, Villalar de los Comuneros, en prensa.
- 156 SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, “Los precedentes a los acuerdos hispano-taínos y el valor de los pactos de Guatiao”, en *Colonial Latin American Review*, vol. 13, N° 2, Oxford, 2004.
- SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, “Sevilla, Frey Nicolás de Ovando y la organización eclesiástica indiana”, en Antonio GUTIÉRREZ ESCUDERO y María Luisa LAVIANA CUETO (eds.), *Estudios sobre América: siglos XVI y XX*, Sevilla, AEA. CSIC., 2005.
- SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, “Sobre las Ordenanzas Reales para el regimiento de los indios y su moderación para la isla de San Juan (1512-1513)”, en *Actas de Derecho Indiano. XIII Congreso Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios, I*, San Juan, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, 2003.
- SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, “Vida y desventura de un letrado gallego, Don Cristóbal de Sotomayor, de secretario real a alcalde mayor en Yndias”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 15, La Coruña, 2011.
- SZÁSZDI NAGY, Ádám, “Dos viñetas colombinas: Filipa y Vale do Paraiso”, en *Iacobus. Revista de Estudios Jacobeos y Medievales*, N°s 27-28, Sahagún, 2010.
- SZÁSZDI NAGY, Ádám, “Las Guías de Guanahaní y la llegada de Pinzón a Puerto Rico”, en *Cuadernos Colombinos*, vol. XIX, Seminario de Historia de América-Casa Museo de Colón, Valladolid, 1995.
- VARELA, Consuelo, *La caída de Cristóbal Colón. El juicio de Bobadilla*, edición y transcripción de Isabel Aguirre, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- VILA, Suso, *A casa de Soutomaior (1147-1532)*, Noya, Editorial Toxosoutos, 2010.

PERSONALISMO, SEXUALIDAD Y DISOLUCIÓN
EN LA POSMODERNIDAD.
UNA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN LIBERAL
DE LOS DERECHOS

PERSONALISM, SEXUALISM AND
DISSOLUTION IN POSTMODERNISM.
A CRITIQUE OF LIBERAL CONCEPTION
OF RIGHTS

*Juan Fernando Segovia**

Resumen

Propongo en este trabajo considerar la relación entre personalismo y posmodernidad, vinculándolos a la noción de Derecho y de los derechos que derivan de tal asociación. Lejos de suponer que el personalismo no resiste a la ola deconstruccionista posmoderna disolvente del sujeto, sostengo la plena compatibilidad entrambos, y su influjo recíproco en la nueva generación liberal y sexualista de los derechos humanos.

157

Palabras clave: personalismo, posmodernidad, concepción liberal de los derechos, sexualismo.

Abstract

The purpose of the work is to consider the relationship between personalism and postmodernity, and the concepts of law and rights this association originate. The author does not assume that personalism does not resist the dissolution of the self of the postmodern deconstructionism wave. He asserts that personalism and postmodernity are plainly compatible and they have a mutual influence in the new liberal and sexualized human rights generation.

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Político de la Universidad de Mendoza. Miembro investigador del CONICET (Argentina) y del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Dirección postal: Dr. Adrián Ruiz Leal C.G. 131, Mendoza, Argentina. Artículo recibido el 6 de junio de 2012 y aceptado para su publicación el 9 de agosto de 2012. Correo electrónico: iadecyp@mendoza-conicet.gov.ar

Key Words: personalism, postmodernity, liberal conception of rights, sexualism.

La moda personalista

El discurso a favor de la persona ha calado tan hondo en nuestra cultura que resulta de hecho imposible oponerse y negar verdades tenidas por evidentes o universalmente acordadas. La persona es ya un valor absoluto sobreentendido y la doctrina o ideología que la defiende, el personalismo, es el pensamiento dominante. El personalismo ha ocupado el lugar del humanismo, aunque no lo ha sustituido ni desplazado: ha ocupado su corazón.

En general se acepta que el “humanismo”, dice un movimiento que, originado en el Renacimiento, alcanzó su cima en el Iluminismo¹ y, si bien pueden hallarse en la historia anteriores registros, lo mismo que posteriores confirmaciones, es ese período de tres o cuatro siglos el de su apogeo. Ahora bien, si es cierto lo que afirma Martin Heidegger, que el humanismo es una afirmación de la esencia que define la *humanitas*, el ser hombre², convengamos que los humanistas han dado diferentes respuestas a lo largo del tiempo: el pensar, el hablar, el fabricar, el poseer un alma espiritual, el existir, etc. En lo que nos atañe, a comienzos del siglo XX empezó a definirse al hombre como “persona”.

158

De modo aparente se habría alcanzado un acuerdo acerca del humanismo con la reapropiación del concepto de persona, y el personalismo vendría a ser como la culminación teórica (práctica también, por sus consecuencias jurídico-políticas) del humanismo: “la existencia personal”, escribe Emmanuel Mounier, “es el modo específicamente humano de la existencia”³. Y con ello, en principio, se habría zanjado una larga disputa, pues la persona no suscita, conceptualmente, ninguna perplejidad, ya que en el lenguaje corriente persona y ser humano son correferenciales⁴, se implican de forma mutua.

Pero con el humanismo devenido en personalismo, las dificultades se vuelcan ahora sobre el concepto de persona, porque las definiciones hodiernas ya no parten de la tomasiana⁵, venida de Anicius Manlius Se-

¹ Cf. Tony DAVIES, *Humanism* y Thomas MOLNAR, *Christian humanism. A critique of the secular city and its ideology*.

² Martin HEIDEGGER, *Carta sobre el humanismo*.

³ Emmanuel MOUNIER, *Le personnalisme*, p. 11.

⁴ Gérard LENCLUND, “Être une personne”, p. 4.

⁵ Tan sólo como referencia, véase FRANCISCO CANALS VIDAL, *Para la metafísica de la persona: substancia, acción, relación*; Leopoldo Eulogio PALACIOS, “La persona humana”, p. 401 y ss. y Victorino RODRÍGUEZ, “Metafísica de la persona humana”, pp. 979-1000.

verinus Boetius, sino que son tantas y tan diversas que se vuelve azaroso compatibilizarlas. El personalismo moderno no se funda en la metafísica escolástica, sino que abreva en la filosofía de la modernidad, es decir, no parte del “ser”, sino de la libertad moral del individuo, endeudado, no con Aristóteles, sino con Immanuel Kant, Friedrich Heinrich Jacobi, Georg Wilhelm Friedrich Hegel Hegel, Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling, etcétera⁶.

Personalismos y persona

Lo cierto es que, como afirma un autor, estamos dispuestos a atribuir, sin dudar, la condición de persona con bastante ligereza y largueza, aunque

“las condiciones necesarias y suficientes para su atribución permanecen, no sólo disputadas sino, incluso, por descubrir, si se puede”⁷.

No es mi propósito solucionar este entripado filosófico, sino, más bien, dar cuenta de algunos rasgos esenciales que caracterizan a la persona y definen al personalismo. Comencemos por este último.

Para dirimir la disputa recurriré a diccionarios y enciclopedias de Filosofía, que muestran una notable concordancia a la hora de definirlo. Personalismo, se dice, “es toda doctrina que sostiene el valor superior de la persona frente al individuo, a la cosa, a lo impersonal”⁸. Afirma que la persona es la verdad ontológica, lo ontológicamente definitivo (*ontological ultimate*)⁹, pues toda realidad es, en el fondo, personal¹⁰; y por eso la persona, humana o divina, posee primacía en el universo¹¹. Es decir, el sostiene que la realidad primaria, fundamental, suprema, de lo existente, es la persona.

Ahora bien, ¿qué se entiende por persona? Las distintas definiciones concuerdan en el reconocimiento de tres elementos esenciales: la razón, la individualidad (perspectiva de primera persona, el “yo”) y la conciencia¹², de modo que es persona quien posee

159

⁶ Al respecto cf. Jan OLOF BENGTTSSON, *The worldwide of personalism. Origins and early development*, dedicado especialmente a esta perspectiva.

⁷ LENCLUND, *op. cit.*, p. 6.

⁸ FERRATER MORA, *op. cit.*, t. III, p. 405.

⁹ LAVELY, *op. cit.*, p. 233.

¹⁰ Cornelius F. DELANEY, “Personalism”, p. 661.

¹¹ Alan R. LACEY, *A dictionary of philosophy*, p. 250.

¹² Michael F. GOODMAN, “Persons”, t. VII, p. 238.

“capacidad (moral) de actuar; razón o racionalidad; lenguaje, o las habilidades cognitivas que el lenguaje puede confirmar (tales como intencionalidad y autoconciencia); y la habilidad de entablar relaciones satisfactorias con otras personas”¹³.

La idea de persona, en suma, denota libertad moral, fundada en la racionalidad, que importa conciencia de sí e intencionalidad; y comunicabilidad, esto es, capacidad de abrirse a las otras personas, por el lenguaje o la acción¹⁴.

El aporte de John Locke a la idea moderna de persona, a mi entender, ha sido clave: según él, no consiste en una identidad de sustancia –como se la definía clásicamente desde Anicius M.S. Boetius– sino en una identidad de conciencia¹⁵; la persona no consiste en el alma espiritual, porque ésta sólo puede tener conciencia de las acciones y de las experiencias de la persona a la que pertenece, por lo que ninguna podría concebirse a sí misma como la perteneciente a otro. De ahí que se caracterice por la autoconciencia, la libertad, la autonomía, la autoposesión, la autodeterminación, etcétera.

A estos atributos se ha sumado, en el siglo XX, la comunicabilidad, es decir, una nota social o comunitaria, con la finalidad de escapar a los riesgos del individualismo: la persona es, constitutivamente, un ser de relaciones, es relacional, en el sentido de que su libertad está llamada a abrirse al descubrimiento de las otras personas y a darse o donarse a ellas. Partiendo de sí misma, se realiza en la medida que entra en relaciones personales, que se relaciona con otros dándose a sí misma. Luego, la identidad personal:

“está constituida tanto por la autonomía personal como por las relaciones constitutivas. La persona se constituye por el yo independiente y por los otros yo. Es, por consiguiente, un individuo compuesto (*a compound individual*)”¹⁶.

¹³ Edward JOHNSON, “Personhood”, vol. ??, p. 662.

¹⁴ FERRATER MORA, *op. cit.*, t. III, pp. 402-405. Todo esto implica la posesión de un cuerpo, que es lo que diferencia a la persona de las cosas y los espíritus no encarnados. Lacey, *op. cit.*, p. 250.

¹⁵ John Locke, *An essay concerning human understanding* [1690], en *The Works of John Locke*, Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Offor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co., London, 1823, II, XXVII, § 10 (v. II, p. 56): “Porque como es un mismo tener conciencia lo que hace que un hombre sea sí mismo para sí mismo, de ellos solamente depende la identidad personal, independientemente de que esté adscripta a una sola sustancia individual o que pueda continuarse en una sucesión de diversas sustancias”. Quien, a mi juicio, ha destacado la trascendencia de la idea de persona en John Locke para la política y el Derecho, es Michael P. ZUCKERT, *Natural rights and the new republicanism*, pp. 277-286.

¹⁶ Jack CRITTENDEN, *Beyond individualism. Reconstituting the liberal self*, New York & Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 5.

Personalismo e individualismo

La libertad, la autonomía, la autoconciencia (sicológica), la autodeterminación, estos y otros rasgos de la idea moderna de persona ponen en duda que realmente el personalismo sea una superación del individualismo. ¿El concepto hodierno de persona ha podido trasponer el umbral individualista del liberalismo? Danilo Castellano ha examinado a fondo la cuestión.

La tesis de Danilo Castellano¹⁷ es que el personalismo es una ideología contemporánea, pero que esta contemporaneidad no alcanza a borrar su conexión lógica e ideológica con el liberalismo, de modo que puede sostenerse una continuidad entre la modernidad “fuerte” del liberalismo, que define a la persona como el producto del reconocimiento de sus derechos de libertad; y la modernidad “débil” de la racionalidad disminuida (del pensamiento débil), que concibe a la persona como el propio proyecto¹⁸. Entre el ayer y el hoy, perdura la concepción de la persona identificada con la conciencia, su subjetividad jurídica formal, con el sujeto que tiene derecho a tener derechos, cuya precisión remite, en definitiva, a la persona misma que los aduce¹⁹.

El personalismo no sólo no consigue superar los postulados liberales sino que es “una forma radical del liberalismo” en el sentido de que refuerza el individualismo y lo efectiviza y realiza plena y universalmente. Si el liberalismo respondía a la ideología de la persona propietaria de derechos en el estado de naturaleza que, constituida la sociedad civil a través del pacto o contrato social, debían serle reconocidos por el Estado; en su actual versión personalista se trata de asegurar a la persona la realización de sus deseos y de sus proyectos por medio del Estado, dotándola de los derechos que ella quiere y demanda. En ambos casos el ordenamiento jurídico ha de garantizar la condición formal y sustancial de la igualdad en la diversidad y a la diversidad de las opciones individuales o sociales²⁰.

En su tesis, Danilo Castellano insiste en dos aspectos que se prolongan de la modernidad fuerte a la posmodernidad.

- El primero es que siempre estamos frente a libertades negativas, a la libertad de querer como autodeterminación de la persona, con independencia de lo que se elija²¹.

¹⁷ Me refiero a Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*.

¹⁸ CASTELLANO, *op. cit.*, p. 5. Cf. Juan Fernando SEGOVIA, “El personalismo, de la modernidad a la posmodernidad”, pp. 313-337.

¹⁹ CASTELLANO, *op. cit.*, p. 9.

²⁰ *Op. cit.*, p. 11.

²¹ Sobre este particular, es decir, acerca de los derechos como reivindicación de una libertad negativa, véase Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos*.

- El segundo, que esta autodeterminación es imposible sin la asistencia del Estado, porque las libertades se demandan al Estado ya como reconocimiento de un estatus personal anterior, ya como infaltable asistencia a la realización del proyecto personal.

A su vez, la tesis contiene dos corolarios.

- El primero es el desquiciamiento del orden jurídico, dado que el derecho –el ordenamiento jurídico–, limitado a la tarea de garantizar toda clase de libertades, es un derecho sin razón, es decir, arbitrario, pues carece de un criterio normativo de responsabilidad²².
- El segundo es la anarquía política, el quiebre de la sociedad por “la institucionalización del principio de la guerra”, porque el estado de naturaleza (su ficción) subsiste al interior del Estado que se convierte en agente de la anarquía, garante de la guerra²³.

Nihilismo y totalitarismo son dos caras de la misma moneda acuñada por el liberalismo y mantenida en circulación por el personalismo.

Por cierto que el núcleo a demostrar es que el personalismo continúa el itinerario individualista liberal, y en un doble sentido: porque los derechos del personalismo, en sede jurídico-política, remedan y agudizan las libertades negativas; y porque, en sede metafísico-antropológica, el individuo del liberalismo subsiste en la persona del personalismo. Siendo lo primero no más que una consecuencia de lo segundo, se sigue que la perspectiva metafísica es fundamental. En la revista que el profesor Danilo Castellano hace de las más importantes expresiones del personalismo se encuentra la comprobación.

162

Metafísicas personalistas

En efecto, si comenzamos por Emmanuel Mounier²⁴, el proceso de desustancialización de la persona es evidente: no hay ontología humana,

²² Cf. Danilo CASTELLANO, *Orden ético y derecho*; ampliado y con comentarios en Danilo CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*.

²³ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, pp. 10, 14-15, 17-18, 67-68, 73, 105-106, 115-116; CASTELLANO, *Racionalismo...*, *op. cit.*, pp. 25-27, 82-85, 113, 139-140; Danilo CASTELLANO, “L’itinerario storico dei diritti umani: epifania di una contraddizione e di un’esigenza”, p. 125 y Danilo CASTELLANO, “Questione cattolica e questione democristiana”, p. 145.

²⁴ Cf. Emmanuel MOUNIER, *Révolution personaliste et communautaire*; Emmanuel MOUNIER, *Manifeste au service du personalisme*; Emmanuel MOUNIER, *Qu’est-ce que le personalisme?* y Emmanuel MOUNIER, *Le personalisme*, *op. cit.* Una selección de textos en Emmanuel MOUNIER, *El personalismo. Antología esencial*.

porque el hombre es existencia creadora que se formula en términos de aventura de la libertad, de una que se crea a sí misma y que crea su entorno sin referencia necesaria a un orden metafísico y ético. Aquí encuentra Danilo Castellano la raíz liberal de Emmanuel Mounier, en su identificación de libertad con subjetividad y personalidad, de la libertad como espontaneidad y liberación de la persona y de la humanidad, pues su mentado timbre comunitario no es más que la garantía de esa libertad por la cual la persona construye la solidaridad²⁵. Algo semejante podría decirse de Luigi Stefanini, quien, si bien se separa de Emmanuel Mounier, continúa la tendencia que socava –metafísicamente hablando– el ser de la persona, pues la concibe como conciencia de sí en tanto que unidad viviente, conciencia que proviene del acto de ser y no a la inversa²⁶.

El problema planteado no lo resuelven las versiones católicas del personalismo, de un Wojtyła o de un Guardini. Efectivamente, en Karol Wojtyła²⁷ se encuentra una desviación del tomismo hacia las filosofías de la subjetividad y la interioridad (fenomenología y existencialismo), oponiendo naturaleza –esencia actualizada– a persona, que se piensa como modo de existencia individual propio, lo que supone difíciles interpretaciones entre el ser como esencia y la persona como acto de ser²⁸. Tampoco lo remedia Romano Guardini²⁹, con su estructuralismo espiritualista y su tesis de la alteridad o diálogo entre mundo y persona, donde persona indica la individualidad viviente determinada por el espíritu y significa la propiedad de uno mismo, esto es, la pertenencia de la persona a sí misma, que no puede ser usada por ninguna otra persona porque ella es su mismo fin, una criatura espiritual en diálogo con el mundo³⁰.

Danilo Castellano continúa la pesquisa del concepto de persona en otros filósofos católicos, como Michele Federico Sciacca y Jacques Maritain³¹, en quienes subsiste el dualismo entre naturaleza humana y persona o individuo y persona, repitiendo el error que, en el tomismo, se conoce como “personalista”, acertada y severamente criticado por Julio

²⁵ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, pp. 30-38.

²⁶ *Op. cit.*, pp. 38-42.

²⁷ Cf. KAROL WOJTYŁA, *Mi visión del hombre*; KAROL WOJTYŁA, *Persona y acción*; KAROL WOJTYŁA, *El hombre y su destino. Ensayos de Antropología*.

²⁸ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, pp. 42-47.

²⁹ Cf. ROMANO GUARDINI, *Mundo y persona*.

³⁰ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, pp. 48-54.

³¹ Cf. JACQUES MARITAIN, *Humanismo integral*; JACQUES MARITAIN, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*; JACQUES MARITAIN, *Cristianismo y democracia*; JACQUES MARITAIN, *Principios de una política humanista*; JACQUES MARITAIN, *La persona y el bien común*; JACQUES MARITAIN, *El hombre y el estado*; etcétera.

Meinvielle y Charles de Koninck³², entre otros. Tampoco el concepto de persona es esclarecido por Giuseppe Martano –que combina de manera dialéctica el idealismo y el existencialismo– ni por Cleto Carbonara, cuyo personalismo se opone a toda objetividad metafísica trascendente³³.

En suma, cualquiera sea la filosofía que lo abone, el personalismo identifica la persona con la libertad, radique ésta en la conciencia subjetiva o en el acto de existencia humana; de modo que tiene razón Danilo Castellano cuando concluye que el personalismo es un *flatus vocis*, carente de precisión metafísica, al servicio de las ideologías de los derechos humanos, ya que su nombre puede ser invocado por cualquiera filosofía³⁴. La clave de lectura del personalismo –insiste Danilo Castellano– está en el Iluminismo que le informa desde su raíz, de allí que sea una forma particular de individualismo, pues la relación entre individuo y Estado se concibe en términos antitéticos o instrumentales, relación en la que el Estado siempre acaba subordinado al individuo³⁵.

El personalismo está muy ligado a los derechos del hombre, entendidos como libertades negativas, y, siendo así, adolece de todo concepto de justicia y, por ello, de juridicidad, como no sea ésta la libertad individual en sí misma, en conflicto con la autoridad, el poder o ambos. Para fundar el orden jurídico sólo nos queda el querer, es decir, la voluntad y el consenso, como en John Locke y el séquito de contractualistas³⁶. El personalismo desquicia el orden jurídico y es la causa de la anarquía política, del nihilismo y del totalitarismo, pues es imposible fundar un orden de convivencia justo en una voluntad ontológicamente indeterminada, que sólo se afirma en la autodeterminación del sujeto de voluntad, de la persona que quiere y reclama para sí los derechos que sirven a la realización de su querer. De donde el pensamiento jurídico y político moderno se vuelve operativo en el sentido de funcional: servil a la libertad de autorrealización personal.

Si del crítico pasamos a los epígonos, la revelación es la misma. Jacques Maritain, por caso, en los Preliminares de *La persona humana y el bien común*, advertía la existencia de una pluralidad de encontradas corrientes personalistas, tratando él de aportar una síntesis que pretendía de tomista o cuando menos cristiana³⁷. Y, más actual, Juan Manuel Burgos, en un

³² Julio MEINVIELLE, *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*; Charles de KONINCK, *De la primauté du bien commun contre les personnalistes*; CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, pp. 54-60.

³³ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, pp. 60-62.

³⁴ *Op. cit.*, pp. 62-63.

³⁵ *Op. cit.*, pp. 65-67.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 74-75.

³⁷ MARITAIN, *La persona...*, *op. cit.*, pp. 7-11.

intento de relevar las más diversas expresiones del personalismo, no tiene reparo alguno en llamar personalistas a autores tan dispares como Jean Paul Sartre y Jacques Maritain, Emmanuel Mounier y Martin Buber, Xavier Zubiri y Erich Fromm, Martin Heidegger y Karol Wojtyla, etcétera³⁸.

El concepto de persona en el personalismo varía de autor en autor y de escuela en escuela, es cierto, pero el meollo no cambia: la persona —sea experiencia, conciencia o razonamiento que de ella da cuenta— es un absoluto, un todo, un fin en sí mismo, al que sirven el derecho y la sociedad, dotada, por consiguiente, de derechos y de libertad³⁹, pues la persona humana, en el fondo, no es más que creatividad o libertad, y libertad en busca de autodeterminación, libertad como libre determinación de sí. La persona como un todo es la clave de bóveda del personalismo⁴⁰, persona que posee un valor singular, una dignidad superior, único ser abierto a la experiencia, libre, forjador de su destino y modelador de su propia personalidad. Luego, la persona posee una naturaleza proteica, mejor aún, no tiene naturaleza (como estatuto ontológico determinado), sino que es inconstante, moldeable de forma libre, sin sujeciones teleológicas ni estructuras tanto ónticas como morales inalterables, sino esencialmente libre y “creativa”⁴¹. Emmanuel Mounier hizo célebre la distinción entre persona (dimensión óntica) y personalidad (dimensión creativa), como quien distingue entre naturaleza y proyecto libre de realización, entre ser y devenir⁴².

165

El personalismo en la posmodernidad

La afirmación posmoderna de “la muerte del sujeto” pone en tela de juicio la subsistencia del personalismo. ¿Podemos seguir hablando de personalismo cuando la persona se evapora? ¿Es el personalismo compatible con la disolución del ser y su reemplazo por el evento, con la persona que ya no es principio y fundamento, sino anuncio y relato? Las teorías de la posmodernidad, destruida toda ontología y la teleología que le es

³⁸ Juan Manuel BURGOS, *El personalismo*.

³⁹ Gonzalo IBÁÑEZ S.M., *Persona y derecho en el pensamiento de Berdiaeff, Mounier y Maritain*, p. 14.

⁴⁰ Según Jean Lacroix, lo común al personalismo en sus diversas manifestaciones es la afirmación de la persona como totalidad, que tiene primacía sobre las necesidades materiales lo mismo que sobre los aparatos colectivos. *Apud* CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, p. 30.

⁴¹ Juan Manuel BURGOS, “Sobre el concepto de naturaleza en el personalismo”, pp. 295-312.

⁴² MOUNIER, *Le personnalisme*, *op. cit.*, chapitre IV.

implícita, insisten, siguiendo a Martin Heidegger, que el ser no es, sino que acaece o sucede, “se da”; que el ser no es esencia sino existencia y, por consiguiente, evento o eventualidad, es decir, huellas o trazos de su existir como proyecto; relatos, narraciones de fragmentos de una biografía que está escribiéndose⁴³.

La posmodernidad no implica un desafío a la ideología personalista. El sujeto posmoderno, dice Alain Touraine⁴⁴, se ha subjetivado, esto es, se ha desligado de formas preconcebidas de ser, no está sujeto ni a lo natural ni a lo sobrenatural, no hay ontología que lo explique, está abierto a toda experiencia emancipatoria que pueda generar la propia subjetividad. Las identidades electivas posmodernas son un despliegue histórico del personalismo, que no da por sentada ninguna identidad anterior que se realiza o alcanza. En la posmodernidad el individuo, la subjetividad, es un proyecto de autoconstitución⁴⁵, por lo que el personalismo puede justificar esta experiencia cultural de una identidad personal que es materia de elección o reflexividad. El sujeto posmoderno, más que el arquitecto de un orden ideal, es “una fuerza de liberación”, en palabras de Alain Touraine.

Incluso, en el giro posmoderno, y a pesar de él, el personalismo acompaña y explica la disolución del yo. Como sostiene Danilo Castellano, se trata de la precariedad de la persona⁴⁶, lo que Richard Rorty confirma al decir que la persona es pura contingencia⁴⁷. ‘Contingencia’ es el antónimo de ‘universalidad’ o universalismo; importa definir a la persona por la distintividad, la discontinuidad, la insatisfacción, la movilidad, la accidentalidad y la libertad. La contingencia niega que en la persona haya algo parecido a la fijeza, la firmeza, la continuidad, la necesidad o una esencia. La filosofía del devenir está implícita o explícita en el personalismo. Afirmar la contingencia del “yo” es negar el concepto de hombre o de persona en el sentido de que exista algo común a los hombres o las personas; si así fuese, los hombres y las personas no seríamos más que imitaciones o réplicas de un trasfondo universal y común, copias de una esencia. La contingencia comporta la “autonarración del yo”, la historicidad de la persona en contraposición a una verdad que la trasciende; en suma, la negación del concepto y del lenguaje familiar (metafísico), que son desplazados por la metáfora y el lenguaje inhabitual a través del cual

⁴³ Gianni VATTIMO, “La crisis de la subjetividad de Nietzsche a Heidegger”, pp. 115-142; Gianni VATTIMO, *El fin de la modernidad*.

⁴⁴ Alain TOURAINE, *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*.

⁴⁵ Ulrich BECK, *La invención de lo político*, pp. 129-133; Jürgen HABERMAS, *La constelación posnacional*, p. 111.

⁴⁶ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, pp. 81-82.

⁴⁷ Richard RORTY, “La contingencia del yo”, pp. 43-62.

ese yo que se crea a sí mismo se expresa de modo singular y propio. Para evitar equívocos, historicidad del yo, como contingencia, no significa que el yo se afirma en la historia (o que la persona existe históricamente), sino la liberación de nuestro pasado, es decir, la autenticidad, la originalidad. El “yo” es siempre una decisión actual del yo, no una continuidad prudente de algo dado; el yo no actualiza una potencia, no la pone en acto en un momento histórico, sino que sea crea a sí mismo en cada acto. La persona no es un resultado, es un proyecto; no es una naturaleza o esencia, es contingencia (por lo tanto, inesencial, no natural).

La deriva posmoderna del personalismo cuaja perfectamente con su raíz protestante y su impronta gnóstica⁴⁸. En efecto, si la primera reforma, la de la herejía protestante, privatizó la salvación espiritual, haciendo sacerdote a cada individuo y convirtiendo a la conciencia individual en el juez de la ley; la hodierna reforma, desarticulado todo camino de salvación, renuncia a la salvación en términos de eternidad conviniendo que no hay más horizonte vital que la misma existencia en el mundo. Aquélla exaltó la conciencia individual; ésta, la voluntad individual; una prohibió y la otra glorificó la libertad del individuo, de la que nacen los derechos humanos, entendidos ahora, en palabras de Zygmunt Bauman, como

“el derecho de cada individuo a ejercer su libertad de elección para decidir cómo es la dicha que desea y a seleccionar o idear su propio camino para alcanzarla”⁴⁹.

167

Estamos ante la esencia del liberalismo redivivo.

El padre del personalismo acuñó una idea categórica al escribir:

“el derecho de pecar, es decir de rehusar su destino, es esencial al pleno ejercicio de la libertad.”

Lo que llama la atención en la frase de Emmanuel Mounier no es la afirmación del derecho a pecar, sino lo que éste implica: la libertad de negar el destino, de rechazar lo establecido, de repudiar el mundo que nos somete y determina, la libertad de sacudirnos el pasado y apropiarnos del futuro. El pecado es el supremo acto de libertad personal, por él la persona se nos manifiesta como lo que es, es decir,

⁴⁸ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, pp. 13 y 157. Cf. Juan Fernando SEGOVIA, “La libertad de conciencia como fundamento del constitucionalismo”, pp. 145-175.

⁴⁹ Zygmunt BAUMAN, *En busca de la política*, p. 166.

“una actividad vivida como autocreación, comunicación y adhesión, que se aprehende y se conoce en su acto, como *movimiento de personalización*”⁵⁰.

Es este un proceso de autocreación en el que, al decir de Richard Rorty, la estrategia no cambia:

“consiste en colocar un tejido de relaciones contingentes, una trama que se dilata hacia atrás y hacia delante a través del pasado y del futuro, en lugar de una sustancia formada, unificada, presente, completa en sí misma, de una cosa que puede ser vista constante y totalmente”⁵¹.

Las mismas palabras de Richard Rorty delatan la pobreza de este planteo voluntarista, pues al definirlo como «estrategia», ubica sus ideas en el nivel del juego, no del saber. Es política, no filosofía; es astucia, no filosofía; es democracia, no filosofía⁵². Es una trampa, un camuflaje, imágenes provistas por un artilugio sofisticado para esconder la verdad.

Personalismo constructivista y consensualismo

168

La insistencia en el carácter postradicional de nuestras sociedades (en el sentido de que ya nada podemos aprender del pasado, que ha sido superado o se ha evaporado, según se vea), es un factor decisivo a la hora de explicar la fragmentación de sujeto, su carencia de centro. Lo que Frederic Jameson llama “crisis de historicidad” explica la muerte de la ideología del sujeto, esto es, la incapacidad del sujeto de procesar la historia misma, ante el auge de una cultura de imágenes fluidas y rápidas, que lo aprisionan en el presente y le aíslan del pasado⁵³. Este aspecto influye en el devenir del personalismo. Las sociedades de la época posmetafísica y del pensamiento débil, las sociedades sin raíces, no tienen nada a qué atenerse, en ellas cada uno se las arregla por sí solo y como puede. Rota la cadena de la temporalidad, el sujeto no puede encontrar la explicación de su identidad personal en el pasado: debe construirla él mismo cotidianamente, sin arraigo ni herencia. El hombre posmoderno debe construirse una biografía. El personalismo se viste de constructivismo.

Explica Anthony Giddens que el hombre de hoy se va haciendo a medida que reacciona ante las circunstancias y aprende de ellas. A esto

⁵⁰ MOUNIER, *Le personalisme*, *op. cit.*, pp. 13 y 10.

⁵¹ RORTY, “La contingencia...”, *op. cit.*, p. 61.

⁵² Richard RORTY, “La prioridad de la democracia sobre la filosofía”, pp. 31-61.

⁵³ Frederic JAMESON, *Teoría de la posmodernidad*.

llama la “reflexividad del yo” y que se formula como una nueva ley ontológica: “no somos lo que somos, sino lo que nos hacemos”⁵⁴. La identidad personal se entiende como una autobiografía o un relato que escribimos y en la que nuestros planes de vida van acomodándose a las demandas de tiempo y lugar, impulsados por la autenticidad, por la fidelidad a uno mismo. No hay naturaleza humana, algo dado que llamar hombre o mujer: al contrario, la reflexividad afirma “la creación refleja de la identidad del yo”, la autonomía de la persona que se hace a sí misma⁵⁵. En esta fábrica de identidad, que es la reflexividad de la vida humana, el papel del cuerpo es vital. Contra Michael Foucault, que toma al cuerpo como objeto pasivo ya de placer ya de dolor, Giddens sostiene que el cuerpo participa activamente en la construcción del yo; es más, “la reflexividad institucional de la vida moderna se centra en el cultivo –casi podría decirse en la creación– del cuerpo”. Se trata de asumir nuestro cuerpo en la construcción de la identidad, de aceptar que “el cuerpo es un objeto” en el que habitamos, un objeto que no está determinado de antemano, sino abierto al diseño que cada uno quiera darle⁵⁶.

El cuerpo no es un objeto que simplemente se acepta y se lleva conforme a ritos y costumbres, normas morales o religiosas preestablecidas; él es el punto de apoyo del proyecto de construcción de la identidad personal, sometido también a la reflexividad: lo cambiamos, acomodamos y rehacemos conforme nuestros planes de vida, según vamos escribiendo nuestra biografía. Si cada individuo, en la elaboración de su propia identidad, puede optar entre diferentes estilos vitales, lo mismo cabe decir del cuerpo o tal vez especialmente del cuerpo; en la posmodernidad, el cuerpo no es algo dado, es un objeto que está haciéndose, como la persona misma. Dice Anthony Giddens:

169

“aunque el desarrollo del cuerpo se haya de efectuar a partir de una diversidad de opciones de estilo de vida, decidir entre varias alternativas no es en sí una opción sino un elemento inherente a la construcción de la identidad del yo”⁵⁷.

Si el yo no está dado, el cuerpo tampoco lo está; como el yo, el cuerpo se hace a voluntad.

El constructivismo antropológico significa electividad del yo, electividad de nuestro cuerpo, electividad de nuestra biografía, electividad de

⁵⁴ Anthony GIDDENS, *Modernidad e identidad del yo*, p. 99.

⁵⁵ GIDDENS, *Modernidad...*, *op. cit.*, pp. 112-121.

⁵⁶ *Op. cit.*, pp. 128-130 y 132.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 225.

nuestra sexualidad. Y estas elecciones son reversibles: podemos deshacernos de ellas y adoptar otras. La revolución biotecnológica ha contribuido a sostener la expectativa de la construcción de la propia identidad a partir de los propios deseos. Si la genética todo lo puede, no cabe afirmar la existencia de una naturaleza humana inmutable, de una realidad ontológica a la que llamamos hombre/mujer siempre e inevitablemente. La ingeniería genética y las técnicas de la biología reproductiva colaboran a la deconstrucción del sujeto, a la disolución del yo, cuya única y endeble firmeza es su cuerpo, concebido también de una manera plástica, modificable a voluntad.

A esto se suma el cambio cultural en la conducta sexual: la homosexualidad, masculina y femenina, desarticula los modelos sociales basados en papeles sexuales definidos, al mismo tiempo que expresa la desestructuración de identidades preestablecidas, pues la pareja heterosexual deja de ser el referente privilegiado o la norma de la moral. Los derechos a la libre sexualidad, al matrimonio de los homosexuales y al aborto forman parte de estas deconstrucciones culturales.

Personalismo y derechos humanos

170 Esto ya lo había advertido Danilo Castellano cuando recurrió a la idea del “hombre modular”, tomándola del sociólogo Ernest Gellner, idea que hace referencia a un sujeto sin perfil ni atributos determinados, dotado de cualidades móviles que pueden intercambiarse o descartarse, un ser sin esencia que se automodela, que se da forma a sí mismo como tarea vital, que se relata a sí mismo, que construye su propia biografía según su voluntad⁵⁸. Este hombre modular es el titular de unos derechos que demanda en ejercicio de su libertad negativa, la libertad del hacerse a sí mismo según el proyecto que cada uno pergeña, modifica y vuelve a inventar. Sobre tales libertades negativas se erige un orden jurídico-político que resultará también “modular”, basado en los módulos individuales que se consienten o reconocen como proyectos vitales, conforme a los propios planes y a los fines personalmente elegidos⁵⁹.

El concepto de justicia política que John Rawls ha puesto a rodar muestra a las claras esta idea de una “justicia modular”, es decir, acomodada a las exigencias subjetivas de autoconstitución. La justicia política es la que «encaja» en las concepciones pluralistas de una sociedad dividida y frag-

⁵⁸ Ernest GELLNER, “The importance of being modular”, pp. 32-55. Cf. CASTELLANO, *L'ordine...*, op. cit., pp. 11-21 y BAUMAN, op. cit., pp. 166-168.

⁵⁹ CASTELLANO, *L'ordine...*, op. cit., p. 15.

mentada, y no a la inversa (no se trata de las visiones plurales que entran en aquella justicia); por lo tanto, la justicia y el Derecho se descuartizan en “módulos” compatibles con esas exigencias subjetivas, se trozan en tantos módulos como hombres modulares demandantes puedan existir⁶⁰.

No obstante su precariedad, la persona sigue siendo un absoluto y en esto consiste su dignidad⁶¹. De acuerdo con el personalismo, la legitimidad de los derechos humanos radica en la superior dignidad de la persona frente al Estado y las comunidades sociales⁶². De ahí la presunta dimensión moral que evocan los derechos, o mejor dicho, la reducción actual de la ética a la ética de los derechos humanos y de éstos a la voluntad de la persona, que es un estar haciéndose. A esta dignidad, expresada en la autonomía y la libertad personales, le son inherentes unos derechos (art. 10.1 Constitución de España).

Los derechos humanos se fundan en la autonomía personal al mismo tiempo que tienden a protegerla⁶³, pues tal autonomía define a la persona como tal, permitiéndole realizar su propia definición de sí. Siendo la autonomía de la persona “el ‘señorío’ de su vida, de sus bienes, de su cuerpo”, tiene prioridad de consideración jurídica, porque versa sobre la distribución de “las decisiones que hay que tomar” en los conflictos entre bienes. Frente a cualquier otro valor que el Derecho pueda considerar, la autonomía, escribe Carlos Nino, “es una especie de meta-valor, es un valor, en definitiva, sobre la distribución del poder en una sociedad”⁶⁴. La persona “es” su autonomía, bien primario en virtud del cual puede decidir acerca de otros bienes: es la libertad que permite a la persona autodeterminarse⁶⁵. La irrelevancia de los fines y la indiferencia del contenido de las decisiones, configuran tanto el concepto de libertad/autonomía cuanto el sentido jurídico de los derechos humanos⁶⁶.

La persona humana, como un absoluto, se ha constituido en fundamento y fin, no sólo materia, del Derecho y la política; luego, es sujeto de

⁶⁰ John RAWLS, *El liberalismo político*, p. 37.

⁶¹ Cf. Juan Fernando SEGOVIA, “El difuso personalismo”, pp. 217-244.

⁶² Cf. Kristyan COMPLACK, “Por una comprensión adecuada de la dignidad humana”, pp. 19-30; Rhoda E. HOWARD & Jack DONNELLY, “Human dignity, human rights, and political regimes”, pp. 801-817; etcétera.

⁶³ James GRIFFIN, *On human rights*, p. 149 y ss.

⁶⁴ Carlos S. NINO, “Objeción de conciencia, libertad religiosa, derecho a la vida e interés general”, p. 187.

⁶⁵ Sobre este tema existe una variada literatura; como referencia, véanse los ensayos compilados en John CHRISTMAN & Joel ANDERSON (ed.), *Autonomy and the challenges to liberalism* y en James STACEY TAYLOR, *Personal autonomy*.

⁶⁶ CASTELLANO, *Racionalismo...*, *op. cit.*, capítulo I, expone y critica este concepto negativo de libertad, en el que se fundan los derechos humanos.

derechos por el único hecho de ser persona y los derechos le son debidos de modo inmanente, sólo en atención a su condición existencial. Demos un ejemplo. El concepto de “derechos fundamentales innatos” de Luigi Ferrajoli lo aclara de forma diáfana: son “naturales” porque no han sido fundados por el Estado, mas no porque provengan del derecho natural u otra justificación ontológica; son “fundamentales” o fundantes de la razón de ser del Estado mismo, porque funcionan como parámetros externos y objetivos de la organización, delimitación y disciplina estatales. Luigi Ferrajoli llama derechos fundamentales a los

“derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”;

donde “estatus” se refiere a

“la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”⁶⁷.

172 La definición iuspositivista de Luigi Ferrajoli expresa la idea personalista de la centralidad de la persona, pero no evita sus riesgos. En ella interesa, no un contenido determinado, sino que el sujeto reúna la cualidad X para ser dotado del estatus definido normativamente. La definición es formal, avalorativa, abstracta, ideológicamente neutral, según los cánones del positivismo lógico. Su nota universal e igualitaria deriva de “prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares”, condición que permite la atribución normativa. Sin embargo, la elaboración conserva la contradicción entre los derechos jurídicos y los denominados morales, pues sólo consideran derechos los que gozan de reconocimiento y protección jurídica; de donde su fundamento se desplaza de la persona al ordenamiento jurídico tuitivo o, en el mejor de los casos, a una simbiosis metalógica entre ambos⁶⁸.

El Derecho actual, público o privado, reconduce la fundamentación de los derechos “a la persona” en tanto que persona; “a la dignidad” en

⁶⁷ Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 158.

⁶⁸ No es ésta una querella verbal o terminológica, pues la disputa de fondo gira en torno a dos aspectos: primero, la negación de los derechos naturales *simpliciter*; de ellos no solamente no se habla sino que las declaraciones universales y los instrumentos internacionales los desconocen, y los textos constitucionales nacionales los silencian; segundo, la negación del carácter de persona al ser humano concebido no nacido, para dar cobertura jurídica al aborto.

tanto que supremo atributo de la persona; o “a la libertad e igualdad” como rasgos de la humanidad de la persona; en todo caso, en una dirección filosófica inmanentista, por la pertenencia de la persona a sí misma⁶⁹. Tal fundamento de los derechos humanos se ve reforzado por la idea misma de democracia, entendida como el sistema político que garantiza esos derechos. Si bien el concepto es tautológico, tiene el potencial ideológico de simplificar y vulgarizar una ecuación que emocionalmente rinde frutos: democracia es sinónimo de derechos humanos y los derechos humanos sólo se gozan en democracia⁷⁰. La democracia no sólo acrece el reconocimiento de derechos de la persona, sino que se afirma como causa de tales derechos. El artículo 3° de la Constitución peruana de 1993 dispone que la enumeración de los derechos no excluye cualesquiera otros

“que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Podrían citarse numerosas normas semejantes en el constitucionalismo actual.

En esta misma raíz democrática radica el potencial universal, global, de los derechos de la persona, tanto por la facultad de extenderlos a todo el planeta cuanto por la posibilidad de abarcar nuevos sujetos, incluso no humanos. Así resulta posible fundar los derechos en una época posnacional, recurriendo a la idea de un sistema democrático internacional que garantice el goce de los derechos humanos más allá de toda pertenencia⁷¹. Hoy es habitual que el Derecho asuma la humanización de objetos, sujetos y realidades de los que, en principio, no podría predicarse la titularidad de derechos jurídicos: el ambiente⁷² y los animales⁷³, bastan para ejemplificar lo dicho.

173

⁶⁹ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, pp. 147-160.

⁷⁰ Cf. Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, p. 91 y ss. Es la tesis, entre otros, de Claude LEFORT, *Democracy and political theory*, pp. 21-44 y de Jürgen HABERMAS, “Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos”.

⁷¹ La literatura es vastísima, véase, sin embargo, Charles R. BEITZ, “Human rights as a common concern”, pp. 269-282 y Antonio CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*.

⁷² Por ejemplo, Constitución Política de Chile, 1980, art. 79. Entre otros, Tim HAYWARD, *Constitutional environmental rights*.

⁷³ Por ejemplo, Constitución de Bonn, 1949, art. 20. Entre otros, Julian H. FRANKLIN, *Animal rights and moral philosophy*.

Algunos derechos constitucionales en particular

Tomaré algunos casos constitucionales de los nuevos derechos en los que aparece conjugada la presencia ideológica del personalismo y la impronta constructivista posmoderna.

1° La formulación de nuevos derechos en el actual constitucionalismo tiene vieja raíz; en cierto modo son viejos nombres cargados de nuevos contenidos. Por ejemplo, la «igualdad»: en tanto que las personas son existencialmente diferentes, la igualdad jurídica o formal se reformula como derecho a la diferencia, que reconoce las distintas identidades personales y les asigna un mismo estatus jurídico. Pero el reclamo actual del reconocimiento del derecho a la diferencia plantea una solución bien diferente: en las sociedades pluralistas contemporáneas se postula la diversidad cultural, étnica, social, etc., en términos de amparo jurídico, no para acceder al plano de la igualdad formal, sino para garantizar la identidad/diversidad personal o grupal⁷⁴. Es la distancia que media entre la protección liberal y la emancipación hodierna. Por caso, la Constitución de la ciudad de Buenos Aires, Argentina, ha plasmado el derecho a ser diferente junto a la prohibición de toda clase de discriminación (art. 11).

174

Sin embargo, bien entendido, el derecho a ser diferente importa la capacidad o posibilidad de ser distinto y, por lo tanto, de discriminarse del común o general de la gente. Es decir, de ser “otro/a” y no el mismo, la misma⁷⁵.

2° Si el hombre se autoconstituye en el ejercicio de su voluntad libre, la identidad se convierte en poder de autodecisión, auto-definición y autoafirmación. Por lo mismo, la introducción de la «identidad» en el campo de los derechos tiene una doble finalidad: corrosiva, primero, de las identidades ya establecidas –como las que derivan de la sexualidad burguesa–; y constitutiva, luego, de un nuevo sujeto, ya personal, ya colectivo. El derecho a la propia identidad opera una deconstrucción de las ficciones legales y una autoconstitución desde la ficción identitaria nominal: se trata de una nueva ficción, la de la subjetividad constitutiva del mismo sujeto, que conlleva la inevitable irracionalidad del relativismo, porque todo es posible, todo es demandable, todo merece re-

⁷⁴ Eva MARTÍNEZ SAMPERE, “Nuestra común y diferente humanidad”, pp. 167-189.

⁷⁵ Cf. Maleiha MALIK, “Feminism and its ‘other’: female autonomy in an age of ‘difference’”, pp. 2613-2628.

conocimiento en tanto y en cuanto el sujeto lo alegue como propio de su identidad⁷⁶. Y en tanto y en cuanto la identidad no está dada, sino que es un hacer de la persona (“contingencia”), no puede ser objeto de mostración o revelación, sino de escritura y narración⁷⁷. Careciendo de una solidez ontológica que dé a las personas la seguridad de serlo, el derecho no puede más que suscribir la fluidez existencial en medio de la cual vamos haciéndonos personas y vamos dándonos una identidad⁷⁸. La identidad se vuelve adquisitiva, incluso electiva: es materia de nuestras propias decisiones libres. Por lo tanto, es híbrida en el sentido de heterogénea y compuesta⁷⁹.

En consecuencia, las constituciones proyectan esa identidad concediendo garantías al derecho, al libre desarrollo de la personalidad (Angola, 1992, art. 20; Colombia, 1991, art. 16; Ecuador, 1998, art. 23.5, Chechenia, 2003, art. 3.2; etc.)⁸⁰. Es lícito colegir, en la hermenéutica personalista, que se ampara así el proyecto subjetivo de vida, como expresión de la libertad negativa, esto es, la autonomía de la voluntad reconocida en cuanto capacidad constitutiva del propio sujeto y de desplegar el plan de vida que autónomamente determine, decida o cambie. Es la consagración de la idea de la personalización de Emmanuel Mounier, esto es, el desarrollarse, el fraguarse la propia vida contra toda determinación exterior.

El derecho al libre desarrollo individual⁸¹ garantiza el trazado voluntario del propio proyecto de vida que constituye la verdad para cada persona, porque cada una es singular, irrepetible, y nadie puede vivir su vida sino ella misma. Como señala James Griffin, la autonomía y la libertad tienen que reforzarse jurídicamente, pues los hombres, agentes de su propia vida, cambian con el tiempo y no fijan sus fines de una vez para siempre; por consiguiente “la libertad es libertad de vivir esta especie de vida en interminable

⁷⁶ CASTELLANO, *Racionalismo...*, *op. cit.*, p. 140.

⁷⁷ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, p. 151.

⁷⁸ Cf. Zygmunt BAUMAN, *Identity*.

⁷⁹ Cf. Keri E. IYALL SMITH and Patricia LEAVY (ed.), *Hybrid identities. Theoretical and empirical examinations*, especialmente los ensayos de la primera parte.

⁸⁰ Cf. Stephen MARKS, “The human right to development: between rhetoric and reality”, pp. 137-168; Miguel ONTIVEROS ALONSO, “El libre desarrollo de la personalidad. (Un bien jurídico digno del estado constitucional)”, pp. 147-156.

⁸¹ A la “autenticidad”, como expresa el art. 94 de la Constitución de la provincia argentina de Santiago del Estero.

evolución”, motivo por el cual “debemos estar libres de interferencias en la persecución de nuestros propios fines”⁸².

- 3° La “libertad de conciencia y de expresión” cobra enorme importancia en las nuevas constituciones, como sustento de los derechos de la persona libre, porque salvaguarda la dirección moral individual que cada uno da a su contingente identidad. Esto es: la persona goza de la libertad de creencia y de increencia, de conciencia, de opinión religiosa y filosófica, y a la práctica libre de las costumbres y tradiciones que elija (Constitución de Burkina Faso de 1997, art. 7). Se entiende que cada uno puede cambiar de creencias religiosas o de ideas filosóficas (art. 9.1 de la Constitución dominicana de 1978), incluso, ejercer el derecho a definir su propia creencia religiosa, de profesarla y difundirla o de no profesar ninguna religión y enseñarlo públicamente, con la sola limitación de que la propaganda no contradiga los “principios del humanismo” (Constitución de Azerbaijón, 1995, arts. 48 y 18.2)⁸³.

No hay que ver en este derecho solamente de la libertad de crítica de lo establecido sino la aventura de pensar libremente lo que uno quiera y expresarse sin cortapisas, de inventarse las propias creencias. Malsano precio que se paga al racionalismo irracionalista que destruye toda moralidad común, pues en aras de la libertad moral individual se constituye al Estado en el único preceptor capaz de obligar moralmente, en el solo agente dotado de poder para establecer preceptos morales, conforme la paradoja de Baruch de Spinoza: siendo que nadie puede renunciar al derecho a juzgar por sí mismo, porque por naturaleza uno es dueño de sus pensamientos, no puede, empero, ejercitarse libremente en un Estado, “sino conforme a las prescripciones del poder supremo”⁸⁴.

Naturalmente, la «objeción de conciencia» tiene un lugar central en este cuadro, como afirmación del derecho de la voluntad individual a no cumplir la ley. Si el ser del hombre no es ya dado por

⁸² James GRIFFIN, “Discrepancia entre la mejor explicación filosófica de los derechos humanos y las leyes internacionales de los derechos humanos”, pp. 104 y 107. Cf. GRIFFIN, *On human...*, *op. cit.*, p. 159 y ss.

⁸³ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, p. 147, insiste en el carácter acentuadamente ateo de la actual vena secularizadora.

⁸⁴ Baruch DE SPINOZA, *Tratado teológico-político*, capítulo XX, § 8. Y en §14 afirma: “El individuo resigna, pues, libre y voluntariamente el derecho de obrar, pero no el de raciocinar y el de juzgar”. Cf. Miguel AYUSO, *¿Ocaso o eclipse del Estado?*, p. 110.

un creador (el hombre no posee una naturaleza) sino adquirido por el propio sujeto, que opera en una organización que él mismo inventa o construye, no en un orden querido por Dios y por Él incitado en sus criaturas; si esa organización voluntaria no dice de leyes que regulen o condicionen a la persona, sino sólo de las leyes que ella misma libremente se da para su florecimiento; luego, la persona del personalismo es un fin en sí mismo; no tiene carácter de parte de un orden, sino de totalidad: es un absoluto valioso en sí y por sí, pues en su libertad se hace a sí misma. Y toda regla de conducta ética, jurídica o política se reduce a seguir libremente la propia conciencia, en la que radica la moralidad, entendida como pura subjetividad y traducida en su querer, su voluntad. Queda así inhabilitada toda concepción de un bien común, tanto natural como sobrenatural, entablando el debate entre bienes particulares de las personas, de los grupos o de los Estados.

- 4° El derecho a la “propia imagen” (Brasil, 1988, art. 5.X; Ecuador, 1998, art.23.8: etc.) reconduce también al básico derecho al reconocimiento de la propia identidad, pues en nuestros sistemas jurídicos positivistas toda identidad tiene el potencial de convertirse en derecho con tal que se la reclame con éxito⁸⁵. Este derecho ampara moralmente el proyecto de vida de cada persona o grupo diferente, a ser lo que uno quiere ser, sancionando las negaciones o violaciones de la autoconciencia. De ahí el concepto de “daño al proyecto de vida”, como protección a la dimensión, ¿ontológica?, de la persona⁸⁶.

En el contexto posmoderno, el derecho a la propia imagen merece seria atención: no puede verse en él únicamente el rostro del yo devuelto por un espejo y reflejado a toda la sociedad, sino el escudo jurídico de una identidad subjetivamente construida y de continuo intimidada⁸⁷. La objetividad del sujeto, su personalidad, podría decirse con Zygmunt Bauman,

“se teje enteramente a partir de los frágiles hilos de los juicios subjetivos, aunque el hecho de que sean tejidos conjuntamente [consensualmente] da a esos juicios un barniz de objetividad”⁸⁸.

⁸⁵ Véase el interesante planteo de estas estrategias en William ESKRIDGE, “Channeling: identity-based social movements and public law”, pp. 419-525.

⁸⁶ Jorge MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, p. 327.

⁸⁷ Especialmente por los medios. Cf. Gen DOY, *Picturing the self. Chaning view of the subject in visual culture*.

⁸⁸ Zygmunt BAUMAN, *Comunidad*, p. 71.

Luego, la fragilidad del yo requiere de garantía jurídica de su imagen.

- 5° El “multiculturalismo” y la interculturalidad⁸⁹ superan la antigua prohibición de discriminación, ya que la diversidad –religiosa, cultural, étnica, lingüística, etc.– y las garantías a las minorías de toda clase son un valor constitutivo de la persona y de la nación o Estado⁹⁰ (Camerún, 1996, preámbulo; declaración de derechos de Uganda, arts. III.II y XXXVI; Colombia, 1991, art. 7; México, art. 2; Ecuador, 1998, arts. 62 y 84; Chechenia, 2003, preámbulo; China, 1998, art. 4.1; India, art. 29.1; etc.). Para formar parte de una minoría ciertas constituciones no exigen poseer los caracteres de ella –hablar su lengua, ser miembro de su cultura o pertenecer a la etnia–, bastando la simple decisión voluntaria de adherir, de querer ser (Chechenia, 2003, art. 23.1 y Sudáfrica, 1996, art. 30). Consagración de la idea de identidad electiva, aceptando que la voluntad crea la minoría aun contra la historia, la biología o la cultura.

Los derechos de las minorías cristalizan el reconocimiento de la diversidad, en la medida que constituye un agravio el desconocimiento de la singularidad étnica, cultural, religiosa, sexual, etc. Por una parte, se recusa el proyecto homogeneizador del constitucionalismo liberal, de ciudadanos imaginarios a los que se borra lo que les distingue; por la otra, se pasa por sobre el concepto clasista del constitucionalismo social y la visión igualitaria del Estado de bienestar, propia de una sociedad complaciente. En los casos mencionados parece ser clara la tendencia del constitucionalismo hodierno a dotar de subjetividad jurídica a esos colectivos que sólo poseían “personalidad moral”. Pero lo singular es que la diferencia puede ser tanto efímera como sustancial, “blanda o dura”⁹¹ e, incluso, electiva y virtual, como “proceso de identificación” (Stuart Hall).

Estas fórmulas jurídicas no ocultan el intento de imponer la voluntad personal o grupal por sobre la diversidad real: puede el propio sujeto voluntariamente sostener una diferencia y reclamar la protección en términos de derechos, porque el gusto y el deseo

⁸⁹ La bibliografía es abundante. Sobre la recepción del multiculturalismo en el constitucionalismo, Miguel CARBONELL, “Constitucionalismo, minorías y derechos”, pp. 95-118.

⁹⁰ Recuérdese que por la Constitución de 2009 la república de Bolivia pasó a denominarse Estado Plurinacional de Bolivia.

⁹¹ Cf. Hassan RACHIK, “Identidad dura e identidad blanda”, pp. 9-20.

son constitutivos de las diferencias. Todo interés humano tiene vocación de derecho⁹².

- 6° El derecho sobre “el propio cuerpo” y la saga de los derechos “sexuales” y de “género” han entrado en el ámbito constitucional. Por lo pronto, casi todas las constituciones últimas reconocen la igualdad del hombre y la mujer en todos los planos, aunque sin hacer cuestión de género, es decir, sin reivindicar los planteos feministas de derechos peculiares al género femenino. Además, el derecho al propio cuerpo⁹³ suele presentarse de modo indirecto, referido a la maternidad/paternidad responsable, como el derecho al planeamiento familiar del número de hijos (China, 1988, arts. 48 y 49.2; Ecuador, 1998, art. 9; México, art. 4; etc.). Pero hay casos notables, por ejemplo, la Constitución sudafricana de 1996 adopta como valor el “no sexismo” (art. 1.b); la declaración de derechos de Uganda reconoce a las mujeres el derecho a una acción afirmativa para corregir los desbalances creados por la tradición, la historia o la costumbre (art. XXXIII.5); y la Constitución argentina de la ciudad de Buenos Aires, que, en el art. 36, dispone el principio general por el que en la educación se “contempla la perspectiva de género” (art. 24) y el art. 38 insiste:

“La Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres”.

Luego, propende a modificar radicalmente todo vestigio cultural y socioeconómico que implique alguna superioridad o mera distinción del varón y la mujer.

Estos derechos merecen un examen más detenido.

Género y sexualidad

De acuerdo con las concepciones hoy en boga, el género no forma parte de la naturaleza, sino de la simbología; se trata de ideas que se tienen

⁹² El personalismo se opone a la reducción de los derechos subjetivos a intereses jurídicamente protegidos (Rüdolf von Ihering), expandiéndolos a todo interés humano, pues cualquiera sea éste, exige protección en tanto el sujeto lo considere existencialmente valioso para su identidad. Todo interés, como manifestación de la voluntad personal, tiene vocación de derecho.

⁹³ Cf. Donna L. DICKENSON, *Property in the body: feminist perspectives*.

acerca de la sexualidad humana, de las diferencias sexuales y de sus implicancias socioculturales. El género es una categoría analítica construida socialmente, que sirve para asignar papeles y conductas en la sociedad a partir de las diferencias anatómicas; de modo que lo masculino y lo femenino son representaciones culturales de carácter histórico-social, que la propia conducta humana puede cambiar así como el tiempo puede transformarlas. Los planteamientos de género tienen el propósito teórico de exponer los privilegios que un sexo posee sobre otro, la opresión de la mujer por una sociedad y una cultura masculinas; y el objetivo práctico de emancipar a la mujer, no sólo equiparándola al varón, estableciendo condiciones igualitarias entre los sexos (feminismo de igualdad), sino construyendo, además, una nueva cultura en la que la diferencia que comporta lo femenino sea legítimamente impuesta y respetada (feminismo de la diferencia)⁹⁴.

180

Los derechos reproductivos, de factura reciente, recogen su base ideológica de las demandas de integridad corporal y autodeterminación sexual, propias del feminismo de la diferencia, cuyo trazado está ya en los argumentos personalistas. Con los derechos reproductivos o sexuales se edifica el derecho de las mujeres a la autodeterminación de su propia fertilidad, a la autorregulación de la maternidad, y a la libre decisión y uso de sus cuerpos; el derecho a métodos sexuales seguros y servicios sanitarios de buena calidad; y la libertad de toda coerción y toda forma de abuso⁹⁵. El corazón de estos derechos es el aborto procurado.

En un primer momento, el aborto fue presentado como un aspecto relativo a la esfera privada de la mujer, de la pareja o de ambas, como una decisión personal que no es objeto de discusión pública sino en tanto y en cuanto lo público es desbordado por la invasión de lo privado⁹⁶; porque no existiría libertad si no se dispusiera del propio cuerpo, y sólo

⁹⁴ La literatura es vastísima; consúltese entre otros: Bruce BAUM, "Feminist politics of recognition", pp. 1073-1102; las colaboraciones en Elena BELTRÁN y Virginia MAQUEIRA (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*; Nancy FRASER, "Feminist politics in the age of recognition: a two-dimensional approach to gender justice", pp. 23-35; Nicole LAURIN-FRENETTE, "La libération des femmes", pp. 47-62; etcétera.

⁹⁵ Cf. Susan M. EASTON, "Feminist perspectives on the human rights act: two cheers for incorporation", pp. 21-40; Alicia Elena PÉREZ DUARTE y NORONA, "Una lectura de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género. Panorama internacional entre 1994 y 2001", pp. 1001-1027; Diane RICHARDSON, "Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights", pp. 105-135; etcétera.

⁹⁶ En el caso *Roe vs. Wade*, de 1973, la Corte Suprema estadounidense usó de este fundamento para justificar el aborto; dijo que el derecho a la privacidad "es lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo" Susanne PICHLER, *Roe contra Wade - antecedentes e impacto*.

se dispone libremente del cuerpo cuando se posee una dosis suficiente de poder político-social⁹⁷. En un segundo momento, se avanzó desvinculando la maternidad de la feminidad⁹⁸, pues hoy la mujer ya no necesita legitimarse socialmente mediante su capacidad de traer hijos al mundo. Si la maternidad es libre, queda explicitado el derecho a vivirla por propia elección y no por obligación. Rebrota aquí el argumento deconstructivista posmoderno del yo como devenir intencional y reflexivo: ya no hay un concepto de naturaleza que permita determinar roles precisos de hombre o de mujer, de madre/padre o de hijo/hija.

El aborto es considerado una manifestación de voluntad de la mujer de subvertir el orden social impuesto, un acto de liberación que le permite trascender la naturaleza, emancipándose de los papeles definidos por los varones. El aborto, el acto de la mujer que conlleva la negación/afirmación de la propia feminidad, expresa la liberación femenina, la voluntaria emancipación del destino de la anatomía⁹⁹. El aborto, como cuestión de género, se asume como un trastrocamiento de papeles preestablecidos por la cultura moderna, insoportables en una posmodernidad que no puede dar certeza de diferentes sexos con funciones también diferentes por mandato de la naturaleza o de Dios, por disposición legal o imposición cultural.

En un tercer momento se desliga la sexualidad de la reproducción. La mujer reclama su derecho al

181

“ejercicio autónomo de la sexualidad, a gozarla con o sin finalidad coital, de acuerdo con las propias preferencias, y a la protección legal de las mismas”.

Demanda, por consiguiente, el derecho a “una sexualidad placentera y recreacional independiente de la reproducción”, que, reforzando el derecho a la integridad del propio cuerpo, conlleva prestaciones de anticoncepción y contracepción¹⁰⁰. Se afirma la libertad de procreación como justificación del goce sexual en sí mismo¹⁰¹, más allá de la finalidad natural que el sexo posee e independientemente de sus consecuencias o resultados, queridos o inesperados. Lo ha explicado Anthony Giddens: los nuevos lazos entre sexualidad e intimidad separan toda finalidad reproductiva del goce sexual, de modo que la sexualidad queda

⁹⁷ Cf. la declaración de los derechos sexuales de 1997, puntos 2º y 8º.

⁹⁸ Cf. Eva GIBERTI, “La madre y la maternidad en suspenso”, p. 61 y ss.

⁹⁹ Cf. Judith BUTLER, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*.

¹⁰⁰ Véase la CEDAW, de 1979.

¹⁰¹ Bertrand GUILLARME, “Louer son ventre”, pp. 77-83.

“doblemente constituida como medio de realización propia y como instrumento primordial y expresión de la intimidad”.

La sexualidad se desprende de toda restricción biológica, ética y cultural¹⁰².

En última instancia la realización sexual de la persona carece de modelos, forma parte de la propia decisión, es motivo de construcción personal, en todo de acuerdo con el personalismo y no incompatible con la noción posmoderna del sujeto o la persona¹⁰³.

Conclusión

La persona posmoderna es un «yo» descentrado que se busca (se construye) a sí misma, que se define por su voluntad autónoma como poder de autoafirmación. Ahora bien, la libre voluntad como presupuesto de los derechos personales presupone la ausencia de todo estándar o medida, de toda norma, como no sea la voluntad de cada persona; y siendo así, el principio en virtud del cual se reconocen los derechos humanos no puede ser sino formal y abierto. No más catálogos ni declaraciones terminantes: cualquier reclamo que conlleve la posibilidad de experimentar la propia vida debe tenerse por derecho de la persona.

182

La posmodernidad es la época de la ausencia de normas, de la carencia de paradigmas, de la negociación entre diferencias que no se asimilan. La misma persona entra en este juego de negociación del reconocimiento de su diferencia. No hay valores ni bienes comunes, ni éticos ni sociales, sólo los convenidos políticamente, esto es, la democracia, el estado democrático de derecho como proceso de deliberación y reconocimiento, respaldado en la autonomía de los sujetos que se autoconstituyen mediante pretensiones de derechos que son instancias de liberación-emancipación-identidad, en un ambiente de diálogo-consenso-racionalidad¹⁰⁴. Se entiende el papel capital que representan las políticas de identidad y las éticas del reconocimiento. Dice Zygmunt Bauman que el reconocimiento del «derecho al reconocimiento» es una invitación a un diálogo

¹⁰² GIDDENS, *Modernidad...*, op. cit., p. 209. Cf. Anthony GIDDENS, *La transformación de la intimidad*.

¹⁰³ Cf. Nancy FRASER & Linda NICHOLSON, “Social criticism without philosophy: an encounter between feminism and postmodernism”, pp. 83-104; Linda J. NICHOLSON (ed.), *Feminism/Postmodernism*.

¹⁰⁴ Jürgen HABERMAS, *El futuro de la naturaleza humana*, p. 59.

“en cuyo curso se podrán discutir los méritos y deméritos de la diferencia en cuestión y (cabe esperar) se podrá llegar a un acuerdo sobre ellos”¹⁰⁵.

La filosofía contemporánea traduce la demanda personalista en la lucha por el reconocimiento del yo¹⁰⁶. Unos y otros apuestan al consenso democrático en el que se unen y distinguen todas las diferencias y se generan la persona y sus derechos.

¿Qué valor pueden tener unos derechos que son la negación de la persona y del derecho? No más que el del voluntarismo, es decir, del nihilismo. El personalismo, fiel al individualismo, se apropia de todo el proceso de desmontaje ontológico de la persona¹⁰⁷: primero, la privación de la dimensión divina o trascendente, como ser creado; luego, la privación de toda naturaleza humana, es decir, de una sustancia que la define ontológicamente; por último, la deja sola con la libertad de elegir, que no es otra cosa que escoger los módulos con los que formará su “yo”.

La dificultad del liberalismo moderno y del personalismo posmoderno es la misma: negado el ser, quitada la base metafísica de la persona, sólo permanece la conciencia (sicológica, devenida en moral) y su derecho de afirmarse, la autoafirmación de la conciencia de sí. El error y el peligro del personalismo radican en la confusión de la persona con el sujeto y en definir al sujeto por el evento; esto es, postular a la persona como el resultado de un proceso de autoconstitución. El error y el peligro están en tomar el efecto como si fuese la causa, la apariencia por la sustancia, lo racional construido por lo real dado¹⁰⁸. Por eso la persona hodierna no puede sino ser una construcción racional apartada de toda ontología, un ser desustancializado que consiste en su existencia misma, en la conciencia de su existencia.

¹⁰⁵ BAUMAN, *Comunidad...*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁰⁶ AXEL HONNETH, *The struggle for recognition. The moral grammar of social conflicts*; CHARLES TAYLOR, *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*. La crisis de la modernidad, según Charles Taylor, se debe al olvido de sus fuentes. La identidad del yo supone el reconocimiento y la afirmación de las fuentes históricas de la modernidad, implícitas aunque operantes: el deísmo, la autorresponsabilidad de la persona como sujeto, y la creencia romántica en la bondad de la naturaleza.

¹⁰⁷ Que tiene sus inicios en Friedrich Nietzsche y Martin Heidegger, y se continúa en la filosofía de la deconstrucción de Jacques Derrida. Cf. Jacques DERRIDA, “Los fines del hombre”, pp. 145-174. Rorty y Vattimo deconstruyen el “yo” siguiendo estas huellas.

¹⁰⁸ CASTELLANO, *L'ordine...*, *op. cit.*, pp. 5-7. La filosofía hodierna no niega la esencia o la sustancia de la persona, pero la confunde con la apariencia, pues asume como radicalmente constitutivo de lo humano la libertad negativa.

Bibliografía

- AYUSO, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado?*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BAUM, Bruce, “Feminist politics of recognition”, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 29, N° 4, Chicago, 2004.
- BELTRÁN, Elena y Virginia MAQUEIRA (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza Ed., 2008.
- BAUMAN, Zygmunt, *Comunidad*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt, *En busca de la política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt, *Identity*, Cambridge & Malden, Polity Press, 1999.
- BECK, Ulrich, *La invención de lo político*, Buenos Aires, FCE, 1999.
- BEITZ, Charles R., “Human rights as a common concern”, in *American Political Science Review*, N° 95/2, Cambridge, 2001.
- BURGOS, Juan Manuel, *El personalismo*, Madrid, Ed. Palabra, 2000.
- BURGOS, Juan Manuel, “Sobre el concepto de naturaleza en el personalismo”, en *Espíritu*, N° LIV/132, Barcelona, 2005.
- BUTLER, Judith, *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona, Paidós, 2007.
- 184 CANALS VIDAL, Francisco, *Para la metafísica de la persona: substancia, acción, relación*, mimeo.
- CARBONELL, Miguel, “Constitucionalismo, minorías y derechos”, en *Isonomía*, N° 12, México, 2000.
- CASSESE, Antonio, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 1994.
- CASTELLANO, Danilo, “L’itinerario storico dei diritti umani: epifania di una contraddizione e di un’esigenza”, in Danilo CASTELLANO, *La verità della politica*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2002.
- CASTELLANO, Danilo, *L’ordine politico-giuridico “modulare” del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2007.
- CASTELLANO, Danilo, *Orden ético y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- CASTELLANO, Danilo, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2011.
- CASTELLANO, Danilo, “Questione cattolica e questione democristiana”, in Danilo CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1993.
- CASTELLANO, Danilo, *Racionalismo y derechos humanos*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- COMPLACK, Kristyan, “Por una comprensión adecuada de la dignidad humana”, en *Dikaion*, vol. 19, N° 14, Chía, 2005.

- CHRISTMAN, John & Joel ANDERSON (ed.), *Autonomy and the challenges to liberalism*, New York, Cambridge University Press, 2005.
- CRITTENDEN, Jack, *Beyond individualism. Reconstituting the liberal self*, New York & Oxford, Oxford University Press, 1992.
- DAVIES, Tony, *Humanism*, London & New York, Routledge, 1997.
- DELANEY, Cornelius F., "Personalism", in Robert AUDI (ed.), *The Cambridge dictionary of philosophy*, 2nd ed., New York Cambridge University Press, 1999.
- DERRIDA, Jacques, "Los fines del hombre" [1968], en Jacques DERRIDA, *Márgenes de la filosofía*, Madrid, Cátedra, 1994.
- DICKENSON, Donna L., *Property in the body: feminist perspectives*, New York, Cambridge University Press, 2007.
- DOY, Gen, *Picturing the self. Chaning view of the subject in visual culture*, New York, Palgrave Macmillan, 2005.
- EASTON, Susan M., "Feminist perspectives on the human rights act: two cheers for incorporation", in *Res Publica*, N° 8, Leiden, 2002.
- ESKRIDGE, William, "Channeling: identity-based social movements and public law", in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, Pennsylvania, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, 5^a ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1964.
- FRANKLIN, Julian H., *Animal rights and moral philosophy*, New York, Columbia University Press, 2005.
- FRASER, Nancy, "Feminist politics in the age of recognition: a two-dimensional approach to gender justice", in *Studies in Social Justice*, vol. 1, N° 1, Windsor, Ontario, 2007.
- FRASER, Nancy & Linda NICHOLSON, "Social criticism without philosophy: an encounter between feminism and postmodernism", in *Social Text*, N° 21, Minneapolis, 1989.
- GELLNER, Ernest, "The importance of being modular", in John A. HALL (ed.), *Civil society: theory, history and comparison*, Cambridge, Polity Press, 1995.
- GIBERTI, Eva, "La madre y la maternidad en suspenso", en Susana CHECA (comp.), *Realidades y coyunturas del aborto*, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- GIDDENS, Anthony, *La transformación de la intimidad*, Madrid, Cátedra, 1998.
- GIDDENS, Anthony, *Modernidad e identidad del yo*, Barcelona, Península, 1995.
- GOODMAN, Michael F. , "Persons", in Donadl M. BORCHERT (ed), *Encyclopedia of Philosophy*, 2nd ed., Farmington Hill: Mi., MacMillan/Thompson Gale, 2006, vol. VII.
- GRIFFIN, James, "Discrepancia entre la mejor explicación filosófica de los derechos humanos y las leyes internacionales de los derechos humanos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 36, Granada, 2002.

- GRIFFIN, James, *On human rights*, New York, Oxford University Press, 2008.
- GUARDINI, Romano, *Mundo y persona*, Madrid, Ed. Encuentro, 2000.
- GUILLARME, Bertrand, “Louer son ventre”, in *Raisons Politiques*, N° 12, Paris, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, “Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos”, en Jürgen HABERMAS, *La constelación posnacional*, Barcelona, Paidós, 2000.
- HABERMAS, Jürgen, *El futuro de la naturaleza humana*, Buenos Aires, Paidós, 2004.
- HABERMAS, Jürgen, *La constelación posnacional*, Barcelona, Paidós, 2000.
- HAYWARD, Tim, *Constitutional environmental rights*, New York, Oxford University Press, 2005.
- HEIDEGGER, Martin, *Carta sobre el humanismo*, Madrid, Alianza, [1947] 2000.
- HONNETH, Axel, *The struggle for recognition. The moral grammar of social conflicts*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1995.
- HOWARD, Rhoda E. & Jack DONNELLY, “Human dignity, human rights, and political regimes”, in *The American Political Science Review*, vol. 80, N° 3, Washington, 1986.
- IBÁÑEZ S.M., Gonzalo, *Persona y derecho en el pensamiento de Berdiaeff, Mounier y Maritain*, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 1984.
- IYALL SMITH, Keri E. and Patricia LEAVY (ed.), *Hybrid identities. Theoretical and empirical examinations*, Leiden & Boston, Brill, 2008.
- 186 JAMESON, Frederic, *Teoría de la posmodernidad*, Madrid, Trotta, 1996.
- JOHNSON, Edward, “Personhood”, in Robert AUDI (ed.), *The Cambridge dictionary of philosophy*, 2nd ed., New York Cambridge University Press, 1999.
- KONINCK, Charles de, *De la primauté du bien commun contre les personnalistes*, Montréal, Éd. de l'Université Laval-Éd. Fides, 1943.
- LACEY, Alan, *A dictionary of philosophy*, 3rd ed., New York and London, Routledge, 1996.
- LAURIN-FRENETTE, Nicole, “La libération des femmes”, in *Socialisme québécois*, N° 24, Montreal, 1974.
- LAVELY, John H., “Personalism”, in Donadl M. BORCHERT (ed), *Encyclopedia of Philosophy*, 2nd ed., Farmington Hill: Mi., MacMillan/Thompson Gale, 2006, vol. VII.
- LEFORT, Claude, *Democracy and political theory*, Cambridge, Polity Press, 1988.
- LENCLUD, Gérard, “Être une personne”, in *Terrain*, N° 52, Paris, 2009.
- Locke, John, *An essay concerning human understanding* [1690], en *The Works of John Locke*, Thomas Tegg; W. Sharpe and Son; G. Offor; G. and J. Robinson; J. Evans and Co., London, 1823, II, XXVII, § 10 (v. II, p. 56).
- MALIK, Maleiha, “Feminism and its ‘other’: female autonomy in an age of ‘difference’”, in *Cardozo Law Review*, vol. 30, N° 6, New York, 2009.
- MARITAIN, Jacques, *Cristianismo y democracia*, Buenos Aires, La Pléyade, [1943], 1971.

- MARITAIN, Jacques, *El hombre y el estado*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, [1951], 1952.
- MARITAIN, Jacques, *Humanismo integral*, Buenos Aires, Carlos Lohlé, [1936], 1968.
- MARITAIN, Jacques, *La persona y el bien común*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1968.
- MARITAIN, Jacques, *Les droits de l'homme et la loi naturelle*, New York, Éd. de la Maison Française, 1942.
- MARITAIN, Jacques, *Principios de una política humanista*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Difusión, [1944], 1969.
- MARTINEZ SAMPERE, Eva, "Nuestra común y diferente humanidad", en *Araucaria*, N° 16, Sevilla, 2006.
- MARKS, Stephen, "The human right to development: between rhetoric and reality", in *Harvard Human Rights Journal*, N° 17, Cambridge, 2004.
- MEINVIELLE, Julio, *Crítica de la concepción de Maritain sobre la persona humana*, Buenos Aires, Nuestro Tiempo, 1948.
- MOLNAR, Thomas, *Christian humanism. A critique of the secular city and its ideology*, Chicago, Franciscan Herald Press, 1978.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, 3ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991.
- MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo. Antología esencial*, Salamanca, Sígueme, 2002.
- MOUNIER, Emmanuel, *Le personalisme*, 7ª ed., Paris, PUF, [1949], 1961.
- MOUNIER, Emmanuel, *Manifeste au service du personalisme*, Paris, Éditions du Seuil, [1936], 1961.
- MOUNIER, Emmanuel, *Qu'est-ce que le personalisme?*, Paris, Éditions du Seuil, 1947.
- MOUNIER, Emmanuel, *Révolution personaliste et communautaire*, Paris, Éditions du Seuil, [1934], 1961.
- NICHOLSON, Linda J. (ed.), *Feminism/Postmodernism*, New York & London, Routledge, 1990.
- NINO, Carlos S., "Objeción de conciencia, libertad religiosa, derecho a la vida e interés general", en Renato RABBI-BALDI CABANILLAS (ed.), *Los derechos individuales ante el interés general*, Buenos Aires, Astrea, 1998.
- OLOF BENGTTSSON, Jan, *The worldwide of personalism. Origins and early development*, New York, Oxford University Press, 2006.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, "El libre desarrollo de la personalidad. (Un bien jurídico digno del estado constitucional)", en *Araucaria*, N° 15, Sevilla, 2006.
- PALACIOS, Leopoldo Eulogio, "La persona humana", en *Verbo*, N° 495-496, Madrid, 2011.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, "Una lectura de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género. Panorama internacional entre

- 1994 y 2001”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 105, México, 2002.
- PICHLER, Susanne, *Roe contra Wade - antecedentes e impacto*, New York, Planned Parenthood Federation of America, 2006.
- RACHIK, Hassan, “Identidad dura e identidad blanda”, en *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, N° 73-74, Barcelona, 2006.
- RAWLS, John, *El liberalismo político*, México, FCE, 1995.
- RICHARDSON, Diane, “Constructing sexual citizenship: theorizing sexual rights”, in *Critical Social Policy*, vol. 20, N° 1, ciudad, 2000.
- RODRÍGUEZ, Victorino, “Metafísica de la persona humana”, en *Verbo*, N° 287-288, Madrid, 1990.
- RORTY, Richard, “La contingencia del yo”, en Richard RORTY, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991.
- RORTY, Richard, “La prioridad de la democracia sobre la filosofía”, en Gianni VATTIMO (comp.), *La secularización de la filosofía. Hermenéutica y posmodernidad*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “El difuso personalismo”, en *Verbo*, N° 483-484, Madrid, 2010.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “El personalismo, de la modernidad a la posmodernidad”, en *Verbo*, N° 463-464, Madrid, 2008.
- 188 SEGOVIA, Juan Fernando, “La libertad de conciencia como fundamento del constitucionalismo”, en Miguel AYUSO (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SPINOZA, Baruch de, *Tratado teológico-político*, ciudad, editorial, 1670.
- STACEY TAYLOR, James, *Personal autonomy*, New York, Cambridge University Press, 2005.
- TAYLOR, Charles, *Fuentes del yo: la construcción de la identidad moderna*, Barcelona, Paidós, 1996.
- TOURAINÉ, Alain, *¿Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes*, Buenos Aires, FCE, 1998.
- VATTIMO, Gianni, “La crisis de la subjetividad de Nietzsche a Heidegger”, en Gianni VATTIMO, *Ética de la interpretación*, Buenos Aires, Paidós, 1992.
- VATTIMO, Gianni, *El fin de la modernidad*, Barcelona, Gedisa, 1986.
- WOJTYLA, Karol, *El hombre y su destino. Ensayos de Antropología*, 4ª ed., Madrid, Palabra, 2005.
- WOJTYLA, Karol, *Mi visión del hombre*, Madrid, Palabra, 1998.
- WOJTYLA, Karol, *Persona y acción*, Madrid, BAC, 1982.

Ensayos

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 1 | 2012

Ensayos sobre no discriminación arbitraria

ACERCA DE LA PERTINENCIA DE LA NUEVA LEY DE NO DISCRIMINACIÓN PARA COMBATIR LA ESTIGMATIZACIÓN DE LOS HOMOSEXUALES EN CHILE

ON THE PERTINENCE OF THE NEW ANTI-DISCRIMINATION LAW TO COMBAT THE STIGMATIZATION OF HOMOSEXUALS IN CHILE

*Javier Couso S.**

Resumen

Luego de describirse la enorme transformación experimentada en los últimos años en la legislación y en las actitudes sociales hacia la homosexualidad en Chile, el presente ensayo argumenta que –más allá de sus defectos– la recientemente promulgada ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación, representa un importante aporte para asegurar que las personas de orientación homosexual no sean objeto de discriminaciones arbitrarias. En efecto, dada la importancia que tiene en la cultura jurídica nacional la ley como fuente del Derecho, así como la equívoca jurisprudencia de nuestras cortes de justicia en su interpretación de la garantía constitucional a la igualdad ante la ley, la legislación mencionada más atrás zanjará la incertidumbre jurídica en que se encuentran aún los homosexuales.

Palabras claves: homosexualidad, derechos, no discriminación, cultura legal.

193

Abstract

After describing the big transformation experienced over the last few years in both the legislation and social attitudes regarding homosexuality

* Doctor en Jurisprudencia y Políticas Sociales, University of California at Berkeley. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales. Dirección postal: avenida República 105, Santiago, Chile. Ensayo recibido el 30 de julio de 2012 y aceptado para su publicación el 31 de agosto de 2012. Correo electrónico: javier.couso@udp.cl.

in Chile, this essay argues that –in spite of its defects– the recently introduced Law N° 20.609, which establishes measures against discrimination, represents an important contribution to ensure that individuals with an homosexual orientation are not subject to discriminatory treatment. Indeed, given the relevance that statutory law has as a source of law in the national legal culture, as well as the equivocal interpretation provided by the courts of the constitutional right of equal protection, the aforementioned legislation will contribute to end the legal uncertainty which lesbians and homosexual still experience.

Key words: homosexuality, rights, non discrimination, legal culture.

I

194

Chile vive una época de fuertes cambios en materia de actitudes sociales hacia las conductas y orientaciones sexuales de sus habitantes y, en particular, hacia la homosexualidad. En efecto, si hasta hace menos de quince años la relación homosexual consentida entre adultos era formalmente un delito¹; hoy se discute en el Congreso la posibilidad de permitir que las parejas homosexuales puedan acceder al matrimonio², luego que una sentencia del TC declarara que corresponde al legislador definir si las parejas homosexuales pueden (o no) contraer matrimonio³.

Si bien, durante las décadas que precedieron a la abolición del delito de sodomía fue rara vez perseguido por las autoridades, el hecho de que se mantuviera en el *Código Penal* cumplía la ‘función latente’ –como diría Robert Merton– de condenar socialmente a los homosexuales. Adicionalmente, aun sin aplicarse en forma frecuente, la sola posibilidad de que se pudiera sancionar penalmente la conducta homosexual pendía como una espada de Damocles sobre las cabezas del 3-5% de la población que tenía esa orientación sexual, obligándolos a ocultar su condición en una sociedad que veía confirmada en la ley penal sus prejuicios contra los homosexuales, a quienes por siglos se consideró como individuos degenerados o de vida ‘desordenada’⁴. En este contexto tan hostil, al homosexual no le quedaba

¹ La despenalización de las conductas homosexuales en Chile tuvo lugar en junio de 1999, con la derogación del artículo 365 del *Código Penal*, que castigaba con pena de cárcel las relaciones sexuales consentidas entre varones adultos.

² Véase el proyecto de ley sobre el Contrato de Matrimonio entre Personas del mismo Sexo. Ingresado al Senado el martes 3 de agosto, 2010, *Boletín* N° 7099-07.

³ Véase la sentencia rol N° 1881-10, de 3 de noviembre de 2011.

⁴ Los orígenes de la condena a los actos homosexuales en la tradición judeo-cristiana se remontan al libro del Génesis, capítulo 19:1-29 (Sodoma). Un pasaje particularmente

otra alternativa que vivir su orientación a escondidas o, cuando era algo demasiado evidente, negarse a reconocerlo públicamente.

Si bien las relaciones sexuales consentidas entre mujeres adultas no constituyeron nunca un delito en Chile –por motivos que escapan a mi conocimiento, pero que sería interesante investigar–, ellas fueron también objeto de una fuerte reprobación social, al punto que muy pocas se atrevían a hacer pública su condición.

En este punto, es importante detenerse y aquilatar la magnitud de la diferencia entre la situación en que se encontraban los homosexuales de ambos sexos en Chile hasta hace tan sólo un par de décadas comparada con su realidad actual, la cual –si bien sigue presentando obstáculos y barreras que no tienen los heterosexuales– es mucho menos hostil. En efecto, amén de la posibilidad de organizarse y actuar colectivamente en la vida pública, los homosexuales chilenos cuentan desde julio de 2012 con la protección que les otorga la legislación especial dirigida a combatir la discriminación, incluida la de quienes la experimentan en razón de su orientación sexual. La norma que mencionamos es la ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación, conocida también en algunos círculos como la Ley Zamudio (en honor del joven que poco antes de su aprobación fue brutalmente golpeado y torturado hasta la muerte por un grupo de homofóbicos).

195

La importancia de la ley contra la discriminación es que no sólo incorporó la orientación sexual como una ‘categoría sospechosa’ de ser utilizada como una forma irracional o injustificada de establecer diferencias entre los individuos sino que, además, introdujo un mecanismo procesal especial para combatir actos de discriminación arbitraria (la “acción de no discriminación arbitraria”)⁵, estableció una obligación de prevención, y creó una agravante penal en casos de perpetrarse crímenes de odio en contra de una serie de grupos, incluidos los homosexuales.

La marcada evolución en las actitudes sociales y la legislación relativa a los homosexuales en Chile recién descrita ha suscitado, sin embargo, reacciones dispares en el país. Para un grupo –mayoritario, de acuerdo con estudios de opinión pública–, la rápida transformación en la forma en que la ley y la sociedad tratan a los homosexuales representa un bienvenido ‘aggiornamento’ de la legislación y de las costumbres que contribuirá a reducir el maltrato tradicionalmente infligido a una minoría que por

condenatorio al respecto se encuentra en el Libro de Levítico: “No te echarás con varón como con mujer, es abominación” (Lv. 18,22).

⁵ La ‘acción de no discriminación arbitraria’ está regulada por el título segundo de la ley N° 20.609.

siglos ha sido estigmatizada y hostilizada sin justificación racional por parte de las autoridades y una mayoría de la población. Para otro grupo, los cambios señalados representan un paso más en la dirección de la decadencia moral en que Occidente se encontraría embarcado desde la era de la Ilustración.

No es éste el espacio para intervenir en dicho debate, pero me parece importante hacer notar que, subyacente a buena parte de la discusión que ha suscitado en Chile la legitimidad del matrimonio homosexual y el fallo de la CIDH en el caso Atala, se encuentran estas dos posiciones contrapuestas respecto de la transformación de la homosexualidad desde una ‘abominación’ (en el lenguaje bíblico) a una forma legítima de orientar la sexualidad personal.

En lo que sigue, defenderé la pertinencia de que Chile haya adoptado una ley contra la discriminación que incluye entre las categorías protegidas la orientación sexual. Esto, porque a pesar de sus defectos, esta ley debiera contribuir a contrarrestar, aunque sea en parte, los abusos que cotidianamente se cometen contra individuos de orientación homosexual por parte de segmentos no despreciables de la población chilena que aún consideran a los anteriores como seres ‘repugnantes’ (en el sentido en que utiliza la expresión Martha Nussbaum)⁶.

196

Adicionalmente, la legislación antidiscriminación aprobada obligará a los tribunales de justicia a proteger mejor de lo que venían haciéndolo los derechos de los homosexuales, en especial el derecho a la no discriminación arbitraria. En efecto, considerando que hasta hace sólo unos años la propia Corte Suprema era reacia a considerar como ‘arbitrarias’ todo tipo de discriminaciones dirigidas contra grupos o individuos homosexuales y que, en ocasiones (como en el caso Atala), incluso, incurrió mediante sus fallos en conductas discriminatorias, la existencia de una ley que categóricamente prohíbe la discriminación de los homosexuales, sin duda, será una contribución importante en la materia.

Contrastando con esta aproximación, algunos juristas argumentan que Chile no necesita legislación antidiscriminación, toda vez que en la actualidad prácticamente ‘nadie’ busca discriminar a los homosexuales. Esta aseveración es –por desgracia– empíricamente errónea, como lo prueba el brutal asesinato del joven homosexual Daniel Zamudio por parte de un grupo homofóbico, así como otros cientos (o miles) de anónimos actos cotidianos de abuso, discriminación u otro tipo de maltratos dirigido a homosexuales.

⁶ Véase a Martha NUSSBAUM, *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*.

En todo caso, y desde una perspectiva cultural, la persistencia de grupos e individuos en Chile que de forma sistemática maltratan a homosexuales no debiera sorprender, puesto que fueron varias las generaciones (aún vivas) de chilenos las que se formaron en la noción de que los homosexuales no sólo incurren en actos moralmente condenables sino, además, criminales. Esto, debido a que el Derecho, amén de otros papeles, cumple una función pedagógica importante. Así, para el ciudadano común y corriente, si una conducta está prohibida y sancionada por el Derecho Penal tenderá a pensar que ella es necesariamente perniciosa. De ahí que no deba extrañar que los chilenos que se formaron en la era en que la homosexualidad masculina era un delito sigan pensando –aun después de la abolición de la sodomía– que las relaciones sexuales entre varones sea algo intrínsecamente perverso.

Producto de lo anterior, de la misma manera en que hoy algunas personas se sienten con el ‘derecho’ a golpear a un ladrón atrapado por particulares en la calle, muchos de quienes por décadas fueron educados en la noción de que los homosexuales eran delincuentes (por el sólo hecho de tener relaciones sexuales con otros hombres) siguen abrigando prejuicios respecto de ellos. Por todo lo dicho, no debiera sorprender que, aun después de casi quince años desde que se despenalizó la homosexualidad, un segmento importante de la población siga hostilizando a los homosexuales.

197

La persistencia de la estigmatización social asociada a la orientación homosexual se encuentra, además, corroborada por el hecho de que –ya entrada la segunda década del siglo XXI– la mayoría de la población homosexual chilena continúa viviendo secretamente su orientación, quizá temiendo las repercusiones laborales y sociales de hacer pública su condición. Para ilustrar el punto, pregúntese el lector, ¿cuántas veces en alguna ceremonia oficial de la institución en que trabaja (por ejemplo, en la celebración del aniversario de la misma) ha visto a algún miembro de su organización ‘presentarles’ a las autoridades de la misma su pareja homosexual? Esta escena, que es cosa de todos los días en países como Suecia o Estados Unidos, brilla entre nosotros por su ausencia.

Otro indicador de que lesbianas y homosexuales no se sienten tranquilos para hacer pública su orientación sexual en Chile es el bajo número de autoridades (como ministros de Estado, jueces, intendentes, alcaldes, senadores, diputados, rectores, decanos, etc.) que son abiertamente homosexuales. Si nuestro país fuera uno en que no se discriminara en forma sistemática a las personas por su condición homosexual, debiéramos exhibir porcentajes similares de hombres y mujeres en ese tipo de cargos que el que ostentan países en que dicha orientación sexual se encuentra socialmente aceptada.

II

Más allá de lo argumentado en la sección anterior, para defender la necesidad de contar con una ley de no discriminación que de forma explícita incluya como categoría protegida a la ‘orientación sexual’, cabe agregar el hecho que –a diferencia del texto de la Constitución Política– la ley N° 20.609 es explícita en condenar toda forma de discriminación arbitraria que afecte a los individuos en razón de su orientación sexual. Esto último representa un aporte extraordinariamente importante para comenzar a erradicar las profundas tendencias culturales que todavía existen en Chile a estigmatizar y maltratar a los homosexuales.

Si bien más de algún jurista ha argumentado que la ley de no discriminación sería innecesaria por ‘redundante’, ya que se podría interpretar que las discriminaciones arbitrarias en razón de la orientación sexual se encuentran implícitamente prohibidas en el numeral segundo del artículo 19 de la Constitución, el cual, en lo pertinente, señala:

“La Constitución asegura a todas las personas... La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados... Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

198

Si bien es cierto que –del precepto constitucional recién transcrito– efectivamente podría deducirse la prohibición de todo tipo de discriminación en contra de individuos en razón de su orientación sexual, la práctica jurisprudencial de nuestros tribunales sugiere que ello no ha sido considerado así en la mayoría de los casos en que han existido instancias de discriminación arbitraria en contra de los homosexuales. Por el contrario, el propio caso *Atala*⁷ sugiere que, incluso, el más alto tribunal de la judicatura ordinaria ha sido ciego a la naturaleza arbitraria de distinciones injustificadas que perjudican a personas con una orientación homosexual⁸.

Además, y considerando el peso histórico que ha tenido en nuestra tradición jurídica la ley como fuente del Derecho –y el escaso peso que todavía tienen las sentencias de organismos internacionales de derechos humanos en nuestro país–, es de esperar que la nueva Ley de No Discriminación sea más efectiva en situaciones como la que afectó a la jueza

⁷ Véase la sentencia de la CIDH, de 24 de febrero de 2012, *Atala Riffo e hijas vs. Chile*.

⁸ Véase el fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema: López Allende, Jaime (recurso de queja), del 31 de mayo de 2004.

Karen Atala, quien, a pesar de haber prevalecido en un caso ante la CIDH, lo logró cuando ya era demasiado tarde como para que su triunfo judicial pudiera alterar la dura realidad de no haber podido criar a sus hijas producto de una sentencia de la Corte Suprema, que revirtió dos fallos de tribunales inferiores que le habían otorgado la tuición de sus hijas.

Presumiblemente, la nueva “acción de no discriminación arbitraria” (que introdujo la ley que hemos comentado en este ensayo) contribuirá a que se restablezca el imperio del Derecho en forma más expedita en situaciones similares a la sufrida por la jueza Karen Atala. Si eso ocurre, la pesadilla kafkiana vivida por la magistrada no debiera repetirse nunca más.

Bibliografía

NUSSBAUM, Martha, *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
EN EL CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE:
RAZONES PARA AFIRMAR LA NULIDAD
DEL PROCESO Y LA SENTENCIA

INTERAMERICAN COURT
OF HUMAN RIGHTS
IN THE ATALA RIFFO AND GIRLS VS. CHILE:
REASONS FOR ASSERTING THE INVALIDITY
OF THE PROCESS AND VERDICT

Álvaro Ferrer del Valle
Carmen Domínguez H.
Alejandro Romero S.
*Reynaldo Bustamante**

201

Resumen

Con fecha 24 de febrero de 2012 fue publicada y notificada la sentencia emitida por la CIDH en el conocido caso Atala. Siendo un caso ampliamente conocido y difundido en nuestro país, conviene hacer presente

* Álvaro Ferrer del Valle, profesor de Filosofía del Derecho y Litigación, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo postal: avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aferrerd@uc.cl.

Carmen Domínguez Hidalgo. Doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo postal: avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: cadoming@uc.cl.

Alejandro Romero Seguel. Doctor en Derecho Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Los Andes. Correo postal: avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aromero@uandes.cl.

Reynaldo Bustamante Alarcón. Doctor en Derecho Universidad Carlos III de Madrid. Profesor del departamento de Derecho de la Escuela de Posgrado y del Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Universidad del Perú. Correo postal: avenida Universitaria 1801, San Miguel, Lima, 32, Perú. Correo electrónico: reynaldo.bustamante@pucp.edu.pe.

Ensayo recibido el 31 de julio de 2012 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2012.

los gravísimos vicios ocurridos durante su tramitación. En concreto, pensamos que se trata de un proceso nulo, pues vulnera el debido proceso. Asimismo, afirmamos que es lógicamente insostenible, en razón de sus abundantes contradicciones.

Palabras clave: notificación, emplazamiento, representación, debido proceso, nulidad, menores

Abstract

On February 24, 2012, was published and notified the judgment delivered by the Interamerican Court of Human Rights in the popular Atala Case. Being a widely known and publicized case in our country, it is a duty to relate the serious defects that occur during the process. Specifically, we think this is a null process, because it violates due process. Furthermore, we argue that a process is logically untenable, because of its abundant contradictions.

Key words: Notify, emplacement, representation, due process, nullity, juvenile.

202

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos existe, como es sabido, para tutelar el efectivo respeto de los derechos fundamentales de cada uno de los habitantes de los países miembros de la CADH. Resulta paradójal que la Comisión y la Corte puedan llegar a violar los derechos humanos de algunas personas con el fin de proteger las reivindicaciones de otras. Puesto que entre verdaderos bienes –como son los derechos subjetivos– no existe oposición, la protección de unos derechos a costa de la vulneración de otros constituye un falso dilema, pues no es posible que una acción justa sea a la vez injusta. Más bien, en tal evento lo que en realidad ocurre es que pretensiones revestidas de la apariencia de derechos se sobreponen a los auténticos, relegándolos a un segundo orden, manifestando una aplicación del conocido principio “el fin justifica los medios”. En realidad, lo anterior es posible cuando se confunden deseos con derechos o ejercicios ilegítimos de un verdadero derecho con el Derecho en sí mismo.

El bullado caso Atala es una expresión de lo recién expuesto: en él, tanto la Comisión Interamericana como la CIDH vulneraron de manera severa los derechos de tres niñas menores de edad, so pretexto de proteger sus derechos y los de su madre. Es una obligación de justicia dar a conocer lo ocurrido y mostrar hasta qué punto se violó gravemente el derecho humano fundamental al debido proceso que asiste a todas las

personas y que ambos órganos jurisdiccionales están llamados a respetar, promover y tutelar.

Sobre los vicios de procedimiento

LA FALTA DE EMPLAZAMIENTO Y DE REPRESENTACIÓN DE LAS MENORES

Éste fue un proceso iniciado por la Comisión IDH para que la CIDH determinara si el Estado chileno había o no violado los derechos humanos de Karen Atala Riffo, y de sus tres menores hijas: M., V. y R., en un proceso judicial que terminó con una sentencia definitiva que concedió la tuición o custodia de las tres hijas al padre, Jaime López Allendes y, por tanto, también su representación legal de manera exclusiva.

La Comisión IDH argumentó que Karen Atala perdió la custodia de sus hijas por razones vinculadas con su orientación homosexual, manifestada después de la separación conyugal. Estimó que con ello se vulneró su derecho a no ser discriminada, así como el derecho de ella y sus hijas a la vida privada y familiar, entre otros derechos humanos mencionados en su demanda. La Comisión IDH calificó, de manera reiterada y expresa, a Karen Atala y a las tres menores como “presuntas víctimas” en este caso. Lo hizo a lo largo de sus actuaciones, como ocurrió en su informe de admisibilidad, en su informe de fondo y en su demanda, la misma que dio origen a este proceso. Pues bien, nunca notificó a las menores (que desde hace varios años vivían con el padre), y mucho menos a éste, con las actuaciones tramitadas ante ella. Tampoco lo hizo con sus informes o decisiones. Jamás, en ningún momento, dio a las menores la oportunidad de ser oídas, de alegar, de probar y, en general, de ejercer su defensa, ello a pesar de que la propia Comisión IDH consideró a las menores como presuntas víctimas, y a sabiendas de que el padre era el único representante legal y, también, estando al tanto, como es obvio, de que lo que se resolvería en este caso incidiría necesariamente en la esfera jurídica y familiar de Jaime López y sus hijas.

Esta omisión de ninguna manera podía ser subsanada por el hecho de que la Comisión IDH –por razón de sus funciones– actuara a favor de los intereses de las víctimas en este tipo de procesos, pues ello, precisamente de ser cierto, obliga a que cada una de las partes del juicio sea notificada y cuente con todas y cada una de las oportunidades procesales para ejercer su defensa. Como no se procedió así, se vulneró el derecho a un debido proceso que, entre otros tratados, se encuentra consagrado en el artículo

8° de la CADH, además de resultar violatoria del propio reglamento de la Comisión IDH.

Tal situación afectó la validez de ese procedimiento, pero también la validez del proceso seguido ante la CIDH. No sólo porque aquel procedimiento previo ante la Comisión IDH ha sido tramitado con vulneración del aludido derecho fundamental, sino porque tampoco ante la CIDH, a causa de los vicios procesales cometidos por la Comisión IDH, ni las menores ni el padre, como su representante legal, fueron notificados de la demanda; y, por tanto, en el proceso seguido ante la CIDH no tuvieron la oportunidad otorgada a la Comisión IDH y a Karen Atala para alegar, probar, contraprobar y, en general, para su defensa.

*LA LEGITIMACIÓN DE LAS MENORES PARA ACTUAR
A TRAVÉS DE SU PADRE COMO ÚNICO REPRESENTANTE LEGAL*

En la causa iniciada ante la Comisión IDH la peticionaria fue Karen Atala (representada a través de las ONGs y demás instituciones que la patrocinaron) y las presuntas víctimas fueron tanto ella como sus tres menores hijas: M., V. y R., de 17, 13 y 11 años de edad, respectivamente. La Comisión IDH las calificó como presuntas víctimas a lo largo de sus actuaciones, como ocurre en su informe de admisibilidad, en su informe de fondo y en la demanda que dio origen al proceso seguido luego ante la CIDH –sirva como ejemplo, entre otras, las pp. 1, 39, 42 y 43 de su demanda–. La CIDH también las admitió como presuntas víctimas al aceptar a trámite la demanda de la Comisión IDH. Existía, pues, una pluralidad de presuntas víctimas y no había identidad entre éstas y la peticionaria.

Esta falta de identidad entre las presuntas víctimas y la peticionaria se veía reflejada en el conflicto de intereses que existía entre ellas: mientras Karen Atala –junto con la Comisión IDH– pretendía convertir un caso de custodia de menores en uno de supuesta discriminación por su orientación homosexual, las menores querían seguir viviendo con el padre, en ejercicio de su derecho a continuar educándose en un ambiente familiar y cultural similar al que tuvieron antes de que su madre optara por aquella orientación sexual (artículos 20, al final, y 27 de la Convención de los Derechos del Niño). Tal conflicto de intereses ponía de manifiesto la imposibilidad de que la Comisión IDH –a pesar de sus funciones– pudiera proteger o representar, al mismo tiempo, los intereses de Karen Atala y los de sus menores hijas en el caso concreto. Una situación de suma relevancia, teniendo en cuenta que las niñas tenían a la fecha 17, 13 y 11 años de edad, es decir, tenían edad suficiente para formarse un juicio objetivo, a pesar de lo cual nunca fueron consultadas por la peticionaria ni por la Comisión IDH.

Por otro lado, tanto su reglamento como el de la CIDH contienen normas que otorgan a las presuntas víctimas legitimación procesal para actuar ante ellas y garantiza, como es obvio, su derecho a ser oídas, a alegar, probar y, en general, a ejercer su defensa a lo largo de sus respectivos procedimientos, porque nadie mejor que las presuntas víctimas puede exponer lo pertinente a la defensa de sus derechos e intereses.

A nivel del reglamento de la Comisión IDH –tanto el anterior como el vigente– existe una serie de normas que garantizan la participación de las partes y, por tanto, de las presuntas víctimas, en la etapa de apertura o admisibilidad (arts. 30.5 y 37.3), de solución amistosa (arts. 37.4, 40.1-2), de alegatos y pruebas (arts. 43.1, 64 y 65); y, algo muy importante: su participación en la decisión de someter el caso a la CIDH (art. 44.3, literal ‘a’). Este último artículo consagra el derecho de las presuntas víctimas a ser consultadas por la Comisión IDH para que se conozca su posición respecto de someter el caso a la competencia de la CIDH, sobre todo cuando no son las mismas personas que actúan como peticionarios, tal como ocurre en el presente caso.

Por su parte, el reglamento de la CIDH contiene también normas que otorgan legitimación procesal a las presuntas víctimas para actuar ante ella. Así, por ejemplo, se garantiza su derecho a ser notificadas con la demanda de la Comisión IDH (art. 39.1, literal ‘d’), a participar en el proceso de manera directa o a través de sus representantes (art. 25), a presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas (art. 40), a ser oídas en cualquier estado de la causa y participar en las diligencias probatorias (art. 58) y, en general, a participar ampliamente en el procedimiento escrito (art. 43) y en el oral (art. 46 y ss.).

205

Para lo que aquí respecta, resulta relevante el artículo 25 del reglamento de la CIDH. Su primer numeral consagra el derecho de las presuntas víctimas a participar, directamente o por medio de sus representantes, en el proceso seguido ante la CIDH, por ejemplo, para presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Sus otros dos numerales regulan las situaciones que se pueden presentar cuando, existiendo una pluralidad de presuntas víctimas (como ocurrió en el presente caso), se requiere la designación de uno o varios representantes para que actúen como “intervinientes comunes”. De no existir acuerdo –concluye el artículo–, resuelve la CIDH, asegurando –claro está– la adecuada representación de los derechos e intereses de las presuntas víctimas y la correcta tramitación del procedimiento¹.

¹ Artículo 25 del reglamento de la CIDH, “Participación de las presuntas víctimas o sus representantes:

Pues bien, de conformidad con el artículo 25 del reglamento de la CIDH, las hijas menores de Karen Atala y Jaime López tenían derecho a participar en el proceso a través de su representante, por tener la calidad de presuntas víctimas y ser menores de edad.

Esta conclusión resulta armoniosa con la Convención de los Derechos del Niño, aplicable a este proceso por integrar el sistema de protección de los derechos humanos (como lo ha reconocido la Comisión IDH en su demanda y lo ha invocado varias veces la CIDH). Por un lado, su artículo 1°

“entiende por niño [a] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”,

lo cual hace que las hijas sean consideradas niñas para la protección que brinda esta Convención y, por otro, según el mandato de su artículo 12.2,

“se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento [...] que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante”,

206

con lo cual las hijas tienen derecho a participar en cualquier proceso o procedimiento que les concierna, incluso, a través de su representante, incluyendo los seguidos ante la CIDH y la Comisión IDH.

Esta consecuencia es, además, expresión del derecho a un debido proceso que asiste a los menores. No sólo porque les protege especialmente por su condición de menores de edad sino porque los hace protagonistas de los procesos que les pudieran afectar y no simples destinatarios de los mismos. En palabras de las CIDH:

1. Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso.

2. De existir pluralidad de presuntas víctimas o representantes, deberán designar un interviniente común, quien será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. De no haber acuerdo en la designación de un interviniente común en un caso, la Corte o su Presidencia podrá, de considerarlo pertinente, otorgar plazo a las partes para la designación de un máximo de tres representantes que actúen como intervinientes comunes. En esta última circunstancia, los plazos para la contestación del Estado demandado, así como los plazos de participación del Estado demandado, de las presuntas víctimas o sus representantes y, en su caso, del Estado demandante en las audiencias públicas, serán determinados por la Presidencia.

3. En caso de eventual desacuerdo entre las presuntas víctimas en lo que atañe a lo señalado en el numeral anterior, la Corte resolverá lo conducente”.

“Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”².

“Del artículo 8° de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación”³.

Tras comprobar que los menores tienen derecho a actuar procesalmente a través de su representante, el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño indica que la representación procesal de ellos se determina “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”⁴. Es decir, aplicando esta norma internacional al presente caso, la ley procesal chilena era la única competente para determinar quién podía representar válidamente a las menores en el proceso seguido ante la CIDH y anteriormente ante la Comisión IDH (pues tanto ellas como sus padres son de nacionalidad chilena y viven en Chile).

Con esa remisión normativa, el artículo 4° del *Código de Procedimiento Civil* de Chile reconoce la capacidad de representar procesalmente a una persona a quien ostenta su “representación legal”; y el artículo 264 de su *Código Civil*, al regular la representación legal de los hijos menores de edad, establece:

“El hijo no puede comparecer en juicio [...] sino autorizado o representado por el padre o la madre que ejerce la patria potestad, o por ambos, si la ejercen de manera conjunta”.

Tratándose de padres separados (como ocurre en el presente caso) el artículo 245 del mismo *Código* añade:

“Si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, de conformidad al artículo 225”;

² CIDH, “Condición jurídica y derechos del niño”, parágrafo 98.

³ CIDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’”, parágrafo 227.

⁴ Artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño.- “[...] se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

artículo este último según el cual “el juez podrá entregar su cuidado personal” a uno de los padres cuando el interés de los hijos lo haga indispensable.

En el presente caso, la sentencia definitiva de la Corte Suprema de Justicia de Chile (que dio origen al procedimiento ante la Comisión IDH y luego al proceso ante la CIDH), emitida el 31 de mayo de 2004, entregó la tuición o cuidado personal de las tres menores a su padre y, por tanto, conforme a la precitada legislación chilena, le otorgó el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre ellas. Al ejercerla en exclusividad, el padre era y es el único que ostenta la representación legal de las tres menores y, por tanto, el único que podía representarlas válidamente ante la CIDH o la Comisión IDH, de conformidad con las normas internacionales y nacionales ya citadas.

En síntesis, según el artículo 25 del reglamento de la CIDH, concordado con el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, las tres menores tenían derecho a comparecer ante la CIDH a través de su representante, en su calidad de presuntas víctimas, según la calidad procesal que les había otorgado previamente la CIDH y la Comisión IDH.

208 Sobre la base de lo expuesto, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 25° del reglamento de la CIDH, concordado con el artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño, con fecha 16 de agosto de 2011 se solicitó que la CIDH admitiera la participación en el proceso de las tres menores en su calidad de presuntas víctimas, siendo representadas por su padre, en vista de que él ostentaba su representación legal de manera exclusiva. Junto a ello, se solicitó que, en atención a la grave violación del derecho fundamental a un debido proceso, la CIDH declarara la nulidad de todo lo obrado.

LA CIDH TIENE COMPETENCIA PARA EFECTUAR UN CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE LA COMISIÓN IDH

El desarrollo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha alcanzado hasta la fecha permite sostener que los tratados concernientes a este tipo de derechos están orientados a garantizar el goce de los derechos y libertades del ser humano, más que a establecer normas de relación entre los Estados. Esto se debe a que los derechos humanos se inspiran en valores comunes superiores, orientados a la protección del ser humano, y se aplican como una garantía colectiva, consagrando obligaciones de carácter objetivo y previendo mecanismos de tutela específicos⁵. No extraña, por tanto, que la CIDH y la Comisión IDH deban también respetarlos, dada

⁵ Cfr. CIDH, “Caso Baena Ricardo y otros. Competencia”, parágrafo 96.

la función protectora que cumplen a favor de estos derechos, en avenencia con sus instrumentos de constitución (Convención Americana y demás documentos internacionales conexos).

En armonía con ello, y a fin de asegurar que las actuaciones de la Comisión IDH sean conformes con la observancia y el respeto de los derechos humanos, el 28 de noviembre de 2005 la CIDH emitió la OC-19/05, sobre el “Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En dicho instrumento internacional la CIDH recordó lo siguiente:

1) que:

“[l]os tratados, convenciones y declaraciones del sistema interamericano en materia de derechos humanos [...] determinan, a su vez, los parámetros de legalidad a los que debe sujetarse la Comisión”⁶;

2) que:

“[c]ualquier facultad de examen acerca de las actividades desarrolladas por la Comisión se halla presidida y acotada por el objeto y fin del sistema interamericano: promoción de la observancia y defensa de los derechos humanos”⁷;

3) que:

“la Corte tiene la facultad de revisar si se han cumplido, por parte de la Comisión, las disposiciones contenidas en la Convención Americana y en los diversos instrumentos interamericanos de derechos humanos”⁸;

4) que:

“[e]l trámite de las peticiones individuales se encuentra regido por garantías que aseguran a las partes el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento”⁹;

y 5) que cuando el caso llega a la Corte es ante ésta donde el interesado deberá alegar

209

⁶ CIDH, “Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, parágrafo 22.

⁷ *Op. cit.*, parágrafo 23.

⁸ *Op. cit.*, parágrafo 25.

⁹ *Op. cit.*, parágrafo 27.

“lo que estime pertinente para la defensa de sus derechos y la cabal observancia de la legalidad en la tramitación y solución de la controversia, ajustándose para ello a las estipulaciones contenidas en la Convención y en otros ordenamientos que integran el corpus juris del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, particularmente el Estatuto y el Reglamento de la Corte. Por este medio, el Tribunal ejerce la función controladora que explícitamente le confieren esos instrumentos”¹⁰.

Como síntesis de estos preceptos, concluye:

“[L]a Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de sus funciones, efectúa el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en lo que se refiere al trámite de los asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia Corte, conforme a la competencia que le confiere a ésta la Convención Americana y otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos”¹¹.

210

Por lo expuesto, según el desarrollo efectuado por la propia CIDH, tiene competencia para efectuar el control de la legalidad de las actuaciones de la Comisión IDH y, por lo tanto, para declarar la nulidad de todo lo actuado en los procedimientos seguidos ante ella. En el caso en comento, la CIDH sí tenía la facultad para controlar la legalidad del procedimiento seguido ante la Comisión IDH, así como de todo lo actuado ante ella hasta el momento en que la declaración de nulidad fue solicitada por el representante de las presuntas víctimas, debido a las severas vulneraciones al debido proceso que se produjeron.

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO

El proceso, en consideración de la CIDH, “es un medio para asegurar, en la medida de lo posible, la solución justa de una controversia”, a lo cual contribuyen “el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”¹². Éste es un derecho humano que se encuentra recogido –entre otros instrumentos internacionales– en el artículo 8° de la Convención Americana, y es llamado también “proceso justo”, “derecho de defensa procesal”, “derecho de audiencia en juicio” o simplemente “debido proceso”¹³. Se trata de una garantía com-

¹⁰ CIDH, “Control de legalidad...”, *op. cit.*, párrafo 28.

¹¹ *Op. cit.*, OC, N° 3.

¹² CIDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, párrafo 117.

¹³ CIDH, “Caso Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1977, párrafo 74.

pleja, porque está conformada por un conjunto de derechos que tienen por finalidad asegurar que el acceso, inicio, tramitación y resultado de un proceso, incluyendo su ejecución, sean justos. En palabras de la CIDH:

“abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración”¹⁴.

En armonía con lo previsto en el artículo 8° de la Convención y el desarrollo que ha obtenido en las decisiones de la CIDH, el debido proceso comprende –entre otros– las siguientes garantías mínimas¹⁵:

- El derecho a ser oído, que implica la posibilidad de todo sujeto de acceder a un proceso con la finalidad de que el órgano competente se pronuncie sobre su pretensión o defensa.

Artículo 8 de la Convención Americana. “Garantías judiciales:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

¹⁴ CIDH, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, parágrafo 28.

¹⁵ Entre la abundante jurisprudencia de la CIDH sobre el debido proceso, pueden citarse las sentencias emitidas en: caso *Genie Lacayo*, *op. cit.*; caso *Loayza Tamayo*, del 17 de setiembre de 1997; caso *Suárez Rosero*, del 12 de noviembre de 1997; caso *Paniagua Morales*, del 8 de marzo de 1998; caso *Castillo Petruzzi*, del 30 de mayo de 1999; caso *Villagrán Morales y otros*, del 19 de noviembre de 1999; caso *Cantoral Benavides*, del 18 de agosto de 2000; Caso *Tribunal Constitucional*, del 31 de enero de 2001; CIDH, “Caso *Baena Ricardo y otros*”, del 2 de febrero de 2001; CIDH, “Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*”, del 6 de febrero de 2001 y caso *Barrios Altos*, del 14 de marzo de 2001.

- El derecho de contradicción o de defensa, que exige que nadie sea sorprendido o afectado con los resultados de un proceso que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer; e implica que el interesado sea notificado de manera oportuna garantizándose su participación y otorgándosele la posibilidad real de ejercer su defensa.
- El derecho a la publicidad del proceso.
- El derecho a ser asistido y defendido por un abogado técnicamente capacitado.
- El derecho a probar o a producir prueba.
- El derecho a que las decisiones se emitan en un plazo razonable y a que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas.
- El derecho a que las resoluciones se encuentren motivadas de forma adecuada, etcétera.

Uno de los elementos más importantes del debido proceso es el derecho de defensa. A propósito de la importante relación que existe entre ambos, la CIDH ha llegado a señalar:

212

“[P]ara que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal”¹⁶.

La CIDH también ha dejado establecido que, a pesar de que el texto del segundo inciso del artículo 8° de la Convención se refiere a las garantías mínimas del referido derecho en materia penal, eso no significa que esas mismas garantías no sean aplicables a cualquier proceso, sea de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; ya que, como insiste la CIDH:

“el elenco de garantías mínimas (previstas en el artículo 8.2 de la Convención) se aplica también a esos órdenes y, por ende, en este tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”¹⁷.

¹⁶ CIDH, “El derecho a la información...”, *op. cit.*

¹⁷ CIDH, “Caso Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, parágrafo 70. Criterio reiterado en: caso Paniagua Morales, *op. cit.*, parágrafo 149 y caso Baena Ricardo..., *op. cit.*, parágrafo 125.

Además, con relación al término “garantías mínimas”, la CIDH ha precisado:

“Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal”¹⁸.

Si bien el artículo 8° de la Convención se titula “Garantías judiciales”, la CIDH ha señalado que ello no debe llevarnos a pensar que el debido proceso se aplica sólo al ámbito judicial. Por el contrario, sobre la base de una interpretación *pro hominis* y a la función que dicho derecho cumple en el ordenamiento jurídico, la CIDH ha señalado que el ámbito de aplicación del debido proceso no puede limitarse a los procesos judiciales, sino que comprende “el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”, sin importar que el proceso sea de tipo judicial o de cualquier otro tipo, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante todo acto de poder que pueda afectar sus derechos¹⁹. Esto lleva a la CIDH a establecer –con razón– que el debido proceso no sólo resulta aplicable a los procesos que técnicamente puedan considerarse *judiciales* (de orden civil, penal, laboral o de cualquier otro carácter) sino que, también, resulta aplicable a cualquier otro tipo de proceso o de procedimiento donde un órgano resuelva una controversia, imponga una sanción o levante una incertidumbre jurídica, ya sea que corresponda al ámbito nacional o al internacional, como el que se tramita ante los órganos internacionales que tutelan los derechos humanos, como es el caso de la CIDH y la Comisión IDH²⁰. En palabras de la CIDH:

“Tanto los órganos jurisdiccionales como los de otro carácter que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, tienen el deber de

213

¹⁸ CIDH, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, párrafo 24.

¹⁹ CIDH, “Garantías judiciales...”, *op. cit.* (artículos 27.2, 25 y 8 CADH), párrafo 27.

Como se sabe, tal interpretación consiste en interpretar el derecho o la norma internacional de la manera más favorable al ser humano, tratando de incrementar en lo posible el contenido, virtualidad o eficacia de sus derechos. En palabras de Cecilia Medina: “La interpretación *pro hominis* es una primera característica importante de la interpretación de las normas sobre derechos humanos que constituye el norte que debe guiar al intérprete en todo momento”. Cecilia MEDINA “La interpretación de los Tratados de Derechos Humanos”, p. 80.

²⁰ Sobre la aplicabilidad del derecho en comentario a todo tipo de procesos, véase: CIDH, “Garantías judiciales...”, *op. cit.* (arts. 27.2, 25 y 8 CADH), párrafo 27; CIDH, “Excepciones...”, *op. cit.*; Caso Paniagua Morales, *op. cit.*, párrafo 149; CIDH “Caso Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, párrafos 69-70; caso Baena Ricardo..., *op. cit.*, párrafo 125 y CIDH, “Caso Ivcher...”, *op. cit.*, párrafo 103.

adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8° de la Convención Americana”²¹.

En el caso específico de la Comisión IDH, la CIDH ha sido particularmente explícita al señalar que también en su seno el debido proceso resulta aplicable. Así, ha explicado:

“El trámite de las peticiones individuales [ante la Comisión] se encuentra regido por garantías que aseguran a las partes el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento. Tales garantías son: a) las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (artículos 44 a 46 de la Convención), y b) las relativas a los principios de contradicción (artículo 48 de la Convención) y equidad procesal. Igualmente es preciso invocar aquí el principio de seguridad jurídica (artículo 39 del Reglamento de la Comisión)”²².

214

“[En armonía con ello] se debe garantizar la capacidad procesal de todas las partes de conformidad con los imperativos y necesidades del debido proceso. Por ende, [...] en el contexto de casos contenciosos originados en peticiones individuales, en los cuales las partes son el Estado demandado y la presunta víctima y, sólo procesalmente, la Comisión, la reapertura de cuestiones procesales y argumentos del mérito del asunto sin la presencia de cualquiera de las partes afecta la realización de los principios del contradictorio, la igualdad y la seguridad jurídica procesales. En consecuencia, no corresponde a una Corte recibir informaciones de hecho o de derecho sin la presencia de todas las partes en el proceso”²³.

Que el debido proceso resulte aplicable, incluso, en los procesos seguidos ante la CIDH o la Comisión IDH, no es más que la resultante obligada de su calidad de derecho humano. Como tal, constituye un límite frente a las actuaciones del poder, lo cual vale para todo órgano o persona, sea nacional o internacional, que ejerza autoridad en razón de su carácter oficial respecto de otras personas. Por lo tanto, será ilícita toda forma de ejercicio del poder que vulnere el derecho humano a un debido proceso, o los demás derechos reconocidos en la Convención.

De no ser así llegaríamos al absurdo de sostener que la CIDH o la Comisión IDH pueden vulnerar o desconocer el derecho humano a un debido proceso, a pesar de que por mandato de sus instrumentos de

²¹ CIDH, “Caso Ivcher...”, *op. cit.*, párrafo 104. También CIDH, “Caso Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, párrafo 71.

²² CIDH, “Control de legalidad...”, *op. cit.*, (arts. 41 y 44 a 51 de la CADH), párrafo 27.

²³ CIDH, “Artículo 55 de la CADH”, párrafo 62.

constitución –especialmente la Convención Americana– están obligados a protegerlo. Para evitar ese absurdo hay que desechar la hipótesis que le da origen y reafirmar –como lo hace la CIDH– que el debido proceso resulta aplicable también en esos ámbitos.

En el presente caso, como se ha dicho, el debido proceso fue vulnerado en agravio de las tres menores. Así, a pesar de que ellas fueron calificadas como presuntas víctimas por la Comisión IDH y la CIDH, y de que tenían derecho a ser representadas por su padre como su único representante legal (conforme a las normas internacionales y nacionales precedentemente citadas), la Comisión IDH nunca las notificó, y mucho menos a su padre, de las actuaciones tramitadas ante ella. Tampoco lo hizo con sus informes o decisiones. Jamás, en ningún momento, les dio la oportunidad de ser oídas, de alegar, de probar y, en general, de ejercer su defensa. Así por ejemplo, en contravención al reglamento de la Comisión IDH:

- No fueron notificadas en la etapa de apertura o admisibilidad ante la Comisión IDH (arts. 30.5 y 37.3).
- Tampoco en la etapa de solución amistosa (arts. 37.4, 40.1-2).
- Menos aún en la de alegatos y pruebas (art. 43.1, 64 y 65) y
- Lo que es más grave, tampoco fueron consultadas por la Comisión sobre su decisión de someter el caso a la CIDH, a pesar de que no existía identidad entre la peticionaria y las presuntas víctimas, pues no eran las mismas personas (artículo 44.3, literal ‘a’).

215

Los vicios cometidos en el procedimiento ante la Comisión afectaron la validez del mismo, pero también la validez del proceso que se siguió ante la CIDH. No sólo porque aquél es un procedimiento previo y condicionante de éste, sino porque tampoco ante la CIDH, a causa de los vicios procesales cometidos por la Comisión IDH, las menores o su padre fueron notificados con la demanda y, por tanto, tampoco aquí tuvieron la oportunidad otorgada a la Comisión IDH y a Karen Atala para alegar, probar, contraprobar y, en general, para ejercer su defensa.

La única manera justa de reparar la vulneración al debido proceso que se había producido en perjuicio de las menores, era que la CIDH declarara la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento seguido en la Comisión IDH que dio origen al proceso ante ella, así como la nulidad de todo lo actuado hasta el momento en el proceso seguido ante la misma CIDH, ordenando la reposición de las cosas al estado anterior a la vulneración del debido proceso, tal como fue solicitado.

*NULIDAD INSUBSANABLE:
IMPOSIBILIDAD JURÍDICA Y LÓGICA*

Con fecha 22 de agosto de 2011, el Pleno de la CIDH acusó recibo del escrito de apersonamiento y pedidos varios de fecha 16 de agosto de 2011 presentado por el padre de las menores, y lo transmitió a las partes del proceso para que éstas hicieran al respecto las observaciones que estimaren necesarias. El día 24 de septiembre de 2011 venció el plazo para que dichas partes hicieran sus observaciones a dicho escrito. En éste, según se ha explicado, se pidió a la CIDH que efectuando un control de legalidad sobre las actuaciones de la Comisión IDH, a la que se refiere la OC-19/05, emitida por la CIDH el 28 de noviembre de 2005, declarara la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento seguido en la Comisión IDH que dio origen al proceso, así como de todo lo actuado hasta el momento en el mismo proceso seguido ante la CIDH, en razón de la falta de emplazamiento de las tres menores, quienes era partes del proceso en calidad de presuntas víctimas y que hasta entonces no habían sido oídas.

A fin de evitar la declaración de nulidad, era posible que la CIDH considerara otras opciones que corrigieran el vicio ya denunciado, a saber:

- a) notificar y oír a las menores López Atala a través de su representante legal, señalando al efecto alguna audiencia complementaria;
- b) no notificar ni oír a las menores López Atala a través de su representante, y no referirse a las menores como presuntas víctimas o víctimas en la sentencia, acotando la decisión de autos a Karen Atala, exclusivamente.

Pues bien, a juicio nuestro, ninguna de dichas opciones permitían corregir el vicio de nulidad. Al contrario, estimamos que lo confirmaban por completo.

Como ya es sabido, la sentencia de la Corte Suprema de Chile, emitida en el proceso de tuición, incidió sobre la esfera jurídica y familiar de las menores (y también de su padre y madre). En el proceso ante la Corte IDH se determinaría si dicha sentencia (y aquel proceso) violaron o no determinados derechos humanos. Indudablemente, lo que resolviera la Corte IDH podía afectar la esfera jurídica y familiar de las menores. Por tal razón, según la Convención de los Derechos del Niño, la CADH y las propias decisiones de la Corte IDH, esa sola circunstancia, es decir, la posibilidad de su afectación, hacía que las menores tuvieran el derecho a ser oídas y, en general, a ejercer su defensa, como manifestación de su derecho humano a un debido proceso²⁴. En otras palabras, eran partes

²⁴ Artículo 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño. “[...] se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo

materiales del proceso, por lo que su condición de partes procesales (con legitimación para alegar, probar y defenderse) tenía que ser reconocida por la Corte IDH y, como consecuencia de ello, sus medios de defensa debían ser valorados y oportunamente resueltos. De no ser así, se vulneraría su derecho humano a un debido proceso.

Sin perjuicio de ello, resulta que, tanto la Comisión IDH como la CIDH calificaron a las niñas como presuntas víctimas. Esto significa que, conforme a lo previsto en los reglamentos de ambas instituciones, las niñas tenían total derecho a participar y a defenderse a lo largo de sus respectivos procedimientos. En el caso particular de los procedimientos ante la Comisión IDH, la CIDH ha señalado que se trata de un derecho inexorable que la Comisión IDH no puede desconocer²⁵. Luego, tanto por el propio contenido del derecho humano a un debido proceso (configurado en la Convención de los Derechos del Niño, la CADH y la jurisprudencia de la CIDH), así como por los reglamentos de la Comisión y de la CIDH, las niñas tenían derecho a participar en el proceso ante la CIDH, como lo tuvieron en el procedimiento ante la Comisión IDH.

Al no haberse respetado ese derecho, se les causó una vulneración que debía ser reparada. La única manera de hacerlo era restituyendo las cosas al estado anterior al momento en que se produjo la violación; esto es, declarando la nulidad de todo lo actuado desde el procedimiento ante la Comisión IDH. Así se desprende de la siguiente jurisprudencia de la CIDH:

217

que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado [...].”

“Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”. CIDH, “Condición jurídica...”, *op. cit.*, parágrafo 98.

“[P]ara que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”. CIDH, “El derecho a la información...”, *op. cit.*, parágrafo 117.

²⁵ “El trámite de las peticiones individuales [ante la Comisión IDH] se encuentra regido por garantías que aseguran a las partes el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento. Tales garantías son: a) las relacionadas con las condiciones de admisibilidad de las peticiones (artículos 44 a 46 de la Convención), y b) las relativas a los principios de contradicción (artículo 48 de la Convención) y equidad procesal. Igualmente es preciso invocar aquí el principio de seguridad jurídica (artículo 39 del Reglamento de la Comisión)”. CIDH, “Control de legalidad...”, *op. cit.*, arts. 41 y 44 a 51 de la CADH, parágrafo 27). “[En armonía con ello] se debe garantizar la capacidad procesal de todas las partes de conformidad con los imperativos y necesidades del debido proceso. Por ende, [...] no corresponde a una Corte recibir informaciones de hecho o de derecho sin la presencia de todas las partes en el proceso”. CIDH, “Artículo 55...”, *op. cit.*, parágrafo 62.

“[C]uando un proceso se ha realizado en contravención de la ley, también deben considerarse ilegales las consecuencias jurídicas que se pretenda derivar de aquél”²⁶.

“El artículo 63.1 de la Convención Americana establece que [c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. [...] Este Tribunal ha reiterado en su jurisprudencia constante que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”²⁷.

218 La nulidad es un vicio que, por violar derechos humanos de las menores reconocidos en un tratado internacional, no puede ser disponible para las partes, ni siquiera para la CIDH. Alguna jurisprudencia para fundarlo puede ser el asunto Viviana Gallardo y otras, el primer caso de la CIDH. Allí ha dicho que el trámite en la Comisión IDH es un requisito obligatorio. En Viviana Gallardo, el gobierno renunció al trámite ante la CIDH, y la Corte no lo deja. Es más, la Corte ni siquiera resuelve el caso:

25. Estas consideraciones bastan para ilustrar cómo el procedimiento ante la Comisión IDH no ha sido concebido en interés exclusivo del Estado, sino que permite el ejercicio de importantes derechos individuales, en especial a las víctimas.

Sin poner en duda la buena intención del gobierno, al someter este asunto a la CIDH, lo expuesto lleva a concluir que la omisión del procedimiento ante la Comisión IDH, en casos del presente género, no puede cumplirse sin menoscabar la integridad institucional del sistema de protección consagrado en la Convención.

Dicho procedimiento no es renunciable o excusable, a menos que quede claramente establecido que su omisión, en una especie determinada, no compromete las funciones que la Convención asigna a la Comisión IDH, como podría ocurrir en algunos casos

²⁶ CIDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, párr. 130.

²⁷ *Op. cit.*, párrs. 175-178

en que el asunto se planteara *ab initio* entre Estados y no entre individuo y Estado. En el presente caso está lejos de ser demostrada esa situación excepcional, por lo cual la manifestación del gobierno de renunciar a la aplicación de la regla contenida en el artículo 61.2, carece de fuerza necesaria para obviar el procedimiento ante la Comisión IDH, lo cual basta, por sí solo, para no admitir la presente demanda.

También se funda el carácter insubsanable de la nulidad en el “orden público procesal”. En el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, la sentencia de fondo, párr. 28 al final:

28. La naturaleza del proceso ante un tribunal de derechos humanos hace que las partes no puedan separarse de determinadas reglas procesales, aun de común acuerdo, pues tienen el carácter de orden público procesal.

Y otra fuente de ese carácter insubsanable son, obviamente, los tratados, como, en este caso, la Convención de Derechos del Niño, donde la presencia de menores en general debería tornar las nulidades insalvables como medio de dar a la parte más débil una adecuada protección de sus derechos, aun tratándose de cuestiones formales o adjetivas.

Pero en concreto también se funda, pretendiendo una interpretación armónica, en la evaluación de la solución amistosa que hace la Comisión IDH (según su reglamento, art. 40.5). En efecto, dispone que si se logra una solución amistosa, la Comisión IDH aprobará un informe con una breve exposición de los hechos y de la solución lograda, lo transmitirá a las partes y lo publicará. Antes de aprobar dicho informe, verificará si la víctima de la presunta violación o, en su caso, sus derechohabientes, han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa. En todos los casos, la solución amistosa deberá fundarse en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la CADH, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables. La última oración da la pauta de que ni aun por acuerdo de partes se puede obviar lo dispuesto por los tratados. Luego, ni el Estado ni la CIDH, ni aun la Corte tampoco podrían subsanar un procedimiento viciado.

Como sea, en la especie se trataba de nulidad por falta de emplazamiento a una de las partes en el proceso. Así, no existía posibilidad de reparar la omisión y afectación de los derechos de dichas partes sin retrotraer los hechos al estado anterior al acto que determinó el vicio procesal: no se logra restituir por completo a las afectadas simplemente dándoles oportunidad para hacer su defensa, sea en forma oral o escrita, sino entregándoles todas y cada una de las oportunidades procesales que según el reglamento de la Comisión IDH y de la CIDH les corresponde,

tal como ocurrió con las demás partes. Luego, la solución por la vía de oír a las menores no bastaba en este estado del juicio; de hecho, se las estaría discriminando sin razón suficiente al darles menores oportunidades procesales para ejercer su defensa, afectando su derecho humano a un debido proceso, según establece el artículo 8° de la Convención.

Por su parte, tampoco se subsanaba el vicio de nulidad omitiendo cualquier referencia a las menores López Atala en la sentencia, acotándola exclusivamente a la peticionaria. La justificación a lo anterior es múltiple, y se puede reducir a lo siguiente:

- 1° el principio de la bilateralidad de la audiencia;
- 2° la protección de los derechos de terceros por extensión de los efectos de cosa juzgada;
- 3° una posible inutilidad de la sentencia y
- 4° la legitimación procesal.

El principio de bilateralidad o de audiencia

220 El respeto al principio de audiencia (o de audiencia bilateral), busca asegurar que nadie puede ser condenado sin ser oído ni vencido en juicio. En iguales términos, que nadie pueda ser condenado sin haber gozado de la oportunidad de ser oído en juicio (*nemo debet inaudita damnari*) según las mismas oportunidades otorgadas a otras partes dentro del mismo proceso. Con lo anterior, se pretende conseguir que los efectos de la sentencia no alcancen a aquellas personas que por no haber sido demandadas, no han tenido ocasión de comparecer en el proceso para alegar lo que les convenga en defensa de sus derechos. Por ejemplo, la Corte Suprema en Chile ha resuelto:

“pugnaría con los principios básicos del procedimiento el que alguien, dueño de un derecho, sin ser oído, pudiera ser privado de él y debiera recurrir al juicio ordinario para recuperarlo, al mismo tiempo que su contrainterésado, aun de buena fe, le hubiera sido dado operar la privación sin forma de juicio”²⁸.

Con mayor razón, tratándose de partes del proceso –como lo son las menores en calidad de presuntas víctimas–, necesario es que la sentencia del juicio en que participan las refiera según el mérito de lo obrado, y no que simplemente se desentienda de ellas como pretexto para ignorar el vicio grave de no haberlas oído a lo largo del proceso.

²⁸ Corte Suprema de Chile, 8 de junio de 1933, pp. 401-402.

La protección de los derechos de terceros por extensión de los efectos de cosa juzgada

La necesidad de emplazar a las víctimas omitidas también se explica como una medida que evite que alguien pueda ser perturbado en sus derechos a causa de una decisión judicial. Por ejemplo, la jurisprudencia chilena ha establecido:

“la Constitución asegura a todas las personas que la sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo, y no se configura un proceso sin que exista previo emplazamiento de aquellos a quienes se considere partes, con las cuales y sólo con ellas se seguirá el negocio. Por ello, el imperio de lo juzgado no podrá, en caso alguno, hacerse extensivo a quienes no han tenido parte en el asunto”. // “La pretensión de hacer soportar el imperio jurisdiccional en quien no ha sido parte en el pleito constituye un proceder ilegal que significa una perturbación en el ejercicio legítimo del derecho de propiedad de quien aparece como cesionario de créditos y derechos afectados por una decisión judicial dictada en proceso en el que no ha sido emplazado ni es parte.”

Medida de protección:

“Se declara que resoluciones judiciales dictadas en proceso civil indicado, no producen efecto ni empecen a recurrentes mientras en esa instancia procesal no se declare otra cosa”²⁹.

221

Siendo las menores López Atala partes de este proceso, y estando sus derechos e intereses involucrados en la decisión jurisdiccional, es obligatorio el que la sentencia de la CIDH las considere para que esta decisión judicial no afecte sus derechos sin haberlas oído como es debido, cualquiera sea el contenido de dicha sentencia. Dicho de otro modo, y dado que se trata de la revisión de un proceso de tuición nacional, el contenido de la sentencia de la CIDH, aun refiriéndose de modo exclusivo a la madre de las menores, en el mismo acto afectará, para bien o para mal, la esfera jurídico-familiar de las menores, por lo cual es necesario que la sentencia contenga y pondere los elementos fácticos y jurídicos que las menores, debidamente representadas, estimen del caso hacer presente.

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 1994, p. 144 (confirmada por la Corte Suprema el 17 de julio de 1994).

Una posible inutilidad de la sentencia

Otro de los criterios teóricos para fundamentar la necesidad de emplazar obligatoriamente a cierto tipo de terceros se vincula con la eficacia o utilidad de la sentencia. Con esta regla se condiciona el posible cumplimiento de un fallo a la correcta configuración del proceso. Si no fueron demandados u oídos todos los que debían serlo, se debe aplicar la sanción de declarar el juicio como inútil, impidiendo el cumplimiento de la sentencia. Por ejemplo, en la jurisprudencia chilena esta línea se aprecia en los siguientes casos:

222

a) “No vale una sentencia contra el que no fue parte en el juicio³⁰; b) Si en un juicio sobre cobro de contribuciones de bienes raíces, no fue notificada la propietaria del inmueble sino una persona distinta, seguramente inexistente, en contra de la cual se dirigió la acción al persistirse en el error de nombre en que se incurrió en la nómina de deudores morosos presentada por el Tesorero Comunal (...), debe concluirse que no hubo requerimiento judicial respecto de la deudora y, por ende, que tampoco existió el embargo ficto... // En consecuencia, procede desechar la demanda de nulidad del contrato de compraventa basada en la existencia de aquel embargo ficto y que habría afectado al inmueble al momento de celebrarse dicha convención. // En la especie, en ningún caso habría podido prosperar la demanda en atención que la acción se dirigió sólo contra el comprador, con lo cual el fallo que hubiera podido dictarse acogiendo la demanda habría resultado inoperante con relación a la vendedora y no empecerle, por consiguiente su resultado”³¹.

Lo anterior aplica con mayor fuerza tratándose no de terceros, sino de partes formales del proceso ya iniciado, respecto de las cuales una eventual sentencia que las declare no víctimas en nada evita la afectación de sus derechos ni elimina la posibilidad de que la sentencia, respecto de ellas, resulte inútil, precisamente por haberse dictado refiriéndolas –en calidad de lo que sea–, pero sin elementos de juicio aportados por ellas, pues no habrán sido oídas.

La legitimación procesal

Por último, la denominada “legitimación conjunta” es otra razón jurídica que justifica la necesidad de oír a las menores López Atala en este caso. En general, esta categoría se da cuando varias personas, en forma activa

³⁰ Corte Suprema de Chile 13 de junio de 1912, p. 571.

³¹ Corte Suprema de Chile 16 de julio de 1957, p. 33.

o pasiva, concurren para demandar o ser demandadas. La existencia de la legitimación conjunta determina que se deba pronunciar una resolución única para todos los litisconsortes, pues todos son parte del mismo proceso (no obstante, en la especie, las menores López Atala lo sean por la indebida representación que sin derecho asumió respecto de ellas su madre y, luego, la Comisión IDH). Sólo si se procede de esa forma el juicio podrá concluir con el pronunciamiento de una única sentencia, que sea eficaz frente a todos. Por ejemplo, en el plano jurisprudencial chileno, son tributarias de esta corriente las siguientes sentencias:

- a) "...hay imposibilidad absoluta de que un heredero del vendedor pueda ejercer tal acción [la acción rescisoria de la compraventa] sin la concurrencia de sus demás coherederos, puesto que, admitiendo el ejercicio singular de ella, habría que concluir que el heredero sólo podría accionar por su cuota lo que llevaría al resultado de la rescisión accionada, es decir, el vendedor lograría la restitución de una parte del precio, conservando el comprador el resto. // En razón de tal imposibilidad es improcedente la acción rescisoria ejercida por uno solo de los herederos del vendedor"³²;
- b) "No procede declarar la nulidad de un contrato si no se demanda a todas las partes del contrato"³³.

Según ya se ha explicado, en este caso las menores López Atala han sido consideradas partes en el proceso por la indebida e ilegítima representación que de ellas asumió su madre y, luego, la Comisión IDH. Y ocurre que respecto a parte importante de las alegaciones de la peticionaria y la Comisión, en particular aquéllas construidas sobre la presunta afectación de sus derechos a la vida privada, aparecen unidas y vinculadas de modo inseparable: es decir, la eventual afectación del derecho a la vida privada e intimidad de la madre es, a la vez, la afectación del mismo derecho de sus hijas menores. Luego, en la especie la sentencia de esta CIDH necesariamente ha de considerar a dichas menores, ya no en abstracto, sino según sus alegaciones correctamente hechas valer en el proceso con su previa notificación.

223

Y hay razones adicionales para insistir en que el vicio que afectaba a este proceso no era posible de sanear con la simple omisión de las menores en la sentencia. La entidad del defecto superaba el esquema de un simple defecto formal, resultando arbitrario y sin fundamento jurídico alguno sostener que bastaría que la CIDH no considerara a las menores como víctimas, para entender subsanado el defecto. La explicación de

³² Corte de Apelaciones de Valparaíso, 31 de julio 1935, p. 65.

³³ Corte Suprema de Chile, 23 de mayo de 1990, p. 51.

esta situación proviene de la eficacia de la sentencia judicial, que en muchos casos supera el esquema de una simple resolución de un conflicto “inter partes” (Atala *vs.* Estado). Demuestra el error jurídico de pretender subsanar el vicio cometido en el caso Atala, con la simple omisión de las menores como víctimas, una breve consideración sobre los efectos que tiene la sentencia como acto procesal.

En términos generales, la sentencia firme y ejecutoriada conforma una realidad jurídica y material que puede servir para acreditar un hecho en un proceso posterior, a lo menos en los siguientes sentidos:

- i Cuando se alega la función negativa de la cosa juzgada.
- ii Cuando se hace valer la denominada eficacia positiva o prejudicial, para impedir que en un juicio posterior se decida una nueva acción en contradicción con la declaración del derecho que consta en un fallo que se encuentra firme y ejecutoriado, atendido que la decisión anterior actúa como un antecedente lógico la nueva acción deducida en juicio.
- iii Cuando la sentencia judicial es invocada por un acreedor como un título ejecutivo.
- iv Cuando la sentencia contiene una condena genérica acerca de la existencia de un determinado hecho jurídico, que permite a una de las partes o, incluso, a terceros solicitar el derecho a ser indemnizado de los perjuicios en un nuevo juicio. En el caso de los terceros, como se explicará, se trata de ciertas hipótesis donde la eficacia de la sentencia hace excepción a la regla tradicional, en virtud de la cual se ha entendido que la cosa juzgada, al tercero, ni le perjudica ni le aprovecha³⁴, al manifestarse la denominada eficacia refleja de la sentencia o, en su caso, el efecto “ultra partes” de la misma.
- v Cuando la sentencia firme y ejecutoriada por su contenido queda vinculada al mecanismo de producción de precedentes judiciales. Esta manifestación puede surgir porque el fallo sienta una doctrina sobre una materia o entra en contradicción con otras decisiones anteriores, al contener distintas interpretaciones sobre un determinado tema jurídico.

Cualquiera sea el caso, el no oír formalmente a las menores López Atala como partes en el juicio provocaría en su situación jurídica situacio-

³⁴ La Corte Suprema de Chile ha resuelto en decenas de sentencias que el efecto de cosa juzgada no puede hacerse extensivo a personas que no tomaron parte en la relación procesal por no haber sido legalmente emplazadas. Corte Suprema, 24 de agosto de 1939, p. 229; Corte Suprema, 29 de mayo de 1951, p. 139; Corte Suprema, 31 de agosto de 1992, p. 136.

nes de menoscabo en sus derechos, sobre todo en relación con las hipótesis (iv) y (v) anteriores, pues si la CIDH dictaminaba que la Corte Suprema de Chile había incurrido en discriminación basada en orientación sexual al conceder la tuición de ellas a su padre, ello significaba, por tanto, que estos años en que las menores habían estado bajo el cuidado personal de Jaime López habrían obedecido a una injusticia o capricho irracional; por su parte, bajo el mismo supuesto cabría eventualmente utilizar tal dictamen como precedente judicial en sede interna.

Por todo lo anterior, la falta de emplazamiento de las menores López Atala era un vicio insubsanable, que sólo se podía reparar con la nulidad de todo lo obrado, pero adoptando todas las medidas para que puedan ejercer sus derechos procesales como partes en esa relación procesal.

En síntesis, no era una solución ajustada a derecho el no referirse a ellas en la sentencia, para evitar, de ese modo, la nulidad por falta de emplazamiento. En rigor, la sentencia judicial es un acto jurídico que produce una serie de efectos, que hacen obligatoria la intervención de los terceros que necesariamente han debido participar en el juicio; más todavía si dichos terceros ya han sido considerados como partes en el proceso.

Sobre esto último, cabe hacer presente algunas consideraciones lógicas para, a partir de ellas, concluir que las alternativas en comento en realidad conducían, cada una, a reconocer el vicio que era causa de la nulidad y, por tanto, a confirmarlo.

225

No es lo mismo que la sentencia de la CIDH omita referirse a las menores como presuntas víctimas que como víctimas. A ello debe sumarse la posibilidad de que las menores sean o no notificadas y escuchadas. De aquí surgían las siguientes opciones:

- La primera era que la sentencia de la CIDH no se refiriera a las menores como presuntas víctimas, y que no las notificara ni escuchara previamente: pero ocurre que la CIDH ya había aceptado y dado trámite a la demanda en que las menores López Atala eran consideradas e incluidas como partes en tanto presuntas víctimas. Así, el que la sentencia de esta CIDH omitiera referirse a las menores en tal calidad importaba una evidente contradicción: la CIDH desconocería a partes del proceso la misma calidad de partes que ya le había reconocido. Y ello sin notificarlas ni escucharlas. No se veía, entonces, modo para que esta CIDH deshiciera lo que al efecto ella misma había hecho al dar curso a la demanda, al menos sin violar las normas que confieren legitimación procesal a las presuntas víctimas según su reglamento. Al proceder de este modo la CIDH violaría el debido proceso.

En la misma línea, se habría estado obligada a reconstruir la argumentación de la peticionaria en todas aquellas alegaciones en que la presunta vulneración de sus derechos pretendía ser, a la vez, la afectación del mismo derecho de sus hijas menores, como ocurría en relación con el derecho a la vida privada e intimidad familiar. Pero la CIDH carecía de competencia para, unilateralmente, reescribir los argumentos de cualquiera de las partes en el proceso.

Y si procediera que la CIDH excluyera a las menores a pesar de ya ser partes, persistía el problema de que lo hiciera sin notificar ni oír a esas partes. Como es obvio, en razón de ello la CIDH nada sabría sobre las alegaciones de éstas en relación con sus derechos. No obstante, procedería de este modo para evitar una eventual nulidad precisamente porque estas partes no fueron emplazadas. Pero la solución confirmaría la causa –la falta de emplazamiento– y, así, la misma nulidad. Luego, las menores no podían ser omitidas en la sentencia sin ser notificadas y oídas previamente. Si ello ocurriera, se ratificaría el vicio de nulidad.

226

- La segunda era que la sentencia de la CIDH no se refiriera a las menores como presuntas víctimas, y sí las notificara y escuchara previamente: pero ello resultaba absurdo, pues si la CIDH notificaba y escuchaba a las menores López Atala lo haría, precisamente, por reconocerles su calidad de presuntas víctimas y su derecho a un debido proceso. Luego, para la CIDH sólo quedaría como alternativa evitar referirse a las menores como víctimas en la sentencia.
- La tercera era que la sentencia de la CIDH no se refiriera a las menores como víctimas, y que no las notificara ni escuchara previamente: a decir verdad, existía un solo modo por el cual la CIDH podía no referirse a las menores como víctimas, distinto del excluirlas como partes del proceso, y éste era afirmando en la sentencia que no sufrieron violación de sus derechos (*ergo*, absolviendo al demandado de los cargos respecto de ellas). Pero si la sentencia declaraba que por no existir violación a sus derechos ellas no eran víctimas, estaría en dicho acto confirmando su calidad de partes de modo indiscutible. Así, el fallo confirmaría el vicio alegado: pues afirmaría que determinadas partes del proceso no sufrieron daño, pero sin haberlas oído durante el juicio, lo cual es evidentemente contrario al debido proceso garantizado en el artículo 8° de la CADH.

A lo anterior añadimos que si la Comisión IDH ya las había calificado como presuntas víctimas es porque estimó que existían antecedentes plausibles para ello. Salvo que tanto la peticionaria como la Comisión IDH negaran esos fundamentos –imposible a esas alturas del proceso–, no existía modo para que la CIDH afirmara que no existió daño respecto de partes que no habían sido oídas ni representadas conforme a derecho. Si lo hiciera, confirmaría el vicio de nulidad por no emplazar a partes del juicio y, no obstante, referirse a las mismas en la sentencia del proceso.

Contra lo expuesto, la CIDH sólo podía declarar en la sentencia que las menores no eran víctimas sin previamente notificarlas y oírlas si asumía que habían sido representadas debidamente por la Comisión IDH, lo cual presupone aceptar, a su vez, que la peticionaria las habría representado conforme a derecho cuando demandó por sí y por ellas al Estado de Chile ante la Comisión IDH. Pero entonces la CIDH habría creado una novedosa teoría sobre la representación en el sistema interamericano, contrariando el artículo 25° de su reglamento sobre pluralidad de presuntas víctimas, atentando, a la vez, contra lo dispuesto en el artículo 12.2 de la CDN. Y tal proceder importaba el error de raciocinio conocido como falacia de ignorancia, pues al antecedente dudoso sobre la coherencia o complementariedad de los intereses de las presuntas víctimas, la CIDH le habría dado, sin justa causa, la calidad de certeza.

227

- La cuarta era que la sentencia de la CIDH no se refiriera a las menores como víctimas, y sí las notificara y escuchara previamente: en este escenario la CIDH habría reconocido la calidad de presuntas víctimas y partes a las menores López Atala, y en razón de ello las habría emplazado tardíamente. Pero la solución habría confirmado la causa –falta de emplazamiento– y, así, la misma nulidad.

Como puede apreciarse, las opciones distintas de la declaración de la nulidad de todo lo obrado consistirían en aquéllas en que las menores no fueran notificadas ni oídas: pues de ser notificadas y oídas se habría reconocido el vicio de nulidad denunciado, y sería esa la precisa razón del emplazamiento tardío. Pero en ese escenario, y a pesar que con ello se pretendiera subsanar la nulidad existente, la CIDH violaría su reglamento y el de la Comisión IDH al incorporar a las menores al proceso sin darles todas y cada una de las oportunidades procesales que corresponden a las presuntas víctimas. Es decir, incurriría en nuevos vicios procesales. Esto es lo que en definitiva ocurrió.

Pero sucede que en todas las opciones en que en la sentencia de la CIDH se omitiera referencia a las menores sin notificarlas y oír las se confirmaba igualmente el vicio de nulidad, como se explicó. Por lo tanto, la situación era verdaderamente la de una nulidad insubsanable: cualquiera fuera el modo en que la sentencia (no) se refiriera a las menores, mientras la CIDH no determinara la notificación del padre como representante legal de ellas, confirmaba el vicio de nulidad. Y así pasaba también si se resolvía notificar al padre en representación de sus hijas, pues en ese acto se reconocía el vicio de nulidad, que era causa de tal emplazamiento tardío.

Por fin, el eventual emplazamiento tardío obligaba, asimismo, a declarar la nulidad de todo lo obrado y restituir el estado de las cosas al momento anterior al acaecimiento del vicio procesal ya denunciado, pues no era posible dar a una parte menores oportunidades procesales que a otras sin incurrir, por eso mismo, en vicios procesales que, a su vez, podrían acarrear la nulidad (piénsese, por ejemplo, en lo dispuesto en los artículos 44.3a del reglamento de la Comisión IDH o 46 y ss. y 58 del reglamento de la CIDH).

A partir del análisis y comentarios anteriores, puede verse que las alternativas consistentes en emplazar tardíamente a las menores López Atala en tanto presuntas víctimas, o el omitir referirse a ellas en la sentencia definitiva del proceso, no lograban evitar el reconocimiento y confirmación del vicio que acarrearía la nulidad de todo lo obrado. Al contrario, tales caminos de hecho conducían a la misma nulidad e importaban una grave afectación de los derechos de las menores López Atala. Todo lo anterior fue debidamente expuesto a la CIDH.

228

LA RATIFICACIÓN DEL VICIO DE NULIDAD MEDIANTE EMPLAZAMIENTO TARDÍO

Con fecha 29 de noviembre de 2011 la CIDH emitió una resolución en que rechazó el pedido de nulidad presentado por el padre de las presuntas víctimas en su calidad de representante legal de ellas. Sostuvo lo siguiente:

8. La CIDH observa que la señora Atala allegó al inicio del trámite ante este tribunal un escrito, mediante el cual informó que “en representación (suya) y de (sus) tres hijas” actuarían los representantes de las presuntas víctimas en el presente caso. Por su parte, en el escrito presentado por el señor López Allendes manifestó que actuaba “por derecho propio y en representación de (sus) tres menores hijas”. Al respecto, la CIDH toma nota que en ninguna parte del expediente hay una manifestación precisa por parte de las niñas M., V., y R. respecto a si están de acuerdo con la repre-

sentación que ejerce cualquiera de sus padres y de si deseaban ser consideradas como presuntas víctimas en este caso (...).

9. En este sentido, el tribunal considera que así como el señor López Allendes señala que la señora Atala Riffo puede no estar representando efectivamente los intereses de las tres niñas en el proceso ante esta CIDH, tampoco puede establecerse que él representa dichos intereses por el sólo hecho de tener su representación legal de acuerdo con la normativa chilena. Mucho menos cuando el acto que le otorgó dicha representación legal de las niñas (la sentencia de la Corte Suprema que decidió la tuición) es precisamente el acto del Estado que se encuentra bajo análisis en el presente caso (...).
11. Teniendo en cuenta la controversia entre la madre y el padre, y el alcance del derecho de las niñas a participar y ser oídas, la CIDH considera útil, en el marco específico del presente caso, ordenar, como prueba para mejor resolver, que las niñas M., V. y R. sean informadas sobre su derecho a ser oídas ante la CIDH y las consecuencias que el ejercicio de ese derecho implica, con el objetivo de que las tres niñas manifiesten lo que desean al respecto (...).
12. Por último (...) la CIDH considera que el derecho de las niñas a ser oídas puede ser ejercido directamente por ellas, sin necesidad de un representante legal, a menos que ellas así lo manifiesten.

229

El 30 de noviembre de 2011, el secretario de la CIDH envió una comunicación al padre de las menores, afirmando lo siguiente:

“Respecto a la solicitud concerniente a que el proceso que se ha llevado a cabo hasta el momento ante este Tribunal sea declarado nulo, la Corte observa que, mediante Nota de Secretaría de 19 de Octubre de 2012 y de conformidad con el artículo 39.1.d del Reglamento de la Corte, se notificó a los representantes de las presuntas víctimas de la demanda que presentó la Comisión Interamericana contra el Estado de Chile, en relación con el caso Karen Atala e hijas. por tanto, la Corte no encuentra irregularidades en la forma en que se realizó la notificación en el presente caso”.

Como puede verse, la CIDH:

- a) reconoció que no constaba que la madre representara válidamente a sus hijas;
- b) negó la representación legal del padre;
- c) dispuso, como medida para mejor resolver, que las menores fueran oídas directamente, sin necesidad de un representante legal, en una audiencia especial al efecto y

- d) consideró que las menores estaban bien emplazadas, pues se habría notificado la demanda a los representantes de las presuntas víctimas. Sobre lo anterior cabe decir:
- a) La resolución de la CIDH constituye un agravio, pues al negar la representación legal de Jaime López sobre sus hijas menores desconoció el efecto de una sentencia judicial dictada por los tribunales nacionales: en realidad lo que hizo la CIDH fue suspender el efecto de una sentencia judicial de la Corte Suprema de Chile, que se encuentra firme y sin tener facultades para ello. Ocurre que la CIDH no es “instancia” y, por tanto, no puede “revisar” las decisiones de los tribunales chilenos y menos aun declararlos sin valor o suspenderlos. En esta línea, tanto la Comisión IDH como la CIDH sostuvieron que no revisarán la tuición de las menores; por tanto, tampoco podían revisar los efectos que necesariamente se siguen del cuidado personal, como son la patria potestad y la representación legal de las menores.
 - b) Pero la CIDH cuestionó en sede internacional la representación legal de las menores a partir de la duda, pues dijo que no era claro que los intereses del padre fueran los mismos que los de las hijas. Con todo, la CIDH confunde “conurrencia de intereses” con representación legal, ignorando lo que al efecto establece la Convención de Derechos del Niño, que refiere la representación legal, en sede internacional, al Derecho interno. Aun cuando en este procedimiento los intereses de las menores no fueran coincidentes con los del padre, ello no niega que éste sea su representante legal y, por tanto, el único habilitado para representarlas en el proceso.
 - c) A mayor abundamiento, la representación es una institución de Derecho Común. No puede comportarse en forma distinta ante la CIDH. Además, se vulneró, en su esencia, una garantía básica del debido proceso: la defensa en juicio. Es absurdo asignarles a las menores una suerte de capacidad procesal, para que actúen por sí mismas, cuando su situación de ser menores de edad exige que sus representantes legales las representen en la elección de sus apoderados, para ejercer su derecho de defensa.
 - e) Desde el punto de vista teórico, la resolución vulneró la existencia del presupuesto procesal de la postulación, el que se explica por varias razones que claramente la CIDH no consideró:
 - 1) porque la defensa de los derechos en juicio requiere la intervención de personas que, por su formación profesional, están dotadas de los conocimientos técnicos y el criterio jurídico

para asegurar el derecho de defensa que garantiza todo pacto de derechos humanos;

2) porque en el desenvolvimiento de la relación procesal se debe realizar una serie de actos, cuyos efectos o consecuencias no pueden ser cuantificadas habitualmente por un no letrado.

No se entiende cómo podrían las menores de edad ponderar de manera adecuada el correcto ejercicio de sus derechos ante esta instancia internacional, sin la asistencia en el juicio de su representante legal, quien es el único que podría, legítimamente designar un apoderado. Aunque en el plano teórico y de Derecho Comparado no existe un modelo único acerca de la forma en que se debe cumplir con el presupuesto de la postulación procesal, lo que sí no se puede cuestionar es que unas menores de edad nunca podrán actuar por sí mismas en la defensa de sus derechos en una corte internacional de derechos humanos.

f) Sobre el mismo punto, la resolución de la CIDH dijo que no se podía tener al padre como representante de las menores, pues ostenta dicha representación en virtud de la sentencia de la Corte Suprema, la que estaba siendo sometida a revisión en el proceso. Pero negar la representación legal en virtud de esta revisión implica prejuzgar: pues al momento de la resolución en comento aún no se había fallado que tal decisión fuera arbitraria o discriminadora. Luego, no corresponde partir de la base de ese adjetivo para negar la representación legal. Hubo evidente petición de principio. Y, aunque –como en definitiva ocurrió– se fallara que la decisión de la Corte Suprema de Chile fue arbitraria, ello no tiene como efecto la anulación de dicha sentencia. Por tanto, de ningún modo se niega ni se podía negar la representación legal del padre.

g) En el mejor de los casos podría considerarse que el oír a las menores constituye una medida “cautelar”, pero no fue solicitada así por la Comisión IDH ni dictada por la CIDH con esa naturaleza. Ambas dijeron reiteradamente que no eran una instancia adicional y que no revisarían la tuición, pero esta resolución en la práctica lo hizo, pues negó la representación derivada de la patria potestad que otorga el cuidado personal. Decir que sólo lo hizo a efectos “internacionales” es falaz: pues contradice lo que al efecto dispone la Convención de Derechos del Niño, y lo hace asumiendo que existe conflicto de intereses entre las niñas y el padre (cuando debería probar ello y, probado, disponer una medida cautelar en favor de las menores).

h) Si el derecho de las niñas a ser oídas es tan fundamental, no se puede pretender subsanar este vicio, en el contexto de un largo proceso que tomó años, simplemente por el hecho de escucharlas al final, y sólo como una medida para mejor resolver. Por ejemplo, especialmente grave es el vicio en el procedimiento ante la Comisión IDH, cuando se negociaron con el Estado las posibles medidas compensatorias para llegar a un acuerdo extrajudicial, en el cual las menores no tuvieron ninguna participación, como, asimismo, el vicio insubsanable relativo a la consulta a las presuntas víctimas sobre su decisión de someter el asunto a conocimiento de la CIDH. La Comisión IDH había vulnerado derechos fundamentales de las menores, y en esta resolución la CIDH sencillamente omitió toda referencia a tales vicios.

i) La CIDH resolvió pasando por alto todos los vicios ocurridos durante la tramitación ante la Comisión IDH, y denunciados debidamente. Decir que no hay nulidad porque el procedimiento ante la CIDH se inició con la notificación a los representantes de las presuntas víctimas, y a la vez decir que no consta que la madre represente a sus hijas dentro del proceso es evidentemente contradictorio. Y vergonzoso. En efecto: la resolución de la CIDH negó la nulidad en razón de que los representantes de las presuntas víctimas fueron notificados con fecha 19 de octubre de 2010 de conformidad al reglamento de la CIDH, art. 39.1.d. Pero en el numeral 8 de la resolución en comento reiteró que Karen Atala inició el procedimiento estableciendo que los representantes actuarían en representación suya y de sus tres hijas menores. Y no obstante, en el mismo número dijo que no hay en el expediente constancia alguna de que las menores hayan manifestado su aceptación a ser representadas por su madre, ni de si deseaban ser consideradas presuntas víctimas en el caso, agregando que la posición de la madre no necesariamente representaba los intereses de las menores. No es posible, entonces, tener por notificadas conforme a derecho a presuntas víctimas que no han declarado ni aceptado ser consideradas como tales, menos si la misma CIDH reconoce este hecho. Pero, al parecer, para la CIDH es lo mismo decir que las partes de un proceso no han sido representadas, y que sí han sido representadas a efectos de su emplazamiento original.

j) La CIDH dio opción a las menores a ser oídas porque las consideró parte del proceso (salvo que las quisiera oír en calidad de testigos, pero nada permite concluir esto). Pero en el mismo

acto puso en duda su calidad de presuntas víctimas, pues afirmó que no constaba que la madre hubiera actuado en su representación. Luego, si no existía certeza de que las menores fueran representadas por su madre, sumado al hecho evidente de que ellas no iniciaron a título personal el proceso en la Comisión IDH, lógicamente tampoco existía certeza de que fueran parte en el juicio. Esto lleva al absurdo de que las niñas no tenían a nadie que las representase al momento de plantearse el conflicto ante la Comisión IDH y seguirse ante la CIDH y, sin embargo, se las tuvo por notificadas en los representantes de las presuntas víctimas.

k) El razonamiento de la CIDH es, insistimos, contradictorio: pues si las menores eran presuntas víctimas –y en su calidad de tales se dispuso una audiencia especial para oír las *ad portas* de dictar sentencia–, lo eran, pues, la madre las había representado hasta entonces en ambas instancias internacionales. Sólo así es lógicamente sostenible la declaración de la CIDH según la cual no habría irregularidad en la forma en que se realizó la notificación en el presente caso. Y si lo obrado en ambas instancias no adolecía de vicio procesal alguno en relación con la representación legal de las partes, resulta insostenible resolver que las tres menores no eran representadas por su madre. Asimismo, si todas las presuntas víctimas habían gozado de un debido proceso ante la Comisión IDH y la CIDH, no es coherente resolver que algunas de ellas requieren de una audiencia especial para ser informadas sobre su derecho a ser oídas ante la CIDH. Vale la pena insistir en este punto: la audiencia pretende informar a las menores sobre su derecho a ser oídas; luego reconoce que aún no lo han sido.

l) Aun concediendo que la disposición de una audiencia especial para informar a las menores de su derecho a ser oídas no constituye un acto irregular, ello no permite negar que todas y cada una de las partes de un proceso deben tener las mismas garantías procesales. Pero en el presente caso la resolución de la CIDH dispone para algunas de las partes una simple audiencia para informarles sobre su derecho a ser oídas, y no les da oportunidad de participar, con igualdad, en las demás instancias procesales ya concluidas, como si ocurrió con las demás partes.

Como puede apreciarse, la resolución de la CIDH no hizo sino ratificar y confirmar el vicio de nulidad denunciado por el padre de las menores, pues, más allá de toda consideración jurídica, el hecho innegable y declarado expresamente por la misma CIDH era que las menores

no había sido representadas y, por tanto, era necesario oírlas. Esto es, no habían sido emplazadas.

*LA AUDIENCIA PARA INFORMAR A LAS MENORES SOBRE SU DERECHO
A SER OÍDAS, COMO MEDIDA PARA MEJOR RESOLVER*

El 20 de diciembre de 2011 la CIDH informó al padre de las menores que la secretaría tenía planeado realizar la diligencia ordenada entre el 16 y el 24 de enero de 2012, solicitándole por ello que, a más tardar, el 9 de enero le indicara en qué lugar se encontrarían las niñas en esas fechas, con el fin de coordinar la logística de la audiencia.

El 9 de enero de 2012, el padre solicitó a la CIDH que completara la resolución de fecha 29 de noviembre de 2011 (aquella que había omitido pronunciarse sobre el pedido de nulidad del procedimiento ante la Comisión IDH) y precisara, a su vez, las condiciones y demás detalles de la manera cómo se realizaría la diligencia de toma de declaración de las tres menores.

El 3 de febrero de 2012, luego de casi un mes, la secretaría respondió al padre que la diligencia se llevaría a cabo el 8 de febrero, es decir, dentro de tres días hábiles, en Santiago de Chile y no en Temuco, lugar donde las menores tenían y tienen su domicilio legal, y que se encuentra a setecientos kilómetros de distancia aproximada. Es decir, un plazo no razonable y un lugar distante que no corresponde al domicilio legal de las menores, con la agravante ambos de que el padre no fue consultado al respecto para poder organizarse y cumplir con esa diligencia. Cabe señalar, además, que, coincidentemente, en tales fechas las menores M. y R. se encontraban en período de visita junto a su madre.

La CIDH informó, a su vez, que el lugar preciso donde se desarrollaría la diligencia sería “posteriormente informado”; es decir, no sólo no consultó al padre sino que, además, se pretendía que viajara a Santiago de Chile, a un lugar que, conforme se sucedieron los hechos, no conocería sino hasta el mismo día de la diligencia, y horas después de iniciada ésta.

Adicionalmente la CIDH dispuso que las hijas de Jaime López, a pesar de ser menores de edad, participaran en esa diligencia sin la presencia de su representante legal, sin asistencia jurídica y de manera no pública, bajo el argumento de que se trataría de una “conversación informal”, en evidente vulneración de su condición de menores, que tienen derecho a ser oídas y contar con las debidas garantías de un debido proceso, como son el declarar en presencia de su representante legal, contar con una asesoría jurídica y que la diligencia sea pública para evitar la arbitrariedad, garantías todas ellas que conforman un debido proceso y están recogidas

en el artículo 40° de la CDN, debidamente concordado con el artículo 12° y demás pertinentes del mismo tratado, además de estar recogidas en el artículo 8° de la CADH.

Señaló también la CIDH que dicha diligencia sería realizada por la delegación de la secretaria de la CIDH, conformada al efecto por la secretaria adjunta y por dos funcionarios del área legal de la secretaria, precisándose que durante dicha diligencia “no se llevará a cabo ningún tipo de interrogatorio y no estarán presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes”.

El 6 de febrero de 2012, en forma oportuna y ante la falta de las garantías señaladas, el padre formuló oposición a la realización de la diligencia en mención y solicitó que se realizara en una nueva fecha y con las debidas garantías.

Sin embargo, el mismo 8 de febrero, y más de una hora después de la citada para la diligencia de toma de declaración de las menores (12:04 hora de Chile), se comunicó al padre la hora y el lugar de realización de la mencionada diligencia (10:30 hora de Chile), refiriéndose adicional, y contrariamente a lo señalado por la propia secretaria en su comunicación de fecha 3 de febrero antes mencionada, que

“la delegación designada por la Corte estará acompañada en caso de ser necesario por la psicóloga María Alicia Espinoza Arbazúa”,

235

es decir, se admitió la presencia de una profesional que no era otra que la misma perita ofrecida por la peticionante Karen Atala ante la CIDH, situación del todo irregular, pues, al ser una perita de parte, dicha profesional evidentemente no aseguraba las condiciones de imparcialidad que debe cumplir un profesional designado por cualquier tribunal. Si a ello se aúna el hecho de que la CIDH decidió no admitir la presencia de los padres, sus abogados o demás partes en este proceso, la irregularidad simplemente se acrecienta y se vuelve impresentable.

En la resolución mediante la cual la CIDH dispuso que se escuchara a las menores como prueba para mejor resolver (confirmando el vicio de nulidad según lo ya desarrollado), se señaló que el derecho de los niños y niñas a ser oídos en los procesos en que se determinen sus derechos, debía ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN,

“el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado del niño, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”.

Asimismo, el artículo 8.1 de la CADH señala que este derecho debe contar “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”.

Esto armoniza con lo que la CIDH señaló en la OC-17/2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, según la cual

“en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelvan derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal”.

Las actuaciones que garantizan el debido proceso legal consisten en declarar en presencia de su representante legal, contar con una asesoría jurídica y que la diligencia sea pública para evitar la arbitrariedad. Sin embargo, en el caso de la menor V., que para entonces no se encontraba con su madre, el avisarle la hora y lugar de la audiencia aproximadamente una hora y media después de la misma, impidió que pudiese concurrir.

La inobservancia de los principios y normas de proceso legal, en este caso, es más grave aún, pues la calificación que se le había dado a las menores era, como se ha reiterado, de “presuntas víctimas”, por lo que correspondía que se cumpliera lo previsto en el artículo 50° del reglamento de la CIDH, que recoge principios como el de contradictorio, audiencia, defensa y el de publicidad, situación que a razón de lo anteriormente expuesto no se había verificado en modo alguno.

236

Además de las innegables irregularidades y vulneraciones al debido proceso ya descritas, cabe hacer presente una nueva y absurda contradicción: pues contra lo señalado por la CIDH en su resolución de fecha 29 de noviembre de 2011 –que el padre tampoco representaba a las menores, no obstante ser su representante legal–, todas las notificaciones mencionadas en este apartado fueron enviadas por la CIDH precisamente a Jaime López, a través de su representante *ad litis*, para que por su intermedio las menores quedaran en conocimiento de la audiencia dispuesta para informarles sobre su derecho a ser oídas, su día, lugar y hora.

LA DELIBERADA OMISIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LA MENOR V. LÓPEZ ATALA

Con fecha 22 de febrero, la menor V., en razón de no haber sido oída por la delegación dispuesta al efecto por la CIDH, según ya se explicó, envió a la Corte una comunicación escrita manifestando con claridad su posición sobre el asunto controvertido, pidiendo, asimismo, ser oída y representada por su padre. Este escrito fue expresamente firmado por la menor a título personal, con la aquiescencia de su padre.

El secretario de la CIDH, Pablo Saavedra Alessandri, acusó recibo de dicha comunicación con fecha 23 de febrero. El día 2 de marzo, el mismo secretario, siguiendo instrucciones del Pleno de la Corte, informó al padre de las menores que sus anteriores solicitudes no serían tramitadas, pues, según la Corte había resuelto el 29 de noviembre de 2011, él no las representaba en este proceso. Otro tanto dijo la Corte sobre cualquier comunicación futura que fuera enviada por el padre.

Además del gravísimo error jurídico reiterado en la resolución recién mencionada, es necesario hacer notar que la negligencia de la CIDH llegó al extremo de no comprender debidamente lo que leía: pues la comunicación de fecha 22 de febrero fue enviada por la menor V., quien era indiscutidamente parte del proceso. Así, al resolver no tramitar dicha comunicación en los hechos se denegó a dicha menor su derecho a ser oída. Además, este proceder estuvo en directa contradicción con el numeral 12 de la resolución de la CIDH de fecha 29 de noviembre de 2011, en que expresamente sostuvo que las menores serían oídas directamente, sin la necesidad de sus representantes legales, salvo si ellas así lo manifestaran. Y así fue en este caso. Pero la CIDH hizo oídos sordos.

Con fecha 7 de marzo la menor V. López Atala envió nuevamente una comunicación a la CIDH, reiterando su posición y su deseo de ser oída y representada por su padre. Esta vez, para evitar que la mención del nombre de su padre fuera mal interpretada por la CIDH, envió tal comunicación por intermedio de su abogada, Sonia Vargas Etcheberry. El secretario de la CIDH acusó recibo de la comunicación el mismo día. Sin embargo, la comunicación, una vez más, no fue tramitada.

237

Conclusiones

Es claro, a la luz de lo expuesto, que la CIDH deliberadamente eligió no escuchar a una de las partes del proceso; que notificó tardíamente a las menores, ratificando así la falta de emplazamiento respecto de ellas; que designó un perito de parte para la realización de una instancia jurisdiccional; que deliberadamente omitió pronunciarse sobre los vicios procesales ocurridos durante la tramitación del proceso ante la Comisión IDH; que resolvió no declarar la nulidad del proceso seguido ante ella de un modo tan absurdo que, por medio del mismo, la confirmó.

Éstos son los hechos. El proceso estuvo viciado y es nulo. La CIDH dictó sentencia en un juicio en el que primaron reivindicaciones ideológicas muy por sobre el interés superior del niño, el respeto a la verdad y el imperio del Derecho.

Bibliografía

- Caso Baena Ricardo y otros, sentencia del 2 de febrero de 2001.
- Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001.
- Caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000.
- Caso Castillo Petruzzi, sentencia del 30 de mayo de 1999.
- Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997.
- Caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de setiembre de 1997.
- Caso Paniagua Morales, sentencia del 8 de marzo de 1998.
- Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.
- Caso Villagrán Morales y otros, sentencia del 19 de noviembre de 1999.
- CIDH, “Artículo 55 de la CADH”, OC-20/09, de 29 de setiembre de 2009.
- CIDH, “Caso Baena Ricardo y otros. Competencia”, sentencia de 28 de noviembre de 2003.
- CIDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’”, sentencia del 19 de noviembre de 1999.
- CIDH, “Caso Genie Lacayo”, sentencia del 29 de enero de 1977.
- CIDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia de 6 de febrero de 2011.
- CIDH, “Caso Tribunal Constitucional”, sentencia del 31 de enero de 2001.
- 238 CIDH, “Condición jurídica y derechos del niño”, OC-17/02, del 28 de agosto de 2002.
- CIDH, “Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, OC-19/05, del 28 de noviembre de 2005.
- CIDH, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, OC-16/99, del 1 de octubre de 1999.
- CIDH, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, OC-11/90, del 10 de agosto de 1990.
- CIDH, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, OC-9/87, del 6 de octubre de 1987.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 1994, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCI, sec. 6ª, Santiago, 1994.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 31 de julio de 1935, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXXIII, sec. 2ª, Santiago, 1936.
- Corte Suprema de Chile 23 de mayo de 1990, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXVII, sec. 1ª, Santiago, 1990.
- Corte Suprema, 29 de mayo de 1951, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 48, sec. 1ª, Santiago, 1951.
- Corte Suprema de Chile, 8 de junio de 1933, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXX, sec. 1ª, Santiago, 1933.
- Corte Suprema de Chile, 13 de junio de 1912, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* t. x, sec 1ª, Santiago, 1913.

- Corte Suprema de Chile 16 de julio de 1957, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LIV, sec. 2ª, Santiago, 1957.
- Corte Suprema, 24 de agosto de 1939, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 37, sec. 1ª, Santiago, 1940.
- Corte Suprema, 31 de agosto de 1992, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 89, sec. 1ª, Santiago, 1992.
- MEDINA, Cecilia, "La interpretación de los Tratados de Derechos Humanos", en AA.VV., *Materiales de enseñanza del Seminario de Derechos Fundamentales*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional, 2002.

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 1 | 2012

LA DOCTRINA DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN COLOMBIA NOVEDADES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y “LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REALIDAD”

Nicolás Augusto Romero Páez*

“[El constitucionalismo] es la *epifanía del reformismo* de una revolución, porque viene caracterizada de una carrera continua hacia la innovación como reparación de lo que “no va bien”.
Danilo CASTELLANO

1. Introducción

243

Toda reseña sobre sentencias judiciales reclama una crítica continua a las definiciones y categorías que distancian los contenidos generalmente ideologizados y racionalistas de las sentencias de los tribunales constitucionales de lo que es la *jurisprudencia*, como verdadera y real *prudencia del derecho*. Es así como ante la crisis endémica de muchas nociones modernas, hoy es necesario para los juristas pensarlas y repensarlas a fondo, tanto en las propias ideas que plantean como en sus consecuencias. Tal vez a ello obedezca la revitalización de la filosofía jurídica. A continuación, pretendo realizar un comentario sobre doctrina judicial (también denominada “jurisprudencia”, la mayoría de las veces sin hacer justicia al término) de la Corte Constitucional de Colombia, que, sin embargo, pretende hacer énfasis en una perspectiva problemática de la teoría constitucional.

NEOCONSTITUCIONALISMO

El *estado de cosas inconstitucional* es una de las *criaturas* teóricas del neoconstitucionalismo ligada a la dimensión objetiva de los derechos fun-

* Miembro investigador del Instituto de Estudios Constitucionales y profesor de Historia y Filosofía del Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá, Colombia. Correo electrónico: nicolas.romero@correo.usa.edu.co

damentales. El neoconstitucionalismo¹ puede ser el marco general de la teoría constitucional dentro del cual se deben abordar las novedosas figuras con las cuales los jueces constitucionales abordan –cada vez con mayores atribuciones– las diversas cuestiones político-jurídicas de constitucionalidad o de ejercicio de funciones de protección de derechos fundamentales. Para algunos esas nuevas figuras le inyectan renovados aires al Derecho, disciplina que, como todas, estaría en constante evolución y proyección. Otros consideran que tales novedades no son otra cosa que la necesaria forma racionalista de justificar la implementación incesante del estado social y de los principios democráticos y pluralistas.

El neoconstitucionalismo, por lo menos en una de sus facetas², la faz que se relaciona con el Derecho Constitucional, trabaja y se abre paso a través del rompimiento de paradigmas del Derecho, sean éstos clásicos o modernos. Tal rompimiento es ejecutado por decisiones judiciales y políticas que suelen calificarse como “progresistas” o “liberales”³.

EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

244

La doctrina del ECI se instituyó como una solución que adopta el juez constitucional ante la constatación de que las causas de una desprotección generalizada de derechos fundamentales obedece a causas *estructurales* del Estado, frente a lo cual dicta órdenes a las autoridades administrativas tendientes a dar remedio a la situación inconstitucional y que obedecerán al entendimiento que el tribunal tenga sobre las fallidas o inexistentes políticas públicas que debería aplicarse para garantizar los derechos fundamentales violados.

¹ El neoconstitucionalismo, que puede denominarse también como posconstitucionalismo, hace referencia a una concepción renovada del constitucionalismo en la cual se muestran elementos teóricos y prácticos ausentes por completo o presentes, pero en menor intensidad, en la teoría constitucional clásica (denominada también primer constitucionalismo). Hablar de neoconstitucionalismo es hablar de constitucionalismo posmoderno.

² Miguel Carbonell considera que dichos objetos de estudio serían dos; por un lado, el conjunto de “fenómenos evolutivos” que han afectado el estado constitucional y, por el otro, una nueva teoría del Derecho. Siguiendo al profesor Miguel Ayuso, sería preciso añadir un tercer objeto de estudio, que sería la ideología neoconstitucionalista.

³ En la última elección de magistrado para la Corte Constitucional de Colombia, se debatió la conformación de una terna a la cual aspiraba una abogada con vastas calidades para el cargo, la cual, sin embargo, fue virtualmente vetada por no corresponder al pensamiento “liberal” del magistrado saliente. La plaza que dejaba debía ser llenada, según los medios académicos liberales, por alguien de ese talante, alguien que garantizara decisiones progresistas.

Si bien el ECI parece⁴ tener su origen formal en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, de donde pasó a otros tribunales constitucionales en Hispanoamérica, como Perú y Argentina, su origen teórico y sus fundamentos iusconstitucionales pueden ubicarse en los años posteriores a la segunda posguerra, específicamente en la llamada *teoría de la dimensión objetiva de los derechos humanos*, y con algunas influencias de los *structural remedies* del Derecho anglosajón⁵.

Se intentará exponer sus principales fundamentos y postulados, así como su operatividad en la práctica constitucional en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, paladín de esta doctrina. Múltiples conceptos y problemas de teoría constitucional pueden derivarse de esta doctrina, desde sus fundamentos constitucionales problemáticos hasta las consecuencias que trae para el Derecho Administrativo y la filosofía y teoría políticas. Estas cuestiones se plantearán como aspectos problemáticos del ECI.

La Corte Constitucional colombiana es reconocida como pionera en la promoción y formulación jurisdiccional de los cánones neoconstitucionalistas en el mundo⁶. Doctrinas como la del bloque de constitucionalidad de ese tribunal han sido verdaderamente revolucionarias, pues dejaron atrás nociones básicas del Derecho y de la teoría del Estado modernas para avanzar en las garantías del *Estado Social*. El ECI, sin duda, abrió una perspectiva nueva para la doctrina de la protección de los derechos fundamentales del neoconstitucionalismo a través de las acciones de amparo.

245

2. La doctrina del ECI

SURGIMIENTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTOS DEL ECI

La sentencia de unificación 559 de 1997, que se puede considerar como fundadora de línea, introdujo por primera vez el ECI como instrumento a través del cual la Corte Constitucional puede declarar formalmente la existencia de una situación “social” o *estado de cosas* “que no se aviene a la Constitución”⁷. En esta providencia los actores buscaban que se tutelaran sus derechos a la igualdad, a la seguridad social y a la salud, pues la entidad

⁴ La denominación *estado de cosas inconstitucional* parece ser original del TC de Colombia.

⁵ Russell WEAVER, “The Rise and Decline of Structural Remedies”, p. 1679.

⁶ Miguel CARBONEL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 14.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU 559 de 1997.

de pensiones (Caja Nacional de Previsión) encargada de resolver sus solicitudes de reliquidaciones, reconocimiento y pago de pensión de jubilación a la que creían tener derecho, demoraba excesivamente la contestación de las mismas. La Corte Constitucional, con base en la argumentación mencionada, resolvió declarar el ECI frente a la grave tardanza en la respuesta sobre el reconocimiento de derechos pensionales a los docentes públicos y ordenó que en el término de seis meses las autoridades del caso

“adecuen los recursos económicos y humanos necesarios para que la Caja Nacional de Previsión cumpla con sus obligaciones legales y constitucionales y adopte decisiones dirigidas a impedir que se continúe transgrediendo la Carta”⁸.

La argumentación y fundamentos de esta sentencia se pueden sintetizar en el siguiente texto citado *in extenso*:

246

“se pregunta la Corte si, desde ahora, de verificarse que el comportamiento omisivo indicado viola la Constitución Política, es posible que la Corporación, en razón de sus funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional. La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante, por las siguientes razones:

(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art. 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.

(2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.

Ahora bien, si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU 559 de 1997.

de la Corte Constitucional, a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule”⁹.

La Corte consideró como fundamentos para la declaración del ECI:

- i) el principio-deber de colaboración armónica entre las ramas del poder, con lo cual se anticipó a la casi necesaria crítica que supone ir más allá de sus funciones ordinarias, para ingresar en el campo de la determinación de las políticas públicas en lo que podría entenderse como propio de los órganos de gobierno. En segundo lugar:
- ii) consideró que de no dictar *órdenes a las autoridades para conjurar la situación “inconstitucional”*, se presentaría un número inmanejable de acciones de amparo individuales cuyo sustento sería el mismo y cuya protección procedería favorablemente, por lo que el juez constitucional debía adelantarse a tal situación de congestión judicial ofreciendo un *remedio estructural*¹⁰ al problema.

247

Pero quizá el fundamento principal del ECI, esbozado desde entonces, sería la necesidad de protección de derechos fundamentales que parecen verse vulnerados en situaciones sistemáticas, reiteradas y que afectan a un número considerable de ciudadanos o a un grupo social, lo cual exigía una especie de fórmula doctrinal para proteger los derechos no sólo de los accionantes sino de todo aquél que se presumía en la misma situación desfavorable. Nos anticipamos a decir que es esta protección de los derechos lo que comporta la verdadera racionalidad constitucional que la Corte va a desarrollar para fundamentar el ECI.

En una decisión posterior¹¹ la Corte completó y desarrolló más aún el *argumento de los derechos fundamentales* al referir como razón de la decisión la necesidad de dar cumplimiento a los fines y objetivos del *Estado Social de Derecho*, tipo de Estado de Derecho definido por la constitución Política de 1991. A esta “variante” del Estado moderno, la Corte Consti-

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU 559 de 1997.

¹⁰ WEAVER, *op. cit.*, p. 1620.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-068 del 5 de marzo de 1998.

tucional le ha dado importantes consecuencias y lo ha definido a través de la siguiente caracterización:

“A diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales”¹².

En una decisión del año 2000 la Corte sintetizó su doctrina explicando que era aplicable el ECI cuando:

“(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas –que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales– y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales”¹³

248

La decisión T-025 de 2004 sobre población desplazada, que puede considerarse como sentencia *consolidadora* de línea jurisprudencial, cumplió la labor de completar la doctrina no sólo reconociendo su reiteración (elemento importante para la construcción de un precedente)¹⁴ sino fundamentalmente definiendo y ajustando sus definiciones y herramientas. En esta providencia, tras acumular en un mismo caso de tutela las acciones para la protección de los derechos fundamentales de varias personas que alegaban ser “víctimas del desplazamiento forzado interno”, la Corte declaró que había un estado de cosas contrario a la Constitución al concluir que existía una discordancia entre la gravedad de la situación de las personas que sufren un desplazamiento forzado a causa del conflicto interno y el monto de recursos públicos efectivamente destinados al goce de esos derechos fundamentales, resumiendo así las causas o factores que lo requerían:

¹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-1064 del 10 de octubre de 2001.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-090 del 2 de febrero de 2000. (Estado de cosas inconstitucional por la omisión en el pago de pensiones en el departamento del Chocó).

¹⁴ Desde hace años se viene hablando en el Derecho Constitucional colombiano de *precedente judicial constitucional y ordinario*. Véase Luis Javier MORENO, “Apuntes sobre el precedente contencioso administrativo”.

“(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales (...); (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) [una inminente] congestión judicial. [Por el número de acciones propuestas]”.

En apretada síntesis la doctrina del ECI permite que ante una multitud de solicitudes tendientes a lograr típicamente la misma protección iusfundamental y dada la constatación de que esas pretensiones son procedentes desde una perspectiva “iusproteccionista”, con el fin de evitar un volumen inmanejable de acciones de tutela, la Corte Constitucional determina una extensión o cubrimiento general (*inter comunis*) del amparo de derechos fundamentales a todos los que se hallan en el mismo supuesto fáctico, necesaria para solucionar de manera “estructural” las causas de las violaciones.

249

SOBRE LAS ÓRDENES A QUE DA LUGAR
LA DECLARACIÓN DEL ECI

Otro aspecto esencial de la doctrina del ECI son las órdenes y decisiones a que da lugar la situación inconstitucional. Como se explicó, el *decisum* de las sentencias tiene como principal determinación *declarar* la existencia de un estado de cosas inconstitucional. Hecho esto, la Corte tendría la facultad de proferir órdenes a las autoridades públicas que tienen la obligación constitucional y legal de ejecutar las políticas públicas que aquella encontró insuficientes o inexistentes. Además de las órdenes de *ejecución simple* que responden a las peticiones particulares de los accionantes en la acumulación de acciones de amparo, se añaden unas órdenes complejas destinadas a dar una respuesta “estructural” a las violaciones sistemáticas a los derechos fundamentales objeto de debate.

A manera de ejemplo, la sentencia T-025, citada anteriormente, incluyó órdenes con el fin de conseguir el aumento de los recursos públicos destinados a los desplazados, por una parte, y, por otra, a solucionar las falencias orgánicas en las entidades públicas que deben atender a la “población desplazada”. La Corte ordenó al gobierno conseguir, en un plazo determinado, los recursos económicos del presupuesto de la nación y de

las entidades territoriales para proteger los derechos del grupo de personas desplazadas. Asimismo, ordenó al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada, en un plazo máximo de seis meses, concluir todas las acciones destinadas a que las personas desplazadas gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos¹⁵.

LOS AUTOS DE SEGUIMIENTO

Pero el activismo¹⁶ de la Corte Constitucional no queda agotado en la emisión de las sentencias que resuelven de la manera planteada una acumulación de recursos de amparo. A través de los *autos de seguimiento*, el alto tribunal asume la competencia para conocer del trámite de cumplimiento de las sentencias que declararon un ECI. Esa competencia le corresponde cuando

“se han emitido órdenes complejas, para cuya efectividad es necesario un permanente seguimiento y la adopción de nuevas determinaciones...”¹⁷.

250 Esas novedosas capacidades del tribunal le permitieron, por ejemplo, exigir a una entidad de aseguramiento pensional que le presentara un plan de acción para la superación efectiva del ECI (decretado en sentencia SU 559 de 1997), para lo cual la Corte llegó, incluso, a determinar el plazo de respuesta de las solicitudes de reconocimiento de pensiones de jubilación.

En el caso del ECI sobre desplazamiento forzado (sentencia T-025 de 2004) se han dictado más de cincuenta y tres autos de cumplimiento. Uno de ellos, que se profirió con ocasión de la muerte, al parecer, violenta, de una mujer líder de una organización de personas víctimas del desplazamiento interno, determinó unas medidas de protección inmediata a la vida de los líderes e integrantes de esa organización que debían cumplir diversas autoridades en distintos sentidos¹⁸. Esto tuvo como consecuencia que el Ministerio del Interior dispusiera personal de la Policía Nacional para la protección permanente de esos ciudadanos en supuesto riesgo, lo cual, por supuesto, derivó en una misión policial de imposible cumplimiento. El caso llama la atención, porque la declaración de un ECI llevó a un proceso de seguimiento que implicó medidas extremas de protec-

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-025 del 22 de enero de 2004.

¹⁶ Marcelo Alegre define como activismo esta protección judicial de los derechos socioeconómicos. Marcelo ALEGRE, “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”, pp. 13, 21.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, auto 256 de 2007.

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, auto 09 de 2009.

ción insostenibles para el aparato estatal. El argumento de los derechos fundamentales prestacionales cedió en este caso ante el carácter objetivo del núcleo esencial del derecho a la vida, la necesidad de garantizar positivamente (es decir, con acciones positivas) la vida de un grupo de personas determinado.

Otro de los autos de cumplimiento sobre población desplazada es el A-008 de 2009, por medio del cual declaró que persistía un ECI frente al desplazamiento forzado interno por causa del conflicto interno. En el numeral segundo de la parte resolutive se ordenó al representante de la entidad encargada de coordinar el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada demostrar que no existe tal ECI que la Corte “constató” en el numeral primero¹⁹. Es decir, el tribunal declaró que persistía el ECI, pero inexplicablemente ordenó al gobierno demostrar lo contrario.

Asimismo, emitió órdenes al gobierno para que cumpliera con la obligación de mantener en el presupuesto general de la nación un rubro exclusivo para la atención de la población desplazada y consideró que era su competencia aceptar las decisiones adoptadas por los órganos de desarrollo y ejecución de políticas públicas del gobierno en materia de atención a la población desplazada²⁰. En otra determinación resolvió

«ORDENAR al Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Director de Acción Social y a la Directora del Departamento Nacional de Planeación, dentro de la respectiva órbita de sus competencias, reformular la política de vivienda para la población desplazada, para lo cual, podrán considerar los elementos y criterios mínimos de racionalidad señalados en los párrafos 67 a 69 de este Auto”²¹.

251

PERSISTENCIA O DESAPARICIÓN DEL ECI

El auto 008 de 2009 resuelve “constatar” la persistencia del ECI²² en cuanto al problema del desplazamiento forzado y determina que su demostración, en contrario, corresponde al gobierno nacional, con fundamento en lo

¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, auto 09 de 2009, numeral 2, *decisum*.

²⁰ *Op. cit.*, numerales 4 y 6.

²¹ *Ibid.*

²² PRIMERO. “CONSTATAR que persiste el estado de cosas inconstitucional, a pesar de los avances logrados. Igualmente, *Constatar* que a pesar de los logros alcanzados en algunos derechos, aún no se ha logrado un avance sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de la población víctima de desplazamiento forzado. La carga de demostrar que las condiciones que dieron lugar a la declaratoria del estado de cosas inconstitucional han sido superadas, recae sobre el gobierno nacional”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, auto 008 de 2009.

cual decide dictar una batería de nuevas órdenes complementarias. Esa declaración sobre el “estado” del ECI era de esperarse por virtud de las nuevas atribuciones surgidas en el marco de un trámite de seguimiento. Sin embargo, todo esto lleva al punto de, ¿cómo demostrar que ese ECI ha desaparecido? ¿Nos encontramos ante presupuestos probatorios comunes al derecho procesal? ¿O tal vez habrá que acudir a una suerte de ejercicio dialectico más subjetivo o dependiente de la *ideología* política del juez?

La Corte plantea la siguiente doctrina para determinar que efectivamente se ha podido eliminar la situación inconstitucional:

“a) Goce efectivo de derechos por parte de un alto porcentaje de la población desplazada y demostración de que están dadas las condiciones para mantener este resultado y avanzar sosteniblemente en lograr que todos los desplazados gocen de sus derechos constitucionales.

b) Corrección de las causas estructurales del estado de cosas inconstitucional, en especial (i) la insuficiencia de recursos y (ii) la precaria capacidad institucional. Estas causas deben ser corregidas a nivel nacional y territorial, según las prioridades departamentales y locales fijadas con base en la expulsión y recepción de desplazados.

c) Demostración de que las políticas públicas relacionadas con cada uno de los derechos constitucionales de los desplazados conducen efectivamente a lograr el goce efectivo de los derechos por parte de los desplazados, lo cual comprende dos aspectos esenciales reiterados por la Corte en numerosas providencias: (i) la orientación de manera racional de las políticas públicas para alcanzar dicha finalidad y (ii) la introducción de un enfoque diferencial, en especial respecto de mujeres, menores, adultos mayores, indígenas, afrocolombianos y personas con discapacidad”.

252

En suma, el significado de lo anterior (aunque en clave personalista: pues su discurso es el de la urgencia de la garantía de derechos) es que mientras en la nación subsistan vacíos o carencias en el goce de derechos del tipo social, económico o cultural, y más aún del núcleo esencial de libertades, y subsistan (lo cual solamente puede evidenciarse desde el prisma ideal particular de la Corte) fallas en la formas cómo están dispuestos los órganos públicos para la satisfacción de esos derechos, la Corte Constitucional tiene la potestad de determinar lo concerniente al cumplimiento de tal ideal. Lo cual, teniendo en cuenta la situación de cientos de Estados (situación de la que no escapan, incluso, países europeos) conlleva a un estado excepcional justificante de la asunción permanente de la dirección institucional por parte del TC, pues, ¿quién puede pensar que tales carencias en el goce efectivo de derechos puedan desaparecer fácilmente?

LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS
COMO FUNDAMENTO TEÓRICO DEL ECI

El sustento último o racionalidad última dentro de la teoría constitucional asumida por el tribunal colombiano para su doctrina de ECI es la llamada teoría de *la dimensión objetiva de los derechos fundamentales*. Esta teoría contempla que los derechos fundamentales ya no sólo tendrían una faceta subjetiva de facultad de defensa frente a la arbitrariedad del Estado –conceptualización moderna del derecho subjetivo– sino que comportarían verdaderos principios como “mandatos de optimización”, los cuales son considerados, desde esta óptica, “objetivos”, en razón a que superan en su ejecución al sujeto para instaurar o fundar el ordenamiento jurídico y constituir órdenes para el Estado²³.

Los orígenes de la dimensión objetiva se pueden rastrear, a modo de ejemplo, en el llamado caso LÜTH del 15 noviembre de 1958, donde el TC Federal de Alemania amparó el derecho a la libertad de expresión de Erich Lüth, y consideró que las normas que establecían derechos fundamentales tenían una connotación objetiva que implicaba un manifiesto de promover y fortalecer su aplicación a favor de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad²⁴. Lo anterior para constatar que desde entonces y con otras decisiones similares se abrió paso una nueva visión según la cual los derechos ya no sólo tienen una función de protección frente a los poderes del Estado sino que, además, se entienden como fundamento del ordenamiento y de las políticas públicas. Esos derechos conforman un conjunto de principios que determinan a los órganos legislativos, judiciales y (lo que resulta más pertinente para este análisis) administrativos.

Para la Corte Constitucional las consecuencias de los mandatos que implican los derechos fundamentales como principios fundamentan la doctrina del ECI. En sentencia de 1998²⁵, con ocasión de la declaración del ECI sobre la supuesta desprotección de los defensores o activistas de derechos humanos, la Corte expuso que la *dimensión objetiva* del derecho a la vida conllevaba medidas directas y progresivas de parte del Estado a favor de unas determinadas personas (como los defensores de derechos humanos), cuyas condiciones particulares constituyen “un sustento objetivo y razonable” para diferenciarlos sin que con ello se violara el derecho a la igualdad. En este caso, la Corte Constitucional, luego de hacer refe-

253

²³ Véase la conocida tesis de Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 39 y 55; 58 y ss.

²⁴ Caso Lüth del 15 de noviembre de 1958. También Peter QUINT, “A return to Lüth”, p. 19.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-590 del 20 de octubre de 1998.

rencia a múltiples hechos de homicidios y amenazas contra miembros de ONGs de derechos humanos (casos no judicializados o sin sentencia en firme), consideró que había un estado de omisiones del Estado en brindar protecciones especiales a esos individuos²⁶.

En la célebre sentencia T-025 de 2004 afirmó el tribunal que las medidas a favor de los grupos marginados que quedaron consignadas en la Constitución Política no son facultades, sino obligaciones del legislador en orden a que efectivamente se “transformen” las condiciones materiales de las personas que soportan una situación de exclusión social²⁷. En la misma decisión la Corte consideró que, si bien existe un núcleo esencial de los derechos fundamentales de la población víctima de desplazamiento forzado²⁸, no es ese núcleo el que explica la necesidad de acudir al ECI, sino que éste en realidad encontraría su fundamento en los derechos (económicos y sociales) reconocidos constitucionalmente que imponen al Estado deberes prestacionales que implican la garantía de unas condiciones mínimas para una vida digna. Según la Corporación

“Existen ciertos derechos mínimos de la población desplazada que deben ser satisfechos en cualquier circunstancia por las autoridades a los desplazados, puesto que en ello se juega la subsistencia digna de las personas en esta situación”²⁹.

254

Es de anotar, en primer término, que la *dimensión objetiva* hace referencia a todos los derechos fundamentales, tanto las libertades básicas de la revolución francesa como aquellos *derechos prestacionales* definidos (desde la visión materialista de la modernidad) excepcionalmente como fundamentales al ser considerados como esenciales para una “vida digna”³⁰.

²⁶ “Este derecho fundamental adquiere dentro del Estado Social de Derecho una dimensión objetiva, como bien lo ha expresado esta Corte. La fuerza vinculante de este derecho, como la de los demás derechos fundamentales, se hace extensiva a las relaciones privadas, aunque es el Estado el principal responsable de su protección, garantías, respeto y desarrollo. La protección del derecho a la vida no debe ser sólo de carácter formal ni abstracto sino fáctico y mirando al futuro como protección y al presente y al pasado como respeto”. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-590, 1998.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, T-025, *op. cit.*

²⁸ “En cuanto a lo primero, es claro que las autoridades en ningún caso pueden obrar de forma tal que terminen por desconocer, lesionar o amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas. En esa medida, no pueden los desplazados ser objeto de acciones por parte de las autoridades que atenten, por ejemplo, contra su integridad personal o contra su libertad de expresión”. *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ “Entre los derechos sociales fundamentales cuya defensa por vía judicial se encuentra legitimada pueden enumerarse el derecho a un nivel mínimo para los salarios

A este respecto, la Corte Constitucional de Colombia considera como fundamentales algunos derechos de carácter “asistencial” no formulados en la Constitución Política con ese rótulo, en la medida que hayan sido reconocidos por leyes y reglamentos³¹ o cuando hacen parte del *núcleo esencial*³² de derechos o el *mínimo vital*³³. Por lo mismo, esta teoría conlleva a que el carácter *programático* de los denominados *Derechos Sociales, Económicos y Culturales*, queda superado por su carácter *objetivo* y por su necesidad de *efectividad*³⁴. Su condición de derechos se *fundamentaliza* al dar lugar al concepto de *condiciones materiales mínimas* o derechos mínimos para la vida digna, lo cual conlleva una obligación para el Estado de garantizarlos, incluso, cuando para ello se requieran recursos económicos y humanos. Es claro que algunos derechos de carácter programático no pueden hacerse efectivos al requerir recursos imposibles de conseguir. Sin embargo, en los casos que tal cumplimiento se haga posible (posibilidad material y real de parte del Estado e, incluso, de los individuos³⁵) el activismo judicial consistirá en la progresividad de esas consideradas antaño como aspiraciones programáticas.

y jubilaciones, el derecho a una prestación por desempleo, el derecho a servicios de salud y educación, etc. Medidas de gobierno que violen o nieguen estas prestaciones mínimas deben ser invalidadas por los jueces”. ALEGRE, *op. cit.*

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencias T-606 del 27 de octubre de 1998.

³² La Constitución Política de Colombia trae este concepto de derechos no restringibles en estado de excepción que corresponde a las llamadas libertades fundamentales. Reiterando, CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-349 del 8 de agosto de 1996, en CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-510 del 18 de septiembre de 1998. La Corte precisó: “aquellos bienes más preciados para el hombre (...) el derecho a la vida (CP, artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (CP, artículo 12) y la esclavitud (CP, artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (CP, artículo 29)”.

Al respecto, la Corte explicó: “En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [ley 5 de 1960], artículo 3°; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1.

³³ Entre otras: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-760 del 31 de julio de 2008 y CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-372 del 12 de mayo de 2011.

³⁴ Marcelo Alegre lo denomina “la constitucionalización de los derechos socioeconómicos”, ALEGRE, *op. cit.*, p. 15.

³⁵ Por ejemplo, a través de impuestos. En eso se materializan los distintos tipos de igualitarismo, véase ALEGRE, *op. cit.*, p. 2.

Lo que en realidad sucede es que tanto los derechos libertad básicos como los de carácter social, económico y cultural, tienden a conseguir efectividad material para los individuos en un renovado fulgor del asistencialismo del Estado de bienestar propiciado en Latinoamérica a instancias de decisiones judiciales como las expuestas.

En lo que puede ser un capítulo adicional de la dimensión objetiva está el problema de fondo: que los derechos otorgados por los jueces no correspondan verdaderamente a las exigencias de la justicia y, por tanto, no aporten al bien común de la comunidad política. Por una parte, hay una crítica básica: los derechos socioeconómicos, como lo indica Michel Villey³⁶, tienen una entidad distinta al concepto de derecho subjetivo como facultad moral e innata del hombre. Éstos fueron concebidos en el *constitucionalismo social* realmente como aspiraciones de las sociedades o propósitos cuya realización dependía, podría decirse, del buen gobierno y la ayuda de Dios. Sin embargo, este constitucionalismo de corte “bismarckiano” los entiende en un sentido materialista-igualitarista³⁷, el cual puede no acabar de comprender realidades patentes, como la crisis del Estado-bienestar en Europa, la crisis del Estado moderno o la disolución del bien común a instancias del individualismo o pluralismo de las minorías y grupos vulnerables. Todas estas cuestiones que, como mínimo, deben permitir pensar si las soluciones creadas por el *nuevo derecho de los derechos* en verdad brindan soluciones “estructurales” o, mejor, *comunes*.

256

3. Dos reflexiones finales

ACTIVISMO JUDICIAL CONSTITUCIONAL Y EJERCICIO DE FUNCIONES POLÍTICAS

Las competencias que el juez constitucional ha asumido, *motu proprio*, en el marco del ECI son resultado de la atribución de una función no contenida expresamente en la Constitución Política, excusada por las perentorias urgencias iusfundamentales que padecen los ciudadanos. Se ha mencionado cómo en el caso de los defensores de derechos huma-

³⁶ Es conocida la propuesta de Michel Villey en su *Compendio de Filosofía del Derecho.*, p. 3.

³⁷ “La concepción relacional de la igualdad parte de la intuición fundamental de la igualdad frente al azar, de acuerdo con la cual las instituciones sociales deben estructurarse de modo de neutralizar las desigualdades que no se deban a las decisiones de las personas. Pero al mismo tiempo ubica a dicha intuición en un marco más firme, al propender a la neutralización de las desigualdades debidas al azar”, ALEGRE, *op. cit.*, p. 9.

nos³⁸ no se atendió siquiera a hechos fallados judicialmente, sino sólo a una memoria histórica contada por las supuestas víctimas y asumida en honor a la buena fe. También se evidenció que en el caso del ECI sobre desplazamiento forzado, la prueba de la Corte para sus juicios era el mero hecho de la presentación de un número alto de acciones de amparo, sin que se pudiera acudir a fundamentos de hecho constatables, o parámetros presupuestales claros. Pero la justificación humanitaria, aunque fuera cierta, no obsta el análisis académico debido, ya que todo lo que se puede mencionar al respecto se mueve entre

- i) el concepto de gobierno y sus competencias en materia de políticas públicas,
- ii) el concepto de derechos fundamentales y aspiraciones sociales y
- iii) activismo judicial.

Precisamente la objeción que se hace *prima facie* sobre usurpación de una función de gobierno resume la crítica básica que corresponde desde el punto de vista del modelo constitucionalista a esa novedosa irrupción del “guardián de la Constitución” en la determinación de ejecuciones presupuestales o detalles administrativos contingentes³⁹ (propios de la función administrativa). En las múltiples referencias hechas sobre las órdenes en sentencias y autos de seguimiento de la Corte Constitucional es patente el ejercicio de una especie de *cogobierno*, que, en puridad y en algunos casos, sería directamente *gobierno* cuando la Corte emite dictámenes (gobierna)⁴⁰ sobre aspectos administrativos concretos ante acciones de gobierno juzgadas por ella como inexistentes o improcedentes. En otros de los casos citados sólo *cogobierna*, pues sus parámetros para la planeación, ejecución y dirección de la acción pública son obligatorios.

257

El canon constitucional⁴¹ enseña que la institución de tribunales constitucionales tendría por objetivo proteger el acuerdo constitucional a través del control de las leyes. Tal idea se puede resumir en lo plasmado por el juez John Marshall en la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, que se considera como primer antecedente de los tribunales constitucionales:

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-590, 1998

³⁹ La Corte llegó, incluso, a definir toda la información mínima que debe recibir una persona en situación de desplazamiento de parte de la autoridad competente. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-025, 2004.

⁴⁰ El gobierno es el director y ejecutor de la *ratio status*. Dalmacio NEGRO, “Las transformaciones de la democracia constitucional”, p. 349.

⁴¹ El canon constitucional es el del primer constitucionalismo, anterior a la segunda guerra mundial. Véase Horst DIPPEL, *Constitucionalismo moderno*, p. 256.

“la constitución escrita ha sido considerada siempre como Ley fundamental y superior de la Nación y consecuentemente la teoría de tales Gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la constitución es nulo”⁴².

Si se acepta que el canon se quiebra a instancias de una nueva atribución jurisdiccional, como resultado, paradójicamente se quiebra también el elemento definitorio de la Constitución para el constitucionalismo: *la separación de poderes*⁴³. Con toda razón decía Miguel Ayuso que el neoconstitucionalismo se mueve entre signos contradictorios⁴⁴, pues aquí un signo de la profundización del constitucionalismo como la doctrina del ECI se distanciaría de uno de sus principios fundantes.

Pero de tales objeciones estaban plenamente percatados los jueces constitucionales que se embarcaron en la aventura del activismo, al que se llama constantemente en busca de una complejión igualitarista del *Estado Social*⁴⁵. Al parecer, el activismo judicial en el siglo XXI tiene una meta clara: la implementación del *igualitarismo relacional*. Esta concepción política plantea la necesidad de que los derechos fundamentales se traduzcan en *un piso* social que supla *un mínimo* de necesidades básicas de las personas, ya que *un techo* sería inaceptable para el liberalismo político.

258

“La concepción relacional de la igualdad parte de la intuición fundamental de la igualdad frente al azar, de acuerdo con la cual las instituciones sociales deben estructurarse de modo de neutralizar las desigualdades que no se deban a las decisiones de las personas. Pero al mismo tiempo ubica a dicha intuición en un marco más firme, al propender a la neutralización de las desigualdades debidas al azar cuando impacten negativamente en las relaciones sociales”⁴⁶.

Dice Miguel Ayuso:

“es dado encontrar aristas que conciernen a la articulación, en nuestros días, de un poder político integrado por la suma de los órganos que tienen encomendada la potestad jurisdiccional”⁴⁷.

⁴² Resumiendo la tesis central de la sentencia del juez John Marshall de 1803 en *Marbury vs. Madison*. Pedro GONZÁLEZ-TRUJANO, *El Tribunal Constitucional*. Citado por Monroy, p. 24.

⁴³ Artículo 16 de La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 26 de agosto de 1789.

⁴⁴ AYUSO TORRES, “¿Neo-constitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 291.

⁴⁵ ALEGRE, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 9-10.

⁴⁷ Miguel AYUSO, “¿Neoconstitucionalismo o posconstitucionalismo?”, p. 280.

El activismo del juez constitucional⁴⁸ no es sólo un problema de una visión romántica del Derecho y de las necesidades sociales materiales⁴⁹, la irrupción del Poder Judicial más allá de la administración de justicia⁵⁰ genera un verdadero caos de la *ratio* política de una sociedad organizada, no sólo porque viola formalmente el principio liberal de separación de poderes sino, principalmente, porque después de la pérdida de los fines de la política suscitado desde la modernidad, era ese principio el que garantizaba que no se produjeran toda clase de incertidumbres, insubordinaciones y desautorizaciones institucionales, des-articuladoras de la precaria organicidad del Estado moderno.

Más aún, cuando casi todas las teorías jurídicas contemporáneas definen y alientan el papel político del juez el cual deriva en campos y límites de la discrecionalidad y la necesidad de acudir a la propia concepción ideológica⁵¹, la atribución de competencias de cogobierno por parte de los tribunales constitucionales, pone en riesgo la propia administración de justicia que se suplanta por la concesión ilimitada (en sus destinatarios) de beneficios materiales y la propia política que queda también determinada por los poderes supremos del juez.

Miguel Ayuso sostiene a este propósito:

“Hemos llegado así a un Estado de derecho que se pretende total, sin zonas exentas, y actualizado por unos jueces cada vez más “activistas”, en cuya cúspide se asienta un órgano político de apariencia judicial y que resulta paladinamente ajeno a la separación de los poderes”⁵².

259

“LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REALIDAD”

El ECI consiste, primero que todo, en la declaración de que hay una discordancia entre la Constitución y una realidad social determinada⁵³. Esta observación que parece no tener demasiada importancia, conlleva un punto de reflexión necesario e ineludible de la teoría constitucional: el

⁴⁸ Marcelo Alegre plantea un claro activismo judicial: “los jueces adopten cursos de acción más agresivos en defensa de los derechos socioeconómicos”, ALEGRE, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁹ Las necesidades inmateriales del hombre y la sociedad no caben en la perspectiva de un personalismo inmanentista.

⁵⁰ AYUSO, *Ibid.* cuál?, p. 278. el de la n. 44 o n. 47

⁵¹ Ronald Dworkin acepta tanto la aplicación de la discrecionalidad, como un campo de ideología política del juez. Véase Nicolás ROMERO, *El concepto de Derecho en Dworkin*, p. 31.

⁵² AYUSO, “¿Neoconstitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 281.

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-559 de 1997; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-068, de 1998.

constructivismo implícito del constitucionalismo como rasgo problemático de todo el Derecho Constitucional y del cual es heredero el neoconstitucionalismo probablemente en grado superior⁵⁴.

En el constitucionalismo que se puede llamar “originario” se encuentra una premisa fundamental: la Constitución no obedece a la forma como efectivamente es el poder⁵⁵, sino a las normas y principios (como estructuras) que se deben imponer como modelo social. Esa Constitución racionalista pronto logró imponerse como una *norma fundamental* que garantiza las libertades políticas y, en general, de inserción de todo el pensamiento liberal. Por ello, la Constitución que es propia de la teoría constitucional, es decir, la Constitución del *canon*, es la *Constitución liberal*, ya que se tomó como definición de constitución el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano: *una sociedad en la cual no estén garantizados los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución*.

Ferdinand Lasalle develó la ilusión racionalista en un texto bastante citado en la teoría constitucional titulado ¿Qué es una ley fundamental?⁵⁶, asume una posición empirista al considerar la Constitución como un producto de los factores reales de poder. La Constitución sería una forma empírica y no una fórmula racional-voluntarista, como en el primer constitucionalismo, y por ello plantea la necesidad de destinar los esfuerzos políticos (revolucionarios) al cambio de la “Constitución real” y no de la “Constitución estática”.

Desentrañar esa matriz racionalista que inspira el constitucionalismo conduce al entendimiento de la lógica constructivista a la cual responde. El constructivismo no busca comprender la realidad tal como es, sino rehacerla (o construirla) con base en modelos racionales⁵⁷.

⁵⁴ Aunque este tema fue objeto de un artículo de mi autoría publicado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de Colombia, es necesario dejar una mínima reflexión al respecto.

⁵⁵ Los griegos y en especial Aristóteles entendían aquello a lo que podríamos llamar constitución como una forma específica y real de la sociedad política y de su gobierno. El término *politeia* no tiene una traducción o significado consensuado en castellano, pero podemos, sin duda, definirlo en tanto que forma de la *polis* como Constitución en sentido amplio.

⁵⁶ Texto traído a Hispanoamérica por sectores de izquierda y que fue traducido por los republicano-comunistas en España a comienzos de los años 1930.

⁵⁷ La actitud ya no es la del *intus legere* griego, sino la del *cogito ergo sum* cartesiano. Al constructivismo no le interesa descubrir el orden, pretende ya haberlo descubierto a manera de fórmulas racionales que declaran un deber ser abstracto de las cosas, incluso, cuando ellas no son así por naturaleza. Véase Bernardino BRAVO LIRA, “Construcción y deconstrucción, el sino del racionalismo moderno de la Ilustración a la posmodernidad”, p. 194.

En sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional de Colombia constata la existencia de (...) un “estado de cosas inconstitucional” que “contraría la racionalidad implícita en el constitucionalismo”, al causar una

“evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenidas en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos”⁵⁸.

Se desea, entonces, que “La racionalidad implícita” en el constitucionalismo no sea contrariada por la realidad sociológica. El racionalismo no permite que ello pueda siquiera pensarse, porque su aspiración es determinar la dinámica social de acuerdo con una geometría legal⁵⁹. También ocurre una “trágica constatación” de que la Constitución no se cumple y se “excluye” del acuerdo (el contrato en cuanto a las prerrogativas que surgen a favor de los ciudadanos) a quienes no ven cumplido el catálogo de aspiraciones.

Declarar que hay situaciones de hecho que no cumplen con los postulados constitucionales que contienen derechos fundamentales, implica declarar que “la realidad inconstitucional” es la consecuencia de una aplicación coherente de la matriz racionalista del constitucionalismo. Pero lo preocupante es que esto va más allá de los juegos de palabras y los extremos absurdos del racionalismo constructivista, pues puede significar verdaderamente el olvido de que las situaciones de injusticia las cambian las personas y no las normas.

Lo que resulta esencial es repensar los problemas que aborda el constitucionalismo no desde la ilusión constructivista incapaz de determinar la dinámica social, sino a través del prisma realista que permite encontrar una *fisonomía política y jurídica* posible, ya que se ancla en la naturaleza de la sociedad y de la persona.

261

Bibliografía

ALEGRE, Marcelo, “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, N° 1, Buenos Aires, octubre 2005. Disponible en: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/publicaciones/salegre.pdf>. Visitada el 28 de julio de 2012.

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T 025, de 2004.

⁵⁹ Danilo CASTELLANO, “La jurisprudencia de los tribunales constitucionales entre interpretación y novación de la Constitución escrita: ¿hermenéutica o ejercicio de un poder político?”, p. 296.

- ALEXEY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALONSO, María José, *La solución justa en las relaciones administrativas*, Valencia, Tirant lo Blanch-Universidad de Valencia, 1998.
- ASENSI SABATER, José, *La época constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch Alternativa, 1998, citado por Marco MONROY CABRA, “Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado Social de Derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, Montevideo, 2004. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.1/pr/pr3.pdf.
- AYUSO TORRES, Miguel, “¿Neo-constitucionalismo o post-constitucionalismo?”, en revista *Verbo*, serie XLVI, N° 463-464, Madrid, marzo-abril. 2008.
- AYUSO, Miguel, “¿Neoconstitucionalismo o posconstitucionalismo?”, en revista *Verbo*, N° 503-504, Madrid, marzo-abril, 2012.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “Construcción y deconstrucción, el sino del racionalismo moderno de la Ilustración a la posmodernidad”, en *Jornadas de Derecho Natural*, México, 2007.
- CARBONELL, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.
- CASTELLANO, Danilo, “La jurisprudencia de los tribunales constitucionales entre interpretación y novación de la Constitución escrita: ¿hermenéutica o ejercicio de un poder político?”, en revista *Verbo*, N° 503-504, Madrid, marzo-abril, 2012.
- 262
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, auto 008, 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, auto 09, 2009.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, auto 256, 2007.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-372 del 12 de mayo de 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-1064 del 10 de octubre de 2001.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-090 del 2 de febrero de 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-250 del 26 de mayo de 1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU-510 del 18 de septiembre de 1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia SU- 559, 1997.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-016 del 22 de enero. de 2007.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-025 del 22 de enero de 2004.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-068 del 5 de marzo de 1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-153 del 28 de abril de 1998.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-349 del 8 de agosto de 1996.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-525, 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencias T-606 y T-607 del 27 de octubre de 1998.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-760 del 31 de julio de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia T-1695 del 7 de diciembre de 2000.
- DIPPEL, Horst, *Constitucionalismo moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- DUQUE CORREDOR, Román J., *Estado de derecho y de justicia: desviaciones y manipulaciones. El Estado de Cosas Inconstitucional*, Mérida-Venezuela, Universidad de Los Andes 2006.
- GONZÁLEZ-TRIVIJANO, Pedro, *El Tribunal Constitucional*, Navarra, Arandi, 2000, citado por Marco MONROY CABRA, “Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado Social de Derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, Montevideo, 2004. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2004.1/pr/pr3.pdf. Visitada el 9 de junio de 2012.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1974.
- MORENO, Luis Javier, “Apuntes sobre el precedente contencioso administrativo”, en *Boletín*, N° 27, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, Instituto de Estudios Constitucionales, julio a septiembre de 2011.
- NEGRO, Dalmacio, “Las transformaciones de la democracia constitucional”, en revista *Verbo*, N° 465-466, Madrid, 2008.
- PARRA DUSSAN, Carlos, “Estado de Cosas Inconstitucional”, en AA.VV., *Columnas al Derecho*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007.
- PLAZAS, Mauricio, “El poder de la Corte Constitucional en Colombia y el llamado “estado de cosas inconstitucional”, en revista *Elementos de Juicio*, N° 10, Bogotá, año.
- QUINT, Peter, “A return to Lüth”, in *Digital Commons Law*, Maryland, 2011. Disponible en <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/>. Visitada el 10 de julio de 2012.
- ROMERO, Nicolás, *El concepto de Derecho en Dworkin*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2012.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “Las transformaciones de la democracia constitucional”, en revista *Verbo*, serie XLVI, N° 463-464, Madrid, marzo-abril de 2008.
- TOLE MARTINEZ, Julián, “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucional, un ejemplo de su aplicación”, en *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 015, México, 2006, disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/15/ard/ard10.htm#N*
- VILLEY, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Navarra, Universidad de Navarra, 1979.
- WEAVER, Russell, “The Rise and Decline of Structural Remedies”, in *San Diego Law Review*, vol. 41, San Diego, 2004. Disponible en: <http://heinonline>.

org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/sanlr-41&div=64&id=&page=. Visitada el 16 de julio de 2012.

Caso Lüth del 15 de noviembre de 1958, disponible en www.article19.org/resources.php/resource/3202/en/germany:-1%C3%BCth-case. Visitada el 12 de julio de 2012.

A PROPÓSITO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN: COMENTARIO A LA SENTENCIA LAURIE SÁEZ CON COLEGIO SAN JOSÉ LTDA.

*Rodrigo Céspedes Proto**

1. Introducción: *Derecho Internacional y educación*

La influencia del Derecho Internacional en nuestro Derecho Doméstico ha sido particularmente dinámica en estos últimos años y varias ramas se han visto afectadas, no sólo desde un punto de vista teórico sino, también, práctico. De alguna manera, el Derecho Internacional de los derechos humanos es *hard-law* desde la modificación del artículo 5° de nuestra Carta Fundamental. En el pasado, los aspectos en que el Derecho Internacional tenía alguna importancia se limitaban a las extradiciones, los *exequaturs*, el transporte internacional o el asilo político. Actualmente, el Derecho Internacional está presente en la litigación cotidiana en áreas como Derecho de Familia y Menores; tributación¹, responsabilidad del Estado²; recursos naturales, ambiente e indígenas³ o Derecho Penal⁴.

265

Los derechos económicos, sociales y culturales no han escapado a esta revolución y, tímidamente, parecen abrirse paso. Dentro de esa categoría, la educación no sólo ha sido objeto del debate político reciente sino, también, ha tenido su lugar en el foro desde hace unos años. Cuestiones como la

* PhD candidate Law School, Lancaster University. Correo electrónico: r.cespedes-proto@lancaster.ac.uk

¹ “Ditec Ltda. con Aduana de Osorno”, 2003, p. 215 y ss., con comentarios de Eduardo Soto Kloss y nuestro.

² “Cumsille con Fisco de Chile”, 2008, Corte de San Miguel, apelación, rol 660-2007.

³ En materia de recursos naturales, “Agua Mineral Chusmiza SAIC con Comunidad Indígena Aymará de Chusmiza y Usmagana”, 2009; en materia ambiental, por ejemplo, “Comunidad Indígena Antú Lafquén de Huentetique con Corema de la Región de los Lagos”, 2012.

⁴ En materia de responsabilidad penal adolescente y derechos del niño, véase “L.E.T.M. con Juez de Garantía de Concepción”. Desde luego, los casos sobre desapariciones durante el gobierno militar.

libertad de enseñanza y la autonomía de los centros educacionales privados⁵; el derecho de los padres a guiar la educación de los hijos y las medidas disciplinarias y libertades de los estudiantes han sido debatidos en tribunales domésticos e internacionales⁶. Sólo determinados derechos relacionados con la educación consagrados en nuestra Constitución (art. 19 N°s 10 y 11) son resguardados con la acción de protección y se refieren a los aspectos “liberales” de esta garantía: la prohibición implícita del monopolio estatal y la discriminación, la existencia de la educación privada y su relativa autonomía, la libre elección y la facultad de los padres de guiar la educación de los hijos⁷. El carácter social de esta garantía, esto es, el derecho a recibir educación y la acción positiva del Estado en la prestación de este servicio, no se encuentra protegido (si bien el art. 19 N° 10 inc. 5° es terminante). Sin embargo, nuestra Carta Magna parece haber sido (o debería haber sido) “actualizada” por los diversos tratados internacionales⁸, en especial la CDN y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nuestras cortes tienden a acoger recursos de protección cuando el derecho a la educación aparece unido a la violación de otros derechos protegidos por la acción constitucional (en especial, igualdad⁹, propiedad¹⁰, en caso de medidas disciplinarias, debido proceso¹¹ o libertad de expresión¹²).

266

⁵ Por ejemplo, centros educacionales de nivel universitario de carácter religioso y embarazo, véase “A-V.D., María Soledad con Universidad de Los Andes”, p. 38 y ss., Corte Suprema, protección. En el mismo sentido, véase “Arraigada Ahumada con Instituto Profesional Bautista”.

⁶ Véase “Monica Carabantes Galleguillos con Chile”. El caso trata de una escolar embarazada y su expulsión, decisión confirmada por la Corte de La Serena, 1997 y la Corte Suprema, 1998. El año 2000 se modificó la ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, estableciéndose que el embarazo y la maternidad no constituirán impedimento para ingresar y permanecer en establecimientos educacionales de cualquier nivel.

⁷ Véase “Vodanovic Schnake con Windsor School”, p. 213 y ss. Corte Suprema. Protección. El fallo es interesante porque desarrolla la idea de autonomía y filosofía educativa que la libertad de enseñanza permite a los establecimientos educacionales y la responsabilidad de los padres de verificar previamente estas orientaciones pedagógicas antes de realizar una decisión informada.

⁸ Véase Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos”, p. 209 y ss.

⁹ “M.H.H. con Liceo Academia de Iquique”.

¹⁰ “Ferrón Lazo con Universidad San Sebastián”.

¹¹ En combinación con el derecho a la igualdad, “Alvarado Márquez con Equipo de Gestión de la Comunidad Educativa del Liceo María Mazzarello”, 2010. Recientemente hay varios casos de medidas disciplinarias por participación de estudiantes en protestas, declaradas ilegítimas por nuestros tribunales por violación a la igualdad.

¹² Véase Arturo MATTE IZQUIERDO, “Movilizaciones estudiantiles y el derecho de los estudiantes a la libertad de expresión como límite a la libertad de enseñanza”, p. 173 y ss. El autor cita jurisprudencia reciente.

La sentencia reseñada muestra una interesante combinación de varios aspectos importantes: la conexión entre Derecho Doméstico y Derecho Internacional; la subordinación del Derecho Contractual al Derecho Público; la interpretación coherente de normas de rango inferior conforme a principios, valores y fines de jerarquía superior; la jurisdicción doméstica y el Derecho Estatutario; el límite a la autonomía de los grupos intermedios; el debido proceso y la proporcionalidad. Tenemos, por una parte, la igualdad como principio constitucional y de Derecho Internacional y, por otra, el derecho a la educación (art. 19 N° 10 inc. 1°) y la libertad de enseñanza (art. 19 N° 11 inc. 1°), la autonomía de los cuerpos intermedios y la libertad contractual. La Corte debe sopesar y balancear estos derechos en orden a obtener una solución justa.

2. Hechos

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO.

PROTECCIÓN, ROL 59/2011, SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 2011

Una escuela privada chilena, el colegio San José Ltda., considera dentro de su reglamento un promedio mínimo (5,5) como condición para continuar en él. El estudiante de tercero medio Mauricio Felipe Andrés Sanzana Laurie no obtuvo el promedio mínimo por un decimal (5,4); como consecuencia, la escuela notifica que la matrícula no sería renovada para continuar. La madre del estudiante, Gloria Andrea Laurie Sáez, recurre de protección en contra de la decisión del colegio basada en los artículos 3, 27 inc. 1° y 28 de la CDN y los artículos 11, 19 N° 2 y 20 de la Constitución.

267

La defensa del colegio se basa en la deficiente hoja académica y conductual del estudiante y en aspectos contractuales, en particular el reglamento interno que exige para todos los alumnos un promedio de 5,5 (en su carácter de "colegio de excelencia"); una carta-compromiso de cumplimiento del reglamento interno con la promesa específica de obtener un promedio mínimo de 5,5 en el área científico-humanista y, finalmente, continuas advertencias.

3. Decisión

La Corte de Apelaciones de Temuco¹³ sentencia que la no renovación de la matrícula es un acto arbitrario, basada en el principio del interés superior

¹³ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia rol 59-11, de 18 de febrero de 2011, protección.

del menor (artículo 3 inc. 1° de la CDN, junto con los artículos 27 inc. 1° y 28 del mismo cuerpo legal) y al artículo 19 N° 2 de la Constitución (considerandos 3 y 7). Los antecedentes son evaluados conforme a la sana crítica y el tribunal hace un acabado análisis de la evidencia, enfatizando que lo académico no es el único factor a considerar y que, en conjunto, su rendimiento está “en el límite de lo aceptable”; por lo tanto, los derechos del menor han sido violados (considerandos 4 a 6).

En opinión de la Corte, los niños son especialmente vulnerables, poseen todos los derechos de un adulto y no son personas incapaces representadas por los mayores. El tribunal estima que la CDN no es una mera declaración de intenciones, sino un tratado que compromete al Estado en su conjunto y que genera efectos vinculantes. Este acuerdo internacional contiene reglas claras que generan deberes jurídicos y no disposiciones vagas (considerando 3). Además, sostiene que el “interés superior del menor” es un principio clave tanto para interpretar el derecho como para integrar vacíos legales. La Corte señala que el significado de este principio es simple: la completa satisfacción de los derechos del menor y su prevalencia sobre cualquier interés o beneficio colectivo o utilitario (considerando 3). También considera que el menor está creando su propia identidad en esa escuela, pues es un “sujeto en desarrollo” (considerando 3) y es en su mejor interés que este ambiente no cambie si no hay un motivo relevante (considerando 4). La eventual expulsión debería ser el último recurso y en este caso la medida ha sido desproporcionada y ejecutada en forma automática sin ninguna reflexión ni razonabilidad (considerando 7).

268

La Corte estima que el estudiante fue tratado como un objeto y no como una persona vulnerable que necesita protección. Además, hay un trato discriminatorio con respecto a los demás estudiantes que infringen el principio constitucional de la igualdad y que articula también la CDN. El colegio no ha enseñado valores o disciplina, sino que actuó sobre la base de la amenaza y el miedo (considerando 5). La arbitrariedad de la decisión de la escuela es evidente y demuestra una completa ignorancia de los derechos del niño, en opinión del tribunal; en conclusión, la matrícula debe renovarse.

4. *Análisis*

Este fallo demuestra que el Derecho Internacional, en especial en materia de derechos humanos, puede representar un papel protagónico en la resolución de un caso judicial. La CDN ha tenido una enorme importancia

en el moderno Derecho de Familia, la que muchas veces pasa inadvertida por tratarse de asuntos "domésticos", lejos de la espectacularidad de los casos sobre violaciones masivas a los derechos humanos o, recientemente, la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas. Conceptos como el "interés superior del menor" o la "autonomía progresiva"¹⁴ se aplican por los tribunales de manera habitual. La jerarquía superior de la CDN es evidente así como su carácter de *self-executing hard-law*.

La defensa del colegio se basó en el *pacta sunt servanda*, el derecho contractual y el reglamento asociado a la convención (por ende, la autonomía educacional y la libertad de enseñanza). En efecto, en el caso de las escuelas privadas, los padres suscriben un contrato de prestación de servicios educacionales, típicamente de adhesión. El tribunal no ignora este hecho, sin embargo, reconoce que hay un interés social involucrado en la educación escolar aun cuando se trate de una escuela privada. El principio de la libertad contractual¹⁵, la autonomía de los cuerpos intermedios y la libertad de enseñanza se encuentran, por tanto, restringidos y ceden ante derechos más importantes o más severamente afectados. La libertad o autonomía garantizadas tienen un límite: si su ejercicio es abusivo, cae en lo arbitrario. Los colegios tienen autonomía y pueden "organizarse" según una filosofía educacional propia e impartir disciplina (art. 19 N° 11 inc. 1°), pero acorde con los principios jurídicos elementales y las limitaciones clásicas (arts. 19 N° 11 inc. 2° y 20). La Corte menciona que meros "intereses utilitarios" o "beneficios colectivos" no son una consideración válida: la educación no es un simple "negocio"; se trata de una necesidad pública suministrada por el Estado (el art. 19 N° 10 inc. 5° es bastante categórico) y por colegios privados en un "marco de derecho público" (art. 19 N° 1 inc. final). Por lo anterior, el contrato y el reglamento escolar deben interpretarse armónicamente de acuerdo con normas de más alto rango, derivadas de

¹⁴ Véase Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, "Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección otorgada por la Jueza de Familia de Valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de Mayo de 2009", p. 399 y ss.

¹⁵ Por ejemplo, en materia de no renovación de matrícula sin expresión de causa basada en la sola libertad contractual, véase "Juica Avello con Liceo San Francisco de Asís de Arauco", p. 21 y ss., Corte de Concepción, confirmada por la Corte Suprema. El tribunal acoge la protección solicitada señalando que el contrato de prestación de servicios educacionales supone continuidad (salvo razón justificada), ya que la ley N° 18.962 entiende la educación como un "proceso"; en este caso hay un uso arbitrario o abusivo de las normas contractuales que vulnera la igualdad. En cuanto a educación, discapacidad y limitación del principio de autonomía de la voluntad, véase "Arriagada Arjona con Colegio de la Salle", confirmada por la Corte Suprema.

la Constitución¹⁶ y los tratados internacionales. El ordenamiento jurídico está integrado por fuentes de diversa jerarquía y la interpretación de las reglas inferiores debe ser consistente con las normas superiores (si hay abierta oposición, priman las últimas). La decisión jurisdiccional debe construirse de manera que no exista contradicción entre las normas de diverso nivel. El art. 19 N° 10 inc. 2 indica que la educación tiene por fin “el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de la vida”; la Corte parece tomar en cuenta este objetivo al indicar que lo académico es sólo una parte del proceso formativo. De esta manera, el tribunal utiliza una interpretación *funcional* o *finalista* y, por lo tanto, progresiva. Asimismo, da a entender que el fundamento de toda organización jurídica es la persona humana, considerando todas sus dimensiones; el supervalor que debe tener presente toda decisión jurisdiccional¹⁷ (considerando 7). El resultado no sería razonable, conveniente ni justo si se aplica literalmente el contrato y el reglamento escolar. De alguna manera, el debido proceso, la prohibición de abusos o arbitrariedades, la protección de derechos fundamentales y principios jurídicos básicos están implícitos e integran el contrato y el reglamento escolar. Si las normas expresas del contrato (y del reglamento coligado) transgreden de manera explícita los valores, principios y reglas constitucionales, serían absolutamente nulas por contravenir “el derecho público chileno” (art. 1462 del *Código Civil*). Incluso, si sólo observamos el aspecto contractual, el argumento de la escuela es débil: el supuesto incumplimiento es bastante incidental y la infracción no suficientemente importante como para no renovar la convención (un aspecto del principio de proporcionalidad).

Si bien el derecho a la educación no está protegido por la acción de protección, en este caso su infracción aparece coligada a la violación de otras normas constitucionales (la igualdad) y principios derivados de acuerdos internacionales (el interés superior del menor), lo que lo convierte en un derecho “justiciable”. Como decíamos anteriormente, esta combinación con otros derechos parece autorizar a nuestros tribunales a realizar derechos económico-sociales. De esta manera se cumple el aforismo romano *ubi ius, ibi remedium*: sin tutela judicial efectiva no hay derecho (o serían una “versión de Derecho Público” de las obligaciones naturales, una excepción a la bilateralidad de las normas jurídicas).

El “interés superior del menor” (su prioritario y ulterior bienestar) es una noción central en la decisión que el tribunal explica a cabalidad,

¹⁶ Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno”, p. 107 y ss.

¹⁷ Eduardo SOTO KLOSS, en especial, *El recurso de protección y Derecho Administrativo*.

y destaca como valor de rango preferente que guía el actuar público y privado. Los menores no tienen menos derechos que un adulto por ser incapaces, es más, necesitan especial protección al ser "sujetos en desarrollo" especialmente vulnerables. La Corte considera el interés superior del menor como un valor supremo, parte del "orden público" (art. 19 N° 11 inc. 2° de la Constitución), que limita la autonomía constitucional de los cuerpos intermedios y la libertad de enseñanza.

El tribunal considera dentro de las normas infringidas el derecho a la igualdad (artículo 19 N° 2), pero poco abunda en el trato discriminatorio, sólo sugiere que no hay fundamento lógico para diferenciarlo de otros estudiantes con un promedio un poco más alto (considerando 7), si bien destaca que el principio articulador de la CDN es la igualdad. Frente al principio del interés superior del menor, las consideraciones sobre la discriminación parecen accesorias. El debido proceso aparece insinuado de forma breve, sin señalar la fuente constitucional (art. 19 N° 3 inc. 6° de la Constitución), aunque la Corte señala que la no renovación de la matrícula debe ser una decisión razonada y no automática¹⁸. Consecuencia de esa falta de debido proceso, el tribunal destaca la manifiesta falta de proporcionalidad entre los hechos y la medida adoptada, lo que contraviene un principio jurídico fundamental.

Si bien el derecho a la educación no aparece nombrado, la Corte hace una fuerte declaración respecto al deber estatal de realizar los derechos económico-sociales, usando el máximo de los recursos que disponga. Legislación atinente a la educación no aparece citada. La realización progresiva (art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación con su art. 13 y el art. 26 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de estos derechos es, en consecuencia, un deber para los Estados. En conclusión y para finalizar, todavía estamos lejos de algún activismo judicial, pero la situación en materia educativa parece ser "efervescente" y extremadamente fluida.

271

Bibliografía

- "Agua Mineral Chusmiza SAIC con Comunidad Indígena Aymará de Chusmiza y Usmagana" (2009), Corte Suprema, casación fondo y forma, rol 1.705-2009.
 "Alvarado Márquez con equipo de gestión de la comunidad educativa del liceo María Mazzarello" (2010), Corte de Punta Arenas, protección, rol 89-2010.

¹⁸ Mas claramente respecto al debido proceso y disciplina escolar en una escuela pública, "Alvarado Márquez...", *op. cit.*

- “Arraigada Ahumada con Instituto Profesional Bautista”, en *Gaceta Jurídica*, N° 239, Santiago, 2000.
- “Arriagada Arjona con Colegio de la Salle”, Corte de Talca, Protección, rol 5.878-2006.
- “A.-V.D., María Soledad con Universidad de Los Andes”, en *Gaceta Jurídica*, N° 150, Santiago, 1992.
- “Comunidad Indígena Antú Lafquén de Huentetique con Corema de la Región de los Lagos” (2012), Corte Suprema, Protección, rol 10.090-2011.
- “Cumsille con Fisco de Chile” (2008), Corte de San Miguel, Apelación, rol 660-2007.
- “Ditec Ltda. con Aduana de Osorno” (2003), Corte Suprema, protección, rol 375-2003, en *Ius Publicum*, N° 11, Santiago, 2003.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno”, en *RDJ*, t. 93, N° 3, Santiago, 1996.
- “Ferrón Lazo con Universidad San Sebastián”, Corte de Valdivia, protección, rol 1.130-2005, confirmada en la Corte Suprema, rol 483-2006.
- “Juica Avello con Liceo San Francisco de Asís de Arauco”, en *Gaceta Jurídica*, N° 225, Santiago, 1999.
- “L.E.T.M. con Juez de Garantía de Concepción”, Corte de Concepción, amparo, rol 89-2008.
- 272 “M.H.H. con Liceo Academia de Iquique”, Corte de Iquique, protección, rol 1.120-2007.
- MATTE IZQUIERDO, Arturo, “Movilizaciones estudiantiles y el derecho de los estudiantes a la libertad de expresión como límite a la libertad de enseñanza”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 1, Santiago, 2011.
- “Mónica Carabantes Galleguillos con Chile”, Comisión IDH, *Informe* N° 32/02, solución amistosa, petición 12.046, 12 de marzo de 2002.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el derecho constitucional chileno e internacional de los derechos humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, año 14, N° 2, Talca, 2008.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 2 vols.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *El recurso de protección*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, “Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección otorgada por la Jueza de Familia de Valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N° 2, Santiago, 2009.
- “Vodanovic Schnake con Windsor School”, en *RDJ*, t. 95, N° 3, Santiago, 1998, sec. 5.

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD
DE LA FIGURA DE LA “MEDIACIÓN”
OBLIGATORIA CONTENIDA
EN EL ARTÍCULO 43 DE LA LEY N° 19.966
(COMENTARIO CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 2042-11
DEL 10 DE JULIO DE 2012)

*Alejandro Leiva López**

Introducción

A propósito de la sentencia del TC, rol N° 2042-11, pronunciada con fecha 10 de julio de 2012, que rechaza requerimiento de inaplicabilidad del artículo 43 de la ley N° 19.966, analizaremos la razón que tuvieron los sentenciadores para tomar dicha postura, decisión que consideramos errada y alejada del concepto y contenido del debido proceso.

273

En este sentido, el requerimiento sometido a su conocimiento busca la declaración de inaplicabilidad del precepto contenido en el artículo 43 de la ley N° 19.966, fundado en que vulneraría los artículos 19 N° 2, 3; 24 y 26 de la Constitución, al consagrar la figura de la “mediación” forzosa.

El presente comentario tiene por objetivo:

1. exponer sobre el contenido constitucional de la garantía del debido proceso y la necesidad de un expedito acceso a la justicia como pilar fundamental del principio y
2. exponer sobre la naturaleza jurídica de la figura de la “mediación” en nuestro ordenamiento jurídico.

Los requirentes argumentan entre otras razones:

“(…) la norma impugnada supone una fuerte cortapisa a la libertad de las personas para demandar perjuicios causados por negligencia médica, al obligar a recurrir a una instancia prejudicial previa, lo que vulnera la garantía del libre e igualitario acceso a la justicia”¹.

* Profesor de Justicia Criminal Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo.
Correo electrónico: aleival@udd.cl.

¹ TC, sentencia N° 2042, p. 4.

Los antecedentes de hecho que motivaron el requerimiento tienen su origen en la pretensión de los actores de obtener de los demandados una indemnización de perjuicios por las lesiones sufridas por una madre y su hija por parte de una clínica privada, a causa de una mala praxis médica e incumplimiento de deberes de diligencia y cuidado, consistentes en no haberles entregado la atención médica básica de parto que les correspondía en virtud del contrato de hospitalización celebrado.

Norma impugnada

La ley N° 19.966 de fecha 3 de septiembre de 2004 consagra un régimen de garantías en salud. Dicha norma crea en su artículo 43 la figura de la “mediación” forzosa, la que obliga a que la persona dañada por una prestación de salud, necesariamente pase por dicho trámite con antelación a impetrar acciones jurisdiccionales en contra de prestadores institucionales públicos o sus funcionarios y en contra de prestadores privados, como lo son clínicas u otros establecimientos de naturaleza no estatal.

274 Esta mediación estará a cargo –cuando se trate de daños provocados por prestadores de salud públicos– del Consejo de Defensa del Estado. Tratándose de prestadores de salud privados, estará a cargo de mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud².

Como adelantamos, los requirentes buscan la declaración de inaplicabilidad, puesto que la norma en comento afectaría las garantías constitucionales comprendidas en los artículos 19 N°s 2, 3, 24 y 26 de la Constitución.

² En efecto, la norma aludida consagra: “El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54.

En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes. Las partes deberán designar de común acuerdo al mediador y, a falta de acuerdo, la mediación se entenderá fracasada.

La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”.

Al respecto, debemos señalar que en nuestra posición sólo se vería afectado el numeral tercero de dicho artículo, pese a que el fallo del TC los declara a todos ellos como no vulnerados.

Nuestros argumentos por la inconstitucionalidad del artículo 43

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y LA NECESIDAD DE UN EXPEDITO ACCESO A LA JUSTICIA COMO PILAR FUNDAMENTAL DEL PRINCIPIO

Un debido proceso, como aquí probaremos, debe contener de forma irrestricta un sistema de acceso a la justicia esencialmente expedito, desembarazado y libre de todo estorbo. No cabe duda de que un sistema que entraba de cualquier forma el acceso a la jurisdicción, vulnera dicha garantía, puesto que condiciona su ejercicio, corrompiendo y debilitando las legítimas expectativas y pretensiones económicas y judiciales de las partes.

Como hemos expuesto en otras oportunidades³, el principio del debido proceso constituye aquel conjunto de garantías que el constituyente consagra en favor de las partes en el que se asegure el derecho a impetrar acciones judiciales y el derecho a defensa; a un juez objetivo e imparcial; a un procedimiento expedito y eficiente; a la posibilidad de aportar medios probatorios; a la igualdad de armas de quienes participan en él, y a la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior, a través de recursos y medios oportunos y ciertos.

El profesor Alejandro Silva Bascuñán, al tratar y estudiar la génesis de este principio en la Constitución, señala que se planteaba (sesión N° 100 de la CENC) la necesidad de consagrar un juicio legal, entendiendo que este

*“significa un juicio en que la persona afectada *tenga derecho de concurrir ante el tribunal, de defenderse y de disponer de los recursos suficientes para hacer, en verdad, una defensa eficaz y cierta*”^{4,5}.*

³ Véase Alejandro LEIVA LÓPEZ, “Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso”, p. 371 y ss.

⁴ Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 77.

⁵ En adelante, la cursiva es nuestra.

En la sesión siguiente a la aludida, señala el profesor Alejandro Silva B.⁶, se hizo mención a la intervención del profesor José Bernales, quien introdujo el concepto de *due process of law*⁷, esto es, del “debido proceso legal”, el cual resume el profesor Enrique Evans⁸, señalando que los elementos que configuran un racional y justo procedimiento son:

- a) la notificación y audiencia del afectado;
- b) la presentación, recepción y examen de las pruebas;
- c) *sentencias dictadas dentro de plazo*;
- d) que el tribunal que las dicte sea imparcial y objetivo y
- e) la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.

Por su parte, y refiriéndose al inciso primero del artículo 19 N° 3 de la Constitución, Miguel Ángel Fernández ha señalado:

“La igual protección se refiere al Derecho aplicable a los casos concretos, dándole eficacia al ordenamiento jurídico. Por ello, uno de los elementos fundamentales de aquella igualdad consiste en que el acceso al ejercicio de las acciones y recursos sea fácil y expedito (...)”⁹.

276

El debido proceso tiene reconocimiento en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, la cual consagra que éste no tan sólo está integrado o envuelve la facultad de recurrir ante los tribunales de justicia sino, también, que estos medios revistan caracteres de eficacia y certeza. De lo contrario, mantendríamos vigente un sistema ineficiente que redundaría directamente en un sistema ineficaz, carente de certeza y en la indeterminación de las pretensiones de quienes son intervinientes.

El trámite de mediación forzosa consagrado en el artículo 43 de la ley N° 19.966 vulnera el debido proceso, puesto que constituye una barrera u obstáculo al ejercicio legítimo de los derechos y pretensiones de las partes, impidiéndoles accionar en forma efectiva, expedita y libre de trabas.

El transcurso del tiempo tiende a degenerar expectativas y pretensiones de las partes, afectando solvencias y necesidades que penden precisamente de derechos que han sido desconocidos o menoscabados y que requieren de tutela judicial pronta y efectiva.

⁶ SILVA, *op. cit.*, p. 77.

⁷ Término “(...) que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 –“*per legem terrae*”, “*by the law of the land*”– (...) en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al rey “Juan Sin Tierra” a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal”. Osvaldo GOZAÍNI, “El debido proceso en la actualidad”, p. 60.

⁸ Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, p. 29.

⁹ Miguel Ángel FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “Derecho a la jurisdicción y debido proceso”, p. 100.

Es por ello que es equívoco el argumento del TC al señalar que no se vería afectado el numeral 19 N° 3 de la Constitución, toda vez que la misma ley consagra paralelamente a la mediación una protección de las acciones a través de la suspensión de la prescripción de ellas.

La suspensión de la prescripción contenida en el artículo 45 inciso tercero de la ley N° 19.966 no es garantía de un procedimiento racional y justo que se adecue a la normas del debido proceso. En efecto, la dilatación del acceso a la justicia que provoca la obligatoriedad de participación en el trámite de mediación, afecta el principio, puesto que el conocimiento por parte de los tribunales de justicia debe satisfacer necesidades de temporalidad.

Procesos engorrosos y trabados, mediante mecanismos alternativos y carentes de objetividad, como los consagrados en esta ley, vulneran la eficiencia y certeza que exige el constituyente. El mismo legislador reconoce criterios acordes a la necesidad de establecer procesos rápidos y eficaces, con el objetivo de que el ejercicio de la jurisdicción se adecue a las exigencias constitucionales ya expresadas. En efecto, el artículo 680 del *Código de Procedimiento Civil* consagra un procedimiento sumario, breve y concentrado, cuya tramitación es rápida para lograr eficacia.

A mayor abundamiento, el artículo 25 de la CADH, establece:

*"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención(...)"*¹⁰.

277

En el mismo sentido, el profesor Humberto Nogueira, al tratar sobre el debido proceso, indica:

*"Hay así un derecho a exigir la tutela judicial efectiva de los derechos ante los órganos competentes, que consiste en la posibilidad efectiva de que toda persona pueda requerir irrestrictamente y obtener la tutela de sus derechos"*¹¹.

Y continúa señalando:

*"(...) no es admisible a la luz del derecho en análisis, el establecimiento de obstáculos excesivos producto de un formalismo ritualista que no es coherente ni concordante con el derecho a la justicia, las formalidades deben ser sólo aquellas que aparezcan justificadas, legítimas y proporcionadas conforme a sus finalidades"*¹².

¹⁰ Artículo 25 de la CADH.

¹¹ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, p. 31.

¹² NOGUEIRA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 35.

El voto disidente del ministro Iván Aróstica Maldonado
y el conflicto de interés del CDE

El fallo del TC aquí analizado contó con el voto disidente de los ministros Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado (este último redactó el voto disidente), quienes estuvieron por acoger la inaplicabilidad solicitada y declarar que el artículo 43, inciso segundo, de la ley N° 19.966 no puede ser aplicado en el juicio pendiente, por resultar contrario a la Constitución.

Nos ilumina el voto disidente al señalar:

“Que resulta incuestionable que el precepto legal impugnado representa una traba, obstáculo o impedimento infundado para acceder a la Justicia”,

llevado a cabo por un organismo que no está facultado para ejercer funciones jurisdiccionales, como aquí hemos expuesto, produciéndose

“(…) una segunda inconstitucionalidad (…) por el hecho de que este proceso de mediación deba ser celebrado al margen de los tribunales previstos por el ordenamiento para dirimir las causas civiles y criminales, pues se lleva a efecto en la esfera de la Superintendencia de Salud, no obstante la prohibición de injerencia jurisdiccional que el inciso primero del artículo 76 de la Carta Fundamental impone al Presidente de la República y, por lógica extensión, a todos los demás organismos y servicios pertenecientes a la Administración Pública (…)”,

278

sin contar con que el inciso primero del artículo 43 de la ley aquí en comento faculta al CDE para hacer las veces de mediador cuando los daños indemnizables provengan de prestadores de salud públicos, lo cual constituye a lo menos una impropiedad, teniendo presente que el Consejo, ante las acciones impetradas contra organismos públicos, será parte en los procesos que busquen indemnización por parte del Estado fisco.

*NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DE LA “MEDIACIÓN” EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURÍDICO, Y EN ESPECIAL EN MATERIA DE FAMILIA*

El procedimiento o trámite de mediación tiene por objetivo acercar a las partes a una solución anticipada del conflicto, con la finalidad de prevenir juicios de lato conocimiento ante los tribunales de justicia, mas no abstraer del conocimiento de estos últimos estas materias. Lo anterior, en el sentido de que los tribunales tienen por propósito conocer de conflictos de interés jurídico relevante.

De ello se deriva que la mediación deba ser conocida por el órgano jurisdiccional, reconocido por la Constitución y llamado por ley a dirimir controversias, y no por un órgano de la administración del Estado, como plantea la ley N° 19.966.

En muchos casos, los conflictos suscitados entre partes son de tal naturaleza que la mediación constituye una herramienta esencial para tal objetivo. Un claro ejemplo de ello son los asuntos suscitados en materia de familia, donde quienes están en pugna poseen una relación de parentesco o afinidad que los hace proclives a soluciones de este tipo, y cuya disposición favorece en muchos casos la tarea del mediador, el cual pasa a constituir un llamado a la conciencia de los intervinientes, y cuya ajenedad al conflicto le permite llamar a la sensatez y objetivación del problema.

Así quedó plasmado en la historia fidedigna de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, la cual reza:

“En el caso del conflicto familiar, sus ventajas son aún más notorias, dada la natural relación entre las partes en conflicto y la circunstancia de que en la gran mayoría de los casos tal relación continuará luego de resuelta la disputa. Por ello, es necesario que tales mecanismos alcancen un rol preferente a cualquier otra vía de solución. Tal concepción se ha mantenido desde los orígenes del nuevo sistema de familia y se plasma en la ley actual”¹³.

279

Poco feliz es, por tanto, el fundamento entregado en el fallo aquí comentado, al señalar que el mecanismo de mediación obligatorio para el caso de indemnizaciones de perjuicios por daños en prestaciones de salud, es un caso similar y analogable en naturaleza a la mediación contenida en materia de familia, puesto que la naturaleza de la relación de las partes en conflicto es, a lo menos, absolutamente diferente:

“VIGESIMOPRIMERO: Que, en efecto, partiendo de la base de que todo daño debe indemnizarse por el responsable del mismo, el ordenamiento jurídico ha ido introduciendo, progresivamente, formas alternativas de resolución de conflictos en relación con las que se desarrollan en sede judicial. Es así como en la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, se establece que (...)”.

Mal puede, entonces, argumentarse en favor de un procedimiento de mediación que traba el acceso a la justicia, señalando que el legislador lo ha establecido para otros casos, y que en dichos escenarios ha tenido

¹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia fidedigna de la ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia”.

amplia acogida. Los mecanismos intermedios de solución de conflictos, como lo son la conciliación y mediación, deben necesariamente tramitarse al amparo de las instituciones llamadas por la Constitución y la ley a tal tarea, y en los casos en que la naturaleza del conflicto así lo requiera.

Por otro lado, es completamente inexacta la argumentación entregada por la defensa en la causa aquí analizada al considerar que el legislador ha contemplado ciertas exigencias previas al conocimiento jurisdiccional, las cuales serían similares al trámite de mediación, pero que no afectan el numeral tercero del artículo 19 de la Constitución.

En este sentido citan a modo ejemplar

“(...) las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva o la carga de comparecer patrocinado por abogado, lo que señala, no restringe o limita la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”¹⁴.

Conclusiones

280 El contenido del debido proceso reconoce entre sus elementos exigencias de eficiencia, eficacia, celeridad, expedito acceso a la justicia y la no existencia de trabas en el legítimo derecho de las partes a accionar jurisdiccionalmente.

Estos aspectos del debido proceso están consagrados constitucionalmente en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, en tratados internacionales, en la propia legislación chilena, y en la doctrina.

Que el trámite de la mediación obligatoria consagrado en el artículo 43 de la ley N° 19.966 afecta dichas exigencias, constituyendo un atentado al infringir la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, asegurada en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política.

Que el trámite de mediación debe considerarse en sede legislativa, solamente en asuntos cuya naturaleza así lo permita, puesto que su aplicación va en directa relación con las partes intervinientes y la naturaleza de la acción que suscita el conflicto.

Bibliografía

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia fidedigna de la ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia”, disponible en www.leychile.cl/Navegar?idNrma=229557&buscar=ley+19968, consultada el 30 de julio de 2012.

¹⁴ TC, op. cit., p. 7.

- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, t. II.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, versión en línea, disponible en www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/CADH/1969-CADH.htm#a25, consultada el 30 de julio de 2012.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "Derecho a la jurisdicción y debido proceso", en *Revista Estudios Constitucionales*, año 2, N° 1, Santiago, 2004, disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/820/82020103.pdf>, consultada el 31 de julio de 2012.
- GOZÁINI, Osvaldo, "El debido proceso en la actualidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, México, 2004, disponible en www.iidpc.org/revistas/2/pdf/73_86.pdf, consultada el 24 de mayo de 2011.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, "Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso", en *Actualidad Jurídica*, año XII, N° 24, Santiago, 2011.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2007.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, t. VIII.
- TC, sentencia N° 2042 pronunciada con fecha 10 de julio de 2012, disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=2042-11, consultada el 31 de julio de 2012.

DE LA POTESTAD CONSTITUCIONAL
DISCRECIONAL
DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
(COMENTARIO CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 1849
DEL 12 DE MAYO DE 2011)

*Nicolás Enteiche Rosales**

1. A propósito de la sentencia rol N° 1849 del TC, la cual declaró la constitucionalidad (de parte) del decreto supremo N° 264 de 2010, nos referiremos al modo en que la Constitución Política dispone que el Presidente de la República puede ejercer la competencia relativa al “gobierno y la administración del Estado” (artículo 24, inciso primero CP) y a la trascendencia de esta facultad en las leyes que la concretasen.

El hecho que motivó el requerimiento de algunos parlamentarios y la sucesiva sentencia fue, en lo pertinente, la emisión por el Presidente de la República de un decreto supremo que contiene el marco para la futura dictación de actos administrativos decisorios y favorables de carácter autorizatorio, los cuales versarán acerca de la renovación de permisos precarios de radiodifusión televisiva en señal digital.

2. Señala la sentencia, al analizar el origen de la competencia para emitir el decreto supremo cuestionado, que el

“Presidente de la República ha actuado en su carácter de Jefe de Estado y en ejercicio de la autoridad amplia que, en tal calidad, le acuerda directamente la Constitución, para ejercer el gobierno y la administración del Estado”;

para seguidamente definir el concepto de administrar como “ordenar, disponer y organizar la hacienda o los bienes” (considerando décimo).

Aun cuando existen normas legales por las que esta facultad “encuentra expresión” (considerando décimo segundo), como lo son el artículo 15 inciso final de la ley N° 18.168 y el artículo 6° letra f) del decreto ley N° 1.762, el Jefe de Estado en este caso ejerció su autoridad por directa

* Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: nenteicher@udd.cl

habilitación constitucional. Entonces, el principal sostén normativo de la emisión del acto administrativo impugnado es la facultad constitucional de administrar, en este caso “un bien nacional de uso público, cual es el espectro radioeléctrico” (considerando décimo).

3. Por lo antedicho, es necesario delimitar el alcance de que el artículo 24 constitucional conceda al Jefe de Estado “el gobierno y la Administración del Estado”, debiendo su autoridad limitarse a su “acuerdo con la Constitución y las leyes”: creemos que la aludida facultad es de carácter residual, general, y discrecional¹.

Es residual, pues, establece la

“radicación en la Presidencia de la República de las competencias estatales que no están expresamente atribuidas a otro órgano”².

Posee generalidad, ya que no recae respecto de hechos o actos específicos, sino en cuanto a una materia indeterminada, y es discrecional porque el Presidente de la República puede optar por llevar a efecto la mejor medida que estime del caso. Acerca de este último aspecto haremos recaer nuestro comentario.

4. La existencia de una competencia discrecional de fuente constitucional redundante en que la ley, salvo expresa excepción de la Carta Fundamental³, debe contemplar opciones o, bien, someter a la ponderación del Presidente la decisión que llevará a la práctica. En otras palabras, la norma legal que faculta al Jefe de Estado para ejercer una competencia debe considerar dos o más opciones entre las que el órgano constitucional puede optar⁴.

284

¹ En cuanto a este precepto véanse Alejandro SILVA BASCUÑAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, pp. 83-93; más sucintamente Emilio PFEFFER URQUIAGA, *Manual de Derecho Constitucional*, pp. 2-5 y 28; Hernán MOLINA GUAITA, *Derecho Constitucional*, pp. 306-307; Carlos CRUZ-COKE OSSA, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, pp. 579-581 y Enrique SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo chileno y Comparado: actos, contratos y bienes*, p. 56.

² COMISIÓN ORTÚZAR, *sesión 355*, p. 696.

³ Las excepciones constitucionales se suscitan a partir de las remisiones que la Carta Fundamental hace a “las leyes”, al formular determinadas competencias específicas del Presidente de la República. La ley, como fuente jurídica habilitada de manera expresa por el constituyente, podrá excepcionar la condición de discrecional de las competencias del Jefe de Estado. A modo de ejemplos, tanto el artículo 32 N° 11 al conceder al Presidente la competencia para otorgar jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia, como el artículo 32 N° 14 al encargar al Jefe de Estado la potestad para otorgar indultos particulares, se remiten expresamente a la ley; solo en casos similares a los citados las leyes podrían por excepción constreñir al Presidente de la República a ejercer competencias regladas.

⁴ Ahora bien, dado el análisis en abstracto de la potestad concedida, el TC podría concluir que ella se presta para abuso de la autoridad habilitada a ejercerla. Ocurría lo

Diverso es el análisis del ejercicio de la competencia discrecional por el Presidente. El Jefe de Estado en un caso concreto, al considerar la conveniencia entre dos opciones que sean iguales (ya que si fueran distintas necesariamente tendrá que optar por aquella que es más conveniente), podrá elegir una por sobre otra. La discrecionalidad de las decisiones del Presidente apareja un margen de apreciación respecto de la decisión que se adoptará^{5, 6}.

5. En afinidad con lo anterior, las leyes que expresen las competencias constitucionales del Jefe de Estado, por principio deberán estructurarse al modo de las potestades discrecionales, en otras palabras y como regla general las leyes no debieran limitar las decisiones del Presidente de la República, al imponerle potestades regladas.

El fundamento de lo anterior es constitucional, ya que si la Carta Fundamental obliga directa e inmediatamente (artículo 6° inciso segundo) y uno de sus preceptos confiere a un órgano una competencia sin ligazón con las decisiones que en su virtud puede adoptar (artículo 7° inciso primero), mal podría una ley someterse a ella si excepciona la estructura de la competencia presidencial (artículo 6° inciso primero).

6. Lo anterior también tiene como sustento la autonomía y el consecuente control del que han de ser objeto los organismos constitucionales. La división entre los poderes implica que ellos poseen un compartimento estanco de competencias constitucionales en la determinación de estas atribuciones, el legislador no puede inmiscuirse en la holgura propia que conlleva su ejercicio.

Así, por ejemplo, sería inconstitucional que el legislador pudiera coartar el ejercicio *discrecional* propio de la jurisdicción, otorgado por el

antedicho en caso que los parámetros contemplados para su eventual ejercicio revelaran que su praxis será inconstitucional (por ejemplo, en caso que la ley permita al Presidente otorgar indultos a una persona por su sola raza, sexo, estirpe o condición).

⁵ Así lo señala Eduardo García de Enterría: “la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, indiferentes jurídicos”, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 483.

⁶ Véase Tomás Ramón Fernández, quien aborda la motivación entre varias opciones posibles y la obligación de su justificación razonada “una razón de la elección, la que sea, esa razón debe ser plausible, congruente con los hechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la realidad de las cosas”. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, p. 586. Véase en Chile a Iván ARÓSTICA MALDONADO, *Cómo y con quién contrata la Administración, la Contraloría General de la República y el Estado de Derecho (conmemoración para su 75° Aniversario de vida institucional)*, p. 309 e Iván ARÓSTICA MALDONADO, “De la adjudicación en los contratos administrativos”, pp. 172-175.

artículo 76 de la Constitución a los tribunales de justicia⁷; también sería anticonstitucional que se acotara una atribución *discrecional* constitucional otorgada por la Constitución a las municipalidades en cuanto a la libertad de asociación conferida por el artículo 118 inciso cuarto de la CP⁸.

7. De igual forma a como destacamos la mayor flexibilidad decisoria en el ejercicio de competencias discrecionales, debemos remarcar que éste debe estar sujeto a revisión por uno o varios organismos imparciales e independientes en cuanto a sus supuestos y elementos. Las potestades, en especial aquéllas que implican una elección por un órgano administrativo, deben ser sometidas a un control que aborde la inexistencia del abuso de la discrecionalidad y la consecuente aparición de la arbitrariedad⁹.

Y es que en Chile existe un principio por el cual todo acto administrativo puede ser controlado por un tercero ajeno a su emisión¹⁰, incluso de oficio, como alguna vez planteamos¹¹. En virtud al anterior axioma, y de acuerdo con el principio de juridicidad, hasta las decisiones discrecionales

⁷ Una minoría del TC estimó que el deber de aplicar una indemnización, con parámetros mínimos y máximos, a una hipótesis de hecho específica “constrñe severamente las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia de conocer de las causas civiles, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, en los términos que tutela el artículo 76 de la Constitución Política de la República. Ello en atención a que el legislador asume el rol propio de un órgano jurisdiccional al determinar a priori y desde ya, sin consideración a los antecedentes fácticos ni gravedad de la conducta, una sanción en términos tales que el juez debe verse obligado a aplicar la misma automáticamente en tanto se den los presupuestos que ha previsto la norma en cuestión (...)”, TC, 2009, disidencia a sentencia rol N° 1564 (punto 7°).

⁸ En sede de control preventivo, el TC declaró inconstitucional una ley que prescribía que un órgano administrativo sancionaría con la sola exclusión de un registro de asociación de municipalidades, a las municipalidades cuando ellas incumplieran con sus estatutos o, bien, si omitían su comunicación al organismo sancionador, señaló el tribunal que esta norma infringía “la autonomía de las Municipalidades y su facultad esencial de poder asociarse entre ellas, obteniendo personalidad jurídica, conculcando con ello el artículo 118, incisos cuarto y sexto, de la Constitución Política, por lo cual dicha disposición del proyecto será declarada inconstitucional”, TC, 2011, sentencia rol N° 2027, considerando decimocuarto.

⁹ Es en este punto que los autores españoles Tomás Ramón Fernández, Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón han debatido la procedencia e intensidad del control de las “decisiones discrecionales administrativas”, por todos véase la ordenada y útil recensión y opinión de Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, pp. 5-22 y en Chile, de Rubén SAAVEDRA FERNÁNDEZ, *Discrecionalidad administrativa: doctrina y jurisprudencia*, pp. 62-73.

¹⁰ Reconocido expresamente por el TC, 2011, sentencia rol N° 2009 (considerandos trigésimo primero y trigésimo segundo).

¹¹ Nicolás ENTEICHE ROSALES, “Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

del Presidente pueden ser controladas en todo cuanto puedan infringir el artículo 7° constitucional y a los supuestos del acto administrativo (motivación de hecho y derecho, objeto y finalidad)^{12, 13}.

8. Por lo señalado, la Constitución ha preferido respetar el ámbito decisorio de algunos órganos que ella creó, separándolos de la intervención de otros; sólo con posterioridad al ejercicio de la competencia, y a modo de contrapeso natural, la Carta los somete al escrutinio de un tercero imparcial para que sea éste quien vele por la sujeción a Derecho del primero.

A modo de corolario: ya olvidado el tiempo en que la actuación de la Administración del Estado chilena no estuvo sujeta a control y dejada en el olvido la época en que los decretos del Presidente de la República no se vieron sujetos a reales resguardos jurídicos, podemos afirmar sin reparos extrajurídicos, que las facultades de gobernar y administrar del Jefe de Estado son y deben expresarse en potestades discrecionales, pero a la vez siempre deben ser controladas.

Bibliografía

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Cómo y con quién contrata la Administración, la Contraloría General de la República y el Estado de Derecho (conmemoración para su 75° Aniversario de vida institucional)*, Santiago, Contraloría General de la República, 2002.

287

ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "De la adjudicación en los contratos administrativos", en *Actualidad Jurídica*, N° 15, Santiago, 2007.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 5, Madrid, 1995.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "El control de la discrecionalidad administrativa", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVII, Valparaíso, 1996.

CALDERA DELGADO, Hugo, "Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N° 2, Santiago, 1989.

CEA EGAÑA, José, "Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, Santiago, 1984.

¹² Es esto lo que impide "que al amparo de la discrecionalidad surja la arbitrariedad". Cfr. SILVA CIMMA, *op. cit.*, p. 70.

¹³ En cuanto a qué se controla en Chile, véanse SAAVEDRA, *op. cit.*, pp. 75-89; Jorge BERMÚDEZ SOTO, "El control de la discrecionalidad administrativa", pp. 278-281, Hugo CALDERA DELGADO, "Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa", p. 424; José CEA EGAÑA, "Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa", p. 15; Pedro PIERRY ARRAU, "El control de la discrecionalidad administrativa", pp. 165-183.

- COMISIÓN ORTÚZAR, *sesión N° 355*, disponible en: www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf, consultada el 26 de julio de 2012.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2009.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, “Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en revista *Ius et Praxis*, vol. 18, N° 1, Talca, 2012.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 80, ciudad, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2011, t. I.
- MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho Constitucional*, 6ª ed., Santiago, Editorial LexisNexis, 2006.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Ediar ConoSur Ltda., 1990, t. 2.
- PIERRY ARRAU, Pedro, “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, N° VIII, Valparaíso, 1984.
- 288 SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén, *Discrecionalidad administrativa: doctrina y jurisprudencia*, Santiago Abeledo Perrot, 2011.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, t. V.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y Comparado: actos, contratos y bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- TC, 2009, rol 1564, 7 de diciembre de 2010.
- TC, 2011, rol 2009, 4 de agosto de 2011.
- TC, 2011, rol 2027, 26 de julio de 2011.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 1 | 2012

GABRIEL MORA RESTREPO, *JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ARBITRARIEDAD DE LOS JUECES. TEORÍA DE LA LEGITIMIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES*, Madrid, Marcial Pons, 2009, 455 pp. (ISBN 978-987-24941-0-0)

*Ignacio Covarrubias Cuevas**

El libro de la referencia es una obra que concierne al papel preeminente que cumple la razón práctica (la prudencia del caso concreto) en la justificación y fundamentación de las sentencias constitucionales. Su motivación central responde a la interrogante acerca de si es posible una o varias respuestas racionalmente correctas y sustantivamente justas en materia de justicia constitucional.

291

La pregunta formulada es del todo pertinente en un contexto en el que se ha afirmado que las particularidades de la interpretación constitucional –*v.gr.* normas abiertas, valores plurales e, incluso, contrapuestos, acusado carácter político de las jurisdicciones constitucionales– contribuiría a que las decisiones articuladas en este ámbito no fueran tan racionales ni controlables como aquéllas emanadas de la jurisdicción ordinaria. Aquéllas se encontrarían especialmente condicionadas por las consecuencias políticamente relevantes de los fallos, por el orden axiológico contenido en los textos fundamentales o, bien, por las valoraciones personales de los jueces o la noción de éstos acerca del Derecho.

Las aludidas particularidades –advierte el autor– darían pie para que la toma de decisiones judiciales se preste para ser “indiscriminadas” o sean propensas “para un juego de manipulaciones” con el riesgo que

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: icovarrubias@udd.cl

ello conlleva de convertir a la Constitución en el centro de “una lucha ideológica” o, bien, en

“un instrumento puesto al servicio de intereses personales y parcializados, en lugar del instrumento jurídico para realizar la justicia que en realidad es” (p. 23).

El libro se adentra en la problemática surgida con ocasión de las señaladas dificultades ilustrando, con algunos casos resueltos por la Corte Constitucional de Colombia, de qué manera, bajo la cobertura de diversos argumentos y técnicas interpretativas, terminan imponiéndose determinadas ideologías y convicciones personales cuyo resultado no es otro que la producción de sentencias que no se encuentran debidamente justificadas en Derecho. Lo expuesto constituye el primer objetivo de la obra. El segundo y principal consiste en explorar y proponer vías alternativas para juzgar las cuestiones constitucionales según criterios sustantivos de justicia.

Así, Gabriel Mora Restrepo procura responder a la interrogante arriba formulada luego de ir descartando, mediante un exhaustivo estudio y análisis, las principales escuelas de interpretación jurídica: las tesis representadas bipolarmente por el *positivismo exegetico* y el *realismo estadounidense* así como también aquella corriente que, equidistante de una y otra, aparece con fuerte influjo hoy y cuyo pensamiento se conoce como el de la *discrecionalidad judicial*, expuesta en sus distintas manifestaciones doctrinales del Derecho Continental europeo (Robert Alexy principalmente) y anglosajón (Herbert Hart).

En dicho afán el autor exhibe, en primer lugar, las insuficiencias de una interpretación meramente semántica de la Carta Fundamental, en sus vertientes textualistas como de discrecionalidad controlada, entre las que el libro destaca la apelación, paradójica, a razones esgrimidas con ninguna referencia a lo escrito en los textos constitucionales.

Luego, da cuenta de las principales teorías sobre la interpretación jurídico-constitucional, a partir de los planteamientos de Herbert Hart (los desacuerdos de los jueces son en buena medida semánticos) y de Ronald Dworkin (las controversias jurídicas versan sobre cuestiones normativas), en que el autor critica el modelo interpretativo en virtud del cual la interpretación debiera estar “vinculada” al Derecho, aunque este compromiso pareciera diluirse con un ejercicio interpretativo más político y abierto, estimulado ello por escuelas que ofrecen un amplísimo margen de discrecionalidad judicial (en la interpretación conforme a “principios” según la doctrina de Robert Alexy y Ronald Dworkin).

En este contexto de textura abierta y vaguedad de las normas jurídicas expresadas bajo la forma de “principios” cobra particular interés la categoría, cada vez más difundida, de los “casos difíciles”, denominados así por la dificultad que conllevaría en ellos la mera *aplicación* –al más puro silogismo formalista (propio de los “casos fáciles”)– de preceptos indeterminados o ambiguos.

Expuestas las dificultades evidenciadas en el campo de la interpretación constitucional por el formalismo jurídico así como por el escepticismo de la escuela del derecho libre y del realismo estadounidense, la teorías sobre la discrecionalidad judicial (en los casos difíciles) se situarían en el justo medio para superar las referidas falencias y

“mostrarían a un juez *efectivamente político o estratégico*, pero al mismo tiempo a un juez *vinculado* al ordenamiento jurídico en el que opera el ejercicio discrecional” (p. 126).

El marco de referencia teórico en materia de discrecionalidad judicial es abordado a través de los más connotados exponentes del referido modelo hermenéutico: Hans Kelsen y Herbert Hart, cuyos planteamientos son sometidos a las críticas tradicionales –*v.gr.*, la carencia de soportes sustantivos que permitan distinguir entre respuestas justas más allá de la habilidad argumentativa o el “buen criterio” del juez– y a otras novedosas objeciones formuladas por el autor en este estadio y que luego se profundizarán al final de la obra.

293

Entre tales falencias cabe destacar aquella en que afirma:

“[1]a insistencia de ambos [Hans Kelsen y Herbert Hart] en que los jueces están sujetos a un marco jurídico ‘general’, o que ejercen virtudes y principios racionales de justificación, a su turno también ‘generales’ o ‘indeterminados’, termina por ofrecer la figura de un juez que podría eventualmente fallar los denominados casos difíciles del modo que quisiera, siempre y cuando haga un relativo uso de enunciados ‘generales’ (...) provenientes del Derecho válido”.

De este modo –prosigue Gabriel Mora Restrepo– un juez discrecional

“no podría sostener la permisión de la pena de muerte cuando tiene una norma jurídica tan clara como la del art. 11 de la Constitución Colombiana. Pero sí podría sostener la constitucionalidad del consumo de sustancias alucinógenas –o lo contrario–, sobre la base de una norma tan abierta como la del art. 16 sobre el desarrollo de la personalidad” (pp. 134-135).

A modo conclusivo expresa que el modelo de discrecionalidad judicial

“tiene una pretensión legitimadora de las decisiones judiciales que no logra, sin embargo, llevar hasta sus últimas consecuencias. Intenta superar los vestigios de irracionalidad que se encuentran en aquellas posturas que afirman que los jueces ejercen una actividad sometida a reglas o estándares normativos previos (...) [p]ero no logra sortear los inconvenientes de las posturas irracionales, toda vez que termina por asimilar el mismo elemento justificador, por sí mismo incontrolable, de la simple voluntad de los jueces” (p. 137).

Finaliza la primera parte de esta obra exponiendo las aporías y dificultades de las teorías imperantes sobre la interpretación judicial –las concepciones personales de los jueces, la tesis conflictivista de la Corte colombiana y el escepticismo epistemológico de las teorías en boga, entre otras– de cuya revisión se desprende que

“la tesis de la discrecionalidad judicial no puede ser sostenida si no va acompañada de ulteriores soportes o explicaciones que permitan su comprensión racional, aunque fuera mínima, de la realidad referida por las normas constitucionales” (p. 184).

294 De lo contrario, afirma, los mismos supuestos epistemológicos del positivismo jurídico refutan la existencia de “sentencias de Derecho” en los casos difíciles, por la ausencia de un sustrato que permita discriminar entre respuestas normativamente admisibles de aquellas que no lo son.

Sobre la proposición –y rescate– de tales referentes epistemológicos y metodológico-jurídicos, que contribuyen a discernir lo justo de lo injusto, trata la segunda parte de la obra. Subyace aquí la noción de que, si bien las normas jurídicas están contenidas en enunciados lingüísticos, no se quedan en dichas manifestaciones comunicativas, sino que remiten a la propia realidad referida por ellas.

En lo metodológico, se aborda la comprensión del lenguaje normativo y su incidencia en los casos judiciales. Allí sobresale la idea de que los jueces habitualmente llevan a cabo las actividades racionales de *aplicación* e *interpretación* de manera indistinta y frente a un mismo caso (incluso en los denominados “fáciles”), de donde se desprende que la función judicial siempre es, en esencia, valorativa y creativa, aunque ello no debe hacer perder de vista las limitaciones de dicha creatividad a fin de no incurrir en la arbitrariedad. “Una cosa es ‘crear’ derechos y obligaciones y otra bien diferente es ‘inventarlos’ afirma (p. 269).

Lo que resta del libro –ya de lleno en su parte propositiva– está destinado al estudio de los modelos de razonamiento práctico y de las

condiciones para arribar a decisiones justas. Sobresale aquí el estudio epistemológico para explicar que el razonamiento jurídico, al formar parte de la razón práctica, es el resultado de una operación inteligente y reflexiva que, si bien parte de una realidad “dada” (el ordenamiento jurídico), al mismo tiempo es una realidad operable que reclama su justa realización en un caso concreto: el efectivo goce, posesión y disfrute de bienes humanos valiosos.

De aquí se sigue que esta actividad racional no necesariamente exige un compromiso con una sola respuesta correcta: pueden ser varias, pero en ningún caso cualquiera, puesto que en muchas hipótesis están en juego cuestiones moralmente relevantes, lo que se debe ni más ni menos a que las decisiones judiciales se pronuncian sobre el orden de la conducta humana que constituyen aspectos *valiosos* para sus destinatarios o para la misma sociedad (p. 276 y ss.). De ahí que la posibilidad de articular varias respuestas que dimensionen aspectos del bien práctico es muy diferente de la cuestión a si es posible plantear respuestas verdaderas sobre bienes humanos a pesar de ser ellas contradictorias. Esta contradicción “implicaría necesariamente la negación y afirmación, al mismo tiempo, de bienes humanos” (p. 322).

A este modelo de razonamiento práctico lo denomina –siguiendo los aportes clásicos del Derecho Natural y, asimismo, los contemporáneos de Javier Hervada, John Finnis, Andrés Ollero y Rodolfo Vigo, entre otros– el “modelo prudencial” (en oposición al “modelo procedimental”, representado fundamentalmente por Robert Alexy), que supone un juicio racional que opera como instrumento condicionado, también metodológicamente, por la búsqueda de una finalidad concreta (el bien o derecho humano), por lo que la decisión alcanzada no sería sólo racional o correcta por el mero hecho de haberse seguido dicho procedimiento, sino por manifestar existencial y concretamente el aludido objeto (pp. 312-313).

La parte final del texto –el último capítulo– constituye una recapitulación de los elementos estudiados a lo largo del trabajo con la pretensión de *integrar* en ambas escuelas de razonamiento práctico (la procedimental y la prudencial) lo expuesto con anterioridad, *profundizar* y *concretar* en aquellos aspectos estimados cruciales para contribuir a evitar, mediante la sujeción a determinados criterios que se formulan, un ejercicio arbitrario por parte de los jueces constitucionales.

Advierte que, aunque resultan claves la justificación interna (derivaciones lógicas de las premisas) y externa (construcción de los principios que sustentan premisas) para detectar decisiones judiciales formalmente incorrectas o indebidamente justificadas, se observan, empero, insuficientes para diferenciar en todos los casos las buenas de las malas razones. En la

búsqueda y análisis de criterios sustantivos de justicia en pos de la aludida finalidad descarta aquellos sostenidos por Robert Alexy (entre otros, “el criterio de la injusticia extrema”) por estimar que en ocasiones

“su propia generalidad las hace ser portadoras de tantas alternativas (...) que por sí solas no logran llevar a cabo su propuesta original de discriminación entre buenas y malas razones” (pp. 389-390).

De ahí la necesidad de proponer una fundamentación situada *previamente* al desarrollo de las premisas justificativas. ¿Cuáles son estos puntos de partida adicionales a la justificación? Se plantea el “fundamento ontológico” de cuya especificación derivan dos principios: el primero, consistente en una *limitación*, manifiesta que no se puede decidir en contra de un bien humano básico; el segundo, una *directriz*, que consiste en el compromiso de promover los derechos fundamentales vinculados a una mayor plenitud humana.

296

Entonces, el autor se encarga de exhibir en qué sentido estos presupuestos son más firmes y racionales que las “convicciones normativas fácticamente existentes” o las “formas de vida comunes” –propias de las tesis procedimentales– toda vez que aplican para todos los casos y su relevancia es planteada para todos los bienes humanos básicos o derechos fundamentales al margen de su carácter “controversial” en una coyuntura determinada (*v.gr.* la legislación que prohíbe la discriminación por motivo de color hoy prácticamente no genera controversia, aunque sí la produjo hace cincuenta años). Esto es crucial porque el fundamento ontológico “opera sobre la base de bienes humanos objetivos, no sobre la base de bienes humanos controvertidos” (p. 399), este último según el estándar de Robert Alexy.

Dichos criterios sustantivos vienen dados, en sentido *limitativo*, por la prohibición de atentar en contra de un bien humano básico y, en sentido *directivo*, de la exigencia de promover los derechos fundamentales como una dimensión de la plenitud humana. Sin estas bases

“como ámbitos *reales* de fundamentación, en lo que finalmente termina convirtiéndose el razonamiento jurídico es en un simple *juego de argumentos*, donde lo fundamental es el lenguaje y no la realidad implicada en ese lenguaje” (p. 403).

Así, una o varias “respuestas correctas” serían posibles a condición que éstas se encuentren calificadas sobre la base de una ulterior discriminación: la plenitud humana o la dimensión valiosa de su existencia en el contexto de la concreción en un acto específico que consiste en dar una cosa debida

a su titular, ejecutar una acción o abstenerse de una prohibición respecto de alguna persona (p. 408).

En fin, la obra reseñada –un trabajo intelectualmente atractivo, bien escrito y abordado con rigurosidad– presenta el innegable provecho de dar cuenta de los singulares problemas y tensiones que habitualmente enfrentan los jueces constitucionales en su función deliberativa y de adjudicación de bienes y derechos. El otro gran aporte del libro estriba en ofrecer fundamentos y herramientas para superar las aludidas falencias con decisiones que junto con estar vinculadas a Derecho y a las circunstancias particulares del caso se encuentran circunscritas por márgenes inamovibles de respeto a bienes sustantivos de la persona humana.

JACK M. BALKIN. *LIVING ORIGINALISM (ORIGINALISMO VIVO)*, CAMBRIDGE, MASSACHUSETTS, LONDON, THE BELKNAP PRESS OF HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2011 (ISBN 978-0-674-06178-1)

Sergio Verdugo R.*

Varios piensan que esta obra quizá será juzgada como un hito en la doctrina estadounidense sobre interpretación de la Constitución. El destacado profesor Sandford Levinson dice en una breve reseña en la contraportada de la obra.

299

“es el mejor libro que he leído sobre teoría constitucional (...). Será un digno sucesor de *The Least Dangerous Branch*, de Bickel, y de *Democracy and Distrust*, de Ely, en enmarcar la discusión sobre la Constitución en los años que vendrán”.

Yo no soy, sin embargo, tan optimista respecto de la futura influencia que este libro sea capaz de generar. Como indicaré más adelante, tanto conservadores como liberales tienen buenas razones para rechazar su persuasivo argumento central.

El objetivo central de *Living Originalism* es redirigir la manera en que se discuten las diversas teorías sobre aplicación judicial de la Constitución y, en ese propósito, la obra de Jack M. Balkin seguramente encontrará respuestas

* Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica. Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl.

Se hace presente que todas las traducciones al español de los textos originales en inglés fueron realizadas por el autor de esta reseña.

desde diversos sectores de la doctrina política-constitucional. En efecto, en el poco tiempo que lleva publicada (desde 2011) ha encontrado diversas reacciones e, incluso, una prestigiosa revista dedicó un número especial a la publicación de trabajos sobre el mismo¹. Tal vez ello se debe, en parte, a que el autor (profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale) ha promovido ideas provocadoras con anterioridad, las que en más de una ocasión le han merecido duras respuestas², siendo este libro una suerte de consolidación de algunas doctrinas contenidas en polémicos trabajos anteriores³.

Este nuevo trabajo intenta demostrar que la escuela del originalismo (*originalism*) es compatible con la de la Constitución viviente (*living constitution*), idea que pretende quebrar uno de los ejes principales del constitucionalismo estadounidense, el que ha mantenido tradicionalmente divididos a jueces, abogados, profesores, historiadores y científicos políticos y sociales.

En Estados Unidos las doctrinas de interpretación constitucional han estado divididas en dos grandes grupos:

- 1) la originalista, mediante la cual la Constitución debe interpretarse de acuerdo con su significado original (*original meaning*) y
- 2) la evolutiva, por la cual se observa a la Constitución como un documento vivo que se adapta a los cambios que experimenta la sociedad.

300 La primera suele simpatizar con tendencias conservadoras, por lo que no es casualidad que varios profesores, abogados y jueces de derecha la sostengan⁴, mientras que la segunda suele asociarse a corrientes progresistas normalmente relacionadas con la izquierda estadounidense⁵.

¹ Véase la revista *University of Illinois Law Review*, Issue 3, Champaign, Illinois, 2012. Este número recogió los trabajos que se presentaron en un simposio que la Universidad de Illinois dedicó al libro de Jack M. Balkin. Además de los numerosos trabajos contenidos en esta revista, véanse también los comentarios de Michael C. DORF, "The Undead Constitution" y del propio Jack M. BALKIN, "Nine Perspectives on Living Originalism".

² Así, por ejemplo, Jack Balkin había anunciado su cambio a las tendencias originalistas y la mantención de su defensa paralela al aborto, argumentando la provocadora idea de que el aborto y el originalismo son compatibles (cambia su argumento constitucional y la forma de interpretación, pero no el objetivo de defender el derecho de la mujer). Jack BALKIN, "Abortion and Original Meaning". Esto le significó una respuesta que llegó, incluso, a calificar su argumento de "asqueroso" (*disgusting*). Andrew KOPPELMAN, "Why Jack Balkin is Disgusting".

³ Entre otros trabajos anteriores del profesor Jack Balkin, debe considerarse especialmente Jack M. BALKIN, "Framework Originalism and the Living Constitution", que sirvió de base para varias de las ideas centrales del libro.

⁴ Entre otros, pueden mencionarse los conocidos trabajos de BORK (1991), pp. 143-185; Antonin SCALIA, *A Matter of Interpretation*, pp. 3-47; WHITTINGTON (1999), y un conjunto de trabajos compilados en un libro de la Sociedad Federalista, Steven G. CALABRESI, *Originalism. A Quarter-Century of Debate*.

⁵ Muchos trabajos se asocian a teorías de interpretación que tratan a la Constitución como un documento vivo. El término se suele atribuir a Howard Lee McBain. Entre

En su libro, Jack M. Balkin argumenta que ambas teorías no son verdaderos rivales. Sin embargo, no se refiere a todas las posiciones existentes dentro de ellas (no podría hacerlo), sino que las generaliza en términos amplios. En lo relativo al originalismo, el autor rechaza de manera explícita la famosa doctrina de Antonin Scalia (referente importante para los conservadores en Estados Unidos), la que denomina “aplicación originalmente esperada” (*original expected application*). La crítica, entre otras razones, por apartarse de varias tradiciones constitucionales estadounidenses que fueron incorporadas después de que fuera adoptado el texto original (pp. 7-9). Por el contrario, promueve una versión del originalismo basada en el sentido original (*original meaning*), que luego desarrolla y diferencia de las teorías más conservadoras (pp. 100-108)⁶, aunque comparte la valoración del texto como punto de partida en todo ejercicio hermenéutico. En este ejercicio, el ambicioso propósito del libro pierde amplitud. Ya no podrá argumentarse que la teoría del originalismo es enteramente compatible con la idea de la Constitución viva. Más bien, esta compatibilidad existiría con su versión, que sigue el método que denomina de “texto y principio” (*text and principle*) para desentrañar el sentido de las disposiciones constitucionales (pp. 3-20).

Asimismo, tampoco acepta la familia completa de teorías sobre la Constitución viva, sino que una suerte de restauración de la misma (pp. 277-319), donde se valora el papel de construir el plan constitucional. De hecho, las teorías de la Constitución viva son inicialmente criticadas por Jack Balkin, quien señala que ellas son más un *slogan* que una teoría (p. 277). De esta manera, no podrá afirmarse que el originalismo y la Constitución viva sean compatibles, sino que sólo en su versión ellas parecen actuar con coherencia. En otras palabras, lo que para el autor es la mejor versión del originalismo, es compatible con lo que para él es la mejor versión de la Constitución viva.

301

“El *framework originalism* [el marco de trabajo que propone] requiere que interpretemos la Constitución de acuerdo a su sentido original. El constitucionalismo viviente se preocupa del proceso de construcción constitucional. El *framework originalism* deja espacio para que futuras generaciones construyan la Constitución en la práctica. El constitucionalismo viviente ocupa este espacio. Él explica y justifica el proceso de construcción. Así es como estas dos ideas están relacionadas, y por qué

otros, véase Bruce ACKERMAN, “The Living Constitution” y David A. STRAUSS, *The Living Constitution*.

⁶ Una de las principales críticas de Jack Balkin a los originalistas conservadores es el trato (a veces excesivamente pragmático) que ellos dan al precedente (pp. 109-125).

ellas no se contradicen sino que, de hecho, están inextricablemente conectadas” (p. 282).

Como puede advertirse, Jack Balkin no es un componedor de las diversas teorías de interpretación que compiten por ser acogidas en tribunales. Más bien, es un crítico muy agudo que reconoce las debilidades de todas ellas y propone una combinación parcial de las mismas.

A través de las páginas de su libro, muestra de qué manera el método de “texto y principio” permite conciliar lo que considera una concepción moderna de los principales aspectos discutidos de la Constitución de Estados Unidos, con su sentido original. Bajo este método, hay que desentrañar las principales respuestas en los contenidos lingüísticos de la Constitución (algo inaceptable para la tesis de la Constitución viva) y, en los casos en que no sea posible encontrar una regla clara, habrá que examinar el principio con el que el texto se relaciona (especialmente, véanse pp. 256-273). Una regla clara (como la edad para ser presidente de Estados Unidos) es obligatoria para el intérprete, pero un principio (como la prohibición de los castigos crueles e inusuales, *Cruel and Unusual Punishment Clause*) entrega un margen más amplio que exige investigar el sentido original sin que exista la obligación de aceptar el mismo⁷.

302

Así, el originalismo de Jack Balkin ve en los autores de la Constitución la intención de construir un marco de trabajo para la política de generaciones futuras, mediante estándares flexibles y principios abstractos que los estadounidenses habrían ejecutado mediante la interpretación y la construcción (*constitutional construction*) de sus cláusulas⁸. Lo anterior exige revisar la verdadera naturaleza de la Constitución y su legitimidad democrática, que para Jack Balkin se resuelve considerando que ella es:

- 1) una ley básica, esto es, un marco que promueve estabilidad política señalando un plan que ofrece diversas alternativas de implementación;
- 2) una ley superior, en otras palabras, una fuente de “inspiración y aspiración” donde se depositan principios y valores y, finalmente
- 3) una ley “nuestra”, que permite al pueblo norteamericano identificarse con ella, observándola como un logro colectivo (pp. 59-73).

⁷ En palabras del propio Jack Balkin: “[n]o debiéramos pensar en el método de texto y principio como un simple modelo en que principios individuales se benefician de cláusulas o textos específicos. En cambio, los principios constitucionales pueden jugar muchos roles, con múltiples relaciones con el texto (...). Los principios articulan el texto constitucional, lo suplementan, le entregan unidad a la Constitución entera, que preserva su lógica y estabilidad en el tiempo. El método de texto y principio honra el texto al reconocer la íntima conexión del mismo con principios de diferente clase (...)”, p. 273.

⁸ Nótese que interpretación y construcción son términos diferentes. Véanse pp. 4-5.

En este último punto, el autor valora el proceso histórico de compromiso popular con la Constitución y cree que la legitimidad de ella es sociológica (p. 64), a diferencia de la mayoría de los originalistas.

La metodología descrita es aplicada a lo largo del libro a varias materias controversiales en el Derecho estadounidense. En estas aplicaciones se observa una seria investigación y acuciosa explicación de los argumentos que, a diferencia de otros originalistas, le permite a Jack Balkin llegar siempre a posiciones asociadas a los liberales de la izquierda estadounidense⁹. De esta manera, utilizando una metodología asociada a los conservadores, llega a resultados más progresistas¹⁰. Por eso, es de esperar que su estrategia sea resistida por diversos sectores y que finalmente su influencia tienda a ser acogida sólo por algunos académicos, y no por la jurisprudencia estadounidense.

Lo anterior no le quita mérito a esta interesante y bien escrita obra. Ella, junto con otras que se refieren a la interpretación de la Constitución estadounidense, son el resultado de una academia madura que ha trabajado y discutido sobre una Constitución que tiene más de dos siglos de vigencia. Bien haríamos en extraer lecciones de este debate para encaminar de mejor manera las discusiones sobre el constitucionalismo iberoamericano. Por eso, promover entre nosotros la lectura de un libro como el que reseño siempre es de utilidad.

303

Bibliografía

ACKERMAN, Bruce, "The Living Constitution", in *Harvard Law Review*, vol. 120, Cambridge, Massachusetts, 2007.

BALKIN, Jack M., "Abortion and Original Meaning", in *Constitutional Commentary*, vol. 24, N° 101, New Haven, 2007.

BALKIN, Jack M., "Original Meaning and Constitutional Redemption", in *Constitutional Commentary*, vol. 24, N° 140, New Haven, 2007.

⁹ Ello ocurre, por ejemplo, con la cláusula de comercio (Commerce Clause), donde Jack Balkin investiga el sentido original de la expresión 'comercio', y legitima con argumentos originalistas la expansión de poderes del Congreso Federal, fortaleciendo con ello legislaciones promovidas por liberales de izquierda y permitiendo que casi todo (si no todo) pueda ser regulado por el Congreso (pp. 138-182). Lo interesante es que el originalismo siempre ha favorecido la tesis contraria, que restringe los poderes del Congreso y, por consiguiente, quita fundamento constitucional a dichas legislaciones. Entre otras, Jack Balkin se refiere también a la cláusula de *privileges and immunities* (pp. 183-219) y a la *equal protection clause* (pp. 220-255).

¹⁰ A esta misma conclusión llega DORF, *op. cit.*, pp. 2013-2014.

- BALKIN, Jack M., “Framework Originalism and the Living Constitution”, in *Northwestern University School of Law Review*, vol. 103, N° 2, Chicago, Illinois, 2009.
- BALKIN, Jack M., *Living Originalism*, Cambridge, Massachusetts, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- BALKIN, Jack M., “Nine Perspectives on Living Originalism”, in *University of Illinois Law Review*, N° 3, Champaign, Illinois, 2012.
- BORK, Robert H., *The Tempting of America*, New York, Touchstone, 1990.
- CALABRESI, Steven G., *Originalism. A Quarter-Century of Debate*, Washington DC, The Federalist Society, 2007.
- DORF, Michael C., “The Undead Constitution”, in *Harvard Law Review*, vol. 125, Cambridge, Massachusetts, 2012.
- KOPPELMAN, Andrew, “Why Jack Balkin is Disgusting”, in *Constitutional Commentary*, vol. 27, Minneapolis, 2010-2011.
- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997.
- STRAUSS, David A., *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010.
- WHITTINGTON, Keith E., *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 2009.

ANDRÉS CRUZ CARRASCO, *OBEDIENCIA Y DESOBEDIENCIA CIVIL*, SANTIAGO, EDITORIAL LIBROTECNIA, 2012. (ISBN 978-956-327-068-6)

*Hugo Fábrega Vega**

Resulta anecdótico plantearse conceptualmente siquiera la posibilidad de rehuir el mandato cerrado de un artículo 6° inciso primero de la Constitución chilena, que desde un comienzo condiciona (y enaltece) la conducta ajena al punto de señalar:

305

“Los preceptos de esta Constitución obligan...”.

Con tan concisa declaración principal costaría encarar la interrogante acerca de si es posible resistir el contenido prescriptivo de una norma jurídica, ya que una de las características de las normas jurídicas es su heteronomía predominante –lo que impide al sujeto imperado sustraerse del cumplimiento u obligatoriedad de su contenido–, incluso, rigen con prescindencia del conocimiento del sujeto obligado.

Por tal razón es que se hace necesario distinguir la norma autónoma en su imperio (cuando el sujeto imperado puede eximirse de cumplirla o cuando el dicho sujeto está facultado para dejar de cumplirla en ciertas circunstancias) de la norma heterónoma en su imperio (cuando el sujeto imperado no puede dejar de cumplirla o cuando no existan circunstancias especiales para su no cumplimiento). Cabe anotar que la heteronomía en el imperio es casi absoluta y desde el punto de vista de la Teoría General del Derecho existen dos dimensiones de autonomía: la desobediencia civil y la objeción de conciencia.

* Profesor de Teoría del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: hfabrega@udd.cl.

Esta obra del profesor Andrés Cruz plantea la posibilidad (o no) del ejercicio de una de estas proyecciones. Y lo hace de manera razonada, ordenada y suficiente.

Parte su análisis dejando en claro la búsqueda de su explicación final, definiendo la posición contractualista como el eje del entendimiento de la noción misma de Estado, en la cual los sujetos se rinden a sus pasiones para converger en un fin común, análisis que abarca desde Aristóteles hasta Rawls. A continuación, señala la finalidad de los principios que busca esta convergencia contractualista enfatizando (para bien o para mal) la posibilidad del empleo de la moral como eje de la conducta del sujeto que la propia Constitución estatal debe contener. En este punto, y sólo como una reflexión personal al margen del análisis que el autor hace, no queda clara la función y utilidad que poseería, empíricamente hablando, la distinción entre una moralidad personal o autónoma *versus* la interacción sustancial de una moralidad social que en la tesis kantiana podría influir en la decisión abstracta del sujeto en pos de una formulación personal de obediencia sin limitación alguna, realidad que encara el autor de manera notable al desafiar los postulados contemporáneos en la suficiencia del positivismo, citando a sus autores más importantes, dejando criteriosamente la puerta abierta para describir a la desobediencia civil en cuanto a su concepto y característica doctrinaria.

306

Llama la atención que la profundidad de un análisis de este tipo siga de cerca (inconscientemente quizá) la realidad chilena, lo que hace al autor detentar, a la vez, una posición sociológica del tema, puesto que en la medida que el lector va perseverando en la materia, surge el cotejo con la realidad chilena actual (*v.gr.* los denominados movimientos minoritarios) que de manera propia se plantea la posibilidad de enervar políticas públicas con un supuesto derecho a la desobediencia, al amparo de la violencia, situación que también se analiza de manera sobria.

En síntesis, la creencia de lo que Henry Thoreau planteó en su época sobre la base de casos frecuentes de injusticias sociales (respuesta que al hacerse cargo Dworkin y Raz pocos años atrás desafió el imperio del Derecho), parece que se mantiene viva, más aún si de parte de una sociología histriónica hay quienes parecen proyectar otra posibilidad de fundamentar actitudes de los imperados. Pues bien, se agradecen los estudios como el del profesor Andrés Cruz, que prácticamente recuerdan aquellos devenires de raigambre filosófica que han prodigado la paz social como el único modo que tenemos para desarrollarnos como personas; más aún, si este análisis motiva un auge en la materia filosófica del Derecho, que no se planteaba desde la década de 1980 con los ya, a estas alturas, clásicos escritos de Agustín Squella sobre la materia.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 1 | 2012

SIGLAS Y ABREVIATURAS

A	
AA.VV.	autores varios
A.G.	
al.	<i>alis</i> (otros)
art	artículo
arts	artículos
ATE	Asistencia Técnica Educativa
BAC	Biblioteca de Autores Cristianos
c/	con
C	
CAP	Compañía de Acero del Pacífico
C.A.S.G	
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDAW	Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
CENC	Comisión de Estudio de la Nueva Constitución
CDE	Consejo de Defensa del Estado
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
Cf. a veces	Cfr. confróntese
CFTC	Commodity Futures Trading Commission
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
col.	columna

Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Comp.	compilador
CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas
Cont.	continuación
coords.	coordinadores
CP	Constitución Política
D.	Documento
D.	Don
D.C	District of Columbia
DF	Distrito Federal
DFL	decreto con fuerza de ley
dir.	director
Dr.	Doctor
doc.	documento
ECI	estado de cosas inconstitucional
ed.	edición, <i>a veces</i> editor
eds.	editores
ESSBIO	Empresa de Servicios Sanitarios del Bio Bio S.A.
etc.	etcétera
FASA	Farmacias Ahumada S.A.
FCE	Fondo de Cultura Económica
FFAA	Fuerzas Armadas
fol.	folios
FONDECYT	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
I.	Ilustrísima
inc.	inciso
IANSA	Industria Azucarera Sociedad Anónima
ISBN	International Standard Book Number
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
IACHR	InterAmerican Court of Human Rights
Inc.	
IPSA	Índice de Precios Selectivo de Acciones
LAUGE	Ley N° 19.966, Garantías Explícitas en Salud

Leg.	Legado
LGE	Ley General de Educación
LOCBGAE	Ley N° 18.577, de Bases Generales de la Administración del Estado
LOCE	Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza
LOCM	Ley N° 18.695, de Municipalidades
LT	Ley N° 18.290, de Tránsito
Ltda.	limitada
Lv.	Levítico
MBO	Management Buy-Out
MINEDUC	Ministerio de Educación
MOP	Ministerio de Obras Públicas
mrs.	maravedís
n.	nota
N°	número
N°s	números
NJ	
OC	Opinión Consultiva
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización No Gubernamental
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
OPAS	Oferta Pública de Acciones
p.	página
párr.	párrafo
párrs.	párrafos
PCH	
PhD	Doctor of Philosophy
PIB	Producto Interno Bruto
pp.	páginas
RUT	rol único tributario
S.A.	Sociedad Anónima
SCH	
sec.	sección
SEC	Securities & Exchange Commission
SEP	Subvención Escolar Preferencial
SIMCE	Sistema de Medición de la Calidad de la Educación
ss.	siguientes
SQM	Sociedad Química y Minera de Chile

SU	
SVS	Superintendencia de Valores y Seguros
t.	tomo
T	
TC	Tribunal Constitucional
UTM	unidad tributaria mensual
USD M	
<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
vol.	volumen
vols.	volúmenes
<i>vs.</i>	<i>versus</i>

Instrucciones a los autores

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 1 | 2012

INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

2. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes

3. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.

2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece, como, asimismo, la que se los concedió.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.
5. Referencias bibliográficas

– Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo tres elementos: autor –nombre y APELLIDOS (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

- La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así: Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

- Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título de libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

- Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) /, “Titulo del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista* (en cursivas), año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

- En cuanto a las referencias ya citadas: AUTOR, las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en cursivas si es *libro* o entre corchetes si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente APELLIDO y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

- Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES,) / *Titulo* (en cursiva si es *libro* y entre “comillas” si es artículo), año de publicación) / Disponible en: Dirección electrónica completa. Consultada el...
 - Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.
6. Los trabajos deben ser enviados a *Derecho Público Iberoamericano*, correo electrónico derechoiberoamericano@udd.cl, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o de la coordinadora de redacción, Srta. María José Fernández.
 7. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

Este número, de mil ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2012
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

