



Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados.
Nº 13 - Segundo Semestre 2015

Año 7. Número 13. Segundo semestre de 2015

DIRECTOR ACADEMIA PARLAMENTARIA

Gonzalo Vicente Molina

DIRECTOR REVISTA HEMICICLO

Marco A. Sepúlveda Medina

CONSEJO EDITORIAL

Rodrigo Obrador Castro

Julián Saona Zabaleta

Cristián Ortiz Moreno

Constanza Toro Justiniano

Marianela Ramírez Gómez

EDICIÓN

Claudia Poblete Olmedo

SECRETARÍA

Carolina González Holmes

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

Osvaldo Fernández Fernández

FOTO PORTADA

René Lescornéz Alonso

IMPRESIÓN

Unidad de Diseño y Publicaciones de la Cámara de Diputados

ISSN:

0718-8463

PRESENTACIÓN

Hemiciclo, en su segundo número del año 2015, presenta artículos que fueron seleccionados por su relevancia en las temáticas que cubre la revista y que van desde la participación ciudadana, matrimonio entre personas del mismo sexo, ley de cuotas, colusión, etc., hasta tópicos acerca de aspectos constitucionales.

Junto con esto, y por el interés parlamentario y ciudadano que representan, se incorpora el ensayo “Reforma Educacional: hacia un nuevo paradigma”, ganador del primer lugar del Concurso de Ensayos 2015: “La Universidad que queremos para el Chile del futuro”, organizado por la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados de Chile; y la reseña del texto “Glosario de términos legales”, elaborado por el Poder Judicial de Chile para conocimiento de los ciudadanos.

ÍNDICE

I		
La colusión: análisis teórico-normativo de su tratamiento en Chile y Derecho Comparado		07
África N. Sanhueza Jéldrez		
II		
Lagunas de norma constitucional, integración normativa y la jurisprudencia de los jueces constitucionales de España y Chile		27
Guido Williams Obreque		
III		
La jurisdicción constitucional en Chile		41
Prof. Dr. Lautaro Ríos Álvarez		
IV		
Una aproximación constitucional al matrimonio entre personas del mismo sexo		63
Sebastián Becker Castellaro		
V		
El camino hacia la participación política femenina: la ley de Cuotas de Género Legislativa		77
Valentina Hernández Fuenzalida		
VI		
Participación ciudadana en el Congreso Nacional: caso del proyecto boletín 9366 o de inclusión		91
Felipe Augusto Durán Martínez		
VII		
Reforma educacional: hacia un nuevo paradigma		113
Ulises Parraguez Romero		
Reseña “Glosario de términos legales”		129
Claudia Poblete y Emmy González		

LA COLUSIÓN: ANÁLISIS TEÓRICO-NORMATIVO DE SU TRATAMIENTO EN CHILE Y DERECHO COMPARADO

África N. Sanhueza Jéldrez¹

SUMARIO

1. Introducción, 2. Consideraciones previas, 3. La Colusión, 4. Conclusiones

RESUMEN

La colusión es ya ampliamente identificada como el atentado más grave que la Libre Competencia debe enfrentar, cuyos graves y profundos efectos exceden el mero ámbito del mercado, generando consecuencias nefastas para la vida jurídica y social. En tal sentido, es evidente la importancia de armonizar criterios, fortaleciendo los mecanismos de control y castigo que regulen adecuadamente tal figura, empresa delegada con particular simbolismo republicano en nuestra Honorable Cámara de Diputados. Así, tendremos que analizar, debatir y elucubrar, en la ardua tarea de trazar normas protectoras de la competencia y equidad social, más allá del siempre tenaz ingenio defraudador.

Collusion: theoretical-regulatory analysis of its treatment in Chile and Comparative Law

ABSTRACT

Collusion is widely identified as the most serious attack against Free Competition, having severe effects that exceed the market sphere and generate disastrous consequences for the legal and social life. In this sense, the importance of harmonizing the existing different criteria is evident, strengthening control and punishment mechanisms which adequately regulate such figure, a task that has been delegated with a particular republican symbolism to the Honorable Chamber of Deputies. Thus, we will have to analyze, discuss and create in the arduous duty of generating Free Competition and social equity protection rules that go beyond the always tenacious defrauder genius.

¹ Abogada, Licenciada en Derecho y Bachiller de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogada Ayudante de las Comisiones de Seguridad Ciudadana y Deportes y Recreación, de la Cámara de Diputados de Chile.

1. INTRODUCCIÓN

Si la economía es el motor de la sociedad moderna, en cuanto a desarrollo y crecimiento se refiere, la Libre Competencia surge entonces como el mecanismo más idóneo para desarrollarla eficazmente, en un universo de acciones controladas por impulsos, intereses y ambiciones humanas que solo encuentran favorable cauce a través del espontáneo juego de la oferta y la demanda, siempre reclamante de un escenario idealmente exento de incentivos equívocos que puedan alterar el resultado querido y favorable, superando los impedimentos emanados de aquellos objetivos individualistas, inexorables a todo comportamiento: obtener la mayor *eficiencia* posible, tanto en la producción, como en la asignación (Rojas, 1997).

Pero la búsqueda de tal ideal no estará ajeno a conflictos, ya que siendo una creación del hombre sujeta a las reglas de su propia naturaleza intrínseca, habrá de engendrar condiciones adversas a la competencia, perjudiciales para el desarrollo económico en su conjunto, redundando esto en situaciones desproporcionadamente favorables para ciertos sectores, en desmedro de aquellos otros en una posición más debilitada (como el consumidor), afectando tanto al sujeto directo del abuso, como al conjunto social, pues según indicara Edward Prescott (Premio Nobel de Economía 2004) “las grandes diferencias de ingreso per cápita entre países se deben, principalmente, a conductas anticompetitivas en las naciones más pobres.” (Agostini, 2007).

Bajo este contexto podemos situar la controversial figura de *Colusión*, entendida como el “conjunto de empresas pertenecientes a un mismo mercado, que operan concertadamente con el objeto de fijar precios de venta y/o repartirse la demanda” (González, 2007), cuyo principal perjuicio para una economía de mercado estriba en anular los beneficios propios que la rivalidad entre firmas genera (menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios), permitiendo capturar y repartir beneficios o rentas que, de otro modo, se disiparían entre la competencia (Expansiva, 2007) dando paso al indeseable efecto de “elevar los precios a costa de los consumidores, reducir el monto de producción y ganar utilidades emulando al monopolio.” (Flint Blank, 2002). De ahí justamente emanan los grandes desafíos que una regulación oportuna y cabal de tal figura plantean, cuestión no ajena a nuestra propia realidad nacional, cuyos notables avances no excluyen las exigencias de una normativa aún en construcción.

Así entonces, el presente artículo busca contribuir al análisis de la colusión, sobre la base de conceptos teóricos, derecho nacional e internacional y alternativas jurídicas potencialmente aplicables, considerando la necesidad de resguardar un mercado exento de vicios que atenten contra la Libre Competencia, especialmente en Chile, país que aspira a entrar en las grandes ligas de la economía mundial, capaz de alcanzar sus ambiciosas metas

solo en tanto brinde garantías idóneas de protección que promuevan una sana y libre competencia, supuesto indispensable para el desarrollo y crecimiento de toda nación respetuosa de la igualdad y justicia social, en el delicado equilibrio que debe existir entre autonomía y regulación.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

Pareciera existir consenso en torno a que el adecuado funcionamiento del mercado es vital para una eficiente asignación de recursos, en la compleja labor de otorgar conveniente respuesta a las tres preguntas básicas de todo sistema económico: *qué, cómo y para quién* producir (más aún en el contexto de una economía altamente globalizada). No obstante, resulta igualmente correcto afirmar que el mercado tampoco estará ausente de fallos en su funcionamiento, tornando imperiosa la correcta intervención regulatoria estatal, capaz de, como señala Fiegelist (2015), “prevenir y corregir las distorsiones que el ejercicio abusivo de la libertad de empresa y contractual pueden provocar en [su] funcionamiento”, especialmente porque la existencia de este, en versión perfecta, solo puede existir en un plano abstracto-especulativo, donde la competencia revestida de libre ejercicio será lo realmente anhelado.

Pero al hablar de libertad no debe plantearse esta en sentido absoluto, con agentes que interactúan conforme al impredecible vaivén de sus propios intereses egoístas. Por el contrario, es fundamental contar con ciertas reglas destinadas a encauzar el devenir constante de los deseos, aspiraciones y comportamientos humanos, vigilando razonadamente el libre juego entre la oferta y la demanda mediante pautas claras, protectoras de la armonía y equilibrio que, en ausencia de control, rápidamente se diluirían en abusos, artimañas y estrategias desleales que solo acarrearán perjuicios para la comunidad en general.

La “mano invisible”² parece entonces insuficiente ante la realidad fáctica observada, que concluye vital una prudente intervención del Estado en la determinación de aquellas normas básicas que regirán la interacción de los agentes económicos, si aspiramos a preservar el deseable equilibrio entre dos opuestos inseparables: defender la Competencia como institución de la economía de mercado y consolidar el ejercicio de la libertad económica como expresión de libertad individual. Es en este contexto donde surge el *Derecho de la Libre Competencia* como respuesta a la exigencia ineludible de establecer medidas pertinentes que sancionen todas aquellas conductas lesivas del normal desenvolvimiento mercantil, controlando excesos (especialmente de los oferentes), al tiempo que garantizando un estándar óptimo de concurrencia.

En síntesis, el *Derecho de la Libre Competencia* es aquel instrumento destinado a garantizar una asignación óptima de los recursos, beneficiando a empresas y consumidores mediante la prohibición de aquellas conductas que buscan aumentar los precios o frenar la innovación, sea a través de una explotación abusiva (afectando negativamente la relación precio-calidad de un producto), sea ejerciendo prácticas de exclusión que impidan el ingreso de nuevos competidores en un mercado determinado (Jenny, 2006). Bajo esta premisa, cabe destacar la llamada “Política de Defensa de la Competencia”, trazada como el fruto de elucubraciones destinadas a regular y promover la Libre Competencia de mercado, evitando abusos de posición dominante, acuerdos colusorios, decisiones que busquen impedir o dificultar la entrada de nuevos competidores en el mercado o cualquier otro tipo de práctica orientada a restringir dicha competencia, objetivo plenamente justificado desde el punto de vista de la eficiencia asignativa (Segura, 2006).

2 Adam Smith, al formular su teoría de la “mano invisible”, ya advertía serias dudas sobre el verdadero interés de los empresarios en la competencia, indicando que el interés de cualquier agente no es ser un competidor que actúe paramétricamente respecto a los precios de los bienes que vende o compra y de los factores que adquiere u ofrece, pues el objetivo último de las empresas es maximizar los beneficios o el valor capital, evidentemente mayor si se tiene una posición dominante de mercado que si se toman los precios como meros datos. En tal sentido, la economía de mercado genera incentivos para que los agentes actúen en forma estratégica, antes que competitiva. (Segura, J., 2006). “La Política de Defensa de la Competencia: objetivos, fundamentos y marco institucional”. *Ekonomiaz* (61): 16-39.

A continuación, nos enfocaremos específicamente al estudio y análisis de la Colusión, figura situada en un contexto de competencia imperfecta oligopólica, ajena a los modelos de competencia perfecta y monopolio, en cuanto paradigmas abstractos y de mera teorización.

3. LA COLUSIÓN

3.1 Antecedentes generales

En la realidad de los hechos, lo común será encontrar casos de Competencia Monopolística y de Oligopolio, siendo este último el escenario propicio para la formación de acuerdos y prácticas colusorias, en tanto estructura de mercado donde unos cuantos vendedores ofrecen productos similares o idénticos, caracterizándose por la capacidad que tiene cada integrante para influir sobre las decisiones de sus competidores (y viceversa). Aquí, lo importante no será la cantidad de agentes económicos involucrados, sino el efecto de interdependencia generado entre ellos (González, 2015), donde el reconocimiento mutuo será inevitable³, pues aun cuando la tarea de fijar precio y cantidad es individual, cada agente económico estará obligado a sopesar la estrategia adoptada por sus adversarios antes de escoger la propia, exponiéndose en caso contrario a tomar decisiones fallidas, redundando aventajado por otros competidores más atentos a la interacción del mercado (González, 2015). Es decir, en un mercado compuesto por solo unos cuantos competidores (oligopolio), cada uno de ellos producirá una parte suficiente del producto total, afectando con ello el precio final dado.

Y esta interdependencia entre las empresas oligopólicas es la que, en pos de obtener mejores resultados, dará lugar a una serie de comportamientos estratégicos, donde las empresas involucradas estarán presionadas a elegir entre competir o coludir, siendo opciones con diferentes resultados para productores y consumidores, pues mientras los primeros evaluarán la *cooperación* como alternativa más atractiva, los segundos verán en la *competencia o no cooperación* entre empresas, una mejor opción.

Esto explica la especial consideración dada por el Estado a los distintos modelos de Oligopolio, que suelen traducirse en comportamientos contrarios al bienestar general, con precios por encima de los costos marginales, derivando en beneficios extraordinarios para los oferentes a costa de que los recursos no se asignen eficientemente, situación justamente acontecida en las distintas variantes de Colusión.

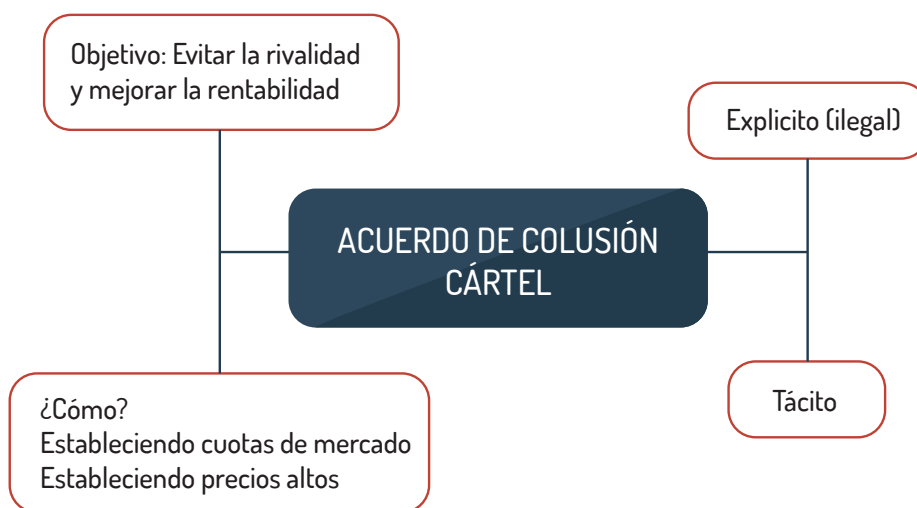
3.2 Clasificación de las prácticas colusorias

La Colusión puede ser clasificada de acuerdo al objetivo perseguido o según su forma de ejecución. Para el primer caso, habremos de diferenciar principalmente entre *los acuerdos de precios, acuerdos de cuota y repartos de mercado*, conforme a cuál sea el objetivo perseguido con el acuerdo pactado.

Y en lo que toca a la forma de ejecución propiamente tal, dichos acuerdos restrictivos pueden celebrarse directa o indirectamente, explícita o implícitamente, sin que ello tenga mayor relevancia, pues lo realmente importante a la hora de evaluar una conducta de este tipo, serán los efectos que provoquen en el mercado, más allá del modo y/o mecanismo utilizado (Spencer, 1993). Sin embargo, la doctrina usualmente prefiere

3 La idea del "mutuo reconocimiento" ha sido planteada por destacados economistas (como Edward Chamberlin), quienes argumentan la importancia de que las firmas reconozcan su mutua interdependencia y su interés en precios altos, para la generación del precio que maximiza utilidades, porque en tal caso, existiendo pocos vendedores y productos estandarizados, se podrían lograr precios monopolísticos, sin la necesidad de una colusión formal (Chamberlin, 1929). "Duopoly: Value Where Sellers Are Few". *Quarterly Journal of Economics*. Vol. 43, pág. 63-100.

distinguir entre dos tipos de prácticas o acuerdos colusorios, a saber: los denominados “**Hard Core Cartel**”, “**Carteles Duros**”⁴ o “**Colusión Explícita**”, referentes un tipo de organización en que las firmas participantes acuerdan expresamente restringir la Competencia (por ejemplo, fijando precios, restringiendo la producción, repartiéndose el mercado o su participación en él; y los llamados “**Soft Cartel**”, “**Carteles Suaves**” o “**Colusión Tácita**”, que comprenden todas aquellas situaciones en que las empresas, a raíz de su interacción repetida en el mercado, se coordinan implícitamente, logrando obtener resultados semejantes a los de la colusión explícita, en cuanto a precios o cantidades producidas (Echeverría, 2008). Es decir, las empresas habrán de recurrir en su esfuerzo defraudador a la vía formal o explícita (propia del cartel), u optarán por otras formas veladas de coordinación (como la colusión tácita o implícita), conforme ilustra el siguiente esquema propuesto por González (2010):



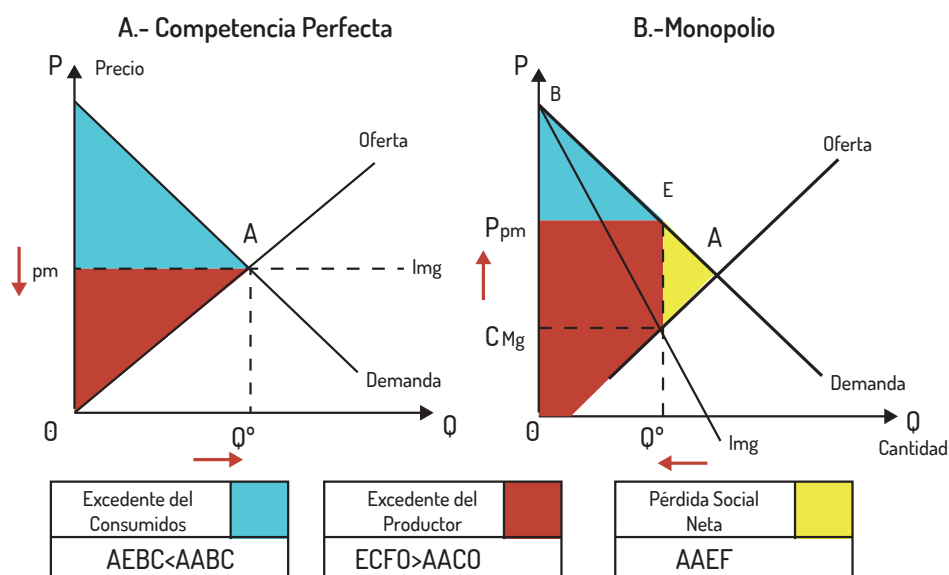
Así, para el evento de una **Colusión Explícita o cartel**, nos encontraremos con un acuerdo formal verificado entre determinadas empresas participantes de un mercado oligopólico, referido a los precios, producción total de la industria, cuotas de mercado, asignación de clientes y territorios, concertación en las ofertas, designación de agencias encargadas de las ventas del grupo, distribución de utilidad o una combinación de dos o más de tales pretensiones (OEA, 2003), cuyo objetivo principal será actuar como si se tratara de una sola empresa, maximizando los beneficios conjuntos obtenibles, similares a los propios de una actuación monopólica (tal potencial para generar utilidades de monopolio es, justamente, su mayor atractivo)⁵.

-Diferencias de resultados entre Competencia Perfecta y Monopolio⁶:

4 Téngase presente que tal denominación de “hard core cartel” o “carteles de núcleo duro” suele referirse a los acuerdos horizontales que buscan fijar precios o repartirse el mercado y que, por lo mismo, son considerados los más peligrosos. Universitat Autònoma de Barcelona. (2010). *Anuario de la Competencia 2010*. Mozart Art, pág.104.

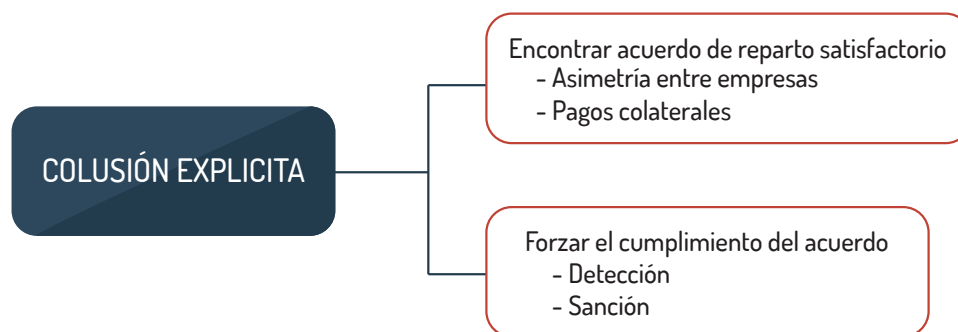
5 Ciertas legislaciones, y parte de la doctrina, admiten una segunda clasificación para estos acuerdos expresos, distinguiendo entre el acuerdo colusorio propiamente tal y la práctica concertada, pues mientras los primeros son demostrables mediante pruebas directas (actas, contratos, etc.), los segundos se acreditan en virtud de indicios y presunciones (si bien no existe prueba directa del acuerdo, la conducta de los involucrados solo puede explicarse en él). Sin embargo, la visión imperante en Chile no coincide con lo propuesto, pues las prácticas concertadas son estimadas simplemente como un tipo de acuerdo tácito (Gómez, H. (2006). “Prácticas Colusorias: Modalidades y Probanza”. *Revista de Economía y Derecho*. 3(10), 47-66.

6 Elblogsalmón [en línea]: weblog colectivo de negocio, economía, finanzas, empresa y economía doméstica. Madrid, Weblogs S.L., 14 de marzo de 2012 [fecha de consulta: 01 de abril de 2015]. Disponible En: <http://www.elblogsalmón.com/conceptos-de-economía/que-es-la-competencia-imperfecta-monopolios-y-oligopolios>



Sin embargo, el peligro del cartel se ve relativamente disminuido por sus propias dificultades prácticas, ya que para alcanzar tales resultados monopolísticos es necesario que los integrantes del cartel dominen una porción importante del mercado (productos con escasos sustitutos cercanos), siendo también capaces de limitar el ingreso a otros competidores atraídos por las mayores ganancias. O sea, el propio atractivo del cartel es al mismo tiempo su máxima debilidad, pues aun cuando generen utilidades de monopolio, si el acuerdo cooperativo entre las empresas lleva demasiado tiempo y resulta muy costoso (ya en la búsqueda de socios, ya en la negociación o cumplimiento forzado), tales beneficios no serán asequibles, por los múltiples incentivos que inevitablemente surgirán para romper dicho acuerdo, poniendo en duda la supervivencia de esta manifestación colusoria (Pepall, 2006).

Los principales requisitos de la colusión explícita o cartel según González (2010) son:

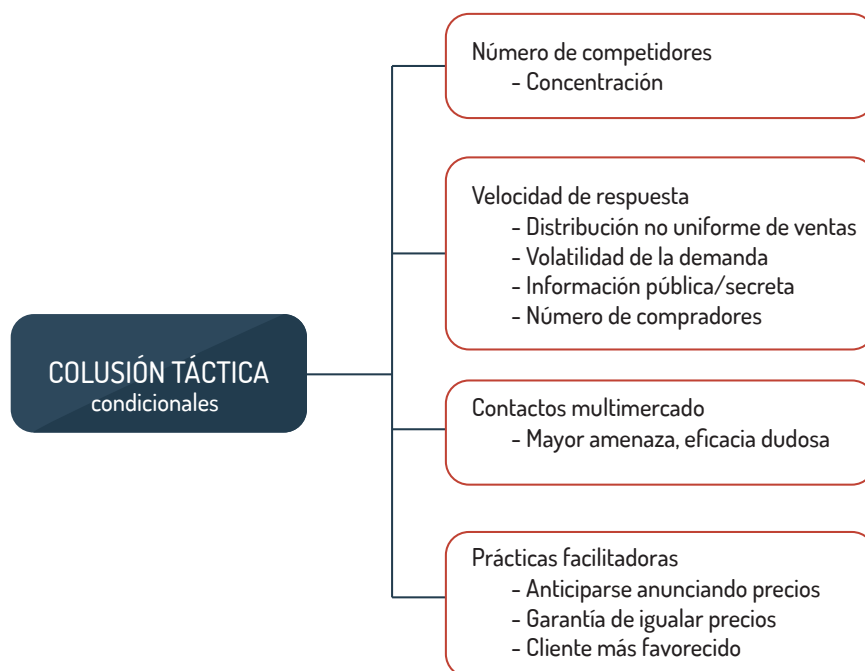


En cambio, al hablar de “Colusión Tácita”, “Oligopolio no cooperativo” o “Práctica Concertada” nos estamos remontando a aquellas situaciones en que el comportamiento colusorio resulta de estrategias adoptadas independientemente por cada entidad, pero que confluyen hacia un equilibrio en el que a ninguna empresa le conviene adoptar una conducta diferente (competitiva), frente al temor de desencadenar cambios sobre el comportamiento de las otras empresas que traiga aparejada una reducción en sus propios

beneficios. Es decir, el resultado colusorio emana aquí de una elección individual de cada empresa (fijar un precio, proveer una cantidad o vender a un determinado grupo de clientes), pero que al mismo tiempo es consistente con la que adoptaría un Cartel para maximizar beneficios conjuntos.

Esto, desde la vereda económica y específicamente aplicando la Teoría de Juegos⁷ implica identificar al comportamiento tácitamente colusorio con el resultado de un “juego no cooperativo” dado entre los competidores, sin que exista entre ellos un acuerdo previo vinculante verbal o escrito (lo que justamente lo diferencia del cartel), pero que tal como en la colusión Explícita, también requiere flujos de información suficientes que permitan a cada empresa anticipar individualmente el comportamiento de sus rivales, identificar si estos se condujeron según lo previsto, y amenazar con represalias a quienes pretendan desviarse del actuar deseado (que en este caso han de verificarse sin comunicación o contacto efectivo entre los competidores), todo ello a fin de evidenciar los altos costos que implicaría cualquier desviación del acuerdo implícitamente determinado.

González (2010) propone las siguientes condiciones requeridas para una colusión tácita:



Por lo tanto, aun cuando la colusión tácita es un resultado probable de todo mercado oligopólico que cumpla aquellas características especiales ya señaladas, lo cierto es que estas no bastarán para configurarla con éxito, al ser también necesario un complejo, ineludible y costoso proceso de adaptación, pues tal como en el caso de los carteles (ciertamente más complejos de preservar en el tiempo, por su general prohibición), la Colusión Tácita igualmente requiere, en el plano externo e interno, de ciertos elementos fundamentales sin los cuales será difícil cualquier tipo de coordinación, llegando incluso a dificultar su propia existencia.

Es claro, entonces, que el éxito de todo pacto colusorio (sea explícita o implícitamente configurado) dependerá de múltiples factores, según expone Quintana (2008) en el cuadro siguiente presentado a modo de corolario:

⁷ La “Teoría de los Juegos” se puede definir como el estudio del modo en que se comportarán los individuos en situaciones estratégicas, siendo ampliamente utilizada en el análisis de los Oligopolios (Bravo, J. (2015). *Historia de las Matemáticas. Teoría de Juegos* [en línea]. Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario [fecha de consulta: 04 de abril de 2015]. Disponible en: http://www.ecpunr.com.ar/Docs/Teoria_de_Juegos%20II.pdf).

	¿Comunicación y/o contacto efectivo ente competidores?	¿Condiciones de mercado?	Calificación económica	Respuesta legal
Oligopolio No Cooperativo	NO	No propicias para comportamiento coordinado	Interdependencia competitiva	Aceptada
		Propicias para comportamiento coordinado	Colusión tácita	¿?
Oligopolio Cooperativo	SI	Propicias para comportamiento coordinado	Colusión explícita	Prohibida

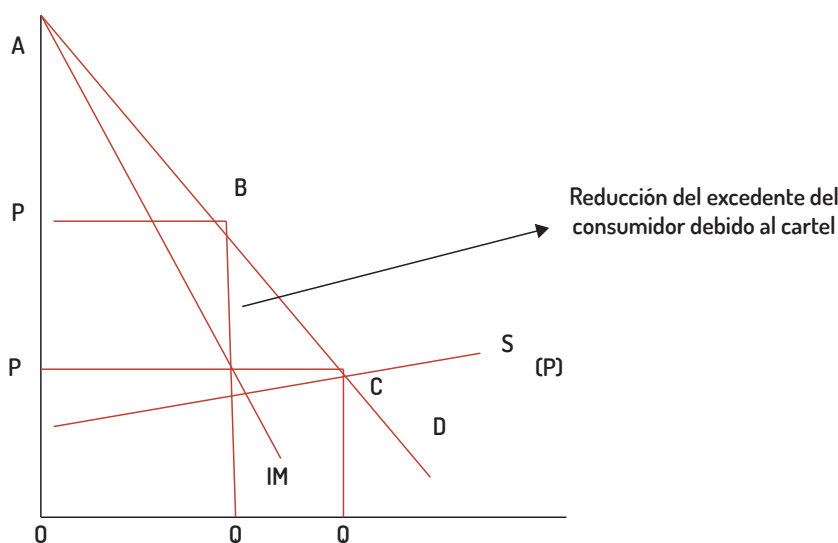
3.3 Doctrina y regulación de la colusión en el Derecho Comparado

Ya sentada la importancia suprema que la Libre Competencia tiene para el crecimiento y desarrollo de un país, es por cierto lógico encontrar una dinámica evolución jurídica a la par. En tal contexto, surge el “Derecho de la Competencia” o “Derecho Antitrust” cuya misión primordial es garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados, a través de la promoción y defensa de la Libre Competencia, tarea que exige necesariamente la instauración de medidas idóneas para su protección frente a todos aquellos comportamientos y actuaciones que puedan perjudicarla, en lo que se conoce como “Normas de Defensa de la Competencia” (Pérez, 2012).

En efecto, existen múltiples limitaciones a la Libre Competencia, imposible de ser encontrada en estado puro, como consecuencia de estar el mercado siempre expuesto a las más variadas restricciones (planificación o intervención estatal, monopolio, concentración de mercado, abuso de posición dominante, entre otros). Pero en lo que nos interesa puntualmente, serán las limitaciones derivadas de una concertación de voluntades enmarcadas en el concepto amplio y genérico de Colusión, las que reclamarán particular interés regulatorio, dables en el plano vertical y horizontal, aun cuando es este último tipo el que suele calificarse como más peligroso, en tanto comprende los temidos acuerdos de colusión.

Sobre este punto, es interesante indicar que, a pesar de la opinión dominante contraria a las distintas formas de Colusión, también existe una doctrina discrepante respaldada por quienes no creen necesario regular y/o restringir los actos colusorios, esgrimiendo como argumentos principales la difícil sustentación temporal del acuerdo, una consecuencial disminución de la incertidumbre, algunos potenciales efectos procompetitivos y de eficiencia, entre otros elementos que vendrían a justificar la no represión del actuar colusorio. Sin embargo, la opinión doctrinal mayoritariamente ve en la Colusión un peligro que excede con creces las eventuales potencialidades benéficas que pudieran atribuírsele, con un alto costo social vinculado que le transforma en uno de los más serios y perjudiciales enemigos de la Libre Competencia, cuyas variantes suelen calificarse jurídicamente como conductas anticompetitivas *per se*, en razón de sus nefastas consecuencias sobre el consumidor y economía global.

Para Celani (2005), los efectos negativos de la colusión se grafican así:



Y en lo específico, es respecto de la Colusión Explícita o Cartel donde encontramos una relativa uniformidad de criterios sobre las repercusiones nefastas atribuibles al mismo, en que organismos tan importantes como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), han llegado a sentenciar los carteles como “el peor flagelo para la defensa de la competencia” (Mehta, 2009), por sus graves efectos económico-sociales, así como por la permeabilidad de los mercados ante dichas prácticas.

Pero los argumentos no se restringen tan solo a lo ya explicitado, pues los carteles y demás estrategias de Colusión pecan asimismo de inmoralidad. En efecto, comparando el soborno (figura más característica de corrupción), con la formación de carteles, vemos cómo ambos suelen recurrir a estrategias de engaño y encubrimiento que aparecen ser pasmosamente similares, compartiendo el mismo presupuesto inicial de ambigüedad moral y oportunismo irresponsable que atenta contra los estándares de integridad corporativa y respeto a la ley (Mehta, 2009).

Aún más, dichos perjuicios surgirán también en la versión implícita de defraudación, llegando en tal caso a ser incluso más peligrosa que el propio Cartel, pues la colusión tácita facilita una coordinación informal entre las empresas que les permite alcanzar prácticamente los mismos efectos ventajosos de un acuerdo expreso (prohibido en todas las legislaciones), aunque ya sin el temor de ser prontamente descubiertos y sancionados, en especial si consideramos que la mayor parte de doctrinas jurídicas aplicables a casos de colusión estiman improcedente calificar dicha versión tácita como una práctica anticompetitiva, ya que la observación directa de precios, cantidades y otras variables generadas en el mercado, no serían elementos de por sí válidos para probar la existencia de prácticas horizontales colusorias, tratándose aquí tan solo de un comportamiento individual racional, que no necesariamente implican Colusión⁸ (Coloma, 2011).

En definitiva, el carácter peligroso que las conductas colusorias encierran es casi indiscutible, especialmente en el mundo de hoy, en que la globalización económica y la internacionalización de la Política de Competencia han servido de potente incentivo para la ejecución de tales prácticas. Por ello, la colusión aparece como un fenómeno recurrente en los países avanzados, aun cuando serán aquellos en vías desarrollo quienes, en

8 Argumento dado por Donald F. Turner.

razón de sus normativas relativamente débiles y desfasadas de las exigencias fácticas siempre mutables, estarán especialmente vulnerables frente a dichas prácticas concertadas (Mehta, 2009).

Así, en términos generales, la Colusión no aporta ningún tipo de ventaja para la eficiencia productiva que la justifique suficientemente (Coloma, 2000), más allá de los deseos egoístas propios de empresas que pretenden alcanzar mayores utilidades, aún a costa de sacrificar eficiencia por rentabilidad. Será, en consecuencia, por el costo social, daños e incluso inmoralidad usualmente atribuible a tal figura, que viene en constituirse como una de las preocupaciones fundamentales de la legislación *antitrust* a nivel mundial, donde la aplicación cabal y enérgica de las normas defensoras de la competencia es ciertamente ineludible, en cuanto la fijación de precios y sobreprecios, la manipulación fraudulenta de ofertas y el reparto de mercados geográficos y grupos de clientes, son prácticas colusorias que afectan profundamente a todos los países (Mehta, 2009), transformándola así en materia de interés primordial para la política y regulación económica de cualquier grupo humano que pretenda un equitativo y sano desarrollo económico-social.

Se concluye, entonces, que la preocupación vital del Derecho *Antitrust* persigue elaborar normativas adecuadas, no solo capaces de identificar las prácticas de colusión, sino que más importante aún, de hacerlas sancionables en la práctica, tanto en los casos de cartelización brutal, como también para las situaciones de colusión implícita, respetando el propósito normativo último de preservar un mercado sujeto a las reglas de la Libre Competencia. Por ende, en el tratamiento de estas conductas colusorias lo fundamental, desde el punto de vista jurídico, será definir a qué tipo de evidencias deberá recurrirse para distinguir una colusión explícita encubierta de una colusión tácita o de una situación sin colusión (recordando que los carteles serán relativamente más sencillos de demostrar), transformando al elemento probatorio en la sustantiva variante de la colosal empresa que será descubrir, acreditar y, en definitiva, castigar dichas conductas perniciosas, cuestión que en ciertos países ha sido aterrizado a un conjunto de factores cuya presencia puede inducir (o no), a que se produzca la colusión entre empresas de un mismo sector, con lo cual evidentemente se facilita la detección de ella, llegando incluso a lograr impedirla del todo.

Factores que influyen en la Colusión, para una industria determinada (Celani, 2005):

FACTORES QUE INCIDEN EN LA FACTIBILIDAD DE OBSERVAR PRÁCTICAS COLUSIVAS EN UNA INDUSTRIA DETERMINADA		
Características	Favorece	Perjudica
Barreras a la entrada	Altas	Bajas
Nivel de utilización – Capacidad instalada	Alta	Capacidad ociosa
Estructura de costos – Empresas	Simétrica	Asimétrica
Estructura de costos – Industria	Economías de escala, fuertes costos hundidos	Economías a escala constante
Competencia- Clientes	Baja elasticidad	Alta elasticidad
Competencia- Productos	Homogéneos	Heterogéneos
Competencia- Tamaño	Similar	Asimétrico
Competencia- Rivalidad entre firmas	Baja	Franja competitiva importante
Competencia- Rivalidad en la industria	Escasa interacción (producto – geográfica)	Fuerte interacción
Competencia-Tipo	En el mercado	Por el mercado
Competencia- Fase de desarrollo- Industria	Estable	Crecimiento o estancamiento

Poder de negociación-Compradores	Bajo	Alto
Poder de negociación-Compradores	Frecuencia de compra	Compras menos frecuentes
Poder de negociación (Inter-empresa/asociaciones, cámaras empresarias)	Fuerte	Baja
Costos de transacción-Coordinación	Bajos/pocas empresas	Altos/fuerte competitividad

Y en complemento a tales factores indiciarios de colusión, la experiencia jurídica internacional estima también útil valorar la capacidad de las autoridades pertinentes para detectar los comportamientos subsumibles en ella (con el propósito ulterior de castigo y disuasión), así como la construcción de políticas económicas nacionales que prevengan tales concertaciones malévolas, en un esfuerzo integral y razonado de control regulatorio efectivo, más allá de los obstáculos inherentes al fenómeno comentado (Celani, 2005:37).

Por tanto, el Derecho Comparado nos presenta con notable claridad las profundas implicancias que una efectiva regulación contra la colusión exige para ser realmente efectiva, en especial por las dificultades probatorias hasta hoy difícilmente salvables, si consideramos que la protección del Estado no puede pasarse a un extremo represivo absoluto tal que prohíba cualquier tipo de comportamiento racional en el mercado, con resultados ciertamente indeseables. Se trata aquí, en definitiva, de una disciplina jurídica viva y en constante evolución, que habrá de adaptarse a las nuevas formas ‘creativas’ de concertación entre empresas, buscando permanentemente nuevos mecanismos de detección, control y sanción.

3.4 Regulación colusoria en Chile

Nuestro país posee hoy un sistema de protección a la Libre Competencia que es el resultado de amplio camino recorrido, con lecciones y matices diversos, de los cuales se desprenden notables avances legislativos, aunque aún reclamantes de evolución y adecuación. En efecto, las últimas modificaciones incorporadas con la ley N° 19.911 y N° 20.361 nos han acercado a los estándares internacionales más exigentes (por ejemplo, radicando la potestad antimonopólica en el Tribunal de la Libre Competencia y Fiscalía Nacional Económica⁹, aumentando las sanciones aplicables e instaurando nuevas herramientas como la Delación Compensada y Facultades Duras de Investigación), pero ello no excluye la necesidad de profundizar la tarea legislativa en pos de perfeccionar el marco regulatorio, especialmente en lo que toca a la figura de la Colusión, ante su particular efecto negativo sobre la Libre Competencia, en lo general y particular (Vega, 2011).

Historia del Sistema de Defensa de la Libre Competencia en Chile¹⁰

⁹ En adelante, TDLC y FNE.

¹⁰ Cuadro extractado de AROCA, A. (2010). *Análisis de la Independencia de los Organismos Antimonopolio en Chile. Tesis (Magíster en Gestión y Políticas Públicas)*. Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Departamento de Ingeniería Industrial, p. 32.

PRINCIPALES HITOS EN LA HISTORIA DEL SISTEMA DE DEFENSA DE LIBRE COMPETENCIA CHILENO

PERIODO 1959-1973	PERIODO 1973-2003	PERIODO 2003-2009	PERIODO 2009-
LEY N° 13.305 – LEY N° 15.142	DECRETO LEY 211 – DECRETO LEY 2.760	LEY N° 19.911	LEY N° 20.361
Prohibición de estancos y monopolios	Creación de la Fiscalía Nacional Económica	Eliminación Comisión Resolutiva y creación del Tribunal de defensa de la Libre Competencia en su reemplazo	Aumento de dedicación de los Ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
Descripción de algunas conductas anticompetitivas	Establecimiento de la Comisión Resolutiva como órgano jurisdiccional, transformando la anterior Comisión	Eliminación de las Comisiones Preventivas central y Regionales	Se contemplan modificaciones en material procesal
Creación de una Comisión de carácter administrativo a cargo de estudiar y resolver denuncias y consultas, como asimismo denunciar o iniciar acción penal, solicitando para ello, intervención del Consejo de Defensa del Estado	Establecimiento de las Comisiones Preventiva Central y regionales con función de “recomendaciones”	Eliminación de los Fiscales Regionales, sustituyéndose por Fiscales Adjuntos, designados sólo para casos particulares	Se introducen nuevas atribuciones para la Fiscalía Nacional Económica para combatir los carteles duros
Creación del cargo de Fiscal Económico, cuya función era obrar como acusador público y defensor del interés general en la materia	Creación de Fiscalías Regionales	Nueva descripción de conductas anticompetitivas referidas a acuerdos colusorios, abusos de posición dominantes y prácticas predatorias	Se introduce el sistema de delación compensada
	Nombramiento Fiscal por la Comisión pasa a ser efectuado por el Presidente de la República	Se elimina el carácter penal de la ley, suprimiendo el delito de monopolio	El nombramiento el Fiscal Nacional Económico pasa de funcionario de exclusiva confianza a su selección por el mecanismo de Alta Dirección Pública
	Formalización de la relación de la FNE con el gobierno a través del Ministerio de Economía	Reforzamiento de facultades del Fiscal Nacional Económico, en razón de su calidad de perito técnico, facultades investigativas y celebración de convenios de carácter técnico con organismos nacionales y extranjeros	
	Fiscales delegados se reemplazan por Fiscales regionales		
	Se establecían disposiciones de carácter penal relacionado con actos o maniobras monopólicas		

Aquel ha sido el criterio rector de los últimos años, en que el legislador ha advertido la importancia de fortalecer y actualizar debidamente la normativa aplicable a las distintas expresiones de concertación fraudulenta, para lo cual se han incorporado una serie de cambios que dan forma al actual artículo 3° del Decreto Ley N° 211, encargado de normar específicamente los actos de Colusión, norma que pretende abarcarlo con mayor amplitud, bastando ahora que exista algún acuerdo expreso, acuerdo tácito o práctica concertada entre competidores que les otorgue un poder de mercado, para configurar entonces un sancionable caso de colusión (BCN, 2009:282-293).

Sin embargo, ello no siempre constituirá un actuar prohibido por la ley, razón que nos obligará a identificar previamente los elementos que configuran el ilícito en cuestión, así como el grado de coordinación necesario, para solo después situar a alguno de aquellos comportamientos dentro del artículo 3° ya perfilado.

3.4.1 Elementos del tipo colusorio

Si bien la colusión ya no es tipificada como un delito acreedor de sanción penal, igualmente puede ser considerado como una de las especies de ilícito o injusto antimonopólico, ahora castigable con penas administrativas (conforme a la definición genérica contemplada por el artículo 3°, inciso primero, del D.L. 211), de donde se sigue la importancia de identificar al sujeto (activo y pasivo), junto a la acción típica involucrada.

Tratándose del **sujeto activo**, nuestra legislación exige pluralidad, es decir, habrá colusión en la medida que la conducta desplegada involucre al menos dos competidores, como presupuesto irremplazable para configurar siquiera el acuerdo (expreso o tácito), o práctica concertada.

En cuanto al **sujeto pasivo**, distinguiremos entre los “inmediatos”, que podrán ser los demás integrantes del mercado relevante afectado por la conducta colusoria, o bien, quienes participan en una etapa de la cadena de distribución distinta de la que albergó dicha conspiración monopólica; de aquellos “mediatos”, referidos a los integrantes de la sociedad civil o política en cuyos mercados tiene lugar la perpetración del injusto monopólicos (Spolmann, s/f: 51-55).

Y respecto a la **acción típica**, nuestra regulación fija como verbo rector del ilícito de colusión o conspiración monopólica, el pactar, concertar o ajustar por medio de acuerdos (expresos o tácitos), o prácticas concertadas, únicamente bastando que aquellos confieran a los coludidos un poder de mercado, sea que estos abusen o no de él (Spolmann, s/f: 51-55).

3.4.2 Clasificación formal de la colusión

La normativa chilena armoniza con criterios internacionales, suponiendo la existencia de colusión, en tanto se verifique un concierto de voluntades entre al menos dos sujetos (“competidores”), manifestado a través de un acuerdo expreso, tácito o práctica concertada. En el primer caso, el acuerdo será **expreso** si existe una manifestación explícita de cooperación (en lo que se denomina Cartel), mientras que habrá de calificarse como **tácito**, en la medida que no exista pacto formal, bastando “cualquier entendimiento cooperativo o de coordinación entre firmas competidoras dirigido a reducir la rivalidad existente o potencial entre ellas para estar frente a un acuerdo o práctica concertada” (Regcom).

Y en este último punto es especialmente relevante hacer la distinción respecto del llamado “Paralelismo Consciente”, mayoritariamente entendido como una simple consecuencia de la interdependencia característica de los mercados oligopólicos, según la cual es común encontrar competidores que han decidido actuar en forma similar, a razón de la estructura y características esenciales del mercado relevante en el que interactúan (que se verá aún más potenciado existiendo pocos competidores, bienes homogéneos y estructuras de costo equivalentes). Tal fenómeno, por su propia naturalidad, no debe confundirse con una colusión tácita y, en consecuencia, tampoco amerita sanción, a pesar de significar un aumento indeseado en los precios, pues sería impracticable establecer remedios judiciales que obliguen a las firmas a ignorar las medidas y opciones que les resulten más convenientes, solo por generar consecuencias indeseadas (Regcom).

3.4.3 La prueba de colusión en Chile

De lo anterior resulta evidente que la prueba es, sin duda, el punto de inflexión con que se habrá de medir la eficacia o ineficacia de toda pretensión persecutoria respecto a un caso determinado de colusión (fenómeno también observado en nuestra propia realidad nacional), pues la batalla entre demandante y demandado se verifica básicamente en dos trincheras separadas, en que una parte pretenderá sentar la existencia efectiva de tal práctica anticompetitiva (expresa, tácita o concertada), mientras que la otra buscará desterrar tal calificación colusoria, situando las conductas de estudio en el mencionado limbo del “Paralelismo Consciente”.

En dicha contienda, quien intente acreditar la colusión podrá valerse de diversos medios de prueba, tarea relativamente fácil si cuenta con evidencias directas y formales que apoyen la acusación formulada (como en el caso del cartel). Pero en la práctica, las situaciones no calzarán en tan simple ecuación, pues las firmas coludidas son entidades altamente sofisticadas que buscarán eliminar al máximo los rastros de todo pacto ilícito, tornando poco probable el hacerse de pruebas directas. Por el contrario, lo común ha de ser encontrar un conjunto complejo de indicios, cuya ponderación quedará entregada en manos del juzgador, quien deberá finalmente determinar, conforme a las Reglas de la Sana Crítica, si aquellos aproximan el comportamiento hacia una hipótesis de colusión, o a un simple Paralelismo Consciente, lo que a su vez explica la amplia divergencia de criterios sobre la valoración asignable para las pruebas indirectas y factores adicionales, todo lo cual se muestra aún más engorroso por la ausencia de una definición expresa legal, en torno a si las conductas descritas por el artículo 3º, inciso 2º, letra a) deberán ser estimadas ilegales *per se* o si deberán analizarse siempre bajo la regla de la razón (OCDE, 2010).

Sin embargo, parece hoy existir un cierto avance en la intención de superar tales inconvenientes, lo que puede desprenderse, por ejemplo, de la reducción en la carga probatoria para casos de violaciones horizontales persistentes (en que el TDLC ha optado por exigir que la conducta tenga la “aptitud objetiva” para causar daños potenciales a la competencia); o de las disposiciones sustantivas referentes a los carteles duros, que tras las profundas reformas del último tiempo ya no requieren del efectivo abuso de un poder de mercado, bastando ahora la sola obtención del mismo (tratamiento jurisprudencial cercano al tipo *per se*, en que las empresas participantes de los acuerdos para fijar precios, establecer cuotas o asignar mercados, resultarán condenadas por detentar aquel poder de mercado en forma colectiva, sin la necesidad de demostrar que sus acciones causaron efectivamente daños a la Competencia).

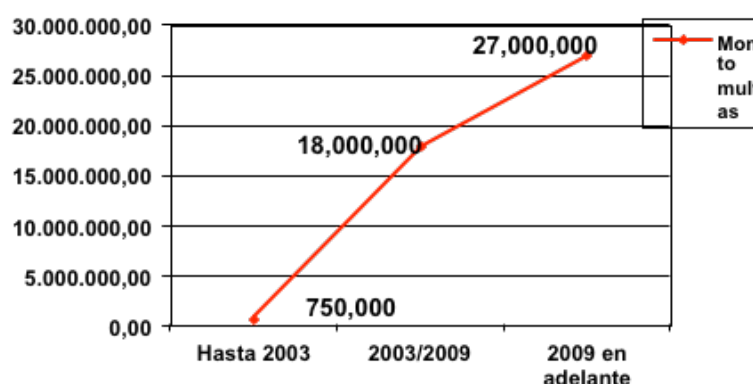
Lo recomendable, entonces, será continuar la senda abierta por la reciente reforma de la ley N° 20.361, cuyas importantes modificaciones persiguen justamente superar en parte las dificultades probatorias inherentes a los comportamientos anticompetitivos y, en especial, de la colusión. En efecto, con la implementación de un **Programa de Clemencia** y la autorización dada a la FNE para recabar pruebas a través de “allanamientos sorpresa” (entre otras facultades duras de investigación), el legislador quiso facilitar la obtención de pruebas directas que permitan acreditar la existencia del acuerdo colusorio (OCDE, 2010), para en la práctica no solo ser capaces de reprimir los ya vigentes, sino que en lo posible, desincentivar su futura formación, contemplando posibilidades reales de detección, prueba y condena, uniformando criterios doctrinarios, judiciales y de regulación.

3.4.4 Sistema sancionatorio de la colusión en Chile

El castigo aplicable a las prácticas colusorias en Derecho Comparado, usualmente vendrá dado por una combinación de multas, sanciones a individuos (civiles o criminales), y acciones civiles. Por su parte, en Chile tales sanciones y medidas aplicables contra los acuerdos horizontales anticompetitivos (o colusión), podrán incluir multas de hasta 30.000 UTA contra las empresas y los ejecutivos que tomaron parte en los acuerdos (directores, administradores y, en general, toda persona que haya intervenido en la realización

del acto ilícito), órdenes de enmendar o poner fin a determinados actos o contratos, modificación e incluso disolución de empresas, u otras medidas correctoras o restrictivas para reparar los efectos del acuerdo (OCDE, 2010), conforme lo prescrito por el Artículo 26º, inciso 2º, del DL 211 (en remisión expresa del artículo 3º)¹¹.

Por tanto, es evidente la especial consideración perniciosa con que el legislador asume los casos de Colusión, imponiendo severas medidas destinadas a reprimir e idealmente impedir la formación misma de estos acuerdos defraudatorios, lo que se refleja, por ejemplo, en el sucesivo aumento que han experimentado las multas aplicables, conforme indica el cuadro siguiente:¹²



No obstante lo anterior, existen voces reclamantes de un fortalecimiento aún mayor para el sistema punitivo nacional, ya que sin importar cuán fuertes resulten las multas aplicables, la realidad de los hechos advierte un efecto disuasorio escasamente eficaz, observación que ha alimentado la idea de restaurar las sanciones penales derogadas con la ley N° 19.911 (mediante los proyectos de ley que tipifican el delito de colusión y otros atentatorios del derecho del consumidor, contenidos en los boletines N° 6438-03 y 6439-07-1), en cuanto herramienta más dura de represión y desaliento, ajustando así nuestra normativa al panorama internacional, en que si bien hoy tan solo unos cuantos países contemplan a los carteles como un delito susceptible de prisión (por ejemplo, Francia, Alemania, Reino Unido, Japón, Irlanda y Estados Unidos), lo cierto es que cada vez son más los que están optando por dicha estrategia, como forma pertinente y fructífera de combatir no solo a las distintas variantes colusorias, sino que también a la corrupción frecuentemente vinculada, pedregosa tarea en que la reposición de sanciones penales parece ser el camino lógico a seguir.

Complementariamente, otros proponen elevar el monto de las multas aplicables para los casos de colusión (proyecto de ley contenido en el boletín N° 6471-03), ya no en razón de cifras topes previamente establecidas, sino en virtud del “beneficio o utilidad efectiva que la infracción a las normas de la libre competencia le ha reportado a la empresa, de manera que la multa no sea parte del costo y constituya una verdadera sanción y al mismo tiempo un desincentivo” (Cámara de Diputados, 2015), soportando multas por el doble del beneficio obtenido (aumentables al triple en caso de reincidencia), todo ello “sin perjuicio de las sanciones penales de los gerentes y directivos que han concurrido con su voluntad en los actos ilícitos, y sin perjuicio

11 Decreto con fuerza de ley, N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 7 de marzo de 2005.

12 Jungmann, R. (2011). *Libre competencia en Chile: situación actual* [en línea]. [Consultado: 23 de abril de 2012]. Disponible en: http://www.google.cl/url?sa=t&src=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CEoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.economia.gob.cl%2Fwp-content%2Fuploads%2F2012%2F01%2FLibre-competencia-en-Chile-situacion-actual-RJD-dic-2011-2.ppt&ei=_yDuT8nnKZCe8QTa-6WRAg&usq=AFQjCNF3buxJUdd2eBW6Xh-n90e9xEs4wKQ&sig2=VkpnnAVHFjlmQjyGpAxfg

tampoco de las responsabilidades civiles en orden a indemnizar a todos quienes hubieren sufrido perjuicios como consecuencias de los hechos ilícitos” (Cámara de Diputados, 2015).

Así, es evidente la importancia de fortalecer tales medidas represoras de la colusión, pues si bien nos enfrentamos hoy a un panorama claramente mejor conforme a las recientes modificaciones legales, lo cierto es que la faena aún se muestra perfectible, cuestión ya percibida por nuestro legislador. Por tanto, aun cuando puedan formularse objeciones perfectamente válidas respecto a las iniciativas doctrinarias y legales expuestas, lo realmente importante es la advertencia que ellas reflejan en torno al necesario fortalecimiento del régimen protector de la Libre Competencia, enviando señales claras que adviertan la no tolerancia de aquellas conductas más dañinas, todo lo cual debe enmarcarse en una política económica fuerte, clara y realmente cabal.

3.5.5 Reformas y avances

En los últimos años, hemos sido testigos de profundas modificaciones legales que han permitido fortalecer el sistema protector de la Libre Competencia en Chile, especialmente frente a los graves atentados de colusión. Dentro de tales reformas, destacan aquellos cambios incorporados por la **ley N° 19.911**, cuyos principales avances consistieron en la creación del TDLC y el fortalecimiento de las facultades investigativas de la FNE (entre otras modificaciones, que sirvieron para aumentar considerablemente la aplicación de la ley, respecto a las sanciones y número de casos formales revisados); y aquellas correspondientes a la **ley N° 20.361**, surgida en respuesta a la exigencia de mejores herramientas para la investigación, acreditación y posterior sanción de las prácticas colusorias, objetivo que ha pretendido alcanzarse mediante la incorporación de nuevos elementos cardinales, entre los cuales destacan las llamadas “facultades duras de investigación” que ahora posee la FNE (por ejemplo, para solicitar a Carabineros o Investigaciones que se allane, descerraje y registre recintos públicos o privados, incautando documentos y antecedentes, y/o interceptando toda clase de comunicaciones) (BCN, 2009), y la “Delación Compensada”, entendida en términos amplios como aquel mecanismo de incentivos, destinado a que una firma o un empleado participante de un cartel recurra a la autoridad para autodenunciar tal conducta ilícita (solicitud de clemencia que puede verificarse antes de detectar la colusión –*ex ante*–, o después –*ex post*–), obteniendo a cambio clemencia en la aplicación de las sanciones legales establecidas para la infracción, consistente en una reducción o, incluso, en una exención total de ellas (Fiscalía Nacional Económica, 2009).

Y de estos trascendentales cambios, sin duda es aquel mecanismo de Clemencia o Delación Compensada el que implica un mayor aporte, cuya instauración permite a Chile reproducir la senda recorrida por numerosas otras naciones que han comprobado la eficacia de tales programas, en tanto no solo facilitan la detección, sino que también actúan como un elemento disuasivo o preventivo a la formación de nuevos carteles, presentando alternativas más atractivas que el respeto al acuerdo de defraudación (González, 2011). Así, no obstante la persistencia de aspectos aún corregibles (por ejemplo, diseñar incentivos adecuados de confesión o fortalecer la confianza en el otorgamiento mismo de los beneficios asociados), ello no resta el carácter de contribución sustancial a la normativa encargada de reprimir la siempre temible colusión.

3.5.6 Recomendaciones finales para el tratamiento de la colusión en Chile

Habiendo sentado ya la fundamental relevancia de contar con un Derecho de la Competencia suficientemente fuerte y definido, como única alternativa probable de represión efectiva en lo que concierne a las diversas conductas colusorias verificables, es evidente el aporte que las últimas reformas legales han tenido para el tratamiento integral de la colusión en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, tales avances aún no parecen ser suficientes, llegando a plantearse que solo conseguiremos una economía realmente libre y no cartelizada, en cuanto logremos incorporar a nuestra normativa interna otras medidas de refuerzo adicional.

Bajo dicho contexto, algunos proponen adoptar, por ejemplo, una “Regla Per Se” que permita reconocer a *priori* ciertas actuaciones determinadas en carácter manifiestamente atentatorio de la Libre Competencia (como sería el caso de la colusión), de modo que los tribunales estén autorizados para condenar a quienes incurran en ellas, sin la necesidad de que el demandante practique un completo análisis del mercado relevante y efecto anticompetitivo, restringiéndose la facultad de invocar defensas de eficiencia por parte del demandado (Regcom).

No obstante, existen detractores que estiman peligrosa la inclusión de esta regla, ya por el grado de arbitrariedad siempre presente en la misma, ya por el riesgo de terminar prohibiendo una conducta que en realidad es procompetitiva, en lo que se conoce como “error de falso-positivo” o “error tipo I” (distinto al llamado “error de falso-negativo” o “error tipo II”, donde se autoriza una conducta que es anticompetitiva). Con todo, surge una propuesta intermedia para usar esta regla de la razón aunque sea en versiones más atenuadas o matizadas, entre las que destaca especialmente el denominado “Análisis Quick Look”, según el cual podrá el demandado argumentar y probar razones legítimas de negocios y eficiencia, excusando suficientemente una actuación en principio ilegítima (es decir, transforma la presunción de derecho, característica de la *regla per se*, en una presunción simplemente legal), pero asimismo liberando al demandante de tener que acreditar el respectivo poder de mercado.

Otros abogan por la aplicación de un estándar probatorio menos exigente al usado en materia penal, considerando que el Derecho y Política de la Competencia se enfocan principalmente en la eficiencia y disuasión, valores que hacen exigible un estándar probatorio más tolerante con las probabilidades de incurrir en los mencionados “errores del tipo I” o “falso-positivo”, es decir, condenar a quien era inocente (a diferencia del “error tipo II” o “falso-negativo”, esto es, absolver al culpable), porque de continuar empleando un estándar de prueba como el de **Duda Razonable** (propio del ámbito penal), permanecerá sin castigo una abundante y peligrosa cantidad de firmas efectivamente coludidas, con el riesgo aún mayor de que tal falencia del sistema probatorio sea anticipado por las empresas, optando una porción importante de las mismas por coludirse en lugar de competir independientemente, pues “en un mundo de partes sofisticadas que actúan racionalmente y orientadas al lucro, un sistema de duda razonable es una invitación a la colusión”. (Regcom)¹³.

En definitiva, es posible encontrar una amplia gama de herramientas normativas destinadas a combatir y, en lo posible, eliminar las distintas expresiones de colusión, gestadas en base al manejo estratégico de sistemas de premios y castigos, cuya pertinencia y eficacia les convierten en alternativas dignas de ser consideradas por países como el nuestro, aún en ciernes de aprendizaje y regulación. Entre tales medidas destacan especialmente (Mehta, 2009).

- 1° Multas e indemnizaciones públicas más altas para daños privados (aplicada en Estados Unidos).
- 2° Sanciones penales contra los individuos (Francia, Alemania, Irlanda, Reino Unido, Japón y Estados Unidos).
- 3° Programas de Clemencia, *Leniency* o Amnistía para los arrepentidos¹⁴.
- 4° Premios para los informantes individuales (Reino Unido).
- 5° Coaliciones contra los carteles en la contratación pública.
- 6° Creación de listas negras, exponiendo públicamente el nombre de los responsables de la colusión, enviando señales a inversionistas y consumidores (Noruega, Brasil, entre otros).

¹³ Regcom. Informe en Derecho: Prueba de la Colusión.

¹⁴ Chile ha incorporado recientemente un Programa de Clemencia o Delación Compensada, por medio de la ley N° 20.361.

Finalmente, cabe destacar el proyecto de ley recientemente ingresado al Parlamento, destinado a reformar el sistema de Defensa de la Libre Competencia en Chile, entre cuyos principales lineamientos destaca la inclusión de un tipo penal específico para los casos de colusión (con sanciones penales que van desde los 5 años y un día hasta los 10 años), un significativo aumento de las multas máximas aplicables por el TDLC (pudiendo llegar estas al 30% de las ventas del período en que la infracción se haya verificado o incluso al doble del beneficio económico obtenido), y el fortalecimiento de la institución y procedimientos respectivos (facultad de la FNE para realizar estudios de mercado, aplicación de sanciones a quienes entorpezcan el desarrollo de sus labores investigativas, dedicación exclusiva de los ministros integrantes del TDLC, entre otros) (Gobierno de Chile, 2015). Así, tales propuestas refuerzan la pertinencia asentada de continuar perfeccionando nuestra normativa en materia de Competencia, valorando las enseñanzas de la experiencia internacional, aunque debidamente armonizadas con las exigencias y desafíos de nuestra propia realidad nacional.

4. CONCLUSIONES

Tras lo expuesto, es ya posible identificar a la colusión como un fenómeno económico de trascendentes proyecciones jurídico-sociales, en tanto es capaz de afectar las bases sobre las cuales se sustenta y desenvuelve el **Principio de Libre Competencia**, alterando el delicado equilibrio que debe existir entre oferentes y demandantes, en un mundo ciertamente distante de la Competencia Perfecta ideal, pero donde los esfuerzos habrán de enfocarse hacia la mayor proximidad que las limitaciones inherentes a la especie humana vislumbren posible, haciendo prevalecer el interés social por sobre el mero capricho individualista. Ello, porque antes o después, la actuación concertada habrá de redundar en un mercado rico en abusos y desigualdad, al tiempo que empobrecido en equilibrio, opciones y calidad, maximizando desproporcionadamente las ganancias de unos cuantos (por lo común, grandes entidades de influencia y capacidad económica colosal), en perjuicio global de aquellos otros incapaces de soportar la presión abismante del acuerdo ilícito (consumidores y pequeños competidores), eliminando así los incentivos requeridos para promover una sana Competencia enfocada en seducir la demanda con innovación y precios razonables, configurando así un escenario subyugado por la malicia y estrategia engañosa, enfermando al mercado y economía total.

En efecto, la colusión responde a una dinámica común del mercado y, más precisamente, de la propia conducta humana, en que cada individuo buscará mejorar su situación y beneficios, siendo el concierto entre competidores una herramienta de suma utilidad para evitar las “molestias” emanadas de la competencia, razón que justifica sobradamente la importancia de regular tal figura con firmeza, creando un sistema capaz de detectar pertinente y ágilmente la amplitud de formas que habrá de adoptar, labor ciertamente difícil de cumplir en el panorama mundial, no siendo nuestro país una excepción.

Por el contrario, de un fugaz análisis jurídico-legal retrospectivo, surge evidente el devenir constante de opiniones escasamente unificadas respecto al prisma bajo el cual aplicar la persecución estatal doméstica de la colusión (en sus diversas facetas manifestantes), con especial dificultad en lo que al aspecto probatorio se refiere, danzando entre aquellos criterios flexibles y de comprensión extensiva al indicio y señal, hasta aquellas posturas más rigurosas y/o conservadoras, que incluso equiparan la materia de especie al extremo del Derecho Penal, claramente de mayor exigencia y restricción. No obstante, resulta loable el esfuerzo plasmado en los cambios legislativos de los últimos años, cuyos sucesivos ajustes y nuevas herramientas facilitan la tarea persecutoria, lo que junto a la imposición de sanciones más graves, así como al repudio público de amplia repercusión, han contribuido significativamente al descubrimiento de estas conductas esquivas al simple análisis exterior.

Así entonces, amplio camino tiene Chile aún por recorrer en pos de dar respuesta a los nuevos desafíos que la estrategia colusoria acomodaticia siempre reclamarán, siendo la permanente revisión legislativa y de jurisprudencia, nacional e internacional, lo más aconsejable de aplicar. Sin embargo, advertimos con nobleza el cambio paradigmático interno que sirve hoy para afrontar la relevancia, gravedad y repercusiones del **fenómeno colusión**, no obstante persistir aún la necesidad de profundizar las modificaciones legales, agudizando las proyecciones socioeconómicas vinculadas y, especialmente, procurando mayor lucidez en los criterios observados por los distintos agentes de pertinencia (entiéndase, economistas, juristas y legisladores), como única forma de evitar ser superados con abismo por la siempre fértil astucia del infractor, asegurando en lo posible un justo clima de negocios, en que el legítimo intercambio de intereses no se transforme en abuso, engaño y explotación.

LAGUNAS DE NORMA CONSTITUCIONAL, INTEGRACIÓN NORMATIVA Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES DE ESPAÑA Y CHILE

Guido Williams Obreque¹⁵

SUMARIO

1. Introducción, 2. Lagunas jurídicas. Concepto y tipos, 3. Integración de las lagunas jurídicas, 4. Lagunas normativas en la Constitución Política e integración. Casos, 5. Conclusiones

RESUMEN

El ordenamiento jurídico contiene lagunas jurídicas debido a la ausencia de regulación cuando es razonable esperarla, o por normas contradictorias insalvables. Estas se pueden integrar mediante la analogía, los principios generales del derecho o la equidad. Se discute la pertinencia de la integración, especialmente de disposiciones constitucionales. El Tribunal Constitucional español ha integrado normas constitucionales, aun cuando se cuestiona si realmente utilizó la analogía para ello. El Tribunal Constitucional chileno no ha integrado lagunas, pese a constatar su existencia, y argumenta que corresponde al constituyente llenar los vacíos y que no procede utilizar analogía respecto de normas excepcionales y prohibitivas.

Gaps of constitutional norm, normative integration and the jurisprudence of constitutional judges of Spain and Chile

ABSTRACT

The legal system contains gaps, due to the absence of expected regulation, or irretrievable contradictory rules. These legal gaps can be integrated by analogy, general principles of law or equity. The pertinence of integration is discussed, especially with regards to constitutional dispositions. The Spanish Constitutional Court has integrated constitutional rules, even though it has been questioned whether analogy was really used. The Chilean Constitutional Court has not integrated legal gaps, despite of identifying it, arguing that corresponds to the constituent filling them, and analogy should not be used in the case of exceptional and prohibitive norms.

¹⁵ Abogado, U. de Chile. Magíster en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Estudiante doctorado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Coordinador del área de Análisis Legal, Asesoría Técnica Parlamentaria, Departamento de Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional.

1. INTRODUCCIÓN

Los ordenamientos jurídicos nacionales no son sistemas completos o plenos pese a la ilusión del positivismo. Por el contrario, no es extraño encontrar en ellos lagunas jurídicas o vacíos jurídicos o contradicciones entre sus normas. Josseland señalaba a este respecto que “El texto, aún el más claro no podría prever todas las dificultades que se presentan en la práctica, pues la vida es más ingeniosa que el legislador y que el mejor de los juristas” (1938:63).

La plenitud del ordenamiento jurídico se vincula fuertemente con el Racionalismo del cual deriva el positivismo legalista, generando diversas teorías que lo justifican¹⁶.

Sin perjuicio de las aspiraciones del positivismo de tratar de tener respuesta para cada situación o problema en el derecho, resulta difícil no aceptar que en el hecho hay lagunas o vacíos. Pese a esta situación de hecho, uno de los temas que no ha sido mayormente investigado por la doctrina nacional dice relación precisamente con las lagunas jurídicas. Menos análisis aún ha existido respecto de los vacíos de los textos constitucionales, pese a que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto.

Este texto investiga acerca de las lagunas jurídicas, especialmente respecto de las lagunas de textos constitucionales en Chile y España. Para lo anterior, en primer lugar se conceptualizan dichas lagunas, luego se establecen sus categorías y se determinan los métodos como se integran, a continuación se da cuenta brevemente de la discusión a favor y en contra, especialmente en materia constitucional. Finalmente, se describe la existencia o no de lagunas de textos constitucionales en los dos países, particularmente en el caso nacional se analiza la jurisprudencia en la materia y la actitud negativa del Tribunal Constitucional a integrar los vacíos.

Se hace presente que, en general, se habla de “laguna jurídica” como el género, siendo posible que existan la laguna de ley, laguna de derecho y laguna de texto constitucional.

¹⁶ Por ejemplo, la Teoría de los espacios jurídicos vacíos, la regla general excluyente y la interdefinibilidad de los operadores deónticos. Ver Mundaca, H. (2009). “Una lectura de la analogía desde la Teoría del Derecho. *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*. N°9, pp. 175-194.

2. LAGUNAS JURÍDICAS. CONCEPTO Y TIPOS

2.1 Concepto de laguna jurídica

Para Squella (2011), la laguna jurídica es una insuficiencia del derecho que se percibe como ausencia de regulación jurídica para un caso en el que cabía razonablemente esperarla y cuya eliminación exige y permite una decisión judicial que complementa el Derecho. En este caso, será el juez quien, a través de los procedimientos de integración de la ley, realice dicha labor de complementariedad.

Desde el derecho procesal, Carnelutti las define como “un caso que no está regulado por la fuente legislativa o por cualquier otra fuente (1941:115).

Por último, de manera práctica, Ribó Durán (1997) señala que hay lagunas de ley en los siguientes supuestos: cuando en materia regulada habitualmente por la ley no hay normas que permitan resolver el caso planteado; cuando la norma es imperfecta técnicamente, en el sentido de no tener en cuenta alguna de sus variadas posibilidades; cuando la misma ley ha dejado de regular voluntariamente una cuestión para la que solo proporciona una directiva general; cuando aparecen disposiciones contradictorias que se anulen entre sí; cuando el vacío normativo se produce en una ley especial, existiendo una base de solución en la ley general; cuando falta una disposición limitativa o de excepción de una norma; cuando aparecen situaciones que el legislador no contempló, pero tuvo la posibilidad de prever; cuando la falta de previsión normativa del legislador aparece de antemano al promulgarse la ley.

2.2 Categorías de lagunas jurídicas

Para Bobbio (citado por Squella, 1987), las categorías de lagunas jurídicas pueden ser legales subjetivas y legales objetivas. La ocurrencia de lagunas subjetivas depende de cualquier motivo imputable al legislador. Pueden ser involuntarias o voluntarias. Las primeras se originan en la inadvertencia del legislador sobre la materia. Las segundas suponen que este ha decidido no regularlas, por diversas razones, dejándolas a la interpretación de los jueces. A su vez, las lagunas objetivas, dependen del desarrollo de las relaciones sociales, de nuevas invenciones, de cualquier causa que provoque la obsolescencia de los textos legales, y por ende no dependen de la voluntad del legislador.

Squella (2011) sostiene que, además de las categorías de Bobbio, existen lagunas *praeter legem* y lagunas *intra legem*. Las primeras ocurren cuando las disposiciones son demasiados particulares y no se alcanzan a comprender todos los casos que podrían incluirse; por su parte, las *intra legem*, al contrario, tienen lugar cuando normas legales demasiado generales dejan vacíos que deben ser completados por el intérprete.

Según Falcón y Tella (1990), existen cuatro supuestos clásicos de lagunas reconocidos por la doctrina:

- 1) La ley solo da al juez una orientación general, señalándose expresa o tácitamente, hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares y que el juez debe estimar e investigar para el caso concreto.
- 2) La ley calla en absoluto, ya intencionadamente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse, por no suscitarse la cuestión hasta después de dictada.
- 3) Hay dos leyes que, sin preferencia alguna sobre sí, se contradicen haciéndose recíprocamente ineficaces.
- 4) Una norma es inaplicable por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquéllos o sospechado estas.

Desarrollando estas categorías, Falcón y Tella (1990) sostiene que las dos primeras son llamadas “verdaderas o propias”, porque realmente existe un vacío legal, por faltar una norma, al menos una concreta. En particular, la número 1 es denominada laguna técnica; la número 2, laguna normativa. La tercera (leyes sin preferencia) es denominada “laguna lógica”, “de conflicto” o “de colisión”. En este caso, correspondería al intérprete solucionar la laguna mediante una interpretación correctiva, que demuestre que no existe tal conflicto, y que era una contradicción meramente aparente, o dando preferencia a uno de los enunciados, inaplicando el otro. Por último, la número 4 es llamada “laguna axiológica”, y ocurre cuando existe una norma aplicable pero ella es calificada de injusta. En este caso se debería hablar de vacío en sentido “impropio o falso” Falcón y Tella (1990), por cuanto se refiere más bien al **deber ser**.

La misma autora plantea además la existencia de lagunas por omisión y lagunas por concurrencia. Esta distinción es similar a la de Bobbio. Las primeras se dividen en intencionales y voluntarias, según el silencio haya sido querido o no por parte del legislador, respectivamente. Para esta autora, la analogía exigiría que se tratase de una laguna legal por omisión involuntaria, por cuanto en las otras es dable presumir que el legislador expresamente omitió determinada norma. Esta última hipótesis, genera una duda ¿cómo saber la real voluntad del legislador, particularmente si este es un colectivo?

Según Iturralde (1988), la doctrina (por Bobbio) recurre frecuentemente al concepto de laguna del derecho por contraposición al de laguna de la ley. La distinción sirve para justificar la afirmación según el cual “el derecho carece de lagunas, pero la ley puede tenerlas”. Aquí, el término “derecho” significa ordenamiento jurídico y denota aquel complejo de reglas a las que el juez puede (o debe) recurrir para decidir una determinada controversia, que va más allá de la ley o la costumbre.

En resumen, una laguna supone en general: a) insuficiencia del derecho, es decir, la falta de regulación de una materia determinada o bien porque la ley da al juez una orientación general, sin entregar conceptos o criterios específicos; b) existencia de dos normas que se contradicen en forma insalvable, aún cuando esta en estricto sentido podría ser una antinomia (Guzmán Brito, 2000).

Excluimos en este trabajo las analogías axiológicas, por cuanto ellas no implican una ausencia de normas o su contradicción, sino que una calificación valórica negativa del intérprete a su respecto.

3. INTEGRACIÓN DE LAS LAGUNAS JURÍDICAS

3.1 Definición y posibilidad de integración

En coherencia con el objetivo de este texto y considerando que un sistema jurídico no es completo sino que adolece de lagunas jurídicas o vacíos normativos, resulta necesario determinar la forma en que los jueces “completan” o integran dichas lagunas, y en particular determinar si los jueces constitucionales pueden hacerlo. Sin embargo, insoslayablemente debemos dar una mirada breve a la discusión de si procede o no que ello ocurra. En este punto, existen dos visiones: la que señala que sí corresponde que el juez integre y la contraria, que plantea que en caso de existir una laguna, el juez debe rechazar la demanda por no existir disposición que la resuelva.

En la primera postura¹⁷, se señala que la integración es parte de la labor jurisdiccional de interpretar la ley, y por ende los jueces se encuentran compelidos a hacerlo, por el principio de inexcusabilidad. Este

17 Atria, F.; Bulygin, E.; Moreso, J.; Navarro, P.; Rodríguez, J. y Manero, J. (2005). *Sobre las Lagunas. Lagunas en el Derecho*. Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., pp. 15-27. Interesante discusión que se suscita entre Fernando Atria y Eugenio Bulygin acerca del rol del juez ante las lagunas normativas; Squella (op. cit.); Martínez, P. (2012). El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional, en *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile, v.39, n° 1, pp. 113-147.

señala que si el juzgador, conociendo de un asunto determinado, se encuentra con la laguna, debe llenarla y fallar el caso que se trate, no siendo permitido omitir dictar sentencia arguyendo que no existe ley sobre la materia. El sustento de este principio, al menos en el derecho nacional, se encuentra en la Constitución Política de 1980¹⁸ que señala lo siguiente: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión” (artículo 76, inciso 2°).

De esta norma se desprende que existe un deber de fallar para el juez y que además este debe “crear” una respuesta en derecho ante la laguna. Bulygin (2003) se pronuncia a favor de esta posibilidad, precisamente cuando existe un defecto de ley, en concreto cuando los jueces se enfrentan con lagunas (por vacíos) o contradicciones normativas. Por el contrario, la postura que se opone, más cercana al positivismo, propone que ante las lagunas el juez no tiene discreción, sino que simplemente debe rechazar la demanda, y menos aún se puede permitir que falle contra el derecho. Kelsen, atacando la existencia de la laguna y por ende de sus consecuencias, señala que “La existencia de una laguna sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídica-política, la aplicación lógicamente posible de derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación¹⁹”.

Para Atria (2005), ante la laguna normativa, particularmente la referida a ausencia de norma que resuelva el conflicto donde es claro que el juez tiene discreción, pero sí está claro que el derecho determinado no dispone nada al respecto, no lo ha regulado, la respuesta judicial debería ser rechazar la demanda porque no hay norma que resuelva el caso.

Aclarado que existen argumentos en uno y otro sentido, no podemos dejar de tener a la vista y comentar la norma del artículo 76 inciso 2° citado sobre la inexcusabilidad. A su respecto, Silva Bascuñán (2007) opina -de manera no muy concreta en cuanto a la forma de resolver la laguna- que el precepto implica que los tribunales, ante una norma ausente, deben salvar la carencia “ideando lo que convenga dentro de la aspiración de justicia que debe informar la vocación de la magistratura y en representación de la sociedad estructurada en un Estado de Derecho”. Asimismo, cita el autor una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 2000 que sostuvo que el ordenamiento que consagra la responsabilidad del Estado por “falta de servicio” y que contiene regulación del carácter prescriptivo o imprescriptible de la acción indemnizatoria correspondiente, genera una laguna legal que requiere ser integrada para satisfacer el “principio de inexcusabilidad”²⁰.

Por último, continuando con la integración y por ende con la “integridad”, se debe indicar que ha sido definida como “la propiedad que consiste en que el ordenamiento jurídico cuenta siempre con una norma que regula y permite resolver cualquier caso jurídicamente relevante que se presente. Como dice Bobbio, “integridad significa ausencia de lagunas”, porque el atributo de la integridad sugiere que el ordenamiento jurídico es completo y que el juez siempre hallará una norma que regule el caso que se le presenta” (Squella, 2011:667). En concreto, se busca eliminar la contradicción o integrar el vacío.

A continuación, de manera breve se explican cuáles son los métodos que pueden ser utilizados para integrar las lagunas jurídicas.

18 Norma similar a la del artículo 10 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales.

19 Cabe considerar que, en esta visión, se imputa a Kelsen dos momentos de su doctrina. Hasta antes de 1960, el sentido de la prohibición llevaba la ausencia de lagunas. Pero a partir de 1960 se abre a la existencia de lagunas, originadas por el conflicto de intereses no solucionado por el ordenamiento jurídico. Ver Atria (2005:16).

20 Fallo de Apelación contra Zambrano, Hernán. *Gaceta Jurídica*. N° 245, p. 96-97, 169.

3.2 Métodos de integración: explicación breve

Según Squella (2011:675), es posible identificar tres métodos de integración: analogía jurídica, los principios generales del derecho y la equidad natural²¹.

3.2.1 Analogía

Para Falcón y Tella (1990: 46-47), la analogía puede tener, desde el punto de vista jurídico, al menos tres acepciones:

Analogía como argumento: si dos cosas son semejantes en cierto número de propiedades manifiestas en ambas, puede llegarse a la conclusión de que también los son en otras propiedades que se manifiestan solo en una de ellas. En este sentido, la analogía es una inferencia, una de cuyas premisas es una proposición que expresa una analogía como concepto o como juicio.

-Analogía como concepto: se aplica el concepto primero a un caso central y en forma derivada o analógica a los casos de “la penumbra”.

-Analogía como juicio o proposición: relación entre conceptos. Relación de semejanza entre ellos.

Explicando, concretamente cómo opera la analogía, Ezquiaga (1987) plantea que ella contiene cuatro elementos:

- a) una norma N que regula el supuesto S1, al que aplica la consecuencia jurídica C;
- b) un supuesto S2, no regulado por ninguna norma;
- c) Los supuestos S1 y S2 son semejantes, y
- d) entre los supuestos S1 y S2 se aprecia identidad de razón.

En virtud de todo ello, y por medio del argumento analógico, se justifica la aplicación de la consecuencia C, también al supuesto S2.

Proponiendo límites, Guastini (2008) plantea que la analogía no debe ser aplicada a las normas penales y a las excepcionales o especiales. En el primer caso, por el principio de legalidad y tipicidad (que buscan la seguridad del individuo y del derecho), sin perjuicio de que sí podría aplicarse a aquellas disposiciones “de favor”, es decir, que benefician a los imputados. En el segundo caso, cuando hay una laguna de la norma, atendida su excepcionalidad, debe reconducirse a la norma general que la comprende. En todo caso, Falcón y Tella (1990) sostiene que no existe doctrina pacífica sobre la imposibilidad de la existencia de analogía en una norma excepcional.

3.2.2 Principios Generales del Derecho

Los Principios Generales del Derecho, según Fueyo Lunari (1976:100) son: “aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva y que fundamentan la creencia formativa o consuetudinaria”.

21 Se recomienda ver análisis sobre la integración de la ley en el Proyecto de Código Civil de 1853 y sus fuentes, que no llegó a ser norma en el Código Civil, por Guzmán, A. (2011). *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*. 2ª. Ed., Santiago, Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing Chile, pp. 55-68.

Por su parte Boetsch (2011:22) sostiene que estos principios son: “ciertas ideas normativas de orden general, anteriores al ordenamiento positivo, y que son recogidos por el mismo para las más diversas materias”. El mismo autor plantea que estos principios cumplen, por ejemplo, funciones de integración del derecho y citando a Pablo Rodríguez, plantea que ellos son: “... una especie de síntesis de la legislación en general. La fórmula que servirá al juez para fallar el caso no puede estar basada en un principio ajeno al orden establecido. Si tal sucede, no estaría integrando una laguna legal, sino legislando al margen de dicho orden jurídico” Boetsch (2011:31).

El artículo 24 del Código Civil se refiere a los casos de lagunas por contradicción cuando señala: “Art. 24. En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

La norma citada no habla de principios generales del derecho, sino que del espíritu general de la legislación y la equidad natural como métodos de integración. El primero, conforme a Guzmán (1991-1992) se refiere a la finalidad o razón objetiva de la legislación positiva en general y no solo de una ley específica, considerando que cada una puede tener finalidades diversas.

3.2.3 Equidad Natural

Por último, en cuanto a la equidad natural, de acuerdo a la Corte Suprema (1981:207), es “aquel punto de rectitud del juez que a falta de ley escrita o consuetudinaria consulta en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón, o sea, de la ley natural”. En esta sentencia, se reconoce a la equidad como un método de integración de la ley, particularmente en materia de acción de retrocesión para el caso de incumplimiento del fin de utilidad pública que ha legitimado una expropiación²².

4. LAGUNAS NORMATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA E INTEGRACIÓN. CASOS

Las lagunas de normas de la Constitución corresponden a aquellos supuestos de omisiones del constituyente, voluntarias o involuntarias. Ellas son una carencia histórica de normas. Se incorporan dentro a esta categoría, de acuerdo a la definición instrumental de este informe, cuando la Constitución Política tiene dos preceptos contradictorios (Ábalos, 2008).

Previo al análisis de los casos, exponemos la discusión que se da en relación a la posibilidad de utilizar métodos para subsanar las lagunas del texto constitucional.

Las posturas son disímiles. Por un lado están quienes plantean que es posible efectuar la integración aplicando los métodos reseñados (y otros), arguyendo que el juez constitucional tiene un poder creador (con mayor o menor discrecionalidad), cercano a lo que se ha llamado “activismo judicial” y que permite: darle coherencia y sentido de completitud al sistema jurídico de manera más dinámica lo que podría conseguir el legislador; acercar el Estado de Derecho (y sus contenidos valóricos), el desarrollo social y la Constitución (con sus eventuales rigideces), a la democracia real; generar complementariedad entre jueces y legisladores a partir de la observancia de textos generales y abstractos; plasmar en las lagunas los valores que la Constitución ha establecido; reconocer, en una visión realista, que los jueces superiores no aplican

22 Ver análisis de Domínguez, C. (1992). “La equidad en la jurisprudencia”. *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos, conferencias y ponencias presentadas en Santiago y Viña del Mar*. Santiago, Jurídica de Chile, pp. 453-463.

mecánicamente las leyes y que procuran establecer una elección en orden a alcanzar un compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto; destrabar conflictos sociales; subsanar fallas institucionales, etc.²³

En la vereda contraria se encuentran quienes postulan el irrestricto respeto por la separación de poderes. Los jueces no deben crear derecho, sino que aplicar aquel que el legislador ha establecido. El imperio de la ley o la legalidad no permite al juez constitucional completar incluso los “silencios del constituyente” sean voluntarios o involuntarios, hacerlo es salirse del Estado de Derecho y ejercer una discrecionalidad indebida. Esto sería quebrar las reglas formales de la Constitución. Asimismo, señalan que no existen lagunas constitucionales por cuanto no hay omisiones constitucionales, si no está en la Constitución es debido a que el poder constituyente no quiso erigirlo en regla constitucional. Este es un principio de “clausura del sistema”. Otro argumento invocado es la falta de legitimidad de los jueces constitucionales, en particular su falta de representatividad que se agudiza por el hecho que no necesariamente en dicha judicatura se encuentran presentes las diferentes visiones políticas de la sociedad, las que si están presentes en el Poder Legislativo, enriqueciendo el debate creador de la ley²⁴.

Sin perjuicio de esta discusión de base, y de suyo esencial, para cumplir el objetivo de este trabajo, analizaremos concretamente si ha sido o no acogida la integración de lagunas de los textos constitucionales de España y Chile, ello a partir de la labor de los jueces constitucionales, quienes pueden ser competentes para realizar la labor de integración²⁵.

4.1 Caso de España

España cuenta con un Tribunal Constitucional, reconocido en particular en el título IX de la Constitución Política de 1978. La Ley orgánica del Tribunal Constitucional dispone que este órgano es intérprete supremo de la Constitución y está sometido sólo a la Constitución y a la Ley Orgánica (artículo 1).

Según Tejada (2004), se destacan diversas sentencias del Tribunal Constitucional español en las que se ha utilizado la analogía para integrar lagunas de normas constitucionales. De este universo, dos emblemáticas, por su antigüedad, son²⁶:

a. Sentencia 36/1982: en esta se comparan dos supuestos, las reuniones en un lugar abierto al uso público de la ley 17/1976 y las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, del artículo 21.2 de la Constitución. En este caso, el Tribunal Constitucional constata un vacío en el texto constitucional. En efecto, este nada dice acerca de la antelación de la comunicación que se debe hacer a la autoridad solicitando autorización para las reuniones, disposición sí contemplada en la ley. Luego, el juzgador entiende que debe suplirse el vacío constitucional para no hacer ineficaz el derecho con la aplicación de la legislación preconstitucional específica (ley 17/1976) sobre plazo de antelación de la petición para efectuar reuniones.

b. Sentencia 110/1984: este fallo da cuenta de la integración del artículo 24.2 sobre secreto profesional que se impone a determinadas personas, entre ellas a los abogados, y por la cual no están obligados a

23 Entre otros, señalan argumentos: Sagües, P. (1980); García, L. (2013); Cea, J. (1992); Peña, C. (1992) y Tejada, Q. (2004).

24 Por ejemplo, Linares, S. (1973); Da Silva, J. (1999); en parte Atria, F. en diversas obras sobre el rol del Tribunal Constitucional de Chile, de quien Zapata (2008) hace un buen resumen de su pensamiento y la evolución de este desde 1993.

25 Como complemento se puede señalar que el Tribunal Constitucional del Perú estima válido utilizar métodos de integración de las lagunas de normas constitucionales, especialmente porque existe un mandato general en el artículo 139 de la Constitución de Perú. Ver sentencia del expediente 0047_2004, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-A1.html> (Consultada el 19 de abril de 2015). Al respecto, Landa (2011) sostiene que el Tribunal Constitucional de Perú tiene una naturaleza política por la cual “hace derecho” y ella nace, como se dijo, del reconocimiento a su calidad de vocera del poder constituyente, en la medida en que es el intérprete supremo de la Constitución, garante en última instancia del respeto de la democracia constitucional; expresado en los derechos fundamentales, precisando el contenido y los límites de las disposiciones de la Constitución a través de la interpretación jurídica y de la teoría de la argumentación.

26 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es> (Consultado el 19 de abril de 2015).

declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Al mismo tiempo, el artículo 20.1 de la Constitución otorga el derecho de conciencia profesional. Pues bien, el juez constitucional español extendió el derecho a no declarar no solo ante los tribunales de justicia, sino que también ante la Administración, arguyendo que si no había obligación respecto de la primera institución, menos aún podría haberla respecto de la segunda. Sin embargo, Ezquiaga (1987:25) plantea que ambas sentencias no aplican el método analógico de manera pura, pero reconoce que el Tribunal Constitucional recurre a dicha herramienta para integrar lagunas de normas constitucionales.

En tiempos más próximos, y dando cuenta del uso de métodos de integración, es posible mencionar que la sentencia 223/2012 descarta usar analogía en las normas de los artículos 27.6 y 27.10 de la Constitución, por no concurrir al proceso los supuestos que la constituyen. *A contrario sensu*, de haber concurrido estos, la integración habría sido procedente²⁷.

Por último, el mismo Tribunal Constitucional, en sentencia 148/1988, señala respecto de la analogía como medio de integración de sus sentencias que es “un método o procedimiento delicado, pues en definitiva no es más que el uso de un argumento lógico, habrá que exigirse en su aplicación, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo.” El Tribunal hace presente que es más delicada aún la situación cuando se está en presencia de derechos constitucionales y cuando la integración por analogía puede repercutir en su ejercicio y reconocimiento en la realidad.

4.2 Caso de Chile

En primer lugar, podemos señalar que en Chile no existe mayor literatura jurídica sobre la posibilidad de integrar las lagunas del texto constitucional²⁸.

El Tribunal Constitucional tiene su consagración en la Constitución Política, capítulo VIII. El artículo 93 señala el listado de atribuciones de dicho tribunal. Esencialmente, se puede sostener que son de: control de constitucionalidad; solución de contiendas de competencia; pronunciamiento sobre inhabilidades, incompatibilidades, renunciaciones y causales de cesación en el cargo de los titulares de ciertos órganos y el pronunciamiento sobre ilícitos constitucionales.

Silva Bascuñán (2007) señala que el Tribunal Constitucional está sujeto a determinadas limitaciones (impuestas o autoimpuestas), entre ellas:

- a) No puede juzgar la legitimidad de la misma Constitución Política.
- b) Es un órgano al que solo se le permite ejercer las facultades que explícitamente le otorga la Constitución, no pudiendo la ley conferirle otras atribuciones.
- c) No le corresponde pronunciarse sobre los problemas de legalidad, sino sobre los de constitucionalidad.
- d) No puede hacer aseveraciones de mérito o desmérito sobre las normas que le corresponde conocer.
- e) Conoce y resuelve materias constitucionales vinculadas al fondo como a la forma.

En cuanto a las lagunas de normas constitucionales, cabe tener en cuenta que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas sentencias, reconociendo la existencia de ellas, pero no las integra.

²⁷ Sentencia en: <http://www.boe.es/boe/dias/2012/12/29/pdfs/B0E-A-2012-15757.pdf> (Consultado 19 de abril de 2015).

²⁸ Cabe señalar que existe un texto (Núñez, 2012) denominado *Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas* (normativas y axiológicas), el que no trata exactamente sobre la materia.

En efecto, en la sentencia respecto del Proyecto de Ley orgánica constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral de 1988 (rol 53-88)²⁹, el juez constitucional constató la existencia de dos normas constitucionales contradictorias sobre la fecha de la convocatoria a la primera elección de Presidente de la República y parlamentaria, y la fecha de la realización efectiva de tal elección. Estas contradicciones se encontraban en la disposición transitoria 29 y en el artículo 26 inciso 1° de la Carta Fundamental. En sus textos se establecía que la fecha de la convocatoria y la de la realización de las elecciones, era el mismo día. Ante esta situación ilógica, el Tribunal Constitucional señaló: “(...) de lo anterior se deduce que la Carta Fundamental no ha señalado en su texto la fecha en que deben realizarse las elecciones presidenciales y parlamentarias, en la hipótesis de que la ciudadanía no apruebe la proposición sometida a plebiscito, lo que conduce claramente a la conclusión que la determinación de esa fecha corresponde a esta ley”³⁰. Lo anterior, en referencia a la norma de sistema de inscripciones electorales y Servicio Electoral. En este caso, García (1992) estima que el Tribunal Constitucional cumplió su función interpretativa de detectar y proponer la solución a un problema jurídico sobreviniente derivado de normas constitucionales contradictorias, requiriendo al legislador dictar la norma integradora. Queda claro que el Tribunal Constitucional no integro el vacío normativo.

Por otra parte, diversas sentencias (roles 2.646-14; 1.288-08; 433-2005; 165-1993) han establecido el principio que no procede la integración de normas constitucionales referidas a las prohibiciones parlamentarias. El Tribunal Constitucional sostiene que estas son limitaciones de derecho estricto que afectan la elección de senadores y diputados y el ejercicio de cargos parlamentarios. Estas normas deben ser aplicadas solamente a los casos expresa y explícitamente contemplados en la Constitución Política, toda vez que se trata de preceptos de derecho estricto y no puede hacerse extensiva a otros casos, sea por similitud, analogía o extensión, conforme al principio de la interpretación restrictiva de los preceptos de excepción. En el mismo sentido, en las sentencias 67-1989 y 190-94, se estableció que ante preceptos prohibitivos, excepcionales y restrictivos le está vedado al intérprete crear normas por vía de analogía.

En la primera sentencia, aquella de 1988, claramente el juez constitucional determinó no ser competente para integrar la laguna que había constatado en reconocimiento al principio de separación de poderes. En el segundo conjunto de sentencias, la jurisprudencia se encuentra conteste en rechazar la posibilidad de integrar, atendido el carácter excepcional de las normas constitucionales, de derecho estricto. Sin embargo, cabe preguntarse qué pasaría si las normas no tuviesen esta calidad, ¿el Tribunal Constitucional integraría el vacío, cambiando el parecer de 1986?

Por último, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha participado, al menos en literatura jurídica, de la discusión sobre las lagunas de ley. En efecto, en 2014, el Tribunal Constitucional de Chile publicó su cuaderno N° 55 denominado *Diccionario constitucional chileno* en este se informa, a propósito de la figura del desafuero, que: “el TC declaró que el precepto legal en comento, al no contener una regulación precisa sobre la tramitación del desafuero ante la Corte de Apelaciones respectiva, deja un vacío legal que puede ser subsanado integrando la laguna con otros elementos del ordenamiento jurídico, pudiéndose interpretar la disposición conforme a las prescripciones constitucionales” (citando como fundamento las sentencias de las causas roles 558-2006 y 590-2006) (García, 2014:390).

29 Para jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/sentencias/busqueda-basica>. Consultado el: 19 de abril de 2015.

30 Considerando 23°.

5. CONCLUSIONES

De los antecedentes analizados, es posible concluir lo siguiente:

- 5.1 El ordenamiento jurídico no es un sistema completo o pleno, existen lagunas jurídicas, aún cuando el mismo ordenamiento establece reglas para integrar los vacíos. La ilusión de un sistema hermético no es correcta.
- 5.2 Existe laguna jurídica cuando hay una ausencia de regulación jurídica para un caso en el que cabía razonablemente esperarla o bien cuando existen dos normas contradictorias en forma insalvable. En ambos casos se genera un vacío normativo.
- 5.3 La doctrina entiende que se puede integrar la laguna jurídica mediante métodos que son universalmente aceptados: analogía, principios generales del derecho y la equidad.
- 5.4 No es pacífica la doctrina en cuanto a la pertinencia o no de la integración de las lagunas jurídicas. Unos arguyen que el juez, por el principio de inexcusabilidad, debe resolver el conflicto aun a falta de norma; los otros plantean que el juez no debe crear derecho, ello corresponde al legislador, y que la labor de integración supone el riesgo de discrecionalidad. Esta discusión se radicaliza cuando la norma que debe integrarse es constitucional.
- 5.5 El Tribunal Constitucional de España ha integrado normas constitucionales. Sin perjuicio de ello, la doctrina ha cuestionado si en los casos se ha utilizado estrictamente la analogía como método de integración.
- 5.6 El Tribunal Constitucional de Chile no ha integrado lagunas de normas constitucionales, pese a que las ha constatado en diversas sentencias. Los argumentos invocados han sido que corresponde al constituyente llenar dichos vacíos y particularmente que no procede la utilización de la analogía respecto de normas excepcionales y prohibitivas. Sin embargo, no queda clara cuál sería la doctrina del Tribunal si las normas no fueran de estos dos tipos, aun cuando siempre quedará pendiente la pregunta si se puede construir una norma constitucional desde esa instancia, especialmente considerando su natural falta de representatividad.

REFERENCIAS

- Ábalos, M. (2008). *La interpretación constitucional: ¿importante, polémica y tramposa? Estudios sobre derecho procesal*. Buenos Aires, Astrea.
- Atria, F. ; Bulygin, E.; Moreso, J.; Navarro, P.; Rodríguez, J. y Manero, J. (2005). *Sobre las Lagunas. Lagunas en el Derecho*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. pp. 15-27.
- Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Themis.
- Boetsch, G. (2011). *La buena fe contractual*. Santiago, Jurídica de Chile.
- Bulygin, E. (2003). *Los jueces ¿crean derecho? La función judicial, ética y democracia*. Gedisa, Malem, et.al., (Comp.). Barcelona. pp. 21-37.
- Carnelutti, F. (1941). *Teoría General del Derecho*. Madrid, Revista de Derecho Privado.
- Cea, J. (1992). *La interpretación axiológica de la Constitución en Interpretación, integración y razonamientos jurídicos, conferencias y ponencias presentadas en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991*. Santiago, Jurídica de Chile, pp. 89-97.
- Da Silva, J. (1999). "Mutaciones constitucionales". *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. N° 1, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 11-24.
- Domínguez, C. (1992). "La equidad en la jurisprudencia". *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos, conferencias y ponencias presentadas en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991*. Jurídica de Chile, pp. 453-463.
- Excma. Corte Suprema. Barahona, Jorge (recurso de queja), 9 de octubre de 1981. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo LXXVIII, sección 5ª, pág. 207.
- Ezquiaga, F. (1987). *La argumentación en la justicia constitucional española*. Bilbao, Editorial Instituto Vasco de Administración Pública.
- Falcón y Tella, M. (1990). *El argumento analógico en el derecho*. Madrid, Civitas.
- Fueyo, F. (1976). *Interpretación y Juez*. Santiago, Edit. Universidad de Chile y Centro de Estudios Ratio Iuris.
- García, L. (2013). "¿Ideal democrático? Del activismo a la constitucionalización del derecho". *Civilizar*, N°25, (julio a diciembre), pp. 13-32.
- García, A. (1992). *Los elementos de la integración constitucional en Interpretación, integración y razonamientos jurídicos, conferencias y ponencias presentadas en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991*. Santiago, Jurídica de Chile, pp.327-349.
- Guastini, R. (2008). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Ciudad de México, Porrúa.
- Guzmán Brito, A. (2000). "Aporías, Paradojas, Antinomias y Dilemas. Sobre el razonamiento jurídico". *Revista Ciencias Sociales*. N° 45, Universidad de Valparaíso, pp. 501-548.
- (2011). *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*. Santiago, Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing Chile.

-(1992). “La Historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”. *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos, conferencias y ponencias presentadas en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991*. Santiago, Jurídica de Chile, pp. 41-87.

Josserand L. (1938). *Cours de Droit Civil positif français*, t. I. 3ª Ed., París, Librería de Recueil Sirey.

Iturralde, V. (1988). *Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas*. Anuario de filosofía del derecho, N° 5, Sociedad española de Filosofía Jurídica y Política, pp. 349-382.

Landa, C. (2011). *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*. Lima, Palestra Editores.

Linares, S. (1973). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y comparado, parte general*, t. II. Buenos Aires, Editorial Alfa.

Martínez, P. (2012). “El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del estado constitucional”. *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile, v.39, N° 1, pp. 113-147.

Mundaca, H. (2009). “Una lectura de la analogía desde la Teoría del Derecho”. *Corpus Iuris Regionis. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, N°9, pp. 175-194.

Peña, C. (1992). “Discreción e interpretación judicial: la tesis de Dworkin”. *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos, conferencias y ponencias presentadas en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991*. Jurídica de Chile, Santiago, pp.230-263.

Peralta, R. (2007). “Sobre el poder constituyente y la rigidez constitucional”. *Pensamiento Constitucional*, año 12, N° 12, Fondo editorial PUCP, p. 383

Ribó, L. (1997). *Diccionario de Derecho*. Barcelona, Editorial Bosch.

Rodríguez, P. (1990). *Teoría de la interpretación jurídica*. Santiago, Jurídica de Chile.

Sagües, P. (1980). “La interpretación constitucional mutativa”. *Revista de Ciencias Sociales*. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, primer semestre, N° 16, pp. 49-72.

Silva Bascuñán, A. (2007). *Tratado de Derecho Constitucional*, t. VIII. 4ª. ed., Santiago, Jurídica de Chile.

-(2007-b). *Tratado de Derecho Constitucional*, t. IX, 4ª. ed., Santiago, Jurídica de Chile, p. 46-47.

Squella, A. (2011). *Introducción al Derecho*. 2ª. Ed. Santiago, Jurídica de Chile.

Tejada, Q. (2004). *Justicia constitucional y argumentación jurídica: análisis normativo de los mecanismos hermenéuticos*. Serie Tesis Doctorales de 2001. Editorial Universidad de León.

Tortolero, F. (2006). “Los márgenes del juez constitucional al colmar lagunas”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 13, N° 2, pp. 149-174.

Tribunal Constitucional de Chile, causa rol 53-88.

Tribunal Constitucional de Chile, causa rol 67-1989.

Tribunal Constitucional de Chile, causa rol 190-94.

Tribunal Constitucional de España: sentencia 36/1982.

Tribunal Constitucional de España: sentencia 110/1984.

Tribunal Constitucional de España: sentencia 223/2012.

Zapata, P. (2008). *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado*. Santiago, Jurídica de Chile.

Ultima. Corte de Apelaciones de Santiago, contra Zambrano, Hernán, 2000. *Gaceta Jurídica*, N° 245, p. 169.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN CHILE

Prof. Dr. Lautaro Ríos Álvarez³¹

SUMARIO

1. Conceptos Fundamentales, 2. Panorama general de la jurisdicción constitucional chilena, 3. La jurisdicción constitucional (J.C.)³² de la justicia ordinaria, 4. La J.C. de la Justicia Electoral, 5. La J. C. del Tribunal Constitucional, 6. Conclusiones

RESUMEN

La jurisdicción constitucional en Chile se divide en tres poderes judiciales e independientes entre sí: la Justicia Ordinaria, la Justicia Electoral y el Tribunal Constitucional. Abarca todo el territorio del país con acciones suficientes para tutelar el imperio de la Constitución, las bases esenciales del sistema democrático y los derechos y garantías más relevantes de las personas, aun durante los estados de excepción constitucional.

The constitutional Jurisdiction in Chile

ABSTRACT

The constitutional jurisdiction in Chile, it is divided into three judiciaries and independents among themselves; the Ordinary Justice, the Electoral Justice and the Constitutional Court. It covers the entire territory of the country, with sufficient actions in this range to safeguard the authority of the Constitution, the essential foundations of the democratic system and the most relevant rights and guarantees of people, even under conditions of constitutional exception.

³¹ Profesor Emérito de la Universidad de Valparaíso.

³² Abreviaturas usadas: AA.: Auto Acordado, CPR: Constitución Política de la República (Chile), C. Pol.: Constitución Política, DL: Decreto Ley, DO: Diario Oficial, inc.: inciso o párrafo de un artículo, JC: Jurisdicción Constitucional, LOC: Ley Orgánica Constitucional, P. de la R.: Presidente de la República, TC: Tribunal Constitucional, TER: Tribunal Electoral Regional y Triel: Tribunal Calificador de Elecciones.

1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Al revisar la literatura constitucional puede advertirse cierta dispersión de ideas en torno a conceptos básicos tales como “justicia constitucional”, “jurisdicción constitucional”, “proceso constitucional”, “procedimiento constitucional” y “judicatura constitucional”. Sin otra pretensión que la de contribuir a un saludable rigor conceptual, intentaremos precisar el sentido de estas expresiones, antes de entrar de lleno en nuestro tema.

1.1. La Justicia Constitucional. Existe, ciertamente, una considerable dosis de ambigüedad en esta denominación polisémica que ha venido consagrando la doctrina para referirse al resguardo jurisdiccional del principio de supremacía de la Constitución.

Por “justicia constitucional” se entiende, a veces, a la magistratura que la administra, identificándola a menudo con el Tribunal Constitucional (TC); otras veces la referencia aparece dirigida al conjunto de procedimientos que la hacen posible; o, en fin, a la finalidad que se persigue de *hacer justicia* a la Constitución. El calificativo “constitucional” se adscribe a la circunstancia de que el respectivo Tribunal, su competencia, las acciones de este rango o los procedimientos que habilitan el ejercicio de este poder, están establecidos directamente en la Constitución. Pero ocurre que, a menudo, la justicia ordinaria y algunas de sus competencias y bases orgánicas también se establecen en ella, o bien se trata de competencias compartidas entre la “justicia constitucional” y la “justicia ordinaria”. Esta circunstancia más bien introduce confusión que ayuda a clarificar el concepto.

Por todo esto resulta más sencillo despejar el campo, comenzando por señalar qué **no** debe entenderse –o, al menos, qué **no** vamos a entender en este trabajo– por “justicia constitucional”. No lo es, desde luego, el conjunto de **magistraturas** que las Cartas Fundamentales instituyen para dirimir materias constitucionales susceptibles de dudas o de conflictos. Pues, aunque entre ellas pueda encontrarse el Tribunal Constitucional, también bajo ese género tiene cabida la justicia electoral, las cámaras legislativas actuando como sede del juicio político, y la propia justicia ordinaria resolviendo esta categoría de materias.

Tampoco es justicia constitucional el conjunto de procedimientos judiciales directamente contemplados en la Constitución. Puesto que ellos son solo uno de los instrumentos necesarios para hacerla viable. A este respecto intentaremos distinguir el *proceso constitucional* de los *procedimientos* que le sirven de

cauce; conceptos, estos, que a veces se confunden. Por último, tampoco la justicia constitucional se limita al conjunto de acciones o recursos jurisdiccionales directamente instituidos en las cartas políticas.

Entre nosotros, el profesor Ismael Bustos (1987) ha señalado que la expresión “justicia constitucional” tiene un carácter más connotativo que denotativo; que resulta más adecuado a la oratoria forense y a la retórica jurídica que al análisis académico y científico. Las connotaciones que este término lleva aparejadas –señala Bustos– pueden también expresarse, total o parcialmente, con otros términos, algunos de los cuales podrían ser los siguientes: judicatura constitucional, jurisdicción constitucional, Derecho Constitucional adjetivo o, en fin, Derecho Constitucional Procesal”. Concluye que decir que “la Justicia Constitucional es la justicia perteneciente a la Constitución”, es obvio y por lo mismo, no dice nada, resultando casi una tautología (Bustos, 1987).

Dejaremos, entonces, reservada la expresión “justicia constitucional” para designar el conjunto de materias que abarcan desde la potestad instituida para tutelar la vigencia del principio de supremacía de la Constitución en sus diversas vertientes hasta la magistratura que la administra y las acciones, recursos y procedimientos establecidos para posibilitar su cabal eficacia. Son –por ende– elementos substanciales de la justicia constitucional, la jurisdicción de este carácter, la judicatura correlativa, las acciones instituidas por la Constitución para poner en valor su propia supremacía, los procedimientos a que ellas se sujetan y el proceso constitucional.

1.2. La jurisdicción constitucional. Designaremos así a la suprema potestad decisoria a la cual, en resguardo de la primacía de la Constitución, esta le encomienda tutelar la vigencia de todos sus postulados o de aquellos más relevantes.

Lo “jurisdiccional” de este poder se manifiesta en los tribunales que lo ejercen, en los métodos y técnicas que estos utilizan y –particularmente– en los criterios que emplean para resolver los asuntos o controversias entregados a su decisión. Además, lo jurisdiccional no es solo declarativo; es también vinculante; se expresa en decisiones provistas de imperio. Lo “constitucional” de estas decisiones está dado por los fines específicos de esta potestad, los que siempre confluyen en la prevalencia de la Constitución y en la defensa de su eficacia política.

En el núcleo de estos fines u objetivos se sitúa la superioridad de la Constitución como Suprema Ley rectora del ordenamiento jurídico, con capacidad suspensiva o derogatoria o con efecto inaplicativo de la norma contraria a ella, según sea el sistema previsto en la Constitución. Este núcleo, por otra parte, se confunde con el nacimiento de esta institución y –en sus diversas variantes– es un contenido común a todas las jurisdicciones constitucionales.

En un plano distinto, pero igualmente trascendente, se sitúa el rol resolutor de conflictos de competencia entre órganos de distinta especie o dependencia, propio de esta jurisdicción. Como se sabe, los conflictos entre órganos de la misma especie o dependencia se entregan generalmente al superior jerárquico de aquellos que entran en conflicto. Tal solución no tiene cabida cuando los órganos en conflicto son autónomos o son de distinta especie o no reconocen un superior común. En tales situaciones los conflictos de competencia que se susciten –sean de carácter positivo o negativo– caen dentro de la jurisdicción constitucional.

Lo que define, en estos casos, a la jurisdicción constitucional no es tanto el mecanismo ideado para solucionar los conflictos, sino la potestad que, aplicando criterios extraídos de la Ley Fundamental, habilita al órgano idóneo para resolverlos de manera definitiva y categórica, bajo el supuesto que la misma Carta que reparte las competencias entre sus órganos, contiene los criterios adecuados para dirimir tales controversias.

En una tercera área, la jurisdicción constitucional se erige en guardiana del sustrato de valores y principios que nutren a la Constitución y que configuran las vigas maestras de su proyecto político. En procura de esta finalidad, ella suspende ciertos derechos fundamentales, y aun elimina del sistema político, a las personas naturales, grupos, asociaciones o partidos que atentan contra las bases referidas.

Parte esencial de la jurisdicción constitucional ha sido, en todos los tiempos, la protección de los derechos fundamentales, históricamente puesta bajo el alero de la justicia ordinaria. No obstante, tanto en la doctrina como en las constituciones modernas se ha venido abriendo paso la idea de reforzar esta jurisdicción encargando al T.C. la potestad de supervigilar la protección eficaz de tales derechos. Así ocurre con el contencioso de derechos esenciales del T.C. alemán, con el recurso de amparo de los derechos fundamentales del T.C. español, con la revisión de los fallos recaídos en las acciones de tutela por la Corte Constitucional de Colombia y con el conocimiento de las resoluciones denegatorias del habeas corpus, del amparo, del habeas data y de la acción de cumplimiento por el T.C. del Perú.

1.3. El proceso constitucional. También nos encontramos aquí, de cara a esta expresión, con la necesidad de precisar a qué intentamos referirnos. Jaime Guasp (1980) distinguía dos posturas básicas frente a la concepción del **proceso**. Una, “la orientación material” (...) “permite reducir a una fórmula común, no obstante su interna variedad, una amplia serie de definiciones procesales, todas las cuales, en efecto, pueden ser abarcadas en la rúbrica común que considera el proceso como **la resolución de un conflicto social**”.

La otra, la “orientación formal”, reúne a diversas doctrinas que también pueden reconducirse a una rúbrica común: “la actuación del Derecho; pues en definitiva, con unas u otras palabras, todas las teorías de este grupo ven en el proceso un instrumento destinado a la realización, protección o tutela, o puesta en práctica del Derecho mismo”. Guasp (1980) concluye, por su parte, que “El proceso no es pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones” (1980: 41 y siguientes).

En su concepto más substancial, el proceso está constituido por un conjunto de actuaciones, diligencias y trámites ordenados en etapas sucesivas bajo la dirección de un juez o tribunal, cuyo objetivo consiste en procurar el conocimiento de los hechos y pretensiones jurídicas, posibilitar la producción de las pruebas, resolver acertadamente la cuestión sometida a decisión jurisdiccional y, en su caso, velar por la ejecución de lo resuelto. En este sentido, es fácil advertir la unidad del proceso –no obstante la variedad de instancias, procedimientos y recursos que en él se den cita- y su carácter de instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional. En este sentido también puede hablarse de los principios y garantías de un **justo proceso** o del “**due process**”.

En una concepción teórica, como objeto de la ciencia procesal, puede concebirse el “proceso” como una relación jurídica que vincula al juez como representante del Estado y a los sujetos a la relación procesal o al sujeto concernido en el proceso. Esta concepción ideada por el jurista alemán Von Bülow, recogida por Chiovenda y desarrollada por Kohler, Hellwig y Wach, no obstante su impugnación por Goldschmidt (Teoría de la Institución Procesal), sigue en pie y mantiene su vigencia teórica en cuanto a la concepción del proceso como “artefacto jurídico” ideal.

Por último, también se reconoce con la misma denominación a la materialidad en que cada proceso particular se desarrolla y completa; esto es, al **expediente**. En este sentido se habla de la iniciación, de la formación del proceso, del acto de compulsarlo, de su elevación al tribunal superior o de su archivo.

En una expresiva síntesis de estas acepciones ha dicho Couture:

En la primera acepción del proceso como secuencia, éste [sic] constituye una acción humana que se proyecta en el tiempo; es una situación análoga a la que existe entre el ser y el devenir; los actos procesales devienen proceso. En su segunda acepción, en tanto relación jurídica, el proceso es un fenómeno intemporal e inespecial; un concepto, un objeto jurídico ideal, constituido por el pensamiento de los juristas. En su tercera acepción, como expediente o conjunto de documentos, el proceso es un objeto físico; ocupa un espacio en el mundo material, es una cosa. (1958:123).

El proceso constitucional es aquel mediante el cual se tramita y resuelve una materia propia de la jurisdicción constitucional.

1.4. El procedimiento constitucional. Una primera distinción que debe hacerse es la que existe entre proceso y procedimiento a pesar de que ambas expresiones derivan de la misma voz latina **-procedere**: avanzar, seguir un trayecto determinado- y no obstante que, a menudo, ambas nociones se interpelan, debido a que no existe proceso sin que previamente exista un procedimiento regulado ni tiene este aplicación si aquel no lo convoca.

El **procedimiento** -dice Carlos (1969)- “alude al fenómeno externo, a lo puramente rituario en el desenvolvimiento de la actividad preordenada por la ley procesal”. Es tan **múltiple** como lo sean las necesidades de cada tipo de proceso; pero –aun dentro de cada proceso- existen procedimientos diversos en cada instancia, en los asuntos incidentales que puedan producirse, y aun en cada actuación diferenciada como sería la recepción de cada medio de prueba. Y así, aun cuando en la decisión de un asunto se hayan utilizado **diversos procedimientos**, el proceso a través del cual ha podido llegarse a su solución final ha mantenido siempre su unidad. (Carlos, 1959:127 y sgts.).

1.5. La judicatura constitucional. La judicatura constitucional es el conjunto de órganos jurisdiccionales a los que la Constitución habilita para ejercer –ya sea en forma exclusiva o compartida- la jurisdicción constitucional. A primera vista –al menos en el ámbito europeo- esta judicatura equivaldría al Tribunal Constitucional (T.C.) No es así en el arquetipo norteamericano, en que la jurisdicción constitucional la ejerce la judicatura ordinaria; ni es así en el sistema chileno, en el que existe una jurisdicción constitucional compartida entre el T.C., otro tribunal especial y la justicia ordinaria; de lo cual se desprende que hay tres distintas judicaturas encargadas de ejercer esta potestad pública.

2. PANORAMA GENERAL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA

Pese a la proximidad de Norteamérica, Chile vivió, desde la época de su Independencia y hasta la Constitución de 1925, sumergido -de manera predominante- en el ideario político europeo. De allí su respeto por la soberanía del Parlamento ³³ y por la separación de los poderes ³⁴ –dogmas típicos de la cultura europea- que le hacían impermeable al principio de supremacía de la Constitución, concebido al modo norteamericano³⁵.

33 Es célebre la alocución de Sir William Blackstone en su *Comentario de las Leyes de Inglaterra*: (...) “el poder del Parlamento es absoluto y **sin control** (...) lo que el Parlamento hace, ninguna autoridad sobre la tierra podría deshacerlo”.

34 Recordemos el art.16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

35 El Principio de la Supremacía de la Constitución superó a ambos dogmas, sin destruirlos. Con razón ha dicho García de Enterría que esta invención norteamericana es “la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho”. (1982:123).

Así, aunque hubo gestos en el siglo XIX, tendientes a propiciar la primacía de la Constitución³⁶, lo cierto es que nunca –hasta bien entrado el siglo XX– nadie se atrevió a inaplicar una ley aprobada por el Congreso, ni menos, a declararla inconstitucional, no obstante que ella fuera contraria a la Constitución³⁷.

La “soberanía del Congreso” llegó al extremo de que este calificaba la elección de sus propios miembros; lo que naturalmente, dio origen a numerosos abusos por parte de las mayorías partidarias.

Es cierto que la protección de los derechos fundamentales estuvo, desde muy temprano, amparada por la Carta Fundamental³⁸; pero en un país como el nuestro, dominado desde la cuna por el autoritarismo, siempre los jueces prefirieron someterse a los dictados de la autoridad que dedicarse a la protección de tales derechos. Esta posición sumisa –que llegó a extremos humillantes durante el régimen militar³⁹– recién comenzó a revertirse a raíz del ejercicio del recurso de protección, que tiene cierta semejanza con el amparo mexicano y mayor similitud con el amparo argentino. En resumen, el nacimiento de la jurisdicción constitucional en Chile se vio postergado porque somos un pueblo de reacción tardía. Marchamos –es cierto– delante de otros países; pero caminamos con varias décadas de retraso respecto de aquellos que podrían servirnos de modelo.

Mientras en los EEUU de Norteamérica, el *leader case* “Marbury vs. Madison” –que recogió magistralmente el principio de supremacía de la Constitución– fue dictado en 1803, Chile lo incluyó tímidamente en la Carta de 1925, al instaurar el recurso de inaplicabilidad contra las leyes contrarias a la Constitución reservándolo solo a la Corte Suprema, con efecto *inter partes* y con supervivencia de la ley infraccional.

Mientras México, en 1847, introducía su acción de amparo⁴⁰; y Brasil, en 1880, creaba el *mandado de segurança*⁴¹; y Argentina creaba su acción de amparo en 1957 por vía jurisprudencial⁴², Chile –recién en 1976– y con las restricciones propias del régimen militar, hacía espacio al recurso de protección, limitado solo a ciertos derechos y garantías⁴³. Mientras en Europa la Constitución de Austria establecía en 1920 el Tribunal Constitucional, Chile recién lo hacía en 1970.

Afortunadamente, en otras materias como es el sistema electoral, no hemos sido tan negligentes. Al filo del pasado medio siglo, en 1949, en virtud de la ley N° 9.292, se reconocieron los derechos políticos a las mujeres. La Carta de 1925 había sustituido el arcaico y riesgoso sistema de autocontrol electoral de los miembros del Congreso Nacional por un Tribunal Calificador de Elecciones, de carácter autónomo y supremo en su especie, que dio origen a la justicia electoral en todos los niveles, la que hoy incluye a los cuerpos intermedios –de naturaleza social y no política– que señala la ley. En 1958 se modificó la emisión

36 La Corte Suprema, en Circular a las Cortes de Apelaciones del 2 de enero de 1867, las instruía así: “Las autoridades encargadas de aplicar las leyes en un caso determinado, deben (...) **dar preferencia** en el asunto especial de que se ocupan, **a la Constitución**, si estuviera en clara y abierta pugna con ellas (...)”.

37 Ver, sobre el particular, la documentación contenida en Huneeus (1891). *La Constitución ante el Congreso*. Cervantes, Santiago, 1891, t. II, p. 239 y en Roldán, A. (1914). *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*. Santiago, p.518.

38 La Constitución de 1823, en el Tít. XII: “Del Poder Judicial”, decía: “Art. 116. El Poder Judicial protege los derechos individuales conforme a los principios siguientes: (...)”. Y el art. 146, enumerando las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia le encomendaba: “1°. Proteger, hacer cumplir y reclamar a los otros poderes por las garantías individuales y judiciales”.

39 En los estados de excepción constitucional sujeto a los cuales vivió el país durante casi todo ese período, no eran procedentes los recursos de protección (amparo) respecto de medidas de la autoridad que afectaran derechos o garantías que según la Constitución podían suspenderse o restringirse y a los tribunales se les prohibía “entrar a calificar los fundamentos de hecho de tales medidas” (art. 41, N° 3, C.P.R.).

40 El amparo mexicano se instaura en el Acta de Reforma de 1847 a la Constitución de 1824 y está consagrado actualmente en los arts. 103 y 107 de la Constitución Política de 1917. Ver prólogo de Fix Zamudio a “Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica”, Ferrer Mac-Gregor, E. (2002). Fundap, México.

41 El “mandado de segurança” está establecido en el art. 5° numeral LXIX de la Constitución brasileña de 1988. El Habeas Corpus se regula en el numeral anterior del mismo artículo.

42 La vía jurisprudencial se abre con los casos Angel Siri (1957) y Samuel Kot (1958); lo consagran las leyes N° 16.986 y 17.454. La gran Reforma de 1994 lo introduce en el art. 43, párr. 1° de la Constitución.

43 A diferencia de México, de Argentina, de Brasil o de Colombia que extienden el amparo o tutela a todos los derechos constitucionales, el recurso de protección se limita a determinados derechos y garantías como luego veremos.

del sufragio, creándose una cédula única electoral que confecciona el Estado y que puso fin a la aberrante práctica del cohecho. Se perfeccionó así un sistema electoral cuyo control forma parte de la jurisdicción constitucional. En resumen, esta jurisdicción está repartida en tres judicaturas independientes entre sí.

La justicia ordinaria, con su organización piramidal que va desde los juzgados de letras de primera instancia, pasa por las 17 cortes de apelaciones del país que, generalmente, conocen las causas en segunda instancia y culmina en la Excma. Corte Suprema que oficia, substancialmente, como tribunal de casación. La Justicia Electoral -que, en países como Austria o Alemania Federal cae bajo la competencia del TC- conforma nuestra segunda judicatura constitucional. Y la tercera es el Tribunal Constitucional, supremo y autónomo, encargado de resolver las más importantes materias de esta jurisdicción especial.

3. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA ORDINARIA

No solo por su tradición histórica, sino también por su larga y accidentada geografía (4.300 Km de longitud), desde los inicios de su vida independiente hasta ahora, la tutela del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales y sus garantías -materia clave de la jurisdicción constitucional- ha estado radicada en la justicia ordinaria y repartida en todos sus niveles. Con esto queremos precisar que existen acciones de rango constitucional de las que conocen los jueces de letras; hay otras que son de la competencia, en primera instancia, de las Cortes de Apelaciones y hay otras, en fin, de las que conoce la Corte Suprema en segunda o en única instancia.

Concentrar las acciones directamente instituidas por la Constitución en un solo tribunal -como hubiera podido ser el TC- no solo habría significado su colapso sino también su ineficiencia, como ocurrió durante cierto lapso con el Habeas Corpus del cual conocía exclusivamente la Corte Suprema, radicada en la capital, con manifiesto desmedro de la libertad personal en todo el resto del país⁴⁴.

En un somero análisis repasaremos las acciones constitucionales, impropiaamente denominadas “recursos”, de las que conocen nuestros tribunales ordinarios, de mayor a menor jerarquía.

3.1. Jurisdicción constitucional de la Excma. Corte Suprema. Este alto tribunal, que encabeza el Poder Judicial, está compuesto por 21 Ministros titulares y ejerce -además de sus atribuciones jurisdiccionales- la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales que integran dicho poder⁴⁵. Puede funcionar en Pleno, es decir, con la totalidad de sus miembros presentes, con un mínimo de 11 ministros; o dividida en salas especializadas por materias, integradas por no menos de cinco jueces.

Funcionando en Pleno y en única instancia, la Excma. Corte conoce:

3.1.1 La acción de protección de la nacionalidad. Dice el art. 12 de la C.P.R. “La persona afectada por acto o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de treinta días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos”.

44 En virtud del art. 111 de la ley de Atribuciones y Organización de los Tribunales de 1875, correspondía a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de amparo (Habeas Corpus) instituido en el art. 143 de la Carta de 1833.

45 Art. 82 CPR.

Su caracterización puede resumirse así:

A) Es una acción jurisdiccional que se interpone ante el más alto tribunal de la República, el cual, debido a la importancia del derecho protegido y a la calidad de su eventual transgresor, conoce en pleno y resuelve como jurado, en única instancia. B) Su titular es la persona afectada, la cual puede accionar por sí o por cualquiera a su nombre. C) El plazo de interposición es de 30 días y se cuenta desde la fecha de publicación en el Diario Oficial del decreto supremo que dispuso la pérdida de la nacionalidad o desde la notificación al afectado del acto o resolución que se la desconozca. D) El acto o resolución impugnado por esta acción debe provenir de una autoridad administrativa; lo cual excluye a los actos legislativos y a las resoluciones judiciales. E) El efecto suspensivo que produce la interposición del recurso respecto del acto o resolución impugnados constituye excepción al principio de ejecutividad de los actos administrativos. F) Por último, la finalidad de esta acción consiste en anular –o, al menos, en privar de efectos con relación al afectado- el acto o decisión administrativa que, de manera errónea, ilegal o arbitraria, le haya ocasionado la pérdida de la nacionalidad o su desconocimiento.

Funcionando en **Sala**, en única instancia, la Excma. Corte conoce:

3.1.2 La declaración previa de procesabilidad de la acción indemnizatoria por error o arbitrariedad judicial injustificados. Esta acción es una de las garantías compensatorias de la libertad personal cuando ella ha sido injustamente amagada en un proceso penal. Exige la secuencia de tres procesos que se substancian en tres distintos tribunales. El primero es el tribunal en lo penal en el cual se pretende haberse cometido el error o la arbitrariedad puestos en evidencia por el posterior sobreseimiento o sentencia absolutoria del imputado. El segundo –que es el que por ahora nos interesa- es aquel en que la Corte Suprema, a instancias del afectado y por decisión de su Sala Penal, puede declarar que la imputación o la condena a la que este fue sometido en cualquiera instancia, resultó “injustificadamente errónea o arbitraria”.

Esta resolución, que solo constituye una declaración previa de procesabilidad, es el **requisito indispensable** para que el afectado pueda ejercer la acción indemnizatoria ante el tribunal ordinario civil competente, como veremos más adelante.

La norma constitucional que contiene esta acción compleja es el art. 19, N° 7, de la CPR, que asegura la libertad personal y la seguridad individual, la que en su letra i) dice así:

Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia [...].⁴⁶

Funcionando en **Pleno**, en segunda instancia, la Excma. Corte conoce:

3.1.3 Las causas por desafuero de los congresales. Los miembros de ambas ramas del Congreso Nacional gozan del fuero establecido en su favor para evitar que persecuciones o arrestos indebidos, con intencionalidad política, entraben o paralicen sus funciones parlamentarias como ocurrió durante el s. XIX. El art. 61, inc. 2°, de la CPR dice así:

⁴⁶ Ver la historia de esta acción en Silva Bascuñán (1997). *2° Tratado de Derecho Constitucional*. Jurídica de Chile, Santiago, t. IV, pp. 225-29. El procedimiento para obtener esta declaración está regulado en el AA de la Corte Suprema del 10-IV-1996, publicado en el D.O. de 24-V-96.

Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema.

También se trata, en este caso, de una declaración previa de procesabilidad establecida por la Constitución en resguardo del libre ejercicio de las potestades públicas de los congresales.

La Excma. Corte conoce en Pleno de las apelaciones que se deduzcan en estas causas; las cuales, en primera instancia, están dentro de la competencia del Pleno de la Corte de Apelaciones respectiva o “Tribunal de Alzada”, como lo designa la Constitución. Ahora bien “Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente.” (Art. 61, inc. 4º, CPR).

A las **Salas** de la Excma. Corte Suprema corresponde conocer, en **segunda instancia**:

3.1.4 Las apelaciones de las sentencias definitivas dictadas en los recursos de amparo. Este “recurso” es, en verdad, una acción procesal vigente en Chile a partir de la Carta de 1833, en resguardo de la libertad personal y la seguridad individual; y corresponde exactamente al *Habeas Corpus* del Derecho Comparado.

En primera instancia conoce de esta acción una Sala de la Corte de Apelaciones respectiva, que es “la magistratura” a la que se refiere el art. 21 de la CPR, que dice así:

Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esta acción -de modo similar a la de protección, que veremos a continuación, se caracteriza por su informalidad (puede presentarse oralmente ante la Corte, por teléfono o vía fax, por el afectado o por otro a su nombre sin acreditar poder); por su procedimiento breve y expedito; por las facultades amplias y drásticas que otorga al tribunal para corregir los abusos o irregularidades que se haya cometido en la privación o en la perturbación de la libertad de una persona o en su seguridad personal e -inclusive- para ampararla contra actos u omisiones ilegales que las amenacen. Esta acción -así como la de protección- persigue dos objetivos: uno, social, que es “restablecer el imperio del derecho”; y otro, individual, que consiste en “asegurar la debida protección del afectado”.

Por excepción, dada la importancia atribuida a los derechos amparados, la apelación en contra del fallo que dicta la Corte de Apelaciones, es conocida y resuelta por una Sala de la Excma. Corte Suprema que no es, ordinariamente, un tribunal de alzada⁴⁷.

3.1.5 Apelación de las sentencias definitivas dictadas en los Recursos de Protección. Esta acción procesal data solo del año 1976 y tuvo su origen en el Acta Constitucional N° 3 (DL N° 1.552) dictada por el Régimen Militar; quedando luego establecida en el art. 20 de la Carta de 1980. Su texto actual, reformado el año 2005, dice así:

El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada⁴⁸.

Además de la diferencia consistente en la diversidad de los derechos y garantías amparados por esta acción de reciente data, y no obstante su similitud con el recurso de amparo en cuanto a su informalidad, concentración y rapidez, cabe señalar dos notas que lo desmedran.

Mientras el recurso de amparo no tiene plazo de prescripción extintiva, toda vez que está vigente mientras subsista la privación, perturbación o amenaza de la libertad personal o de la seguridad individual, la acción de protección caduca si no se ejercita “dentro del plazo fatal de quince días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos [sic], desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos”⁴⁹. Así, si al décimo sexto día de cometido un acto atentatorio de un derecho protegido, la privación de su ejercicio legítimo subsiste, ya habrá prescrito la acción que lo ampara.

Y mientras la acción de amparo, tanto en primera como en segunda instancia, se falla **previa vista de la causa**, esto es, con la posibilidad de relación pública y alegato oral de los abogados de las partes, la acción de protección, en la segunda instancia se ve ordinariamente con la sola **cuenta del relator** en la sala respectiva, privando así a los abogados de las partes, en el momento más decisivo de la causa, del derecho

47 Sobre la tramitación de esta acción puede verse: Piedrabuena, G. (1996). *El Recurso de Apelación y la Consulta*. Jurídica de Chile, cap. V; Tavolari, R. (1995). *Habeas Corpus*. Jurídica de Chile; Chaigneau del C., A. (1983). *Tramitaciones en las Cortes de Apelaciones*. Jurídica de Chile.

48 Los derechos y garantías protegidos por el art. 20, inciso 1°, son, en el mismo orden que menciona el texto transcrito: -el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; -la igualdad ante la ley y la prohibición de establecer diferencias arbitrarias; -la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal señalado por la ley y establecido con anterioridad por esta; -el respeto y protección de la vida privada y la honra de la persona y de su familia; -la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada; -la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el libre ejercicio de todos los cultos; -el derecho a elegir el sistema de salud estatal o privado al que la persona desee acogerse; -la libertad de enseñanza y el derecho de los padres de elegir el establecimiento de enseñanza de sus hijos; -la libertad de expresión, de información y de prensa; -el derecho de reunión; -el derecho de asociación; -la libertad de trabajo, el derecho a su libre elección y contratación y la prohibición de exigir la afiliación a entidad alguna para desarrollar determinada actividad o trabajo ni la desafiliación para mantenerse en estos; -el derecho de sindicación voluntaria; -el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional; -la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica; -la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes; -el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes; -la propiedad intelectual, artística e industrial. El inciso 2° protege el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

49 Esta limitación, a juicio de la doctrina, inconstitucional, está establecida en el N° 1° del Auto Acordado (A.A.) de la Excma. Corte Suprema, del 27-VI- 1992, modificado por A.A. del 4-V-98, que regula la tramitación de esta acción.

de enfocar ante el tribunal los puntos más relevantes para la resolución del asunto. Solo excepcionalmente, si la sala “lo estima conveniente o se le solicita con fundamento plausible podrá ordenar traerla ‘en relación’ para oír a los abogados de las partes (...)”⁵⁰. Esta excepción es de más escasa ocurrencia que la lluvia en el desierto⁵¹.

3.2. Jurisdicción constitucional de las Cortes de Apelaciones. Estas Cortes –repartidas en número de diecisiete, a nivel regional, en todo el país- forman parte de los tribunales superiores de justicia y conocen, ordinariamente, en segunda instancia, de la apelación de las sentencias dictadas en primer grado por los tribunales unipersonales. No obstante, conocen en primera instancia de aquellos asuntos que resuelve, por vía de apelación, la Excma. Corte Suprema, a saber:

3.2.1 En tribunal pleno, de las causas por desafuero de los diputados y senadores a las que nos referimos en el punto 3.1.3.

3.2.2 Conocen en Sala, de las acciones de amparo o *habeas corpus* y de protección, a las cuales nos referimos en los puntos 3.1.4. y 3.1.5, respectivamente. Cabe señalar que, mientras la competencia de las Cortes de Apelaciones para conocer de la acción de protección tiene rango constitucional toda vez que el art. 20 se la atribuye expresamente, en cambio la que tienen para resolver la acción de amparo posee solo respaldo legal, ya que el art. 21 de la Carta –precedentemente transcrito (3.1.4.)- hace referencia “a la magistratura que señale la ley”; y esta es, actualmente, el art. 63 del Código Orgánico de Tribunales⁵².

3.3. La jurisdicción constitucional de los tribunales ordinarios de primera instancia. En Chile, pese al avance que ha significado la constitucionalización del derecho, los jueces –en general- no han tomado conciencia del poder directo y categóricamente vinculante que adquirió la Constitución de 1980⁵³. Parecen no haberse percatado de que “someter su acción a la Constitución” significa ejercer su jurisdicción ceñidos a ella y a su espíritu y jamás en contra de ella o eludiéndola por complacer a la autoridad. Parecen no advertir que la jurisdicción o es soberana o no es jurisdicción. Y que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”; siendo un “deber de los órganos del Estado **respetar y promover** tales derechos” (Art. 5° CPR).

Y así, cuando les toca resolver acerca de acciones instituidas y garantizadas por la Constitución, parecen no percibir que ellas amparan derechos cuyo ejercicio no puede ser limitado sino –al revés- constituyen un límite de la soberanía; cuyas restricciones deben estar expresamente establecidas por ley y no por decretos o reglamentos por supremos que ellos sean; y que –aún las leyes- deben respetar la esencia de los derechos, estándole vedado “imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio” (art. 19, N° 26, CPR).

Pasaremos a describir las acciones que integran la jurisdicción constitucional de los tribunales ordinarios de primera instancia.

50 Regulado así en el N° 7 del AA citado precedentemente.

51 Acerca de esta acción, cfr.: Soto, E. (1982). *El Recurso de Protección*. Jurídica de Chile, Santiago; Verdugo, P. (1988). *El Recurso de Protección en la Jurisprudencia*. Conosur, Santiago; Lira, S. (1990). *El Recurso de Protección*. Alborada, Santiago; Paillas, E. (1990). *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*. Jurídica de Chile; Fuentes, J. (1988). “El Derecho de Propiedad en la Constitución y la Jurisprudencia”. Conosur, Santiago; VVAA (2005). *Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Lexis-Nexis, Santiago.

52 Esta magistratura –“la Corte de Apelaciones respectiva”- estaba indicada en el art. 307 del Código de Procedimiento Penal que incluía un Título dedicado al “Procedimiento de Amparo”; el que perdió vigencia al entrar a regir la Reforma Procesal Penal y el nuevo Código Procesal Penal.

53 Su art. 6°, situado entre las “Bases de la Institucionalidad”, prescribe: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”. Su inciso 2° añade: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

3.3.1 Acción indemnizatoria de daños por error o arbitrariedad judicial. Vimos ya -en el punto 3.1.2- la declaración previa de procesabilidad que debe hacer la Corte Suprema para abrir camino al ejercicio de esta acción. Ella comprende tanto los daños morales como los perjuicios patrimoniales sufridos por las víctimas de la imputación o condena penal declarada injustificadamente errónea o arbitraria. Su tramitación se sujeta a un procedimiento breve y sumario⁵⁴ y en él la prueba se aprecia en conciencia; todo, por expreso mandato de la Constitución. Al juez ordinario civil incumbe determinar el monto de tales perjuicios, lo que constituye la finalidad de la acción.

3.3.2 El reclamo de la ilegalidad del acto expropiatorio. La privación de la propiedad o de los atributos esenciales del dominio sólo procede “en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios (...)”. (art. 19, N° 24, inc. 3°, CPR).

El “acto expropiatorio” es un acto administrativo que dicta el Presidente de la República, mediante decreto supremo o alguna entidad pública -p. ej. los Municipios- provista de potestad expropiatoria, mediante resolución adoptada conforme a las normas legales que la rigen⁵⁵.

Ahora bien, cuando este acto incurre en alguna de las causales señaladas en el art. 9° de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones -como si falta la ley que autoriza la expropiación o no concurre la causa legal invocada en dicho acto- nace esta acción cuya vigencia caduca una vez transcurrido el plazo de 30 días, contados desde la publicación en el Diario Oficial del acto expropiatorio. La tramitación del reclamo se rige por el procedimiento sumario, en juicio seguido contra el expropiante, pero no paraliza el procedimiento expropiatorio, salvo que el juez, en casos determinados y con antecedentes calificados, así lo ordene expresamente. Esta determinación judicial tiene también respaldo constitucional⁵⁶.

La sentencia estimatoria puede disponer la modificación del acto expropiatorio o dejarlo sin efecto, según sea la causal alegada.

3.3.3 Reclamación del monto de la indemnización expropiatoria provisional. La misma disposición constitucional que creó la acción precedentemente descrita, continúa diciendo que “El expropiado (...) tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”. (art. 19, N° 24, inc. 3°, CPR).

Por lo tanto, si no se produce acuerdo con la entidad expropiante sobre el monto de la indemnización provisional que fija la Administración, cualquiera de los afectados puede reclamar judicialmente de dicho monto, ejerciendo la correspondiente acción, que tiene las siguientes características: A) Solo puede presentarse al juez competente dentro del plazo que transcurra desde la notificación del acto expropiatorio “hasta el trigésimo día siguiente a la toma de posesión material del bien expropiado”. B) La indemnización solo puede referirse al “daño patrimonial efectivamente causado”; esto es, no puede indemnizarse el daño moral, aunque exista, ni cabe compensar daños hipotéticos o eventuales, aunque sí, el lucro cesante, si ha sido efectivamente causado. C) El procedimiento es breve -en la realidad, no tanto- y especial; y lo regula el Título III del D.L. 2.186, teniendo especial relevancia la prueba pericial. D) La ley, siguiendo el mandato del Acta Constitucional N° 3 -que ordenó pagar la indemnización con los reajustes e intereses que señala la ley- establece dicho reajuste en el art. 14, inc. 6°, y aquel, así como los intereses, en los arts. 19 y 20.

54 El Procedimiento Sumario se regula en el Libro III, Título XI del Código de Procedimiento Civil.

55 El decreto ley N° 2.186 de 1978 -Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones- define y señala los requisitos del acto expropiatorio, en su art. 6°. Su art. 9° regula este procedimiento reclamatorio.

56 Ver el art. 19, N° 24, inc. 6°, parte final, de la CPR y el art. 9°, inc. 3°, del DL 2.186, citado.

3.3.4 Acción indemnizatoria de daños ocasionados por la Administración del Estado o las Municipalidades. Los perjuicios indemnizables por actos u omisiones derivados del buen o mal funcionamiento de la Administración o por falta de servicio, pueden originarse en la violación de diversos derechos fundamentales como la vida, la integridad psíquica o física, la honra o la propiedad, por vía ejemplar.

Antes del establecimiento de esta acción en la Constitución, la jurisprudencia había resuelto el problema de la responsabilidad extracontractual de la Administración por los cauces inapropiados del Código Civil que consagra el sistema de responsabilidad subjetiva en que impera el requisito esencial de la culpa o el dolo del causante del daño, los que deben ser probados por la víctima. La trascendencia de esta acción consiste en haber establecido por vez primera, con rango constitucional, la responsabilidad objetiva de derecho público de la Administración del Estado y de las Municipalidades⁵⁷.

La disposición pertinente –el art. 38, inc. 2º, de la Constitución– dice así: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”. Este precepto ha sido desarrollado por los arts. 4º y 44 de la LOC Nº 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado; y, en el ámbito municipal, por el art. 141 de la LOC de Municipalidades, Nº 18.695.

Esta acción puede caracterizarse así:

A) Se trata de una acción fundada en la responsabilidad objetiva, de carácter patrimonial y extracontractual, que incumbe a la Administración por los daños que cause a las personas, sea que su actividad sea legítima o ilegítima o que aquéllos provengan de su falta de servicio. B) El titular de la acción es la persona que sufre el daño o sus herederos. C) La indemnización comprende tanto los perjuicios patrimoniales de todo orden, como el daño moral ocasionado. D) De esta acción conocen los tribunales ordinarios de justicia y su procedimiento es el del juicio ordinario, con las modalidades propias de los juicios de hacienda si el demandado es el Fisco o de la LOC de Municipalidades si el sujeto pasivo es una de ellas. B) No obstante tratarse de una materia de derecho público, la jurisprudencia ha establecido que son aplicables, en forma supletoria, los preceptos atinentes del Código Civil.

3.3.5 Acción indemnizatoria de las requisiciones de bienes y limitaciones al dominio en los Estados de Excepción Constitucional (EEC). La falta de una legislación orgánica en esta materia generó numerosas dudas, en la jurisprudencia, acerca de la procedencia y extensión de los daños indemnizables a raíz de medidas adoptadas o practicadas de hecho en los estados de excepción constitucional⁵⁸.

El texto del art. 45, inciso 2º, que regula las acciones de que se trata, dice así:

Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño.

Como se advierte, la Constitución distingue dos situaciones diversas: las requisiciones, que importan privación del dominio de bienes –generalmente muebles, como vehículos, ganado, ropas, comestibles, medicinas en casos de catástrofes– de un particular; y las limitaciones al dominio que, para ser indemnizables, requieren que ellas causen la privación –generalmente transitoria– de alguno de los atributos del dominio,

57 En la doctrina nacional moderna, ver: Pantoja, R. (1987). *Bases Generales de la Administración del Estado*. Conosur; Caldera, H. (1982) *Sistema de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*. Jurídica de Chile; Bidart, H. (1985). *Sujetos de la Acción de Responsabilidad Extracontractual*. Jurídica de Chile; Diez, J. (1997). *El Daño Extracontractual*. Jurídica de Chile; Rodríguez, P. (1999). *Responsabilidad Extracontractual*. Jurídica de Chile; Corral, H. (2003). *Acciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Salesianos, Santiago.

58 Los EEC se encuentran sistematizados y regulados por los arts. 39 al 45 de la CPR y por la LOC. Nº 18.415 sobre Estados de Excepción.

es decir, el uso, el goce o la facultad de disponer del bien y, además, que esta privación cause daño al titular del derecho. En ambas situaciones procede la acción indemnizatoria en contra del Fisco, la que tiene los siguientes supuestos y características:

A) La indemnización solo procede si los perjuicios son **directos** (art. 17, LOC, N° 18.415). B) La ley no distingue entre daños **patrimoniales y morales**; por lo que cabe concluir que proceden ambos. C) De manera análoga a la expropiación, el monto de la indemnización y su forma de pago se determinan de común acuerdo entre la autoridad que dispuso la medida y el afectado por ella. Este acuerdo debe ser aprobado por la autoridad de Gobierno Interior correspondiente (art. 19, LOC cit.). D) A falta de dicho acuerdo, el afectado puede recurrir, dentro del plazo de 30 días, ante el Juez de Letras en lo Civil competente (art. 19, LOC cit.). E) El reclamo se tramita como incidente; el tribunal establece en su sentencia el monto definitivo de la indemnización y esta deberá ser pagada en dinero efectivo y al contado. (art. 19, LOC cit.). F) La acción indemnizatoria prescribe en el plazo de un año contado desde la fecha de término del estado de excepción en que se adoptó la medida que ocasiona el daño (art. 20, LOC cit.).

Como habrá podido advertirse, son muy variadas y de notorio contenido garantista las diversas acciones de rango constitucional que quedan comprendidas en la jurisdicción constitucional de la Justicia Ordinaria.

4. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA “JUSTICIA ELECTORAL”

Como ya adelantamos, en algunos países europeos que cuentan con un Tribunal Constitucional, el contencioso electoral, que asegura la regularidad de la elección democrática de las autoridades, anida dentro de su competencia. Así ocurre en el TC Federal de Austria que conoce del contencioso eventual de todas las elecciones políticas, administrativas e inclusive profesionales. El TC Federal alemán conoce de la apelación de las decisiones electorales adoptadas por el Bundestag, y el Consejo Constitucional de Francia tiene el control de las elecciones legislativas y presidenciales y de los referéndum.

En el ámbito latinoamericano –en cambio- se ha instituido órganos especialmente encargados de velar por la normalidad de las elecciones y ejercer la justicia electoral en los casos de conflictos. Así, en México existe el “Tribunal Electoral”, regulado en el Capítulo del Poder Judicial, cuyos miembros son designados por la Cámara de Senadores a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵⁹. En Colombia existe el “Consejo Nacional Electoral”, que conoce de las reclamaciones electorales, efectúa el escrutinio general de las votaciones nacionales y declara a los elegidos⁶⁰. En Perú se contempla un “Jurado Nacional de Elecciones” que fiscaliza estos procesos, administra la justicia electoral y proclama a los elegidos⁶¹. En Bolivia existe la “Corte Nacional Electoral” con finalidades análogas⁶².

Huneus (1980) –uno de nuestros grandes constitucionalistas- señalaba que “El Poder Electoral es el primero y el más importante de todos, puesto que designa a las personas llamadas a desempeñar el Poder Legislativo, al Jefe del Ejecutivo y a los Municipales. Designa, igualmente, a aquellos que ejercen el Poder Constituyente (...)” (1980:66).

Sin embargo, en Chile, durante el siglo XIX y hasta comienzos del XX, la obsesión por la soberanía del Congreso Nacional impidió el control jurisdiccional de las elecciones, el que era mirado como una invasión a su autonomía. Así, cada cámara calificaba la elección de sus integrantes, y el Congreso, la del Presidente;

59 Ver art. 99 de la Constitución Federal mexicana.

60 Ver arts. 264 y 265 de la Constitución de Colombia.

61 Ver cap. XIII, art. 178, Constitución del Perú.

62 Ver arts. 225-227 de la Constitución de Bolivia.

lo que condujo en numerosas ocasiones a notorios abusos por la prevalencia de los intereses partidistas sobre la voluntad del electorado.

4.1. El Tribunal Calificador de Elecciones (Tricel). Fue la Constitución de 1925 la que, haciéndose cargo del escándalo público que tal sistema suscitaba⁶³, introdujo un capítulo especial destinado al Tribunal Calificador de Elecciones. Se trata de un tribunal supremo, autónomo, especial, conformado en su mayor parte por magistrados de carrera que cierra y legitima el circuito de nuestro sistema electoral y cuya sola presencia inspira justificada confianza en el electorado acerca de la regularidad de estos eventos.

Actualmente, este tribunal encabeza la “Justicia Electoral”, contemplada en el cap. IX de la Carta de 1980; es el superior jerárquico de los Tribunales Electorales Regionales, creados por la misma Constitución y conocerá: “del escrutinio general y de la calificación de las elecciones de Presidente de la República, de diputados y senadores; resolverá las reclamaciones a que dieren lugar y proclamará a los que resulten elegidos. Dicho Tribunal conocerá, asimismo, de los plebiscitos, y tendrá las demás atribuciones que determine la ley” (art. 95, inc. 1º, CPR). Está integrado por cinco miembros, cuatro de los cuales son ministros de la Corte Suprema, designados por esta mediante sorteo, conforme a la LOC respectiva. El quinto miembro es un ciudadano que debe haber ejercido el cargo de Presidente o Vicepresidente del Senado o de la Cámara de Diputados por cierto periodo, el que es seleccionado mediante sorteo por la Corte Suprema de entre aquellos que reúnan los requisitos indicados en el art. 95, párrafo 2º, CPR. Sus miembros duran 4 años en sus funciones.

El Tribunal, al resolver las reclamaciones de que conoce, sesiona con el *quorum* de la mayoría de sus integrantes y adopta sus acuerdos por la mayoría de los miembros presentes; procede como jurado en la apreciación de los hechos pero dicta sentencia con arreglo a derecho; y, en definitiva, luego de fallar todas las reclamaciones, efectúa el escrutinio general de la elección o elecciones de que se trata, proclama a los candidatos que resultan elegidos y –en su caso– el desenlace del correspondiente plebiscito. Contra las sentencias del Tricel no procede ningún recurso jurisdiccional. El tribunal solo puede modificar sus resoluciones de oficio o a petición de parte, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación del fallo, si hubiera incurrido en algún error de hecho que así lo exija⁶⁴.

4.2. Jurisdicción constitucional de los Tribunales Electorales Regionales (TER). Existe un TER en cada una de las regiones en que se divide el país, excepto en la Región Metropolitana en que está su capital y donde funcionan dos⁶⁵. Estos tribunales se componen de tres magistrados, uno de los cuales es un ministro de la Corte de Apelaciones respectiva, elegido por esta y los otros dos son designados por el Tricel, de entre abogados que hayan ejercido su profesión o desempeñado el cargo de ministro o abogado integrante de una Corte de Apelaciones, al menos, por tres años (art. 96, inc. 2º, CPR). Duran 4 años en sus funciones y se pueden reelegir.

Están facultados, en primer lugar, para conocer el escrutinio general y la calificación de las elecciones que la ley les encomiende, resolver las reclamaciones a que aquellas dieran lugar y proclamar a los candidatos electos. Dentro de esta primera atribución, cabe mencionar el escrutinio general y la calificación de las elecciones de los alcaldes y concejales de las Municipalidades de la respectiva región⁶⁶. Las resoluciones que dicte en esta clase de asuntos son apelables para ante el Tricel (art. 96, inc. 1º, CPR, primera parte).

También los TER conocen de la calificación de las elecciones gremiales y de las que tengan lugar en los grupos intermedios que la ley señale (art. 96, inc. 1º, CPR, parte final). El art. 10 de la ley 18.593 precisa

63 En Roldán, A. Elementos de Derecho Constitucional Chileno. pp. 280 y 287 y ss. la descripción del sistema y su crítica. Ver también Silva B., A. (1997:300-321).

64 La Ley Orgánica Constitucional del Tricel tiene el N° 18.460 (Diario Oficial del 15-XI-1985) y ha sufrido numerosas modificaciones.

65 La ley N° 18.593 organiza y desarrolla la competencia de los TER.

66 El Título V de la LOC de Municipalidades (ver texto reformado en el D.O. del 26-VII-06), especialmente sus artículos 119 y siguientes, les encomienda esta tarea.

en sus Nos 1° y 2° las dos categorías de gremios y demás grupos intermedios a cuyas elecciones se refiere la Constitución. Contra el fallo del TER, en estos casos, solo procede el recurso de reposición dentro del plazo de 5 días a contar de su notificación (art. 26), sin perjuicio de su facultad de enmendar los errores de hecho en que haya incurrido. Los TER no pueden funcionar sin la totalidad de sus miembros, adoptan sus acuerdos por mayoría de votos y proceden como jurado en la apreciación de los hechos; pero dictan sus sentencias conforme a derecho.

Tenemos, pues, un sistema jurisdiccional de control de los procesos electorales que no solo cubre aquellos de naturaleza política, sino también está a disposición de los grupos intermedios que lo requieran.

5. LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Chile, a contar de 1970, ha tenido tres tribunales constitucionales. Con esto queremos decir que, bajo un mismo nombre, hemos tenido y tenemos tribunales con distinta generación, con diversa composición y con diferente competencia⁶⁷. Nos proponemos, a continuación, examinar la generación, la composición, la forma de funcionamiento, la competencia y el efecto de las sentencias del actual TC⁶⁸.

5.1. La generación del Tribunal Constitucional. En contraste con la anómala gestación del TC precedente, bajo el designio del gobierno militar⁶⁹, el actual sistema es de concurrencia político-judicial y guarda cierta similitud con el italiano. En efecto, en el nombramiento de los miembros del TC intervienen los tres poderes clásicos del Estado, los que –por otra parte– pueden resultar concernidos en sus decisiones. Así el Presidente designa a 3 de sus titulares, la Corte Suprema elige a otros tres, pero si alguno o todos los elegidos son miembros de la Corte, no pueden continuar ejerciendo en ella. El Senado elige a los cuatro restantes: dos son nombrados directamente por este; los otros dos son propuestos previamente por la Cámara de Diputados y el Senado los aprueba o rechaza hasta completar el cupo (art. 92, CPR)⁷⁰.

5.2. Composición y forma de funcionamiento. De esta manera, el TC está compuesto por 10 miembros que duran 9 años en sus cargos, se renuevan por parcialidades cada tres, gozan de inamovilidad en el cargo⁷¹ y no pueden ser reelegidos. Deben poseer por 15 años –a lo menos– el título de abogado y haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o en la vida pública; no pueden tener impedimento alguno para desempeñar el cargo de juez; les está vedado ejercer la profesión de abogado –incluyendo la judicatura–; están sometidos a las incompatibilidades y prohibiciones que afectan a los parlamentarios (arts. 58 y 59, CPR); gozan del fuero establecido en el art. 81, de no poder ser aprehendidos sin orden judicial salvo el caso de crimen o simple delito flagrante; y les está prohibido celebrar o caucionar contratos con el Estado

67 La ley de reforma N° 17.284, de 1970, creó el primer TC, dotado de 5 miembros: 3 designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y dos ministros de la Corte Suprema elegidos por ella. Tenía el control preventivo de constitucionalidad de las leyes y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso y otras cinco materias. Fue abruptamente suprimido a raíz del golpe militar de 1973 (DL 119/73). El segundo TC fue obra de la CPR original de 1980. Constaba de 7 miembros: 3 elegidos por la Corte Suprema de entre sus miembros; 1 designado por el Presidente; 2 elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional y 1 por el Senado. Tenía mayores atribuciones que el anterior, pero su control de constitucionalidad de las leyes seguía reducido a la fase preventiva de su formación. El control correctivo continuaba en manos de la Corte Suprema, a través del recurso de inaplicabilidad, también susceptible de declararse de oficio por esta. El tercer TC es materia de este estudio.

68 Sobre la fisonomía y la competencia de los TC anteriores a la ley de reforma N° 20.050, de 2005, ver: Nogueira, H. O. "La Jurisdicción Constitucional en Chile". En *La jurisdicción constitucional en iberoamérica*. D. García y F. Fernández (Coords.). Madrid, 1997; y F. Zúñiga (2002). *Elementos de Jurisdicción Constitucional*. Universidad Central de Chile, Santiago. Ver también, de mi autoría, "La Justicia Constitucional en Chile y en el Derecho Comparado", 1er. Seminario de Justicia Constitucional. *La Revista de Derecho de la Facultad de Derecho*. Universidad Central, Santiago, primera parte.

69 Ver el estudio crítico sobre "La Generación del Tribunal Constitucional". *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay, 2004.

70 La idea del proyecto de reforma era tripartita e igualitaria: el Presidente de la R. (Gobierno), el Senado y la Corte Suprema designaban 3 miembros cada uno. Durante su discusión, la Cámara de Diputados exigió su cuota.

71 Para garantizar su plena independencia ni siquiera pueden ser objeto del juicio político "por notable abandono de sus deberes", como ocurre con los magistrados de los tribunales superiores de la Justicia Ordinaria (ver art. 52, N° 2, letra c), CPR).

o actuar en juicio contra el Fisco ni en las demás actuaciones descritas en los inc. 2° y 3° del art. 60, las que constituyen causales de cesación en el cargo de diputado o senador.

A diferencia del TC anterior, el que solo podía funcionar en Pleno, el TC actual –atendido su número de miembros y el incremento de su competencia- puede hacerlo en Pleno o dividido en dos salas. En el primer caso, el *quorum* es de 8 miembros, y, en el segundo, de cuatro. La propia Carta establece, como materias reservadas al Pleno, resolver acerca de las atribuciones de los Nos 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 11° del art. 93 que configura su competencia. Para ejercer sus restantes atribuciones –quedan siete- podrá funcionar en Pleno o en Sala, según disponga la LOC respectiva (art. 92, CPR).

5.3. La competencia del nuevo TC⁷² El art. 93 –CPR, que encierra, en forma taxativa y excluyente, las 16 atribuciones que conforman la competencia del TC, dice así:

Art. 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1° Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación.

2° Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;

3° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

4° Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley.

5° Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones.

6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.

8° Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda.

9° Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99.

10° Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del N° 15 del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

72 Ver, Zúñiga, F. (Coord.) (2005). "El Nuevo Tribunal Constitucional". En *La reforma constitucional*. coordinado. Lexis-Nexis, Santiago.

- 11° Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7) de esta Constitución;
- 12° Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;
- 13° Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;
- 14° Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios;
- 15° Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y
- 16° Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos (sic) que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

Analizar cada una de las atribuciones precedentes desbordaría el espacio asignado a este trabajo, nos limitaremos a señalar las nuevas atribuciones que marcan el notable progreso cualitativo del TC en su tercera etapa.

5.3.1 Incorporación de los Tratados Internacionales al Control Preventivo Obligatorio del TC (art. 93, N° 1). Esta incorporación al régimen obligatorio de control preventivo se aplica solo a los tratados que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales. Con anterioridad, estos tratados eran revisados por el TC solo si, respecto de sus normas, se planteaba una cuestión de constitucionalidad.

5.3.2 Fiscalización de los auto acordados. Los auto acordados son regulaciones normativas que dictan los tribunales superiores en ejercicio de sus facultades administrativas. No obstante, en Chile se han dictado varios auto acordados en materias de naturaleza legislativa, en ausencia de ley regulatoria de algunos procedimientos o por delegación expresa del constituyente. Las normas que así se dictan de manera soberana –al ser generalmente vinculantes– pueden producir efectos contrarios a la finalidad prevista por el Constituyente, y esos efectos serían irremediables si no mediara su control de constitucionalidad. A subsanar esta omisión se dirige el nuevo art. 93, N° 2, precedentemente transcrito.

La acción respectiva para recurrir al TC corresponde al Presidente de la República, a cualquiera de las cámaras o a diez de sus miembros y a toda persona que sea parte en un proceso pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el auto acordado (art. 93, inc. 3°).

5.3.3 El Recurso (acción) de Inaplicabilidad de la Ley. Esta acción procesal –e incluso su conocimiento de oficio– estaba entregada, en única instancia, a la decisión de la Corte Suprema por el art. 80 de la Carta, el que fue derogado por la ley de reforma. La acción se concedía para que dicha Corte declarara inaplicable, en cualquier juicio o gestión seguidos ante otro tribunal, con efecto solo en el caso particular respecto del cual se interponía el recurso, “todo precepto legal contrario a la Constitución”.

La dispersión del control de constitucionalidad de la ley –históricamente iniciado en la Carta de 1925– producía la consecuencia de que hubiera en Chile dos órganos distintos –la Corte Suprema y el TC– encargados de esta función, y dos sistemas diferentes para ejercerla: el TC, a cargo del control preventivo de

la constitucionalidad de la ley, antes de su entrada en vigencia y con efectos generales, y la Corte Suprema, encargada del control correctivo de las leyes vigentes, con efecto solo entre las partes y respecto del caso particular en conflicto, permaneciendo subsistente el precepto declarado inaplicable.

La reforma, al radicar esta acción en la competencia del TC, termina con esta dualidad perturbadora del sistema. Concluye en Chile el control compartido entre dos tribunales de naturaleza diferente y concluye la dicotomía entre el control preventivo y el control correctivo o remedial de los preceptos legales. Pero, principalmente, se pone fin a dos interpretaciones distintas de la Constitución, que llegaron a generar incerteza e inseguridad jurídica⁷³.

El mérito de la redacción del precepto, originado en la Cámara de Diputados, radica en no hacer incidir la declaración de inaplicabilidad en el hecho de que un precepto legal sea *per se* “contrario a la Constitución”, lo que dio lugar a confundir esta acción con la inconstitucionalidad, sino en predicar “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación (...) resulte contraria a la Constitución”.

De esta manera, se obliga a prestar atención a la particularidad del caso concreto en que la acción se interpone, en lugar de prescindir de la especialidad del caso y de los efectos lesivos en la aplicación de la norma, como ocurrió frecuentemente en la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema recaída en el recurso de inaplicabilidad⁷⁴.

Otro mérito de la reforma consiste en facultar a aquellos jueces que no se han percatado aún de la fuerza vinculante del art. 6º de la Carta y de su especial incidencia en el ejercicio de la jurisdicción⁷⁵, para, en caso de duda acerca de la eventual inaplicabilidad de un precepto legal al caso sometido a su decisión, recurrir al TC para despejar esa duda, en la forma prevista en el inciso 11º, del art. 93. La acción, naturalmente, puede ser planteada también por cualquiera de las partes afectadas en el juicio o gestión en que ella recae.

5.3.4 La Acción de Inconstitucionalidad de la Ley. En Chile pareció revolucionario incorporar en la Constitución de 1925, por vez primera, la declaración de inaplicabilidad de una ley por la Corte Suprema, porque dejar sin efecto una ley aprobada por el Poder Legislativo, expresión máxima de la soberanía popular, resultaba inconcebible para los constituyentes del 25. Se pensaba que, de conferirse esta potestad a la Corte Suprema, se la transformaría en un órgano con mayor poder que el Congreso, puesto que podría privar de vigencia a las leyes aprobadas por este.

Cierto es que los tiempos y las ideas han cambiado; que en el mundo y en la propia América del Sur existen Tribunales dotados de esa facultad⁷⁶, y que nuestro TC ha demostrado la prudencia, capacidad y versación suficientes para afrontar esta tarea.

Por otra parte, cada día resultaba más absurdo e incomprensible para la ciudadanía que un precepto legal declarado inaplicable por ser contrario a la Constitución, beneficiara solo al recurrente, rompiendo la garantía de igualdad ante la ley; y que la norma legal subsistiera incólume, plenamente vigente, no obstante haberse declarado su contradicción con la Carta Fundamental. De allí que la reforma encontrara ambiente y ocasión propicios para introducir en la competencia del TC y en nuestro sistema jurídico, la acción de inconstitucionalidad, no obstante sus limitaciones, que dejaremos destacadas. Esta acción se le atribuye en el Nº 7 del art. 93, transcrito. Por su parte, el inciso 12º del mismo artículo, regulando esta acción, presenta

73 Ver “Trascendencia de la Reforma Constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional”. *Gaceta Jurídica*. Nº 299, mayo 2005, y en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Año 3, Nº 1, Stgo., 2005.

74 Ver estudio indicado en la nota precedente, sobre la inaplicabilidad.

75 Ver “El control difuso de constitucionalidad en Chile y en otros países de América”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* Nº 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

76 Ver Nogueira, H. (2005). “Concepto, Caracterización y Estatuto Constitucional básico de los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica”. *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina*. Lexis-Nexis, Santiago de Chile, pp. 120-121.

las siguientes facetas de interés:

- A. La inconstitucionalidad, no obstante ser conocida por el pleno del tribunal, al igual que la inaplicabilidad, no puede declararse en el mismo fallo de esta última, sino que requiere una sentencia previa de inaplicabilidad del mismo precepto legal. Además, como se advierte en sus normas habilitantes, ambas declaraciones requieren diferente quórum de aprobación.
- B. No solo se instaura la acción de inconstitucionalidad, sino también su declaración de oficio por el TC.
- C. Se establece una acción pública para requerir la declaración de inconstitucionalidad y se entrega a la LOC del TC⁷⁷ la regulación de los requisitos de admisibilidad de la acción pública, así como la del procedimiento para actuar de oficio.

En lo que concierne a los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, los abordaremos más adelante.

5.3.5 Resolución de Contendidas de Competencia. La Constitución no es solo la norma fundante de todo el resto del ordenamiento jurídico, sino también la suprema fuente de la competencia atribuida a cada órgano del Estado. De allí que deba, bajo el principio de supremacía de la Constitución, del cual el TC es el custodio principal, velar por que cada órgano ejerza sus atribuciones dentro del marco de la competencia que se la ha otorgado y corregir, cuando sea requerido, tanto las extralimitaciones en la actuación de un órgano como su abstención o su negativa a ejercer las funciones que se le han encomendado.

Resulta sorprendente comprobar que la Carta de 1833 entregaba la resolución de las contiendas de competencia, entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales, al Consejo de Estado. Desaparecido este, tal atribución fue repartida entre el Senado y la Corte Suprema, ambos carentes de la idoneidad necesaria para resolver estos asuntos⁷⁸; pero, establecido el TC en la Carta del 80, dicha potestad debió quedar radicada en este, que es su sede natural, como ocurre –por lo demás– en el derecho constitucional comparado. De allí que la restitución, aunque parcial de esta potestad propia del TC –la que estaba incluida entre las atribuciones del primer TC de 1970– constituye un avance que algún día habrá que perfeccionar. Ella está establecida en el N° 12 del art. 93 transcrito. En estos casos, conforme al inciso 17° del mismo precepto, el requerimiento al TC debe ser interpuesto por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto.

La ley de reforma constitucional mantuvo en todo su vigor las demás atribuciones que ostentaba con anterioridad el TC, sistematizándolas –como ocurre con la frase final del N° 5 del art. 82 y el N° 12 del mismo precepto, relativos a la inconstitucionalidad de los decretos supremos, que se reúnen en el N° 16 del nuevo artículo 93– o extendiéndolas a otros supuestos, como sucede con el nuevo numeral 15° del mismo precepto, que se refiere a la calificación de “la inhabilidad invocada por un parlamentario”, de acuerdo al inciso final del art. 60, para pronunciarse sobre su renuncia al cargo.

A nuestro modesto juicio, las reformas analizadas son las que mejor explican que hayamos hablado de un nuevo Tribunal, dotado de mayor número de miembros, con posibilidad de funcionar en pleno o en dos salas de acuerdo al considerable aumento del volumen de trabajo que hoy asume, y con nuevas atribuciones, entre las que destacan su facultad de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal a un caso particular, pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma del mismo rango con efectos generales, resolver determinadas contiendas de competencia y controlar la constitucionalidad de los auto acordados.

⁷⁷ La LOC del TC lleva el N° 17.997 (DO de 19-V-1981) y está en proceso de reforma para ajustarla al nuevo estatuto del TC.

⁷⁸ Ver el art. 49, N° 3, y el art. 79, inc. 3°, de la CPR de 1980, este último eliminado por la ley de reforma.

5.4. Efectos de la sentencias del TC. Conforme al nuevo art. 94, pero siguiendo la tradición invariable de los TC anteriores, atendida su alcurnia de tribunal supremo, “contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno (...)”, sin perjuicio –claro está- de su facultad de rectificar los errores de hecho en que pudiera haber incurrido.

5.4.1 Las sentencias del TC producen cosa juzgada material y formal, y, aunque la Constitución no lo dice, creemos que los fundamentos de sus decisiones –salvo el caso especial de las sentencias de inaplicabilidad, precisamente por la especialidad del caso- son vinculantes para todos los órganos del Estado y las personas, organizaciones y grupos regidos por la Constitución. Para ser más precisos, si la Constitución, conforme a su art. 6º, es vinculante para todos ellos, los criterios utilizados en la interpretación fidedigna que hace el TC en sus sentencias, también debe serlo.

5.4.2 Tratándose del control preventivo de constitucionalidad, regulado en los numerales 1º, 3º y 4º del art. 93, el inciso 2º, del art. 94, dispone que “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”.

5.4.3 En el caso del N° 16 del art. 93, es decir, tratándose de decretos supremos que el tribunal declare inconstitucionales, dichos decretos quedarán **sin efecto de pleno derecho**, con el solo mérito de la sentencia que acoja el reclamo. En este caso, la sentencia tiene efecto retroactivo y opera con carácter anulatorio, como si el acto no hubiera existido jamás.

5.4.4 En cambio, tratándose de la impugnación de un auto acordado (art. 93, N°2º), de un decreto con fuerza de ley (art. 93, N° 4º) o de la inconstitucionalidad de una norma legal (art. 93, N° 7º), el precepto que el T.C. declare inconstitucional **se entenderá derogado** a contar de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, **“la que no producirá efecto retroactivo”**. En otras palabras, la sentencia no afectará los derechos adquiridos ni las situaciones jurídicas consolidadas al amparo del precepto que se declare inconstitucional, **antes** de la publicación del fallo.

Finalmente, el inciso 4º del art. 94 dispone que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley y de los demás instrumentos analizados en los dos párrafos precedentes, deberán publicarse en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.

6. CONCLUSIONES

6.1. Hemos puesto en relieve que la **jurisdicción constitucional** no solo la ejerce el TC, ni solo los tribunales supremos (TC, Corte Suprema y Tricel), sino también las Cortes de Apelaciones y los tribunales ordinarios de primera instancia, conociendo todos ellos de las acciones instauradas directamente por la Constitución en resguardo de su supremacía.

6.2. De este modo, la **judicatura constitucional** está repartida en tres categorías de tribunales: la Justicia Ordinaria, en todos sus niveles; la Justicia Electoral, en sus dos instancias; y el Tribunal Constitucional.

6.3. La jurisdicción constitucional, como poder tutelar de la Constitución, debe actuar ceñida a tres principios positivados en las “Bases de la Institucionalidad”: 1º) que el Estado y sus órganos están al servicio de la persona humana y no al revés (art. 1º, CPR); 2º) que la soberanía que ejercen sus tribunales reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales de la naturaleza humana; y que es un deber de los órganos del Estado promover tales derechos (art. 5º)⁷⁹; 3º) que los órganos del Estado deben someter su acción a la

79 Promover significa: “Iniciar o impulsar una cosa o un proceso, **procurando su logro**” (RAE).

Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (art. 6°).

6.4. La Justicia Ordinaria tiene jurisdicción constitucional en no menos de diez acciones garantistas y sus respectivos recursos.

6.5. La Justicia Electoral no solo asegura la regularidad y el resultado democrático de las elecciones de naturaleza política, sino también ampara la corrección de los procesos electorales de las organizaciones gremiales y los cuerpos intermedios que señala la ley.

6.6. La Reforma Constitucional del 2005 ha robustecido el TC (órgano tutelar e intérprete calificado de la Constitución) de diversas maneras, a saber: a) aumentó de 7 a 10 el número de sus miembros, permitiéndole funcionar en Pleno o en dos salas; b) estableció severas incompatibilidades, inhabilidades e impedimentos para el ejercicio del cargo, con el propósito de que sus titulares se dediquen con exclusividad a sus funciones y eviten conflictos de intereses; c) amplió notablemente su competencia, atribuyéndole el conocimiento de la acción de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad por acción pública o de oficio, materias ambas del ámbito del control correctivo de constitucionalidad, que antes le estaba vedado, d) se le restituyó –aunque solo parcialmente– la resolución de ciertas contiendas de competencia; e) se amplió el espectro de normas sujetas a control, incorporando los AA de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tricel; f) concedió acción pública en los casos de los ordinales 7°, 10° y 13° del art. 93; g) facultó al TC para apreciar en conciencia la prueba de los hechos en los casos de los ordinales 10°, 11° y 13° del art. 93; h) sus sentencias estimativas pueden tener efecto retroactivo y anulatorio o bien, efecto hacia el futuro desde la publicación del fallo, según el caso, y siempre con fuerza de cosa juzgada.

En síntesis, Chile cuenta con una judicatura constitucional que abarca todo el territorio del país y con acciones de este rango suficientes para tutelar el imperio de la Constitución, las bases esenciales del sistema democrático y los derechos y garantías más relevantes de las personas, aun durante los estados de excepción constitucional⁸⁰.

Los principios fundamentales para asegurar la eficacia de la jurisdicción constitucional no son solo principios, son también normas categóricas de la Carta Fundamental.

Solo falta un detalle para hacer realidad en Chile la utopía de un Estado constitucional de derecho. Solo falta que los jueces, al ejercer esta jurisdicción, no abdiquen de esos principios ni de las normas de supremo rango que los encarnan, por temor reverencial a la autoridad que los esquivo.

80 Ver el art. 45, inc. 1°, CPR.

UNA APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL AL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Sebastián Becker Castellaro⁸¹

SUMARIO

1. Introducción, 2. Análisis constitucional de la naturaleza jurídica del matrimonio chileno, 3. Respuesta a la luz de principios constitucionales de la negación del matrimonio entre personas del mismo sexo , 4. Conclusión

RESUMEN

Este trabajo trata de responder las objeciones al matrimonio entre personas del mismo sexo desde una óptica constitucional. Las justificaciones para impedirlo corresponden a argumentos centrados en el iusnaturalismo que, realizando un análisis constitucional, terminan siendo contrarios a un Estado de derecho democrático debido a que no siguen la lógica de una concepción política de persona ni tampoco un respeto irrestricto a los derechos fundamentales.

A constitutional approach to same-sex marriage

ABSTRACT

This paper tries to respond to the same sex marriage objections through a constitutional point of view. The reasons to prevent it are arguments based on iusnaturalism that are against rule of law, because they don't follow the political conception of person and they show a lack of respect of human rights.

⁸¹ Abogado, Universidad de Chile. Un trabajo previo a este se expuso en las IV Jornadas Estudiantiles de Género y Derecho, 2013, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1. INTRODUCCIÓN

El normativizar espacios públicos políticos como el matrimonio implica necesariamente incorporar los derechos fundamentales para poder hacer valer la autodeterminación de los individuos en el Estado democrático de derecho. Esto, porque el (Estado Democrático de) Derecho se entiende a sí mismo como un sistema de integración social, en el cual los fenómenos sociológicos y comunicativos se permean en los discursos políticos y estos, a través de procedimientos racionales y legítimos, a su vez, se permean nuevamente en el mundo del derecho, resultando un derecho dinámico, democrático y legítimo (Habermas, 2008).

Por otro lado, estudiar el derecho a través de una óptica iusnaturalista implica entender al derecho como ahistórico y sin capacidad de dinamismo, es decir, trascendental; siendo este el sentido en que han emergido los principales argumentos para poder frenar una legislación a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo. Es decir, las objeciones pretenden mantener un *status quo* a la institución del matrimonio.

Por tanto, desde la pretensión iusnaturalista habrá que analizar si es posible mantener la institución del matrimonio respetando irrestrictamente los derechos fundamentales, o es que, como señala Habermas (2008:205) el derecho natural impide una visión sociointegradora del derecho y por tanto, que fluyan íntegramente los nuevos comportamientos sociales actuales en el Estado democrático de derecho.

Entonces, para partir, la definición de matrimonio se consagra en el artículo 102 del Código Civil como el contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente. Con esta definición de matrimonio, se entra a la discusión de si es posible o no un matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Es factible entender al matrimonio como una institución ahistórica trascendental en el tiempo? ¿Por qué la heterosexualidad es esencial en el contrato de matrimonio? ¿Qué razones existen para que la procreación sea entendida como un elemento natural? ¿Es posible entender al matrimonio como institución natural, con la procreación como uno de sus elementos y, a la vez, dotarlo de legitimidad a través de derechos fundamentales? Estas son parte de las preguntas que se tratarán de responder en este trabajo.

El trabajo se organiza de la siguiente forma: (1) se analizará el matrimonio, con especial énfasis en el *ius connubii* y la idea de diversidad de sexos. (2) Luego se analizará la finalidad de la procreación dentro del matrimonio, realizando una crítica, desde una perspectiva constitucional, de cómo esta afecta los derechos fundamentales de las personas y una construcción justa del Estado de Derecho democrático.

2. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO CHILENO

En este acápite se analizará el concepto de *ius connubii*. La idea es interiorizarnos sobre si este (supuesto) derecho fundamental de casarse también involucra a las personas homosexuales y, si no los implica jurídicamente, explicar según qué criterios se niega tal derecho. En segundo término se analizará la diversidad de sexo y su relación con la naturaleza del matrimonio. Conjuntamente se analizará la inexistencia del matrimonio al ser celebrado por dos contrayentes del mismo sexo y sus implicancias en los derechos fundamentales, a la luz de la naturaleza jurídica del mismo matrimonio.

2.1 *Ius connubii*

En el artículo 2 de la Ley de Matrimonio Civil (LMC) se consagra el *ius connubii* como la facultad de contraer matrimonio como un derecho esencial e inherente a la persona humana. Aquello deriva de la típica construcción contractualista del Estado liberal (Hobbes, Locke, etc.) en donde las personas son previas a este, por lo que el Estado debe respetar ciertos derechos básicos e inherentes a la naturaleza humana como la libertad o la vida; aquí la libertad se erige en un sentido negativo, a lo Isaiah Berlin.

El concepto del *ius connubii* y su consagración en la LMC tiene por objeto ser entendido como un derecho de carácter constitucional debido a que lo que se está consagrando, es el reconocimiento de las personas como agentes racionales capaces de tomar decisiones sin ninguna clase de coacción. Asimismo, la libertad fundamental para las personas de contraer matrimonio es herencia de la jurisprudencia romana y del *Corpus Juris Civilis* que establecían el concepto *conubium*, que a su vez fue consagrada en el Derecho Canónico, influenciando posteriormente a nuestro ordenamiento jurídico. También en los tratados de Derechos Humanos se encuentra consagrado el *ius conubii*: en el artículo 16.1⁸² de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 6.2a⁸³ de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 23.2⁸⁴, consagrados, ratificados e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno vía artículo 5 inciso 2 (a pesar de sus críticas).

La doctrina nacional ha entendido el *ius connubii* como un derecho fundamental y capaz de ejercerse de manera *erga omnes*, lo que no lleva, eso sí, a establecer un deber de contraer matrimonio (Barrientos y Novales, 2004:146). En este mismo sentido es que Barrientos y Novales entienden que la idea de **inherente** y **esencial** no es sino una forma de vincularla con la idea de personas libres e iguales que consagra nuestra Constitución en las bases de la institucionalidad. Siguiendo la misma línea, se manifiesta el profesor Del Picó, en cuanto establece que el *ius connubii* es “un derecho esencial de la persona humana y no meramente una proyección de un derecho ciudadano, constituyéndose en un principio fundamental del Derecho matrimonial occidental, asentado con fuerza a contar de la segunda mitad del siglo XX. No es por tanto una concesión del legislador, sino una exigencia de justicia que la misma *naturaleza* humana fundamenta” (Del Picó, 2010:128-129), que en coherencia con la doctrina en general, la reconoce como una vinculación al derecho del libre desarrollo de la personalidad humana y al interés social de la irrenunciabilidad de los derechos previos al Estado. Asimismo Del Picó señala que la consagración de este derecho en la L.M.C. es para “asegurar el consentimiento libre de los contrayentes” (Del Picó, 2010), concordando con la postura de Barrientos y Novales en cuanto señalan que el *ius connubii* tiene dos dimensiones: una positiva, o sea, un

82 Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad y religión, a casarse y fundar una familia; disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

83 Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar el principio de la igualdad de condición del marido y de la esposa, y en particular: a) la mujer tendrá el mismo derecho que el hombre a escoger libremente cónyuge y a contraer matrimonio solo mediante su pleno y libre consentimiento.

84 Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

“derecho a contraer matrimonio, ausente de toda traba, embarazo, obstáculo o impedimento (Barrientos y Novales, 2004: 147)”, y una negativa, que comprende el que se tiene derecho a no contraer matrimonio, lo que se materializa en la no existencia de coacción alguna que pretenda mover la voluntad de las personas a contraerlo. Así “la incapacidad para el ejercicio de ese derecho no puede ser circunstancial, ni neutra, ni voluntaria. Por consiguiente, debe proceder solo en casos graves y justificados, siendo además una materia de regulación legislativa obligatoria e interpretación restrictiva (Isler, 2009:96)”. Esta idea también la consagra Barrientos y Novales en cuanto el derecho a contraer matrimonio estaría amparado en virtud del artículo 19 N°26 de nuestra Constitución⁸⁵.

Ahora, si entendemos el *ius connubii* como un derecho inherente a la persona humana y previo al Estado, al celebrar un contrato de matrimonio de carácter legal ¿qué razones privan a las personas homosexuales el derecho esencial a casarse? ¿Dónde está la idea de igualdad –propia también de los derechos naturales previos al Estado- del *ius connubii*?

La doctrina ha respondido que la institución del matrimonio, de lo que principalmente se está hablando, es de un vínculo *heterosexual*, es decir, que el matrimonio correspondería, por su naturaleza preestatal⁸⁶, a un vínculo entre un hombre y una mujer. Es por ello, dicen por ejemplo en España, que en “el artículo 32 CE se habla de hombre y mujer⁸⁷; mención que contrasta con los términos genéricos y neutros de los ciudadanos, todas las personas o todos los españoles que por doquier aparecen en el resto del articulado” (Asúa, 2005:50). En el mismo sentido lo señala Tirapu: “La doctrina y la jurisprudencia, al referirse al *ius connubii*, como derecho fundamental de la persona humana, lo conectan con las nociones de masculinidad y feminidad, precisamente por ser el matrimonio la peculiar relación en la que el hombre emite como varón y la mujer en cuanto tal un consentimiento verdaderamente matrimonial” (Tirapu, 2010:2); así, el profesor, refiriéndose al artículo 32 de la Constitución española, señala:

[E]n efecto, el hecho de que el artículo 32.1 de la Constitución proclame que ‘el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica’ no autoriza a concluir que al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión entre sí, la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario es muy significativo que en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución del artículo 32, dedicado a los derechos y libertades fundamentales, el único que se preocupa de precisar que el hombre y la mujer son los titulares del *ius nubendi*, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas genéricas o impersonales como ‘todos’, ‘toda persona’, ‘se garantiza’, ‘se reconoce’, ‘tienen derecho’, sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona (2010:2).

Por lo que entonces, para la doctrina en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo se derivaría que el *ius connubii* no es más que una consagración de carácter natural debido a que el matrimonio, desde siempre, y en su aspectos esenciales, corresponde a un vínculo entre una mujer y un hombre, por lo que toda forma de entendimiento distinto simplemente no sería un matrimonio.

La cuestión será entonces establecer cuál es la razón que vincula la naturaleza del matrimonio con la heterosexualidad y cómo es que, desde una perspectiva antropológica, solo se permite un matrimonio entre un hombre y una mujer.

85 Ver Barrientos, J. y Novales, A. (2004:151). A pesar de la desprolijidad jurídica que es establecer un derecho constitucional en una ley. Véase también Aldunate, E. (2006: 42).

86 Aquí la postura natural “pre-estatal” cae en una paradoja sin salida. Para que sea posible la institución del matrimonio es necesaria la consagración de un Estado que reconozca la institución misma, por tanto, en un plano de “estado natural” aquel no existe, por tanto, tampoco el matrimonio. Ver Aldunate, E. (2006), pp. 45 y siguientes.

87 Como también en los tratados internacionales y en la Ley de Matrimonio Civil.

2.2. La naturaleza del matrimonio: entre un hombre y una mujer

Si el *ius connubii* es un derecho esencial para contraer matrimonio, este debiese estar reconocido en nuestro ordenamiento jurídico para todas las personas sin importar sexo, nacionalidad, color o raza. A pesar de ello, los homosexuales no pueden contraer matrimonio en Chile. El argumento es que el matrimonio es una institución en donde la heterosexualidad forma parte de su naturaleza, por lo que si existe la homosexualidad en los contrayentes no podemos hablar de matrimonio sino de otra institución jurídica, mas nunca de matrimonio⁸⁸. Entonces, ¿es posible entender que la palabra “matrimonio” comprenda la naturaleza total y completa de este fenómeno jurídico excluyendo la posibilidad de dinamismo en cuanto a sus contrayentes?

La naturaleza heterosexual del matrimonio se vincula con la tradición *iusnaturalista* del derecho. En ella se señala que la heterosexualidad corresponde a una concordancia con los elementos antropológicos del ser humano, debido a que siempre el matrimonio ha sido la selección del modelo de la relación unitiva y procreativa entre varón y mujer, por lo que finalmente el matrimonio seguiría a la persona humana (Hervada, 2001). Sobre la base de este modelo antropológico se erige un ordenamiento institucional acerca de la esencia y finalidad de la sexualidad humana que son “el bien conyugal y la procreación y educación de los hijos como finalidad específica de la unión conyugal” (Viladrich, 2001:58). Así el matrimonio sería una “recta ordenación de la secuencia de la sexualidad humana (...) el matrimonio es en sí mismo una correcta disposición –una asociación armónica, verdadera y buena- entre los elementos antropológicos esenciales de la sexualidad humana” (Viladrich, 2001:58).

Siguiendo con esta idea, esto no debe leerse como la simple idea de reducir a una necesidad de supervivencia de la especie, sino como una concepción del ser humano como sujeto de entendimiento racional y voluntad libre⁸⁹. Viladrich sugiere distinguir que el matrimonio no se produce entre macho y hembra, sino entre varón y mujer: “la unión entre varón y mujer contiene una ordenación espiritualizadora –personalizante- de la mera inclinación sexual corpórea, la cual expresamos en la noción y en la experiencia de la íntima compañía y amor conyugal” (Viladrich, 2001:62). Así, el cuerpo (genitales) y el alma no pueden separarse para amar y procrear, debido a que el ser humano es una persona corpórea, cuerpo y alma juntos, por lo que separar la sexualidad, procreación y amor (lo espiritual) es ir contra de la concepción antropológica del ser humano. Es por eso que el amor sería la expresión de la materialización de los seres humanos que tienden a la *inclinatio naturalis*, que no es sino la inclinación del buen y verdadero amor sexual entre varón y mujer que establece una asociación natural entre esta inclinación amorosa y la unión conyugal; que culminaría con la procreación⁹⁰.

Siguiendo la visión de Viladrich, el matrimonio correspondería a una idea de consagrar al ser humano como un ser dotado de voluntad racional y capacitado para amar. Aquí el amor tendería a su naturaleza, que no es sino la inclinación de complementariedad entre hombre y mujer de sentirse atraídos sexualmente vía alma (amor) y vía cuerpo (sexo). El matrimonio, entonces, debe necesariamente verse como una función procreadora –debido a que la complementariedad es la razón de amar y procrear. Más aún, para el autor:

88 En este sentido, ver Brito, A. (2006). “La especificidad del matrimonio entre los otros tipos de unión sexual”.

89 Cabe destacar que la idea de procreación en su sentido de “supervivencia de la especie” también ha sido uno de los principales argumentos para defender la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido: “Una cosa es que se les reconozca el *ius connubii* a los impotentes y a los estériles, y otra cosa es que la regulación del matrimonio no presuponga y opere sobre la base del modelo matrimonial como una unión estable entre un hombre y una mujer. Todo lo expuesto no es arbitrario, sino que responde a la idea de asegurar la estabilidad social y el recambio y educación de las generaciones”. Medina, G. (2001:267).

90 Esta visión si bien es cierto que existe ya en la era clásica, no es posible entenderla como la única. Explica Foucault: “ser casado significa aquí ante todo ser jefe de familia, tener una autoridad, ejercer un poder que tiene en la ‘casa’ su lugar de aplicación y sostener las obligaciones respectivas que inciden sobre su reputación de ciudadano”. Foucault, M. (2006:166-167). Además, en este mismo texto, ver un análisis entero de la visión griega del matrimonio, págs. 157-167, o de la visión (religiosa) del matrimonio en los inicios del mundo occidental, en De Coulanges, F. (1945:107-113).

esta inclinación de la unión conyugal –que es unión de amor– a engendrar la vida la tiene el amor porque, de un lado, engendrarse en la verdad, bondad y belleza es esencia del amor mismo de la pareja y, de otro, porque engendrar el fruto que manifiesta ese amor y lo objetiva no puede tener otro mejor paradigma de excelencia que otro nuevo ser personal, el hijo, a través, del cual ambos expresan una de las realidades más consistentes de la verdad del amor, que es <<dar vida>>⁹¹.

Esta es (una de) la(s) idea(s) que está detrás de la negación a los homosexuales a contraer matrimonio. A la luz de los principios naturales del matrimonio, la homosexualidad, en una relación marital, no tiene sentido (no procrean porque no poseen el *inclinatio naturalis*, por lo que no pueden amar como aman dos cónyuges heterosexuales), por tanto, al Estado no le interesaría regularla.

Sintetizando, me gustaría rescatar dos argumentos de carácter jurídico que establecen la imposibilidad absoluta de que pueda existir el matrimonio homosexual:

1) Se aleja de estructura natural del matrimonio y la familia:

el carácter antinatural (sin dar a esta expresión contenido moral peyorativo alguno: es puramente descriptivo) de este tipo de uniones, que contradicen objetivamente el sentido –finalidad– natural de la diferenciación y complementariedad sexual: masculinidad y feminidad encuentran su sentido biológico en su respectiva complementariedad, y la procreación de nuevos seres humanos que sigue de su unión. Las prácticas homosexuales contradicen objetivamente, por su misma naturaleza, esa realidad biológica (Martínez de Aguirre, 1996: 162).

2) No existe la voluntad conyugal:

su contenido contradice objetivamente un elemento estructural natural del matrimonio, como es la heterosexualidad. Esa voluntad de los convivientes homosexuales, no se apoya, ni objetivamente en la estructura natural esencial del matrimonio y la familia, ni subjetivamente en la existencia de una voluntad susceptible de ser calificada como conyugal (es decir, cuyo contenido sea establecer una relación de carácter matrimonial) capaz de fundar un vínculo de carácter matrimonial. (Martínez de Aguirre, 1996: 166-167).

Cabe aclarar que la idea de procreación se establece aquí no como una idea circunstancial, sino más bien como una institución, con independencia de que en el caso concreto se llegue a tener hijos, ello debido a la idea de que el matrimonio es la mejor vía para poder tener y criar hijos. Es por esto que se permitiría que personas estériles, viejas o aquellas que simplemente no pretendan tener hijos, se casen, porque no obstaría el argumento de la procreación, debido a que estos casos son específicos y excepcionales. En definitiva, la regulación del matrimonio no se rige por las excepciones sino por principios⁹².

Siguiendo el argumento en contra del matrimonio igualitario, pero desde otra perspectiva, es que habrá que distinguir entre las reformas accidentales del matrimonio y las reformas esenciales. Es decir, las reformas del matrimonio deben observarse desde una perspectiva jurídica como cualquier otra institución modificada por el legislador. Así “históricamente, en el derecho occidental (derecho canónico originalmente y luego el secular), y culturalmente al matrimonio le ha sido atribuido la caracterización de tres bondades, procreación (o al menos abiertos a tal), fidelidad y compromiso por toda la vida” (Wardle, 2006:79). Y

91 Viladrich, (2001:102). Aquí la particularidad de la visión es que la procreación emana de la naturaleza humana y el “amor”. En este sentido iría en contra de la idea de *oikos*, estudiada en Foucault, en cuanto la procreación sería para efectos de seguir los negocios familiares o bien, como señala De Coulanges, seguir las tradiciones religiosas. Señala De Coulanges: “El matrimonio era, pues, obligatorio. No tenía por fin el placer; su objeto principal no consistía en la unión de dos seres que se agradaban y querían asociarse para la dicha o las penas de la vida. El efecto del matrimonio, a los ojos de la religión y de las leyes, era unir a dos seres en un mismo culto doméstico para hacer nacer a un tercero que fuese apto para continuar este culto”. (De Coulanges, 1945: 116)

92 Ver Medina (2001:264- 268). Este argumento podría tomarse a la inversa para defender el matrimonio entre personas del mismo sexo, en cuanto ¿por qué no también regular las excepciones del matrimonio que implican las parejas del mismo sexo?

aquello, establece el mismo autor, se puede observar en que “ha habido sólo (sic) dos significantes cambios en los componentes esenciales o definitorios del matrimonio en los últimos 200 años [en EE.UU], y quizás en los últimos 2000 años en el mundo occidental”⁹³. A su vez, en el derecho comparado, solo el 3% (Holanda, Bélgica, España, Canadá y Sudáfrica⁹⁴) acepta el matrimonio homosexual, estableciendo que la idea del matrimonio homosexual es reciente y limitada en su aceptación en el campo global, por lo que no se sabe si será una redefinición a gran escala o bien solo una tendencia política que se esfumará con el tiempo (Wardle, 2006:65). Por lo que la naturaleza del matrimonio, que está desde tiempos bíblicos –señala el autor- afectará la definición misma de matrimonio.

En Chile, los argumentos en contra de un matrimonio igualitario corresponden, de forma similar, a las razones esgrimidas hasta acá, por lo que daré una breve explicación de los argumentos de autores chilenos que están contra el matrimonio entre personas del mismo sexo, dando referencia explícita a los razonamientos *iusnaturales* que se han mencionado.

2.3 El matrimonio es entre hombre y mujer por su finalidad, la procreación.

Aquí se incorpora principalmente la idea de que la finalidad del matrimonio corresponde a la institución familiar por excelencia de generar descendencia. En este sentido se expresa Rodríguez (2009) señalando que tal finalidad está amparada por nuestra Constitución:

El matrimonio en función de sus fines en la Constitución Política de la República, sólo (sic) es concebible entre un hombre y una mujer. La Carta Política es clara a este respecto. La familia es un “cuerpo social intermedio” a través del cual se organiza y estructura la sociedad. La protección que se brinda en el artículo 1 inciso 2° de dicho estatuto fundamental, tiene por objeto ‘cumplir sus fines específicos’ (...) nadie podría desconocer que dichos fines específicos están señalados en el artículo 102 del Código Civil, desde hace más de 150 años (...) El matrimonio tiene tres fines esenciales; la comunidad de vida entre marido y mujer (vivir juntos), procreación y auxilio mutuo. Si por naturaleza es imposible que la unión entre 2 personas pueda cumplir con estos fines, no hay matrimonio ni reconocimiento ni protección constitucional ni legal (2009:440).

Corral (2009) siguiendo esta línea, señala que la imposibilidad de consumir el acto sexual (impotencia *coeundi*) en el matrimonio corresponde a una causal de inexistencia de este:

de la mantención de la finalidad procreativa en la definición del art. 102 del Código Civil puede deducirse que la imposibilidad absoluta de consumir el matrimonio mediante la cópula sexual puede conducir a afirmar, si ya no la nulidad del matrimonio, la inexistencia del mismo. La capacidad de consumir el matrimonio se traslada, entonces, de requisito de validez del mismo a requisito de existencia (Corral, 2009:71).

Por lo que la mera incapacidad de poder tener relaciones sexuales o bien la capacidad para procreación (esterilidad, falta de voluntad para tener hijos o personas ancianas que se casen, etc.) serían personas que, aunque celebren el vínculo del matrimonio, no estarían legalmente casadas bajo esta doctrina.

La misma idea también la señalan Barrientos y Novales (2004) en cuanto la expresión de “un hombre y una mujer” en el Código Civil “se manifiesta en que la unión heterosexual, supuesto que la esencia del matrimonio viene determinada por sus fines propios, dentro de los cuales se encuentra el de la procreación (...) [por lo que la] “diversidad de sexos de los contrayentes es, pues, condición esencial del matrimonio, y esta misma nota de esencialidad es la que precisa el campo operativo del *ius connubii*, de modo que ante

93 En este sentido ya hemos esbozado la falacia de este argumento, en cuanto las múltiples modificaciones del matrimonio en la historia. Véase Foucault, M. (2006:157-184).

94 En el argumento cabe añadir algunos estados tales como, en Estados Unidos, Nueva York, California, Hawaii, entre otros; además de Argentina, Uruguay, Nueva Zelanda y Francia.

el evento de la celebración de un pretendido ‘matrimonio’ entre personas del mismo sexo, para la ley no es matrimonio, pues tal acto no produce efecto alguno (...) (Barrientos y Novales, 2004:187-188). Por lo que Barrientos cree que la diversidad de sexos corresponde a la esencialidad del matrimonio.

Del Picó (2010) también adhiere a la idea *iusnaturalista* de complementariedad entre hombre y mujer. En este sentido, el autor señala que en el artículo 102 del Código Civil “en tanto con las características y finalidades previstas en la norma, se generan las condiciones óptimas para facilitar la procreación, unida indisolublemente al propósito de asegurar la reproducción de la especie humana (2010:177). Así. Este autor se acerca más a los principios *iusnaturalistas* del matrimonio atribuyéndole la heterosexualidad de este a la concepción antropológica de Villadrich del ser humano, estableciendo que “la complementariedad de los sexos como finalidad en sí misma, es el motivo principal del carácter exclusivamente heterosexual de la institución matrimonial civil, sin perjuicio del fundamento de carácter religioso o moral que informa el contenido de la norma jurídica (...)” (Del Picó: 2010:178). Concluyendo que “la heterosexualidad, por tanto, constituye un fundamento a la base antropológica del matrimonio, en que se deben considerar como principios la diversidad de la modalización sexual de la persona humana, la complementariedad de tal diferenciación y la inclinación natural de los sexos entre sí en orden a la generación”. (Del Picó: 2010:178); por lo que este autor también sería de los que ve en el matrimonio, por su base antropológica *iusnaturalista*, como esencial la heterosexualidad en la relación marital.

Todos los autores señalados establecen que la inexistencia del matrimonio entre personas del mismo sexo estaría dada por la imposibilidad de las parejas homosexuales de procrear. Es decir, establecen que el matrimonio es una institución que promueve y busca la procreación, ora para la continuación de la especie humana, ora para seguir la concepción antropológica del ser humano (una complementariedad del hombre con la mujer). Así, la procreación se ve como un fundamento básico para la institución del matrimonio y por ello se estaría a favor de la inexistencia (al menos desde la perspectiva de Corral, 1994) de todos aquellos matrimonios en donde no existe posibilidad de procrear: ancianos, personas con imposibilidad de tener relaciones sexuales (impotencia *coeundi*) y personas que no pretenden tener relaciones sexuales o hijos.

Surge entonces la duda ¿es posible penalizar a personas en un Estado de Derecho, que consagra personas libres e iguales en dignidad y derechos, condenándolas a no poseer la misma capacidad jurídica –es decir impedirles contraer matrimonio- por su incapacidad o negación a generar descendencia? La cuestión cabe verla a la luz de nuestra Constitución.

3. RESPUESTA A LA LUZ DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA NEGACIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

El *quid* del asunto está en cuál es la naturaleza del matrimonio y si es que aquella la podemos establecer como “la capacidad de procrear”. Por lo que antes de entrar en ella cabe mencionar que la idea de que los homosexuales no puedan contraer matrimonio en Chile consiste en una penalidad (una sanción o prohibición, una coacción a su libertad): el que a una persona, libre e igual en derecho, solo por su orientación sexual se le impida contraer matrimonio, corresponde a un detrimento a su capacidad jurídica en asuntos civiles violando así la igualdad ante la ley, la igualdad en derechos, etc.; por su homosexualidad se le impide suscribir contratos, controlar sus bienes a su voluntad, acceder a beneficios legales y/o tributarios. La excusa es que el matrimonio, en su naturaleza, no concibe ser celebrado entre dos personas del mismo sexo; la razón: imposibilidad de cumplir su finalidad, ¿cuál?, procrear.

La idea de la procreación –y el *ius conubii* también- se consagra desde una perspectiva *iusnaturalista* otorgándole una connotación de expresión de amor⁹⁵ al acto sexual. Esto implica no entender al derecho, a través del matrimonio, como un elemento sociointegrador en el cual puedan las personas desenvolverse libremente como ciudadanos, debido a que la concepción de mundo y la materialización de la noción antropológica que los *iusnaturalistas* persiguen, responden a una visión particular del ser humano - aquel que debe complementarse hombre con mujer y buscar el amor real en el otro sexo- descartando una visión que contemple distintas respuestas a la problemática existencial de las parejas.

Los argumentos que se utilizan para establecer la naturaleza del matrimonio, en virtud de una concepción *iusnaturalista* de este, deben ser rechazados; esto porque el marco de discusión del matrimonio entre personas del mismo sexo es un ordenamiento jurídico que se entiende a sí mismo como secular y laico. Además, pretende tener un sesgo de imparcialidad para la consecución de una teoría de la justicia. Rawls señala que “las únicas doctrinas comprensivas que se apartan de la razón pública son aquellas que no pueden servir de soporte a un equilibrio razonable de valores políticos” (2006:230). Y es precisamente lo que sucede acá: por entender al matrimonio desde una perspectiva natural se rompe la idea de una consagración de igualdad de derechos cuando se le impide a personas del mismo sexo contraer matrimonio.

La negación al matrimonio homosexual está basada en comprender al ser humano como poseedor de un cuasi deber de complementariedad entre hombres y mujeres, estableciendo que el matrimonio es la consagración de la pareja a través del cuerpo (*inclinatio naturalis*) y el alma (a través del amor). Por tanto, solo aquella manifestación de amor (‘la verdadera’) conllevaría, a través del acto sexual, la procreación. Este argumento debe ser rechazado por arbitrario. Ello debido a que la concepción de persona que se maneja en un sistema constitucional presenta a los seres humanos con capacidad de razonar y proporcionar sus propias decisiones sobre qué y quiénes deben ser su ‘complemento’ y a ‘quién’ deciden amar. Rawls señala: “los ciudadanos son libres en la medida en que conciben a sí mismos y unos a otros como poseedores de la capacidad moral para tener una concepción del bien (...) capaces de revisar y cambiar su concepción, fundados en elementos razonables y racionales, y pueden hacer esto si así lo desean” (Rawls, 2006:51-52). Por lo que la concepción antropológica del ser humano prescinde de la posibilidad de que las personas puedan decidir por ellos mismos sus propias concepciones del bien, coartando lo que Rawls (2006) llama “su identidad no institucional, o moral” (2006:51-52). Entonces, una institución que rechaza la posibilidad de que las personas escojan racional y libremente a quién amar y quién es su complemento, negaría la esfera política del individuo en cuanto no podría desenvolverse en un marco jurídico imparcial *ergo* justo. Por lo que el argumento en cuestión corresponde más bien a uno de tinte moral, fundado en doctrinas de carácter sectario que no responden a una sociedad pluralista (Nussbaum, 2009).

El otro argumento a responder es a la excesiva -a mi juicio- preocupación por la procreación. Como bien vimos, la idea detrás de la negación de un matrimonio homosexual está en que el matrimonio produce las condiciones óptimas para la procreación; por tanto, sin procreación no hay matrimonio.

Entramos aquí al meollo del asunto: ¿es posible penalizar a una persona por no poseer la capacidad para poder procrear, negándole la capacidad jurídica de contraer matrimonio, como sostiene Corral? Parece un exceso. La idea de Corral se aleja de la realidad, porque en la práctica se haría imposible impedir o declarar inexistentes matrimonios en los cuales las parejas tienen imposibilidad de procrear. Nunca ha sido la intención, al menos desde la aprobación de la LMC, declarar como inexistentes los matrimonios en los cuales a los cónyuges no les sea posible la procreación o bien tener relaciones sexuales. Es más, la idea de la nulidad ante la imposibilidad de “procrear” ya era mal vista por nuestra jurisprudencia por lo que no se aceptaba como causal de nulidad⁹⁶, señala la Corte de Apelaciones de Santiago⁹⁷:

95 Ver Brudage, J. (2000). Agradezco a Javier la amabilidad de poder revisar su trabajo en desarrollo para poder sacar algunas ideas que complementan mi trabajo.

96 Artículo 4, N°3, de la antigua Ley de Matrimonio Civil.

97 C. Santiago, 1 de julio 1958. R., t. 55, sec. 2ª, p.54.

el fin de la procreación puede no existir en la mente de los contrayentes y en la realidad física de ellos, especialmente cuando se trata de matrimonios de personas de edad avanzada, sin que por ello se haya creado una causal de nulidad por impotencia; pensar lo contrario sería sostener la prohibición legal de contraer matrimonio a los ancianos, lo que no está ni ha estado en el ánimo del legislador.

Por tanto, la procreación puede ser un interés del matrimonio pero no una causal de inexistencia ni de nulidad del mismo, debido a que el matrimonio civil no tiene como único fin la procreación ni el acto sexual⁹⁸. En este sentido “la creencia que el sólo [sic] o primer propósito del matrimonio es concebir y criar hijos deriva de las enseñanzas religión cristiana. Sin embargo, el decreto del segundo concilio del Vaticano, por ejemplo, no promulga más este exclusivo propósito del matrimonio” (Kindregan, 2007: 44) así podría verse en el canon 1084 del Código Canónico de 1983 § 3, norma que dispone expresamente que “la esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio”.

Es verdad que desde una perspectiva natural, basada en su particular concepción antropológica, puede ser la procreación y la crianza de los hijos la finalidad principal del matrimonio. Pero aquello no se condice en un Estado de derecho democrático. Las relaciones entre las personas deben observarse en virtud de los principios constitucionales que rigen nuestra sociedad, por lo que el matrimonio debiera leerse en una perspectiva dinámica capaz de aprehender la evolución de la sociedad y los principios constitucionales, que son la igualdad entre los ciudadanos y la no interferencia en la vida privada de ellos (Kindregan, 2007). Por ello se hace relevante destacar que en el matrimonio entre personas del mismo sexo confluyen los dos componentes más significantes del matrimonio tradicional: la intimidad y la estabilidad⁹⁹, por lo que a los ojos de la Constitución no existiría impedimento alguno para poder llevar a cabo el matrimonio si es que ni la procreación, ni la consumación del matrimonio se logran.

Cabe por último argumentar por qué no sería preocupación del Estado de Derecho el que la sexualidad y la procreación sea interés del matrimonio como institución. Tal idea debe analizarse desde la óptica del derecho a la intimidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En la preocupación por la procreación, subyace la idea de cómo se relacionan sexualmente las parejas casadas. Así, cuando el derecho civil se concentra en cómo se debe llevar a cabo la sexualidad en una pareja (casada), se produce una intervención del Estado en la esfera íntima de las personas vulnerando el artículo 19, N°4, de la Constitución. El fomentar la “reproducción de la especie humana” en “condiciones coherentes a nuestra sociedad” peca de preocuparse en uno de los asuntos más íntimos de la persona humana, la sexualidad. El prohibir el matrimonio debido a que no se cumple la finalidad de la procreación es preocuparse de cómo se va a llevar a cabo la vida sexual de una pareja que contrae matrimonio (es decir, si tendrán o no relaciones sexuales, de qué forma tendrán relaciones sexuales, si pretenden o no tener hijos, etc.) y aquello es una vulneración grosera al derecho de la intimidad. Al legislador no puede importarle si la pareja que contrae matrimonio tiene impotencia *generandi o couendi*, si hay pretensión de tener hijos o no, si consuman el matrimonio o no, debido a que aquello recae necesariamente en la esfera de privacidad de las personas y no en el Estado. Por tanto, el prohibir el matrimonio debido a que no se cumple la finalidad de procrear es extralimitar la actuación del Estado e insertar un germen de inconstitucional en la actuación de él que no debería permitirse. La preocupación por la procreación puede importarle al Estado, pero no al punto de impedir que dos personas puedan generar un contrato o

98 Igualmente la doctrina ha entendido que la infertilidad podría alzarse como fundamento de nulidad matrimonial consagrado en la letra b) del artículo 44 de la L.M.C., cuando la falta de consentimiento libre y espontáneo sea consecuencia de un error recaído en una cualidad personal del otro cónyuge (art. 8, número 2, LMC) que, precisamente, consistiera en su “fertilidad” si ella ha sido determinante para prestar el consentimiento matrimonial, porque quien ha errado tenía en cuenta el fin de procreación. Aquí, entonces, no sería la infertilidad en sí misma la razón de nulidad, sino el error esencial en la persona. Véase Barrientos y Novales, 2004: 174.

99 VVAA (1980). “The constitution and the family”. *Harvard Law Review*, vol. 93-1156, p. 1285. Esta posición, por otro lado, no es pacífica, ello debido a que existen autores que consagran el *affectio maritalis* como el núcleo del matrimonio, como lo señala Merin, Y. (2002:28): “En el siglo XX el amor se ha convertido en el objetivo y razón, sino la más importante, la única dentro del matrimonio”.

una familia; la preocupación del Estado por la procreación debe ser siempre resguardando el derecho a la intimidad de las personas y los derechos fundamentales.

Así, la preocupación excesiva por la procreación genera una inconstitucionalidad en la figura del matrimonio. La idea de resguardar la procreación en el matrimonio (este es el argumento en contra de la parejas homosexuales) es una idea heredada del derecho natural que solo tiene sentido en virtud de la concepción antropológica católica de este y no en la concepción política de persona que Rawls señala. Así, aunque fuese cierto que el matrimonio trata de proteger la supervivencia del ser humano, el Estado no puede violar derechos fundamentales para garantizar aquello. La idea de una inspección sobre quién puede o quién no puede tener hijos es excesiva y arbitraria; que el Estado se preocupe de la procreación a través de un *scanner* sobre la capacidad sexual y engendradora de los ciudadanos casados es excesivo, no siendo coherente con un Estado de derecho democrático.

4. CONCLUSIÓN

Dentro del trabajo se realizó un análisis al matrimonio desde un punto de vista filosófico y jurídico que, a su vez, se separó en dos sentidos: en virtud de su naturaleza jurídica y como una institución civil subsumida a la Constitución.

Para los juristas en contra del matrimonio entre personas del mismo sexo, este se configura como un derecho natural, a través del *ius connubi* que no es más que el derecho prestatal de las personas a casarse. Esto nos hace preguntarnos ¿qué clase de elementos hacen entender el matrimonio como natural? El *ius conubii* emerge como un derecho previo al Estado y revelador en torno a la naturaleza inmutable del mismo matrimonio: al ser un derecho esencial y previo al Estado, en caso de cambiar el matrimonio, este deja de llamarse matrimonio pasando a ser otra cosa (pero no matrimonio). Además este está configurado no en torno a personas, sino al hombre y la mujer (como, por ejemplo, lo señala el artículo 32 de la Constitución española). Esto es determinante debido a que solo un hombre y una mujer lo pueden contraer con el afán institucional de procrear. Sin embargo, el derecho supraconstitucional del *ius connubi* cae en una paradoja: sería un derecho natural prestatal, sin embargo no se entiende de qué forma sería posible contraer matrimonio en esa etapa previa al Estado, debido a que el matrimonio es una institución que se enmarca dentro de un Estado, por tanto, no existiría matrimonio en este plano de la argumentación.

A pesar de las incongruencias lógicas en que cae el *ius connubi*, ha estado siempre latente el concepto de la procreación como un elemento natural del matrimonio. Aquel elemento ha sido constante y permanente a lo largo del tiempo a pesar de las razones que lo han inspirado. Entonces ¿es posible entender la procreación como elemento esencial del matrimonio? A nuestro entender, no. Ello debido a que la fundamentación del matrimonio se ha basado principalmente en una concepción católica de persona y no política de ella (Rawls), por lo que no se respeta un derecho básico de las personas: el que ellos mismos puedan determinar sus propias concepciones del bien. Además, la procreación como elemento determinante se inspira en una concepción natural del matrimonio: el amor. La complementariedad del ser humano es un elemento que no puede trasladarse a la esfera pública, porque no todos adhieren a tales concepciones de amor, ello debido a la libertad de conciencia y la libertad de desarrollar sus propios proyectos de vida. Por tanto, no podemos entender la heterosexualidad como un aspecto natural del matrimonio, porque deriva de una concepción arbitraria de persona que impide a los seres humanos -insertos en el Estado de Derecho- decidir por ellos mismos quiénes son su complementariedad y a quiénes deciden amar. Es decir, la heterosexualidad, como requisito natural del matrimonio, no supera el estándar constitucional que requiere una institución jurídica como el matrimonio en el marco de un Estado de Derecho Democrático.

Por último, la procreación tiene dos problemas relevantes: (1) no se entiende cómo se puede reglamentar y sancionar a todas aquellas parejas que no pretenden o no pueden tener hijos. Así, los ancianos, los estériles o simplemente los que no quieran tener hijos serán privados injustamente de una capacidad jurídica; y (2), que el Estado no puede inmiscuirse *ex ante* en la procreación, porque eso es preocuparse de uno de los aspectos más íntimos de las personas: la sexualidad. Por tanto, en la medida en que al Estado le preocupe cómo se lleva a cabo la sexualidad, se estaría vulnerando el derecho de intimidad resguardado por nuestra Constitución. Por ello, parece sumamente incorrecto penalizar a las personas por no querer o no poder tener descendencia, a no tener la misma capacidad jurídica que cualquier otra persona dentro de un Estado de Derecho. Es por ello que no existe ninguna razón desde la óptica propia del matrimonio para impedir que dos personas del mismo sexo puedan casarse.

REFERENCIAS

Aldunate, E. (2006: 42). "El derecho esencial a contraer matrimonio". En: *El nuevo Derecho chileno del Matrimonio*. Álvaro Vidal (Coord.). Santiago de Chile, Jurídica de Chile.

Asúa, C. (2005). "Matrimonio entre personas del mismo sexo. Reflexiones al hijo de la ley 13/2005". *Revista Nuevas familias y principio de igualdad: un debate abierto*. Colección Jornadas de Derechos Humanos N°9, San Sebastián.

Barrientos, J. y Novales, A. (2004). *Nuevo Derecho Matrimonial chileno*. 2ª edición, Santiago de Chile, LexisNexis.

-(s/f). "La inexistencia del matrimonio en el derecho chileno". *Revista del Derecho*. Vol.XIX, N°2, Santiago, Chile. pp. 53-83.

Brito, A. (2006). "La especificidad del matrimonio entre los otros tipos de unión sexual". En *El nuevo Derecho chileno del Matrimonio*. A. Vidal, (Coord.). Santiago de Chile, Jurídica de Chile, pp. 23-38.

Brudage, J. (2000). *La Ley, el sexo y la sociedad cristiana en la Europa medieval*. México D.F., Fondo de Cultura Económica.

Cea, J. (2008). *Derecho Constitucional chileno tomo I*. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edición.

Corral, H. (1994). "Familia sin matrimonio, ¿modelo alternativo o contradicción excluyente?". *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, 21 N°2, pp. 245-257.

-(1990). "Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho". *Revista Chilena de Derecho*. Santiago, 17 (s/n), pp. 35-85.

-(2001). "Ley de Divorcio. Las razones de un no". *Estudios de Derecho Actual*. Santiago de Chile, Universidad de los Andes.

-(2009). "Sentido y Alcance de la definición de matrimonio del Art. 102 del Código Civil, después de la introducción del divorcio vincular por la ley 19.947, de 2004". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 36, V°1, Santiago, pp. 51-76.

De Coulanges, F. (1945). *La Ciudad Antigua*. Buenos Aires, Emece editores, 3ª edición.

Del Picó, R. (2010). *Derecho matrimonial Chileno*. Santiago de Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing.

Foucault, M. (2006). *La historia de la sexualidad. Tomo II: El uso de los placeres.*, Madrid, Siglo XXI, 30ª edición.

Gil, A. (2010). *Matrimonio igualitario y derecho constitucional: ley 26.618*. Buenos Aires, Editar.

Habermas, J. (2008). *Facticidad y Validez*. Madrid, Editorial Trotta.

Hernández, G. (2009). *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*. Santiago de Chile, ARCIS.

Isler, E. (2009). “Los principios de la Ley 19.947: análisis y desarrollo”. [En línea] en *Ars Boni et Aequi*, [consultado el 20 de abril de 2015]. Disponible en: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/4-Isler.pdf>. pp. 83-116.

Kindregan, (Ch.). “Religion polygamy and non-traditional families: despair views on the evolution of marriage in history and in the debate over same-sex unions”. [En línea] *Suffolk University Law Review*. Vol. XLI: 1, 2007. [Consultado el 21 de abril de 2015]. Disponible en: http://suffolklawreview.org/wp-content/uploads/2007/11/Kindregan_Article_FINAL.pdf

Nussbaum, M. (2009). “A right to marry? Same-sex marriage and Constitutional law”. [En línea] *Dissent*. Vol. 56, N°3 [Consultado el 21 de abril de 2015]. Disponible en: <http://www.sjsu.edu/people/albert.filice/courses/phil61/s6/Marta%20Nussbaum.pdf>

Martínez de Aguirre, C. (1996). *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*. Madrid, Ediciones RIALP S.A..

Medina, G. (2001). *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Buenos Aires, Rubinzal-culzoni editores.

Merin, Y. (2002). *Equality for same-sex couples*. Chicago, The University of Chicago Press.

Rawls, J. (2006). *Liberalismo Político*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 5ª edición.

-(2010). *Teoría de la Justicia*. México D.F., Fondo de cultura económica.

Rodríguez, P. (2009). “Ley de Matrimonio Civil: interpretación, efectos e insuficiencias”. En: *Actualidad jurídica*. 20 (2009), Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, pp. 365-444.

Tirapu, D. (2010). “La cuestión no cerrada del matrimonio homosexual”. [En línea] En: *Revista de Estudios jurídicos*. N°10/2010 (segunda época), Universidad de Jaén (España). [Consultado el 20 de abril de 2015]. Disponible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/551>

Turner, S. (2009). “Tendencias constitucionales relativas a la protección de la familia”. En: *Estudios de Derecho Civil IV. VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Universidad Diego Portales, Olmué. C. Pizarro (Coord.). Santiago, Editorial legalpublishing.

Viladrich, P. (2001). *El Modelo Antropológico del Matrimonio*. Madrid, Ediciones RIALP S.A..

VVAA (1980). “The constitution and the family”. *Harvard Law Review*, vol. 93.

Wardle, L. (2006). “What is marriage?” [En línea] *Whittier Journal of Child and Family advocacy*. Vol. 6:1 [Consultado el 20 de abril de 2015]. Disponible en: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/wjcfad6&div=7&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=What+is+marriage?&type=matchall

EL CAMINO HACIA LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA FEMENINA: LA LEY DE CUOTAS DE GÉNERO LEGISLATIVA

Valentina Hernández Fuenzalida¹⁰⁰

Constanza Salgado Ayala¹⁰¹

SUMARIO

1. Introducción, 2. Contextualización, 3. ¿Por qué las cuotas legislativas?, 4. Conclusiones, 5. Recomendaciones para implementar una ley de cuotas efectiva.

RESUMEN

La ley de cuotas de género legislativa es un mecanismo de acción afirmativa que por excelencia ha tenido buenos resultados en los países que la han implementado, tal como ha ocurrido en Argentina y Costa Rica. Es por esto que en las siguientes líneas se construye un problema de la situación política y social de las mujeres en Chile, identificando variables y considerando la inclusión de la ley en cuestión, realizando una evaluación *ex ante*. Lo que a su vez permitirá tomar los vacíos legales de dicha ley para modificarlos y proponer una detallada reglamentación, considerando el sistema político chileno, así como distintas dimensiones de la sociedad, logrando entregar un mayor horizonte de oportunidades para la mujer en Chile e incluyéndola en instancias políticas legislativas.

The way to women's political participation: the law of Legislative Gender Quotas

ABSTRACT

The legislative gender quota law is an affirmative action mechanism, which par excellence has had good results in countries that have implemented it, such as Argentina and Costa Rica. That's why in the following lines a problem of the political and social situation of women in Chile is built, identifying variables and considering the inclusion of the law in question, by performing an evaluation *ex ante*. At the same time it will allow taking the legal gaps to modify them and to propose a detailed regulation, considering the Chilean political system as well as different dimensions of society, managing to deliver a greater horizon of opportunities for women in Chile and including it in legislative policy instances.

¹⁰⁰ Administradora Pública de la Universidad de Santiago de Chile.

¹⁰¹ Administradora Pública de la Universidad de Santiago de Chile.

1. INTRODUCCIÓN

La discusión que se ha dado en torno a la participación política de las mujeres surge a propósito de dos procesos paralelos que han planteado, dentro de otras cuestiones, la lucha del género femenino por conseguir espacios dentro de la esfera pública y posicionarse como un agente activo dentro de la sociedad.

Así pues, por un lado, desde el inicio de la década de los noventa, período de retorno a la democracia, la presencia de distintas falencias institucionales ha impedido la participación y la representación política efectiva de los ciudadanos, hecho que impacta en los derechos de representación e igualdad y en efecto merma la calidad de la democracia. Por otra parte, la aparición de distintos estudios relativos al género femenino han revelado que existen diversos factores que no permiten una competencia equilibrada entre hombres y mujeres en la esfera política, lo que tiene un efecto negativo en la representación política de las mujeres en el poder legislativo, y devela que las diferencias de género son resultado de construcciones culturales que determinan el rol que cada uno ejerce en la sociedad.

En este escenario se hace imperativa la intervención del Estado y otras instituciones como organismos internacionales, partidos políticos y organismos intergubernamentales en materias relativas a la creación de condiciones que permitan la equidad en la competencia política en el acceso al poder, mediante la búsqueda de espacios que potencien la igualdad de género en esta temática. Donde lo relevante no sean solamente las condiciones sociales-históricas, sino que además, se pueda llegar a disminuir la brecha que existe entre hombres y mujeres en el ingreso a los cargos políticos, específicamente en el Congreso. En efecto, uno de los mecanismos que en la actualidad se implementan para disminuir la desigualdad en la política son las **cuotas de género legislativas**, que forman parte de las iniciativas que deben adoptar las naciones con el objetivo de cerrar las brechas de género y equiparar los derechos de hombres y mujeres.

2. CONTEXTUALIZACIÓN

Ser mujer, en cualquier país del mundo, desde el inicio del hombre en la tierra, no ha sido tarea fácil y a pesar de que han pasado los años, la mujer siempre ha estado ligada a la esfera privada, más que a la pública. El rol parental y las labores domésticas fueron y han sido por tiempo, el rol inherente que las sociedades han determinado para el género femenino. Del mismo modo, la vida en sociedad ha sido una cuestión un tanto extraña por naturaleza para la mujer, de ahí su ingreso tardío al mundo de la escolaridad,

y más aún al de los derechos políticos, civiles y ciudadanos, por cuanto conseguir el sufragio fue una larga lucha promovida por los movimientos feministas en sus distintas corrientes y durante mucho tiempo (Martínez Artola, 2008).

Consecuencia de lo anterior es el hecho de que la mujer siempre haya estado ligada a las labores del hogar, por tanto, la mayor parte del tiempo ha sido excluida de manera indirecta del acceso y la permanencia en la esfera pública y social, no pudiendo generar lazos ni vínculos que le permitan ingresar de manera natural a la política. De ahí el reducido número de mujeres que participan de cargos políticos hoy en día, tanto para los países en general como para Chile, que tiene una representación, al año 2015, de solo un 15,8% en la Cámara Baja y un 15,7% en el Senado (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012).

Es por esta situación que distintos organismos internacionales, con el fin de propiciar instancias y oportunidades de inserción de la mujer en la esfera pública y política, derechamente, han impulsado la elaboración de declaraciones y decretos en donde se firmen tratados por los países participantes que vayan en pro de la igualdad de género, de tal manera que faciliten el acceso de las mujeres en distintos ámbitos de la sociedad. Para que con esto, se pueda retribuir los prejuicios y perjuicios de una desigualdad histórica, teniendo hombres y mujeres igualdad en derechos y responsabilidades.

Actualmente en Chile, en cuanto al sistema electoral vigente desde el año 2015, se pretende reducir la desigualdad del voto y permitir la representación de distintas corrientes políticas, incluyendo a las mujeres. De ahí que se contempla un aumento de 38 a 55 senadores y de 120 a 155 diputados, y además, propone una cuota de género en las listas de candidatos de cada partido político, exigiendo que ningún género pueda superar el 60% en estas. Lo que se incentiva mediante la entrega de una suma equivalente a 500 UF por cada candidata electa para el conglomerado al que pertenece. Modificándose así el anterior Sistema electoral Binominal (Gobierno de Chile, 2014).

3. ¿POR QUÉ LAS CUOTAS LEGISLATIVAS?

Presentar una ley de cuotas legislativas no es otra cosa que establecer criterios legales que permitan a las mujeres participar en igualdad de condiciones y aumentar la cantidad de diputadas y senadoras que actualmente constituye al Congreso. Sin embargo, y estudiando en profundidad el tema, este mecanismo resulta ser un instrumento importante a la hora de abordar las diferencias de género, que por cierto han sido una constante desde el inicio de las civilizaciones, ello mediante acciones concretas que vayan en reparación de injusticias infundadas y otorguen espacios reales de participación política en el ámbito nacional.

En ese sentido, es imperativo conocer el porqué de la implementación de este mecanismo, pues sin un sustento empírico que avale la adopción de dicho instrumento, la ley de cuotas se transformaría en una mera declaración de principios, sin ninguna base investigativa así como tampoco causaría impactos profundos en su aplicación. Por lo anterior es que, a partir de los párrafos siguientes, la idea será entender las cuotas legislativas no como un fin en sí mismo, sino como un resultado de una construcción social e institucional que se ha suscitado durante largo tiempo y que hasta entonces no ha permitido el ingreso de la mujer en la esfera decisional.

3.1 ¿Qué incide en la participación política femenina?¹⁰²

Una primera causa sería lo que se denomina el “estereotipo sociocultural” que guarda relación con el rol y la imagen de la mujer instaurada a lo largo de los años en la sociedad, en términos concretos, son los quehaceres domésticos “propios de las mujeres”, como la mantención del hogar y el rol parental que estas deben asumir por el cuidado de sus hijos o familiares dependientes, lo que las mantiene ocupadas y las aleja de la esfera pública. Todo lo que las reduce al histórico rol que culturalmente se les ha impuesto, de que la mujer pertenece y es propia de la vida privada.

Por su parte, es posible identificar que la “precarización laboral” es otra causa de este fenómeno, ya que está vinculado a las condiciones laborales a las que están sometidas las mujeres. Quienes se ven envueltas en contrataciones irregulares, en bajas remuneraciones y en extenuantes jornadas de trabajo, que por cierto se hacen incompatibles con las labores de la casa.

Por último, está la “estructura político-partidista”, pues en su mayoría los partidos políticos se componen principalmente por hombres, y son dirigidos y controlados por ellos, por lo que a las mujeres en general se les margina de los espacios de importancia e incluso en el financiamiento de las campañas políticas. Hay una evidente falta de iniciativa y voluntad por parte de los colectivos por incluir y posicionar a las mujeres.

3.2 ¿Son las cuotas un mecanismo exitoso en el ámbito internacional?¹⁰³

A nivel sudamericano las cuotas han tenido resultados favorables para las mujeres, como son los casos de Costa Rica y Argentina, pues como se puede apreciar en el cuadro que sigue más adelante, una ley bien sancionada y con un sustento legal, puede generar un impacto importante en términos de participación política. Por el contrario, está el escenario que se ha dado en Brasil, donde las mujeres no han logrado posicionarse en una cuantía importante en el Congreso nacional. Esto porque, la ley electoral es un tanto ambigua en su definición y permite la elusión por parte de los partidos políticos.

En concreto, se establece que los conglomerados pueden presentar hasta un 150% de los escaños vacantes, debiendo reservar un mínimo del 30% y un máximo del 70% para candidaturas de cada sexo, hasta este punto al parecer la ley se ha definido correctamente, el problema es que no existe sanción alguna o un órgano estatal que se encargue de velar por el correcto funcionamiento del mecanismo de cuota. Así entonces, los partidos han aprovechado el aumento de las candidaturas en un 150% y la redacción de la ley, como una cláusula de escape de la norma; un ejemplo es que si un distrito electoral debe elegir 10 diputados, los partidos están habilitados para presentar hasta 15 candidatos en sus listas, y de ellos 4 deben ser mujeres y 11 hombres, entonces, y en virtud de la ley, los partidos presentan 11 candidatos, dejando fuera a las mujeres, sin violar la ley y sin exponerse a ninguna sanción.

En efecto y considerando lo anterior, el cuadro que se presenta a continuación resume y compara lo que ocurre en Costa Rica, Argentina y Brasil, y sintetiza las disposiciones de la ley de cuotas para cada país.

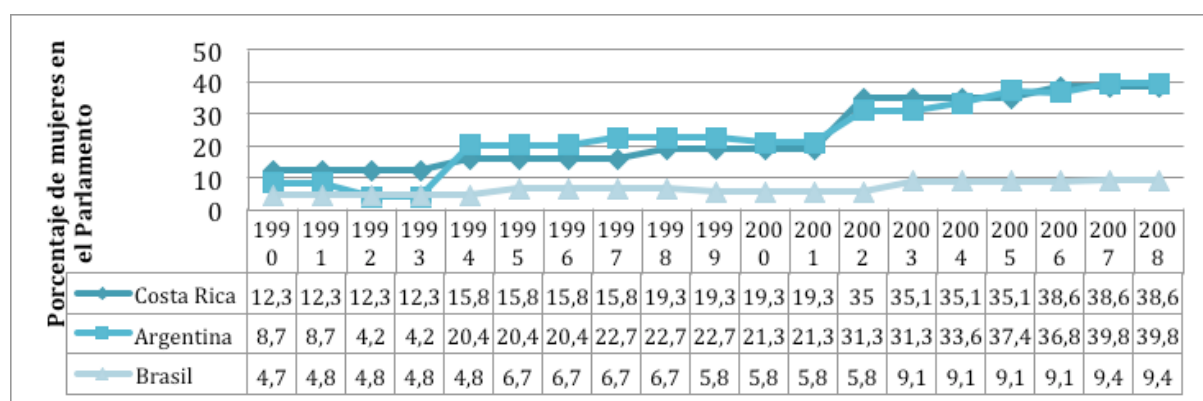
102 Estudio y revisión de espacios periodísticos donde se abordó el tema de la ley de cuotas en Chile, mediante una metodología de resumen, clasificación y categorización de conceptos. Estudio completo en Tesis: *Ley de cuotas: un mecanismo para propender al equilibrio de género en el Congreso y en la sociedad chilena*.

103 Estudio realizado a partir de la información obtenida en Benavente & Valdés (2014). *Políticas públicas para la igualdad de género, un aporte a la autonomía de las mujeres*, y en *Las Legisladoras: cupos de género y política en Argentina y Brasil*. Estudio completo en Tesis: *Ley de cuotas: un mecanismo para propender al equilibrio de género en el Congreso y en la sociedad chilena*.

	COSTA RICA	ARGENTINA	BRASIL
Año de adopción de ley de cuotas	1996	1991	1997
Porcentaje de la cuota	40% con transición a Criterio de paridad 50% (cada género)	Mínimo 30% reservado para las mujeres en lista de candidatos.	Entre un 30% a un 70%, con posibilidad de postular a 150% de candidatos para ocupar las vacantes
Sanciones	La Dirección de Registro Electoral no inscribirá a partidos políticos, estatutos, ni renovará la inscripción de los partidos que no cumplan con la ley.	Multas a los partidos.	No existen sanciones.
Sustento legal	Constitución Política de la República. Tratados internacionales vigentes. Leyes electorales. Reglamentos, directrices y circulares. Estatutos de partidos. Demás disposiciones legales.	Constitución Política de la República. Tratados internacionales vigentes. Leyes electorales. Reglamentos, directrices y circulares. Estatutos de partidos. Demás disposiciones legales.	Constitución Política de la República. Leyes electores vigentes. Tratados internacionales firmados.
Actores involucrados	Instituto Nacional de Mujeres INAMU Diputadas Mujeres Políticas Organizaciones de la sociedad civil	Consejo Nacional de la Mujer CNM Encuentros Nacionales de Mujeres Red de Feministas Políticas. Diputadas Senadoras	Conselho Nacional dos Direitos da Mulher Secretaría de Estado dos direitos da Mulher Diarios nacionales
Órgano Electoral	Tribunal de Elecciones (facultado para exigir el cumplimiento de la ley y sancionar en caso contrario)	Cámara Nacional Electoral: faculta a CNM para cursar acciones legales en caso de incumplimiento de la ley	Tribunal Superior Eleitoral, no tiene facultades respecto de esta ley
Difusión de la ley a la ciudadanía	INAMU Tribunal de Elecciones	Organizaciones de la sociedad civil Documentos emitidos por el gobierno	No cuenta con mecanismos de difusión.

Fuente: Elaborado por las autoras

Se presenta, a modo ilustrativo el siguiente gráfico que representa la participación femenina en los Congresos a partir del año 1990. Dicho gráfico considera la evolución anual del porcentaje promedio de mujeres dentro del Poder Legislativo para cada país estudiado.



Fuente: Elaborado por las autoras

Dentro de los aspectos más destacables está el salto cuantitativo que se observa en Argentina entre los años 1993 y 1994, año en donde se inaugura la implementación de la ley de cuotas. Mientras que para el caso de Costa Rica, si bien la inserción del mecanismo de cuotas no marca un gran precedente en la incorporación de la mujer a través de los años, la proporción de estas en el Congreso, en general, sí crece sostenidamente. Ya entre los años 2001 y 2002, tanto para Argentina como para Costa Rica, se aprecia la consagración de la ley de cuotas, dado el crecimiento que es posible evidenciar en el gráfico, con un aumento porcentual de 23 puntos. En tanto Brasil, para su periodo de elecciones en el año 2003, la cantidad de mujeres dentro del Poder Legislativo no sufre grandes alteraciones, aumentado en tan solo 4 puntos porcentuales desde la implementación de las cuotas.

3.3 ¿Qué efectos positivos y negativos tiene la implementación de una ley de cuotas de género en una sistema político y social?¹⁰⁴

El mecanismo de cuotas de género supone un cambio en el ámbito político principalmente, pero es también una iniciativa que conlleva un cambio progresivo en el paradigma cultural, de esta forma, una ley de cuotas impacta primeramente en la representación política femenina y en las estructuras partidistas, pero a su vez este proceso de incorporación de las mujeres a la esfera pública y a la toma de decisiones legislativa tiene un efecto importante en la concepción cultural que se tiene del sexo femenino, esto es el estereotipo sociocultural y por añadidura el mundo laboral.

Así, y centrando el enfoque en la representación política, la inclusión del mecanismo podría hacer que se aborden temáticas que interesan a las mujeres, como la maternidad, las isapres, el sistema de pensiones, etc. Mientras que puede ocurrir también que las ideologías de los partidos políticos, en el acto legislativo se pueden ver favorecidas, porque las mujeres primeramente se rigen por estos.

Haciendo referencia a la estructura de los partidos políticos, incorporar a un mayor número de mujeres dentro de los colectivos permite abrir espacios directivos para estas, así como iniciar debates respecto de la preparación con la que cuentan las militantes. A pesar de esto, los partidos políticos pueden incluir a mujeres fácilmente elegibles, como “famosas” o mujeres que no están preparadas para ejercer un liderazgo político, y además estas pueden ser discriminadas por resultar electas con el nuevo sistema electoral proporcional.

¹⁰⁴ Estudio ex ante en base a entrevistas a académicas expertas en temáticas de género. Estudio completo en Tesis: *Ley de cuotas: un mecanismo para propender al equilibrio de género en el Congreso y en la sociedad chilena.*

Respecto del estereotipo sociocultural, se permitiría un cambio en el imaginario social sobre la percepción que tienen las personas del rol de la mujer, ya que esta sería capaz de llegar a distintas esferas públicas de la sociedad. No obstante, la creación de leyes y políticas públicas focalizadas para la mujer pueden terminar por calificarla como un “ser inferior” frente al hombre.

En cuanto al mundo laboral, la aplicación del mecanismo citado podría impactar en la apertura de espacios de participación laboral, en la creación de puestos de trabajo y en mejores condiciones laborales para las mujeres, esto a través de reformas que se generen en favor de ellas; lo que a su vez, podría fomentar en mayor medida el rol parental que tiene la mujer sobre sus hijos, no permitiendo la corresponsabilidad de roles.

Dicho lo anterior, se puede entonces demostrar la imperante necesidad de instaurar una ley de cuotas legislativa de género que permita abrir verdaderos y reales espacios para posibilitar la reivindicación sociocultural de la mujer, tanto para el caso de la esfera privada como de la pública. Esta última, en el sentido primeramente de la incorporación femenina al mercado laboral, pero a un mercado con reales posibilidades de autorrealización y que se ajuste a las necesidades de las mujeres de distintas clases sociales. Por otra parte, y una vez iniciada la mujer en el mundo laboral, esta debe ser capaz de ingresar a espacios de participación y propios de organizaciones de la sociedad civil, además de los partidos políticos, de tal manera que logre el empoderamiento tal como lo ha demostrado la evidencia de los países latinoamericanos como Costa Rica y Argentina, ya que solo así la mujer puede alzar la voz y unirse con otras, para enfrentar las dificultades y poner en la palestra las demandas ciudadanas propias de su género.

Por consiguiente, una vez que la mujer logra ser partícipe del proceso legislativo, entra en la arena política y en disputa por la defensa de los intereses de sus representados, principalmente de mujeres, se pone a prueba su capacidad política de líder, sus cualidades de negociación y su ímpetu por conseguir posicionar demandas que han estado estancadas u olvidadas por largos períodos; dando pie así para la reivindicación pública de la mujer al interior de la sociedad.

3.4 La cuota de género en Chile

Para el caso de Chile, la cuota de género se promulgó en el marco de la modificación al sistema electoral binominal y definió lo siguiente:

En la declaración de candidaturas de cada partido, haya o no pactado, ningún género podrá superar el 60% del total de candidaturas presentadas. La infracción a lo señalado precedentemente, en atención a lo dispuesto en el artículo 2º de la presente ley, acarreará el rechazo de todas las candidaturas del partido que no hayan cumplido con este requisito (Gobierno de Chile, 2014:5); esta medida tiene carácter transitorio, aplicable a las elecciones parlamentarias de los años 2017, 2021, 2025 y 2029. Además se agrega a esta reforma que en el caso de las declaraciones de candidaturas para la elección de Diputados y Senadores, los partidos políticos o los pactos electorales, podrán incluir para cada distrito o circunscripción hasta el doble de candidatos que corresponda elegir (Gobierno de Chile, 2014:5), esto reemplazando a la disposición que señalaba que los partidos podían presentar solamente dos candidatos por distrito o circunscripción (Gobierno de Chile, 2014).

Finalmente, y con el propósito de que las mujeres presentadas no sean meramente figurativas, es que se ha propuesto que los partidos políticos que logren candidatas electas recibirán una suma de 500 UF con el fundamento de reembolsar el financiamiento, la formación y capacitación de la candidata (Gobierno de Chile, 2014:5).

4. CONCLUSIONES

En síntesis, lo anterior posibilita vislumbrar que la baja participación femenina se encuentra condicionada primeramente, por el tímido ingreso de la mujer al mundo laboral, junto con la falta de educación cívica de la que carece la sociedad chilena y además, con la escasa noción y sensación de empoderamiento que tienen las mujeres en cuanto a su rol, el papel que cumplen en la sociedad y los problemas que les afectan. Esto último, rasgo distintivo de las mujeres costarricenses y argentinas, ya que estas han tenido por mucho tiempo una imagen potente dentro de la sociedad, generando incluso instancias extra partidistas para abogar por los temas que le conciernen a todas, ejemplo de ello fue la instauración del mecanismo de ley de cuotas legislativas, hecho que aumentó hasta el día de hoy considerablemente la participación femenina dentro de la política legislativa en cada uno de estos países.

Dicho aumento de participación femenina es, por consiguiente, un factor determinante para el establecimiento de la visión sociocultural de las mujeres en la sociedad tanto en Costa Rica como en Argentina, lo que se traduce en que “como se ve a la mujer, es como se le incluye en instancias de participación”; y esto a su vez se relaciona con la estructura de oportunidades que establece indirectamente cada país, y que condiciona el rol que cumplen los hombres y las mujeres dentro de la sociedad; donde por ejemplo, esta última se ve desfavorecida para el caso de Chile, de ahí su incorporación tardía y en pequeñas cuantías al mundo del trabajo, de las organizaciones, de la toma de decisiones y de la política.

Del mismo modo, y centrándose en el ámbito político, es que se puede establecer que la estructura de los partidos es también un factor relevante a la hora de explicar la baja tasa de participación femenina dentro del Poder Legislativo, pues es en estos colectivos donde recae la responsabilidad de representar a los ciudadanos; incluyendo tanto a minorías como a grupos que aún no han sido representados, como es el caso de las mujeres. Cabe mencionar que los partidos políticos a lo largo de su existencia, al menos en Chile, han estado compuestos por directivas netamente masculinas, por cuanto no se han interesado por incluir a la mujer, ni tampoco por generar instancias e iniciativas de participación política aun con el reducido número de mujeres que hay en este campo y, además, tampoco han tenido la voluntad de capacitarlas y prepararlas para futuras candidaturas. Así, en vez de permitirles formar parte de los colectivos, estos han preferido postular a candidatos que han sido históricamente electos y que resultan como una “carta segura” para acceder al poder. Todo esto, a pesar de las cuotas voluntarias adoptadas por algunos partidos políticos en Chile.

Son entonces estas estructuras político-partidistas las que impactan negativamente, en Chile, en la representación política de las personas y mayoritariamente de las mujeres, puesto que las personas no tienen confianza en los partidos políticos por la inexistencia de políticas públicas que respondan realmente a las demandas ciudadanas; lo que ha generado desinterés de la ciudadanía por formar parte de instancias de participación política, e incluso ha mermado la calidad de la democracia, considerando la notoria disminución del sufragio electoral chileno en el último tiempo.

A causa de lo recientemente señalado, es que la inserción de la medida de acción afirmativa “ley de cuotas de género legislativa” se transforma en un verdadero camino a seguir para la incorporación de la mujer en la esfera pública dentro del Poder Legislativo, de manera que sean las mujeres partícipes en la toma de decisiones, tanto de los problemas que le atañen directamente, como los que guardan relación con el acontecer general de la sociedad. Junto con esto, es importante mencionar que la ley de cuotas es un mecanismo estudiado y recomendado por organizaciones internacionales (como el PNUD, ONU Mujeres y el IPU) como parte de las iniciativas que deben adoptar los países a propósito de los Objetivos de desarrollo del Milenio, específicamente en el tópico de “Empoderamiento Femenino”.

A juicio de las autoras, la ley de cuotas de género legislativa es una medida apropiada para abrir espacios a la mujer en la esfera social, considerando que las cuotas voluntarias o de partidos no han sido incorporadas en todos y además no han mostrado un buen resultado, ya que las mujeres en Chile no han tenido un aumento significativo en cuanto a participación legislativa se refiere.

También a modo argumentativo, es posible defender que la ley de cuotas de género legislativa contribuye a restituir a las mujeres los derechos que le han sido negados por injusticias infundadas y de las cuales no tienen culpa. De igual forma, dicha ley busca asignar de forma equitativa y justa los bienes y recursos tanto sociales como políticos, no en la idea de reparar injusticias pasadas, sino porque se entiende que la mujer tiene el derecho a los recursos de la comunidad, en este caso de la toma de decisiones actualmente. Así mismo, se justifica la existencia de esta ley, puesto que permite maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto, ya que se asume que existe una mejor representación política y por cuanto, una mejor calidad de vida para las personas.

En efecto, la incorporación de una ley de cuotas de género, si está debidamente sancionada, cambiaría favorablemente el número de mujeres que ingresarían en el Poder Legislativo en Chile, esto porque como ya se vio, exige a los partidos políticos insertar mujeres en sus listas de candidatos y conjuntamente, les entrega un incentivo de tipo monetario por cada una de las mujeres electas, dicho monto asciende a 500 UF por concepto de financiamiento de candidaturas. Así, a pesar de que se elijan candidatas por medio de un incentivo económico, se estaría permitiendo un cambio primero en la estructura político-partidista, para luego generar un impacto en la representación política de las demandas femeninas. Todo lo que, aunque lento, posibilitaría modificar la visión del rol de la mujer en la sociedad, abriéndola a mejores espacios privados y a espacios públicos que hasta entonces le eran prácticamente inalcanzables por su difícil ingreso.

Los primeros espacios en el sentido de la corresponsabilidad de los roles, donde las labores domésticas recaigan no solamente en las mujeres, sino que los hombres se hagan partícipes del proceso y la crianza de los hijos, así como también de la mantención del hogar. Mientras que en la esfera pública, se hace necesario mejorar las condiciones laborales a las que se someten las mujeres, propiciando además, la participación de ellas en otras instancias como la participación social y política.

Por otra parte, y en cuanto a la inserción del proyecto de ley ya aprobado que modifica al sistema electoral vigente al año 2014, en relación a la ley de cuotas, es posible concluir que si esta no va acompañada de sanciones y de una institucionalidad que se preocupe de velar por el correcto cumplimiento de la ley, difícilmente va a generar los resultados esperados, ya que como se pudo revisar en la experiencia internacional latinoamericana, el común de los partidos se resiste a la incorporación de mujeres; por lo tanto, estos buscarán métodos de elusión de la política en cuestión, tal como ocurre en Brasil.

Ahora bien, en el caso de Chile, es posible que la ley de cuotas no tenga los resultados previstos, ya que según lo dispuesto en esta, no existe un órgano facultado directamente para hacer cumplir dicha ley, y además, como ahora los partidos políticos pueden presentar un mayor número de candidatos (pudiendo incluso duplicar los candidatos), no necesariamente las mujeres tendrán una real posibilidad de ser electas.

Pese a lo señalado, y a propósito de los incidentes que se produjeron con algunos políticos en el año 2015, respecto del financiamiento de sus campañas y los conflictos de interés comprometidos, es que el poder legislativo hoy se enfrenta a un cuestionamiento sobre el trabajo que ejercen algunos diputados y senadores en el proceso legislativo, y aún más en los niveles de representación que estos alcanzan. Esto considerando que, en definitiva, son las personas las que conceden su voto a algún personero político para que este los represente en la instancia legislativa, lo que lleva a la posibilidad de reflexionar sobre la capacidad con la que cuentan los políticos para hacerse cargo de los problemas de la ciudadanía y representar, en un

sentido riguroso, a su electorado. Es en ese entendido que la medida de acción afirmativa, en este caso la ley de cuotas legislativa, no será por sí sola un factor de cambio en el Congreso, pero puede ser un buen comienzo para instaurar espacios para aquellos que actualmente no se sienten representados, lo que puede hacer cambiar, en un proceso paulatino, la visión que tienen los ciudadanos sobre el Poder Legislativo y específicamente sobre los políticos.

5. RECOMENDACIONES PARA IMPLEMENTAR UNA LEY DE CUOTAS EFECTIVA¹⁰⁵

Proponer una ley de cuotas de género comprende una dimensión compleja de la sociedad, en el sentido de que se debe articular de manera conjunta con el marco jurídico, con una institucionalidad en particular, con el sistema político y con otras áreas del sistema público, relativas a los problemas que atañen a las mujeres y que no les permiten la verdadera autorrealización y desarrollo.

Por consiguiente, la presente recomendación guarda relación con la concreción de un proyecto de ley de cuotas, que no siendo una ley como tal, sí entrega las disposiciones generales de lo que comprende la ley de cuotas de género legislativa en sus reglamentaciones más específicas, para que esta pueda resultar efectiva. Esta construcción, surge a partir de la revisión de la ley de cuotas aprobada en el marco de la reforma al Sistema Binominal, en contraste con la legislación examinada en la experiencia internacional, buscando restituir derechos de participación social y pública para las mujeres. Por tanto, se propone lo siguiente:

Asumiendo que las elecciones parlamentarias se efectúan cada cuatro años en Chile para renovar a los congresistas, se propone una ley de cuotas de género legislativa que sea progresiva en un horizonte de veinte años y, por tanto, que se aumente el porcentaje mínimo exigido de candidatos por género cada cuatro años, debiendo presentar los partidos políticos en el inicio de la ejecución de la ley, un porcentaje no menor a 30% ni mayor a 70% de candidatos de cada género en sus listas electorales. Por lo que en cada período de elecciones parlamentarias, por los próximos cinco períodos, se debería aumentar la cuota progresivamente en un 4%, lo que se traduce en que para la quinta elección tanto de senadores como diputados, las cifras alcanzarían porcentajes más estrechos entre hombres y mujeres, logrando una proporción de un mínimo de 46% y un máximo de 54% para cada género en las listas de candidatos.

Además, y como los partidos políticos ahora pueden presentar en sus listas hasta un 150% de candidatos para los escaños vacantes, obligatoriamente deben cumplir la proporción de hombres y mujeres candidatos en sus listas que se ha establecido en esta ley de cuotas.

Por otra parte, para llevar a cabo el cumplimiento efectivo de esta ley, se recomienda instaurar sanciones pertinentes que obliguen y sometan a los partidos políticos a obedecer esta norma para hacerla parte de su orgánica. Es por esto que todas las listas de candidatos se encontrarán sujetas a evaluación y revisión, pudiendo incluso sancionar a aquellos colectivos con la no inscripción de sus listas, cuando no cumplan con los requisitos de porcentajes entre hombres y mujeres. Dicha labor será tarea del actual Tribunal Calificador de Elecciones, quien posee la facultad de fallar ante las reclamaciones interpuestas por los candidatos que hayan sido perjudicados en la constitución de las listas. Estas últimas serán inspeccionadas y rechazadas en los casos correspondientes por el Consejo del Servicio Electoral.

105 Propuesta diseñada en base a experiencia latinoamericana. Estudio completo en Tesis: Ley de cuotas: un mecanismo para propender al equilibrio de género en el Congreso y en la sociedad chilena.

Por último, se hace necesaria la creación de una nueva institucionalidad dependiente del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género, que se encargue de velar por los derechos de las mujeres y particularmente por los derechos políticos de las candidatas, preservando el respeto y evitando el acoso político.

Como nota final, se pretende establecer un incentivo económico transitorio de 300 UF por cada candidata electa al interior de los partidos políticos, por concepto de reembolso de financiamiento de la campaña política, y por la inversión realizada en el proceso de formación de ella. En el caso de las candidaturas de mujeres independientes, que resulten electas, estas tendrán derecho a reembolso por parte del Congreso Nacional de hasta 300 UF.

En particular y respecto del porcentaje estipulado de la cuota, se determinó considerando que este debe tener efectivamente un impacto en los partidos políticos, pero de forma paulatina; dándole tiempo a estos para que puedan formar y preparar a candidatas, de forma tal que estas se ganen su espacio dentro de la lista y posteriormente en el Congreso, y no por el solo hecho de instauración de la cuota. Por esta misma razón, es que se establece el aumento porcentual por cada período de elecciones de cuatro puntos, en la idea de generar, en las futuras elecciones, un mayor equilibrio político de género en las listas y que sea más factible en el sentido de que exista ahora, con la preparación y formación de mujeres, un mayor universo de candidatas elegibles.

Para el caso de la institucionalidad que ampara el proyecto de ley de cuotas propuesto, es menester aclarar que si bien en Chile existe un órgano facultado para revisar las listas de candidatos, a saber el Consejo del Servicio Electoral, este ahora, con la propuesta de ley, realza su rol y las potestades que tiene en relación a velar, supervisar y verificar el correcto cumplimiento de los porcentajes de cuotas, tanto para el caso de las evaluaciones previas a la presentación de listas, así como también, cuando las candidatas de manera independiente denuncian exclusión de las listas, una vez conformadas estas. En paralelo a esto, se encuentra la idea de crear un órgano dependiente del Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género que se encargue primeramente de hacer un seguimiento y monitorio a la política de ley de cuotas, para luego comprobar el cumplimiento de los derechos. Finalmente, será este mismo órgano quien podrá querellarse e iniciar un proceso judicial que abogue legalmente por los derechos de la mujer, esto por supuesto, en última instancia.

Por su parte, el incentivo económico propuesto tiene un carácter transitorio, dado que es una medida que puede acelerar el equilibrio de género, porque insta a los partidos políticos a proponer candidatas que tengan reales posibilidades de ser electas, presumiendo de buena fe que estos presentarán candidatas idóneas. Si bien este mecanismo es muy probable que proporcione los resultados esperados, las autoras no comparten el hecho de que se les deba entregar dinero a los partidos políticos por las mujeres que salgan electas.

No obstante, una vez señalado todo lo que antecede, las autoras creen que es realmente necesario vincular cada una de las disposiciones que se proponen en el proyecto de ley de cuotas al medio social y privado en el que están insertas las mujeres. Ya que una ley de cuotas de género legislativa por sí sola, pocos resultados positivos puede aportar, por cuanto se cree que hay materias fundamentales en las que se debe trabajar y estudiar. Por consiguiente es que se presentan a continuación los siguientes temas:

-Sería prudente establecer medios de información y difusión, tanto de la ley de cuotas como de la transparencia de los procesos políticos en lo que a listas de candidatos se refiere. Esto porque puede contribuir al control ciudadano y a fomentar el interés de las personas por formar parte de los procesos electorarios, de tal manera que se interesen realmente por quienes están votando así como por la composición de los partidos políticos, o que en definitiva resultaría positivo para contribuir a una mejor democracia.

-Regularización del financiamiento de las campañas políticas, en el sentido de recuperar la confianza de la ciudadanía, dado los últimos hechos ocurridos con algunos congresistas, que pone en tela de juicio su ejercicio al interior del Poder Legislativo, lo que ocasiona descontento y un sentimiento generalizado de que “todos los senadores y diputados son iguales”. De ahí la importancia de transparentar los dineros que se destinan a las campañas políticas y en especial los recursos que se disponen para las candidatas.

-Profundizar en propuestas respecto de políticas a favor de la participación femenina, esto es, fortalecer las organizaciones sociales de base, con el objetivo de que las mujeres se inserten en instancias de participación ciudadanas de fácil acceso y que les permitan abrirse paso en el tiempo con mayor confianza en espacios de participación de mayor magnitud. Así, las organizaciones de la sociedad, de gobierno local, de interés particular y las de beneficio colectivo como juntas de vecinos, centros de madres, agrupaciones juveniles, entre otros, funcionarían como una suerte de “escuela de futuras líderes sociales o políticas”, por lo que sería más fácil incluir mujeres en la estructura política de los partidos, ya que habría un mayor número de ellas preparadas para enfrentar la política.

En definitiva, los temas tratados representan retos en los cuales la sociedad debe ser constante a la hora de solucionar, y si bien es un trabajo complejo, la ley de cuotas de género legislativa viene a cambiar la visión de las mujeres, un salto pequeño, pero que realmente permite posicionar a la mujer dentro de la esfera privada y pública. De ahí la necesidad de articulación de la ley de cuotas de género legislativa con otras leyes y otras normas, para solucionar temáticas propias de las mujeres, y que a su vez se relacionan con los hombres, de tal forma que la mujer y el hombre sean valorados de la misma manera en la sociedad chilena.

Se hace pertinente solucionar algunas situaciones irregulares de la vida cotidiana a las que se enfrentan las mujeres, como por ejemplo, al contratar un plan de salud en las isapres, donde se les cobra una mayor cuota por su calidad de mujer “por estar ésta (sic) en riesgo de quedar embarazada”; en el sistema de pensiones, ya que tienen una mayor expectativa de vida, por tanto en comparación con los hombres, la jubilación es menor, o también puede ocurrir que han acumulado menos dinero en su fondo de pensión, a causa de la inactividad laboral producto de la crianza y el cuidado de los hijos; entre una serie de otros hechos en los que se ven envueltas las mujeres, lo que en definitiva las perjudica en la calidad de vida que estas pueden alcanzar.

Además, sería prudente trabajar en políticas públicas no focalizadas, en el sentido de que estas respondan a una verdadera igualdad, aplicándose transversalmente en la sociedad para que realmente puedan beneficiar a las mujeres en aspectos que no han sido regulados antes. Ejemplo de ello es el caso de la escolaridad femenina, el emprendimiento, la violencia contra las mujeres, el acoso callejero, junto con la creación de un mayor número de salas cunas y guarderías para toda clase de mujeres.

Por su parte, y respecto de la legislación laboral, temáticas como las extensas jornadas laborales, las significativas brechas salariales entre hombres y mujeres para un mismo trabajo, la subcontratación, las precarias condiciones en trabajos de temporada y la falta de regulación en trabajos de casas particulares, representan actualmente desafíos que deben solucionar las instituciones gubernamentales y los organismos públicos propios de cada materia, de tal forma que se les pueda entregar a las mujeres un respaldo legal y una mayor autonomía a la hora de ingresar y permanecer en el mercado laboral.

Por último, es preciso transitar hacia la corresponsabilidad de roles entre hombres y mujeres, en el sentido de que ambos puedan hacerse cargo de las tareas propias de la esfera privada, es decir, del hogar y de los hijos. Importante es que a los hombres se les entreguen las mismas facilidades que a las mujeres, por ejemplo, de jardines infantiles, o que se trabaje en la jornada laboral masculina, ya que no es posible que solo deban ser las mujeres, asumiendo que tienen menos horas de trabajo, quienes retiren a los hijos de las salas cunas o el colegio. Junto con esto, debe existir una regulación respecto del pre y posnatal masculino,

de manera que padres y madres sean vistos de igual forma al ingresar al mercado laboral, puesto que son ambos los que tienen la responsabilidad en igual medida del cuidado de los hijos y por tanto representan el mismo “riesgo” para las empresas.

Para lograr una verdadera igualdad de género, si bien deben crearse mejores oportunidades en varios aspectos para las mujeres, también deben crearse para los hombres, porque equilibrando los roles y permitiéndose ayudar entre hombres y mujeres, es la única manera de que la mujer pueda sentirse de cierta forma con una carga disminuida y con reales posibilidades de optar al mundo laboral, o mejor aún, al mundo de las organizaciones de la sociedad civil y a la participación política.

En suma, la tarea de insertar a la mujer en la participación política, como quedó demostrado, no recae solo en una ley de cuotas de género legislativa, sino que se trata de un trabajo en conjunto que requiere de la conjunción de diversos factores, y que le den la facilidad a las mujeres para sentirse con la confianza de poder abrirse a espacios públicos. Además, se necesita un cambio en la concepción cultural que se tiene de las mujeres, pero también de los hombres, porque se han asumido estereotipos de roles que realmente no reflejan la realidad social, y por tanto a las personas en la sociedad se les debe ayudar con iniciativas y oportunidades para facilitarles la vida. Del mismo modo, la educación cívica es una pieza fundamental de este proceso, ya que educar a las personas en materias propias de la participación social hará de los ciudadanos gente más informada, más crítica y más participativa, lo que genera una sociedad más enriquecida en términos políticos, con una necesidad de mejor representación y que se traduzca en una mejor democracia.

Finalmente, a modo de reflexión, como sociedad chilena aún queda mucho trabajo por hacer, en distintos ámbitos de la perspectiva social, la ley de cuotas es de gran ayuda para permitir cambiar en el imaginario social la visión que se tiene de las mujeres, puesto que solo estas, ingresando a la toma de decisiones legislativas, pueden hacer que más mujeres se sientan capaces y, además, que en las organizaciones, en los trabajos, por ejemplo, se le den efectivas instancias de participación a las mujeres, tal como ha sido para los hombres a lo largo de la vida.

REFERENCIAS

- Martínez Artola, M. (2008). *Acfilosofía*. Recuperado el 30 de septiembre de 2014, de <http://www.acfilosofia.org/index.php/materialesmn/ellas/233-historia-de-las-mujeres>
- Biblioteca del Congreso Nacional (2012). *Minuta: Algunos antecedentes históricos sobre la incorporación de la mujer a la Política en Chile*. Santiago: BCN.
- Gobierno de Chile. (2014). *Proyecto de ley que modifica el Sistema Electoral*.
- Ríos, M. (2008). *Mujer y Política, el impacto de las cuotas de género en América Latina*. Santiago: Catalonia.
- Ríos Tobar, M. (2006). *Cuotas de Género: Democracia y Participación*. Santiago: FLACSO.
- Perrot, M. (2006). *Mi historia de las mujeres*. París, Éditions du Seuil.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2010). *Desarrollo Humano en Chile. Género los desafíos de la igualdad*. Santiago: PNUD Ediciones.
- Sodaro, M. (2010). *Política y Ciencia Política. Una introducción*. Madrid, The Mc Graw-Hill.
- Bardají, G. (2010). *La representación política en disputa. Marco conceptual para el análisis de los sistemas electorales con perspectiva de género*. Madrid, ONU Mujeres.
- Verdugo Marinkovic, M., & García Barzelatto, A. M. (1988). *Manual de Derecho Político Tomo 1*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Biblioteca del Congreso Nacional. (s.f.). Recuperado el 22 de noviembre de 2014, de <http://www.bcn.cl/ecivica/poderestado>
- República de Chile (2010). *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago, Lex Editores.
- Guzman, E. (1993). *Centro de Estudios Públicos*. Recuperado el 27 de noviembre de 2014, de www.cep.cl/dms/archivo_1317_1342/r51_guzman.pdf
- FLACSO Chile (2006). *Cuotas de Género: Democracia y Representación*. Santiago, FLACSO.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL CONGRESO NACIONAL: CASO DEL PROYECTO BOLETÍN 9366 O DE INCLUSIÓN

Felipe Augusto Durán Martínez¹⁰⁶

SUMARIO

1. Antecedentes, 2. Objetivo general, 3. Metodología, 4. Pregunta de Investigación, 5. Hipótesis, 6. Resultados, 7. Discusión, 8. Conclusiones

RESUMEN

El presente artículo analiza un proyecto de ley en particular tramitado el año pasado y que a la fecha se encuentra publicado como ley de la República (Ley N° 20.845). Su relevancia mediática y manifestaciones sociales a favor y en contra despertaron el interés por investigar si en lo institucional se veía reflejada esa participación ciudadana observada en las calles y en qué medida el proyecto boletín 9366, llamado “de inclusión”, representa un buen caso de análisis en relación al espacio democrático que representa el Congreso Nacional. Los resultados se han conseguido gracias a la metodología de índice de actividad político-legislativa.

Citizen participation on the National Congress: Case of the project bulletin 9366 or of inclusion

ABSTRACT

This article discusses a bill in particular, passed last year and to date published as Republic Act (Law Nr. 20.845). The media attention and social demonstrations, both in favor and against, aroused the interest to investigate if - in the institutional field - this civic participation observed on the streets was reflected and to what extent he project bulletin 9366, called “of inclusion”, constitutes a good case of analysis in relation to the democratic space which represent the National Congress. The results have been achieved thanks to the politic-legislative activity index methodology.

¹⁰⁶ Cientista Político y Organizacional, Universidad Tecnológica Metropolitana. Estudiante Magister en Ciencia Política, Universidad Tecnológica Metropolitana. Asesor Externo Congreso Nacional de Chile.

1. ANTECEDENTES

En cuanto a informes o estudios de participación ciudadana en instancias como el Congreso Nacional, se ha podido identificar el informe del PNUD de Auditoría a la Democracia (2013) y el informe del Observatorio Parlamentario (2011).

El informe “Auditoría a la democracia, más y mejor democracia para un Chile inclusivo” señala en su capítulo 3.2 “Rol del Congreso en democracia”, los aspectos relacionados con el marco legal que rige el funcionamiento de la entidad, sus principales funciones, características y descripción del proceso legislativo, además de su relación con otros poderes del Estado y sus capacidades de fiscalización y convocatoria a la ciudadanía en los temas que le ocupan.

Recuerda el informe PNUD que la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (LOC) 18.918 establece la posibilidad de que los mismos parlamentarios en reunión puedan determinar a quiénes invitan a las sesiones de comisión. Señala también que “Si en el 2008 el número de invitados externos a discusiones en trabajo de comisiones de la Cámara de Diputados fue de 913, ya en 2013 la cifra aumentó a 2670” (PNUD, 2013). Es decir, llevándolo a porcentaje, se tiene que la participación de invitados externos se incrementó en un 292% el año quinto, respecto al año inicial del registro citado.

A su vez, el mismo informe PNUD cita el estudio dado a conocer por el Observatorio Parlamentario, que coordina la Corporación Humanas, respecto de la participación ciudadana en el Congreso Nacional. Si bien este estudio está más focalizado en los derechos humanos y democracia, tiene un apartado especial denominado “Participación de la sociedad civil en el debate legislativo”, que también resulta pertinente para este trabajo.

La presentación de dicho informe se realizó el 13 de abril 2012 en el Salón de los Presidentes, en el Senado de la República, sede Santiago. Asistieron las autoridades de entonces, el Vicepresidente del Senado, Alejandro Navarro; el primer vicepresidente de la Cámara de Diputados, Carlos Recondo, y el coordinador de la división de estudios de la Secretaría General de la Presidencia, Claudio Oliva, quienes además comentaron la publicación. A continuación y en relación con el tema que convoca este artículo, se resumen dos ideas centrales:

a) Señala el informe como deficiencia en la participación ciudadana, el hecho de que no existe la iniciativa popular de ley, para este trabajo se ha revisado que están archivados los dos proyectos de ley que la proponen (ambas mociones). El boletín 7916 fue archivado según informa el estado general en el sitio de

la Cámara de Diputados, pero revisando los hitos del proyecto, se observa que en sesión del 07 de enero de 2015, el Senado acordó desarchivarlo¹⁰⁷, aunque no se pudo identificar en qué comisión se encuentra en la actualidad. El boletín 3663 se encuentra archivado desde el 18 de julio de 2007¹⁰⁸.

b) Indica, además, que la ciudadanía prácticamente no tiene instancias reales de influir en las decisiones políticas, sin embargo, recuerda la excepción que se contempla tanto en el artículo 22 de la LOC del Congreso Nacional como en el Reglamento interno de la Cámara de Diputados. Este estudio del Observatorio Parlamentario lo destaca como una materia interesante; poder evaluar la participación de organizaciones de la sociedad civil en los debates del conjunto de comisiones.

METODOLOGÍA ESTUDIO OBSERVATORIO PARLAMENTARIO

La metodología del estudio en referencia consistió en revisar informes de las comisiones, todas las de trabajo permanente, incluyendo Senado y Cámara, durante el período que corresponde al año 2011 (desde el 11 de marzo de 2011 al 10 de marzo de 2012), entendiendo que cada informe se refiere a un proyecto de ley. Esos informes se separaron entre aquellos que mencionaron participación ciudadana y aquellos que no.

Además de entregar las cifras de número o cantidad de visitas recibidas por comisión en cada Cámara y los totales, al punto de poder establecer un porcentaje de visitas de personas y organizaciones (sociedad civil), ese año o período legislativo el estudio detalla y propone una clasificación según la naturaleza de las organizaciones que participaron. Para efectos de ejemplo, se presentarán solo los cuadros referidos a la Cámara de Diputados.

En primer lugar, se reproduce el cuadro de participación de la sociedad civil ante las comisiones permanentes de trabajo, Cámara de Diputados 2011¹⁰⁹:

COMISIÓN	OPORTUNIDADES RECIBIDAS
Agricultura, silvicultura y desarrollo rural	12
Ciencia y tecnología	12
Constitución, legislación y justicia	35
Cultura y las artes	3
Defensa nacional	0
Derechos humanos, nacionalidad y ciudadanía	2
Economía, fomento y desarrollo	3
Educación, deportes y recreación	10
Familia	11
Gobierno interior y regionalización	7
Hacienda	48
Micro, pequeña y mediana empresa	1

¹⁰⁷ http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8312&prmBL=7916-07

¹⁰⁸ http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=4054&prmBL=3663-07

¹⁰⁹ Informe Observatorio Parlamentario Corporación Humanas, edición 2011

Minería y energía	25
Obras públicas, transporte y telecomunicaciones	2
Pesca, acuicultura e intereses marítimos	36
Recursos naturales, bienes nacionales y medio ambiente	0
Relaciones Ext., asuntos parlamentarios e integración Latino A.	3
Salud	16
Seguridad ciudadana y drogas	2
Superación de la pobreza, planificación y desarrollo social	6
Trabajo y seguridad social	16
Vivienda y desarrollo urbano	0
Zonas extremas	9
TOTAL	272

Segundo cuadro clasificatorio sobre asistencia de Cuadro N°1, según tipo de organización¹¹⁰:

Cuadro N° 2. Clasificación de organizaciones en audiencias de comisión, Cámara de Diputados.

ORGANIZACIONES	OPORTUNIDADES RECIBIDAS
Empresas y organizaciones gremiales empresariales	65
Organizaciones de trabajadores	61
Gremios o colegios profesionales	8
Universidades, centros académicos universitarios, institutos de formación técnico profesional	46
Think tank	10
Organizaciones no gubernamentales (ONG)	13
Organizaciones sociales y defensa de derechos	24
Partidos políticos	0
Organizaciones de defensa y voluntariado	4
Organizaciones y entidades religiosas	0
Expertos individuales	5
Otros	36
TOTAL	272

Aplicando la metodología del estudio del Observatorio Parlamentario de Humanas determinó que en la Cámara de Diputados el 38% de los informes de comisiones permanentes da cuenta de la participación de organizaciones de la sociedad civil. En el Senado alcanzó un 44%. Esto lo señala también el informe del PNUD, vale decir, el 62% restante de los informes, en el caso de la Cámara, no reporta participación ciudadana, solo trabajan los parlamentarios y el Poder Ejecutivo.

¹¹⁰ Informe Observatorio Parlamentario (2011). Corporación Humanas.

Recogiendo el aporte de los informes del PNUD y el Observatorio Parlamentario, este estudio se propone, por una parte, ampliar las variables del proceso legislativo a estudiar y, por otra, reducir el ámbito de trabajo, esto es, agregar variables además de la participación ciudadana y restringir el seguimiento a un proyecto de ley específico.

2. OBJETIVO GENERAL

Determinar el porcentaje de participación ciudadana en el proyecto boletín 9366 que “Regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado” (o de inclusión) en relación a otros actores del proceso.

3. METODOLOGÍA

La metodología a emplear se denomina “Índice de actividad político-legislativa (IAPL)” y es aplicada a proyectos de ley, no a comisiones. Consiste, a grandes rasgos, en registrar la actividad política separadamente en cuatro variables independientes: ejecutiva, parlamentaria, ciudadana e institucional. La variable dependiente entonces es la que los autores denominan “Producción Legislativa” y que para esta metodología IAPL corresponde a un proyecto de ley, sea que esté en proceso, estancado o haya terminado su tramitación. A su vez, se define actividad política como “El conjunto de acciones individuales o colectivas que tengan participación en el proceso legislativo en alguna de sus etapas, ya sea como proyecto o ley”¹¹¹.

En el Cuadro N°3, se presenta una clasificación del conjunto de acciones individuales y colectivas que se menciona en las cuatro variables independientes. Esta clasificación es por la naturaleza de las acciones y sus autores. Resulta adecuado considerar que una iniciativa del ejecutivo es pertinente incluirla dentro de la variable ejecutiva y así sucesivamente.

Se plantean cuatro variables y no tres o cinco, luego de examinar detenidamente el origen de los elementos intervinientes en el debate parlamentario. Se estima que plantearlo así podría ajustarse de manera satisfactoria a la realidad, al menos en el Congreso Nacional chileno.

Cuadro N°3: Clasificación de actividad política según variables en el proceso legislativo:

TIPO DE VARIABLE	ACTIVIDAD POLÍTICA
Ejecutiva	Mensaje de ley, boletín de indicaciones, participación de ministros, subsecretarios, asesores y otras autoridades, mensajes de urgencia, veto, entre otros.
Parlamentaria ¹	Presentación de mociones, trabajo de comisiones permanentes, trabajo de sala, presentación de indicaciones, informes, oficios, etc.
Ciudadana	Participación de organizaciones e individuos en los debates de comisión.
Institucional	Participación en los debates de comisión de personeros (o mediante oficios) pertenecientes a instituciones que ostentan poder: Corte Suprema, Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional, Fuerzas Armadas, Consejo de Defensa del Estado u otros.

¹ Para este estudio, en esta variable se excluyen las funciones parlamentarias de fiscalización y representación. Por ese motivo se plantea como “actividad político-legislativa” y no en general como “actividad política”.

¹¹¹ Revista Estudios Políticos y Estratégicos, artículo “Estudiando proyectos de ley en el parlamento chileno, una propuesta de índice para medir actividad político-legislativa”, Volumen N°2/2, Ediciones UTEM.

De esta manera, el estudio queda extendido a tres actores más respecto del análisis anterior.

Esta clasificación se aplica a las dos cámaras y permite el registro de participación en una planilla Excel con el dígito “1” cada vez que se constata en base a fuentes escritas oficiales de la Corporación Congreso Nacional, por ejemplo: el acta de debate si es la Cámara de Diputados, o informe de comisión si es en el Senado¹¹², la acción que se realiza dentro del proceso.

Así se va enlistando hito por hito del proyecto la participación, con dígitos, agrupada en las cuatro variables si corresponde, ya que cabe hacer la salvedad de que no todos los proyectos de ley incluyen o cuentan con la presencia de actores de esas cuatro variables, hay otros en que solamente participan el Ejecutivo y el Parlamento.

Luego del registro, se suma por medio de la planilla Excel la totalidad de dígitos y de esa forma se obtiene el puntaje total de actividad político-legislativa. Con ese puntaje como denominador y el número total de hitos de avance al momento del análisis se puede obtener el IAPL. Solo basta aplicar la fórmula de IAPL (Durán, 2014) que se presenta a continuación:

$$IAPL = \frac{PAPL}{H}$$

Donde,

IAPL = Índice de actividad político-legislativa

PAPL = Puntaje de actividad político-legislativa

H = Número total de hitos

Tal como señala Durán (2014), “Cada proyecto tiene su historia, su vida y al menos hasta aquí, es posible rotularlo con su propio índice de actividad político-legislativa (IAPL) sin necesidad de clasificar aspectos como el origen, si es moción o mensaje presidencial, si está estancado o avanzando, si tiene o no patrocinio del ejecutivo, si es de interés local o nacional”.

Una vez que se determina el índice de actividad político-legislativa (IAPL), puede también obtenerse el porcentaje de participación de variables en un proyecto.

3.1 El proyecto específico

El proyecto boletín 9366, “Regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado”, posteriormente llamado “de inclusión”, se inició al debate en el 3 de junio de 2014 y a la fecha de redacción del presente artículo está en trámite de aprobación presidencial. El último hito señalado en la página web oficial¹¹³ data del 7 de abril de 2015 y corresponde a la cuenta en la 9° sesión de sala de la Cámara de Diputados de dos oficios enviados por el Tribunal Constitucional.

¹¹² Se hace la diferencia, porque en las comisiones del Senado a la fecha no es posible acceder a las actas, solo informes.

¹¹³ www.camara.cl

Algunas consideraciones que hacen este proyecto interesante de estudiar, son las siguientes:

3.1.1 Repercusión mediática: en todas las redes sociales, medios masivos y alternativos de prensa, física y electrónica se comentó este proyecto mientras se discutía el año 2014 por la polémica que generó.

3.1.2 Manifestaciones públicas: de actores ciudadanos involucrados o afectados directamente por el proyecto, como marchas estudiantiles, de profesores, trabajadores de la educación, sostenedores y apoderados. Ejemplo de esto fue la marcha del 25 de octubre de 2014 que convocó a 50 mil personas en Santiago, según sus organizadores, la Confepa (Confederación de padres de colegios subvencionados), por un lado, y una de las varias marchas estudiantiles para presionar sobre la Reforma Educacional, el 21 de agosto de 2014.

3.1.3 Importancia política: es parte del programa del segundo gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet y considerado eje de la Reforma. El Ministro de Educación Nicolás Eyzaguirre se refirió al presentar el proyecto en la 13° sesión de la Comisión de Educación del 3 de junio de 2014, como el “Primer tramo de lo que la Presidenta Bachelet ha llamado la gran reforma en educación”.

4. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

Si bien en las calles se manifestó gente a favor y en contra de este proyecto de ley el año 2014, ¿cuánta de esa participación se canalizó también por la vía institucional, en este caso, el Congreso Nacional?

5. HIPÓTESIS

El proyecto boletín 9366 concentró una alta participación de la variable ciudadana, en relación a las variables ejecutiva, parlamentaria e institucional.

6. RESULTADOS

El orden consiste primero en los resultados concretos en 6.1, luego una explicación acotada de cómo opera la fórmula IAPL con la planilla auxiliar de Excel en 6.2, y en tercer lugar un desarrollo más detallado del proceso completo, incluyendo la cuantificación de las acciones políticas con una sigla para cada variable (VE, VP, VC y VI), agregando a la sigla el dígito 1 o superior si es que la acción tiene más de un(a) participante, en 6.3.

6.1 Síntesis

Los resultados obtenidos aplicando esta metodología en planilla Excel son los siguientes:

IAPL= 2,78

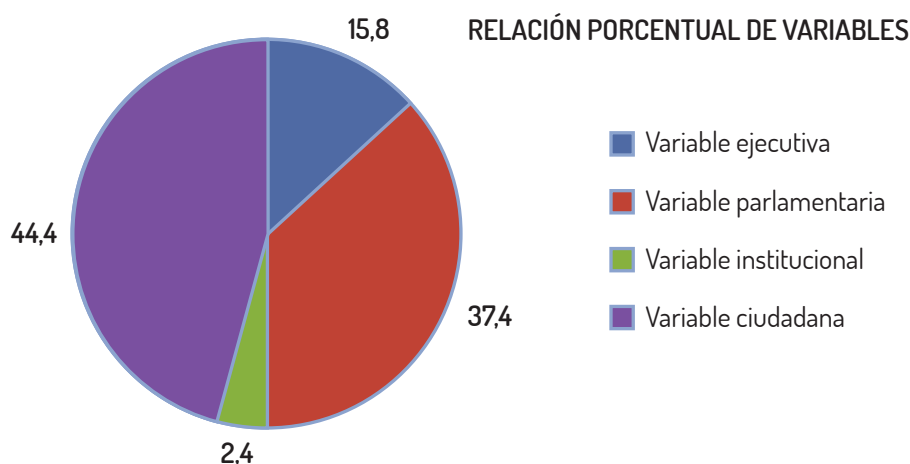
Calificado como muy alto

Rangos:			
1-1,49 bajo	1,5-1,99 medio	2-2,49 alto	> 2,5 muy alto

Porcentajes de participación de actores por variable:

	Porcentaje	Sumatoria
Variable ejecutiva	15,8	47
Variable parlamentaria	37,4	111
Variable institucional	2,4	7
Variable ciudadana	44,4	132
		297
Número hitos totales proyecto	105	
Puntaje total de actividad política (PAPL)	297	
índice de actividad política (IAPL)	2,83	

Gráficamente:



6.2 Procedimiento de cálculo

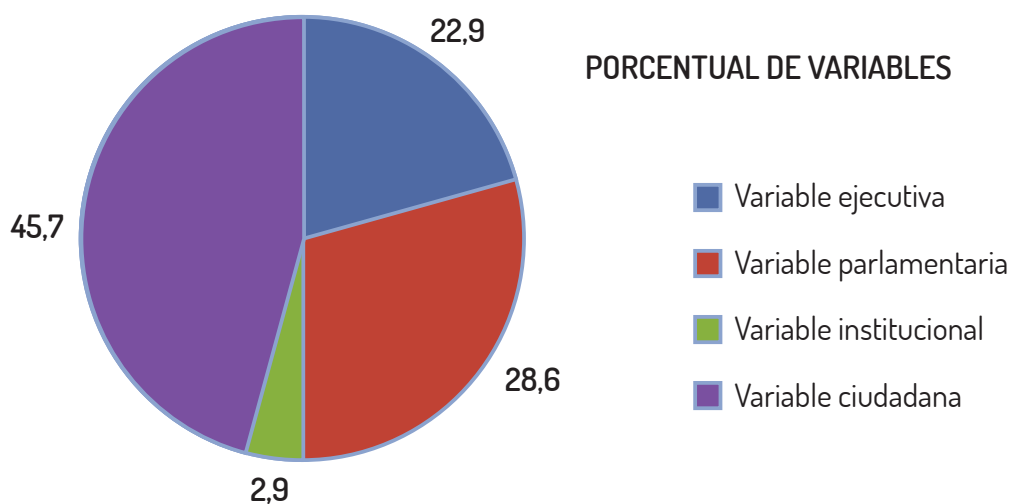
A continuación se presenta un ejemplo de cómo se calcula el IAPL y se obtiene el porcentaje de participación de cada variable. Por razones de espacio, no resultaba práctico incluir el desarrollo completo en el artículo, por esto, se ha hecho un cálculo para los primeros diez hitos de avance del proyecto estudiado, como muestra. Recuérdese que a la fecha de redacción de este artículo (30 de abril de 2015), lleva un total de ciento cinco hitos.

Ejemplo:

ETAPA	HITO	SUB ETAPA	FECHA	SESION	USI	M	MI	SUB	AMI	CEC	SC	MUN	GRE
1º T/C C	1	Ingreso a Cámara de Diputados msj 130/362	03.06.14	s/n		1							
1º T/C C	2	Cuenta proyecto, pasa a CEC y cuenta mensaje Usi	03.06.14	28º/C	1						2		
1º T/C C	3	1º sesión de estudio en CEC, asiste Ministro	03.06.14	13º/CEC			1			1			
1º T/C C	4	2º sesión de estudio en CEC, asisten Ministro y asesores	09.06.14	14º/CEC			1		1	1			
1º T/C C	5	3º sesión estudio en CEC, asisten invitados ciudadanos	10.06.14	15º/CEC						1			5
1º T/C C	6	4º sesión estudio en CEC, asisten invitados ciudadanos	16.06.14	17º/CEC						1			3
1º T/C C	7	5º sesión estudio en CEC, asisten invitados ciudadanos	17.06.14	18º/CEC				1		1		1	3
1º T/C C	8	6º sesión estudio en CEC, asisten invitados ciudadanos	30.06.14	19º/CEC						1			3
1º T/C C	9	7º sesión estudio en CEC, asisten invitados ciudadanos	30.06.14	20º/CEC				1		1			2
1º T/C C	10	Cuenta mensaje 207/362 U Simple	01.07.14	38º/C	1						1		
					2	1	2	2	1	7	3	1	16
			porcentaje	sumatoria									
		Variable ejecutiva	22,9	8									
		Variable parlamentaria	28,6	10									
		Variable institucional	2,9	1									
		Variable ciudadana	45,7	16									
		Totales	100,0	35									

Número hitos totales avance proyecto	10
Puntaje total de actividad política (PAPL)	35
índice de actividad política (IAPL)	3,5

$$IAPL = \frac{PAPL}{H}$$



SIMBOLOGÍA:

USi: Urgencia simple
M: Mensaje presidencial
Mi: Ministro
Sub: Subsecretaria
AMi: Asesor Ministerio
CEC: Comisión Educación Cámara
SC: Sala Cámara
Mun: Municipio
Gre: Gremio

6.3 Referencia detallada del avance del proyecto

Primer trámite constitucional, Cámara de Diputados

Hito 1: se ingresa proyecto mediante mensaje presidencial N°130/362 (VE 1) con fecha 03.06.14.

Hito 2: en la 28° sesión de sala del mismo día 3, se da cuenta de dos asuntos (VP 2): Proyecto Mensaje N° 130/362 y del Mensaje N°151/362 con urgencia simple (VE 1). El proyecto pasa a la Comisión de Educación, Deportes y Recreación de la Cámara (en adelante, CEC). La cuenta es una toma de razón o toma de conciencia por parte de la sala de que hay información por trabajar. En este hito se contabilizan dos cuentas, porque

los parlamentarios y parlamentarias acusan recibo de que está el proyecto ingresado y de la urgencia enviada por el Ejecutivo. Se contabiliza para la variable ejecutiva solo la urgencia, simple en este caso, porque el proyecto si bien es de esta misma naturaleza, ya se ha contado en el primer hito con dígito (1).

Hito 3: en la 13° sesión de CEC (VP 1), mismo día 3, interviene el Ministro de Educación (VE 1), Nicolás Eyzaguirre, quien llega acompañado de asesores y la Subsecretaria Valentina Quiroga. Solo se contabiliza al Ministro, porque sus acompañantes, en esta sesión, no hacen uso de la palabra. La CEC suma 1 a la variable parlamentaria por la acción de reunirse, escuchar, consultar y opinar sobre el proyecto, acción que es la habitual para este trabajo de comisiones.

Hito 4: en la 14° sesión de CEC (VP 1), día 9 de junio, interviene el Ministro de Educación (VE 1), Nicolás Eyzaguirre, y también lo hace la Subsecretaria Valentina Quiroga (VE 1).

Hito 5: en la 15° sesión de CEC (VP 1), día 10 de junio, es la primera audiencia para invitados ciudadanos. Todos se clasifican con la sigla y dígito. Intervienen: Guido Crino Tassara, Vicepresidente FIDE (Federación de Instituciones de Educación Particular) (VC 1); Rodrigo Díaz Ahumada, abogado FIDE (VC 1); Giovanna Salinas, Representante del Consejo Nacional de Trabajadores de la CUT (VC 1); Carlos Gómez, Presidente Federación Nacional de Académicos Universidades de Chile (VC 1); Mario Vega, Vicerrector del Instituto Nacional (VC 1); Valentina Quiroga, Subsecretaria de Educación (VE 1).

Como comentario adicional, el diputado Presidente de la Comisión, Juan Venegas, informó que se ha organizado con la Secretaría un plan de trabajo para coordinar las invitaciones a ciudadanos ya que son cuantiosas.

Hito 6: en la 17° sesión de CEC (VP 1), 16 de junio, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Andrés Carter Pereira, Presidente RED de colegios particulares subvencionados del BÍO BÍO (VC 1); Mario Waissbluth, Presidente Fundación 2020 (VC 1) y Jorge Acosta, Director Ejecutivo RES PÚBLICA (VC 1).

Hito 7: en la 18° sesión de CEC (VP 1), día 17 de junio, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Gonzalo Navarrete, Presidente Comisión de Educación de la Asociación Chilena de Municipalidades (VI 1), en este caso, se considera variable institucional, porque las municipalidades poseen poder; Rodrigo Herrera, Presidente Colegios Particulares de Chile, CONACEP (VC 1); Eduardo Escalona, Asesor legal CONACEP (VC 1); Rosana Sprovera, Gerenta General Corporación de la Cámara Chilena de la Construcción (VC 1), y Valentina Quiroga, Subsecretaria de Educación (VE 1).

Hito 8: En la 19° sesión de CEC (VP 1), día 30 de Junio, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Cristian Bellei, investigador CIAE (VC 1); Carlos Beca Infante, UNESCO (VC 1), y Tomas Ariztía Correa, Educación APTUS Chile (VC 1).

Hito 9: en la 20° sesión de CEC (VP 1), día 30 de junio en la tarde, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Patricia Matte, Libertad y Desarrollo (VC 1); Raúl Figueroa, Director Ejecutivo Acción Educar (VC 1), y Valentina Quiroga, Subsecretaria de Educación (VE 1).

Hito 10: en la 38° sesión de sala, 1 de julio, se da cuenta (VP 1) del Mensaje N°207/362 urgencia simple (VE 1).

Hito 11: en la 21° sesión de CEC (VP 1), día 1 de julio, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Christian Finsterbusch, Subdirector SENADIS (VE 1); Wilson Rojas, Asesor SENADIS (VE 1); Fernando Atria, Profesor Facultad de Derecho U. de Chile (VC 1), y Valentina Quiroga, Subsecretaria de Educación (VE 1).

Hito 12: en la 22° sesión de CEC (VP 1), día 7 de julio en la mañana, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Rodrigo Bosch, Profesor Universidad de Los Andes (VC 1).

Hito 13: en la 23° sesión de CEC (VP 1), día 7 de julio en la tarde, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Alejandra Mizala, Centro de investigación en educación U. de Chile (VC 1) y Gregory Elacqua, Académico Instituto de Políticas Públicas U. Diego Portales (VC 1).

Hito 14: en la 24° sesión de CEC (VP 1), día 8 de julio, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: José Francisco García, Profesor Derecho Constitucional UC (VC 1)

Juan Carlos Ferrada, Profesor Derecho Administrativo UV (VC 1) y Valentina Quiroga, Subsecretaria de Educación (VE 1).

Hito 15: en la 25° sesión de CEC (VP 1), día 14 de julio, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Vladimir Homel, Sociedad educacional Homel Ltda. (VC 1); Érika Muñoz Bravo, Presidenta de CONFEP (VC 1); María Cristina Barahona, Escuela Francisco Ramírez, San Ramón (VC 1), y Francesco Campora, Abogado Asesor Escuela Francisco Ramírez, San Ramón (VC 1).

Hito 16: en la 26° sesión de CEC (VP 1), día 15 de julio, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Francisco De la Maza, Alcalde Municipalidad Las Condes (VI 1); Harald Beyer, Director Centro de Estudios Públicos (VC 1), y Valentina Quiroga, Subsecretaria de Educación (VE 1).

Hito 17: en la 27° sesión de CEC (VP 1), día 21 de julio en la mañana, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Luis Riveros, ex Rector U. de Chile (VC 1); Jaime Gajardo, Presidente Colegio de Profesores (VC 1), y el Subdirector Ejecutivo Corporación Horizontal Chile, Ignacio Parot (VC 1).

Hito 18: En la 28° sesión de CEC (VP 1), día 21 de julio en la tarde, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: María Paz Arzola, Investigadora Instituto Libertad y Desarrollo (VC 1); Alejandra Candia Díaz, Directora área social Instituto Libertad y Desarrollo (VC 1); Eduardo Fernández, Vicario educación Obispado Valparaíso (VC 1); Tomás Scherz, Vicario educación Arzobispado Santiago (VC 1); María Isabel Castrillo, Abogada Obispado (VC 1); Jorge Sequeira, Director Oficina Regional Educación UNESCO (VC 1), y Paz Portales, Coordinadora Programa Regional de Educación UNESCO (VC 1).

Hito 19: en la 29° sesión de CEC (VP 1), día 22 de julio, continúan audiencias para invitados ciudadanos. Intervienen: Gloria Véliz Berríos, Presidenta Asociación Sostenedores Escuelas Especiales de Lenguaje (VC 1), cabe mencionar que agradece el espacio en la comisión, quejándose de que no se ha dado en las instancias ministeriales; Manuel Lara Álvarez, abogado Asociación Sostenedores de Escuelas Especiales de Lenguaje (VC 1); Roberto Gálvez Bugueño, Asoc. Gremial Colegios particulares subvencionados de Los Lagos (VC 1); Felipe Gálvez Calderón, ídem (VC 1), y Misleya Vergara, Asesora Ministerio de Educación (VE 1).

Hito 20: en la 49° sesión de sala (VP 1), día 23 de julio, se da cuenta Mensaje N°308/362 urgencia simple (VE1).

Hito 21: sesiona la 30° CEC día 04 de Agosto con invitados. (VP 1). Intervienen: Benito Baranda, Presidente ejecutivo internacional Fundación América Solidaria. (VC 1); Pablo Ortúzar, Instituto de estudios de la sociedad. (VC 1); Oscar Nail, Decano Facultad de Educación, U. de Concepción (VC 1), y Valentina Quiroga. Subsecretaria de educación. (VE 1).

Hito 22: sesiona la 31° CEC, mismo día 4 con invitados. (VP 1). Intervienen: Naschla Aburman, CONFEC (VC 1); Melissa Sepúlveda, CONFEC (VC 1); Ricardo Paredes, CONES (VC 1), y Tomas Leighton, CONES (VC 1).

Hito 23: sesiona la 32° CEC, día 5 de agosto, con invitados. (VP 1). Intervienen: Nicolás Eyzaguirre, Ministro de Educación (VE 1) y Valentina Quiroga, Subsecretaria de educación (VE 1).

Hito 24: sesiona la 33° CEC, día 11 de agosto, con invitados (VP 1). Intervienen: Mariana Aylwin, ex Ministra de Educación y Sostenedora de Colegios (VC 1); Sergio Urzúa, Profesor U. de Maryland (VC 1); Jorge Barrera, Asesor Legislativo Fundación Jaime Guzmán (VC 1), y Andrés Palma, Coordinador Reforma Educacional (VE 1).

Hito 25: sesiona la 34° CEC, día 11 de agosto en la tarde, con invitados (VP 1). Intervienen: Dafne Concha, Presidenta CORPADE (VC 1); Ximena Torres, Fundación “Astoreca” (VC 1); Bárbara Eyzaguirre, Asesora Fundación “Astoreca” (VC 1), y Arsenio Fernández, Gerente General SNA Educa (VC 1).

Hito 26: sesiona la 35° CEC, día 12 de agosto, con invitados. (VP 1). Intervienen: Julio Pertuzé, Profesor Escuela de Ingeniería UC (VC 1); Hai Kyung, UNICEF (VC 1); Daniel Contreras, UNICEF (VC 1); Fernando Montes, Rector UAH (VC 1), y Juan Eduardo García-Huidobro (VC 1).

Hito 27: sesiona la 36° CEC, día 18 de agosto, con invitados. (VP 1). Intervienen: Emiliano Soto, Mesa Iglesias Evangélica (VC 1); Milton Alaña, Presidente Corporación Anglicana (VC 1); Tomás Recart, Director Ejecutivo “Enseña Chile” (VC 1); Jaime Lavado, Presidente Corporación de promoción universitaria CPU (VC 1); Obispo Jorge Méndez, Consejo Nacional de Obispos y Pastores de Chile (VC 1), y Valentina Quiroga, Subsecretaria de Educación (VE 1).

Hito 28: sesiona la 37° CEC, el mismo día 18 de agosto, con invitados. (VP 1). Intervienen:

Andrés Palma, Asesor Reforma Educacional (VE 1); Jaime Bassa, Profesor UV (VC 1); Iván Zambrano, Presidente funcionarios DEM Biobío (VC 1); María Francisca Belmar, Vicepresidenta Asociación de Educadoras Diferenciales (VC 1), y Antonieta Amar, Presidenta Asociación de Educadores Diferenciales (VC 1).

Hito 29: cuenta Mensaje 398/362, urgencia simple (VE 1), en sesión 59° de sala, día 19 agosto (VP 1).

Hito 30: sesiona la 38° CEC, día 19 de agosto, con invitados. (VP 1). Intervienen: Nicolás Eyzaguirre, Ministro de Educación (VE 1). Destaca en esta sesión la propuesta de censura del Diputado José Antonio Kast hacia el diputado Juan Venegas. Fue rechazada por los parlamentarios de la Nueva Mayoría por 8 contra 4.

En esta sesión se vota en general el Proyecto. Se aprobó por 8 votos a favor y 5 en contra.

Hito 31: sesiona la 39° CEC, día 2 de septiembre, con invitados. (VP 1). Intervienen: Andrés Palma, asesor Reforma (VE 1). Se acuerda fecha 09.09.14 de plazo para indicaciones.

Hito 32: en sesión 66° de sala, se da la cuenta (VP 1) de oficio 514/362 de indicaciones de la Presidenta de la República. (VE 1).

Hito 33: cuenta (VP 1) mensaje 471/362, urgencia simple (VE 1), en 69° sesión de sala, día 11 de Septiembre.

Hito 34: cuenta (VP 1) Mensaje 557/362, urgencia suma (VE 1), en 70° sesión de sala día 23 de septiembre.

Hito 35: sesiona la 40° CEC, día 23 de septiembre, (VP 1) se discute el Proyecto en particular con las indicaciones de la Presidenta Bachelet y los diputados y diputadas.

Hito 36: sesiona la 41° CEC, día 24 de septiembre, (VP 1) se continúa discusión del Proyecto en particular con las indicaciones de la Presidenta Bachelet y los diputados y diputadas.

Hito 37: sesiona la 42° CEC, mismo día 24, (VP 1) se continúa discusión del Proyecto en particular con las indicaciones.

Hito 38: sesiona la 43° CEC, día 25 de septiembre, (VP 1) se continúa discusión del Proyecto en particular con las indicaciones.

Hito 39: sesiona la 44° CEC, día 29 de Septiembre, (VP 1) se continúa discusión del Proyecto en particular con las indicaciones.

Hito 40: sesiona la 45° CEC, mismo día 29 en la tarde, (VP 1) se continúa discusión del Proyecto en particular con las indicaciones.

Hito 41: sesiona la 46° CEC, día 30 de septiembre, (VP 1) se continúa discusión del Proyecto en particular con las indicaciones.

Hito 42: sesiona la 47° CEC, mismo día 30 en la tarde, (VP 1) se continúa discusión del Proyecto en particular con las indicaciones.

Hito 43: sesiona la 48° CEC, mismo día 30 en la tarde, (VP 1) se continúa discusión del Proyecto en particular con las indicaciones.

Hito 44: cuenta (VP 1) oficio 591/362 con indicaciones de Presidenta de la República (VE 1), en 74° sesión de sala, día 1 de octubre.

Hito 45: sesiona la 49° CEC, día 1 de octubre, (VP 1) se continúa discusión del Proyecto en particular con las indicaciones.

Hito 46: sesiona la 50° CEC, mismo día 1, (VP 1) se continúa discusión del Proyecto en particular con las indicaciones.

Hito 47: presentación informe CEC, día 2 de octubre (VP 1).

Hito 48: cuentas (VP 2), Mensaje 601/362, urgencia suma (VE 1) e informe CEC, este último ya estaba considerado su registro en hito anterior, 47.

Hito 49: sesiona la 55° reunión de Comisión de Hacienda Cámara de Diputados (en adelante CHC), día 7 de octubre (VP 1). Intervienen: Nicolás Eyzaguirre, Ministro de Educación (VE 1), y José Espinoza, Director de Presupuesto Ministerio de Educación (VE 1).

Hito 50: sesiona la 56° reunión CHC, día 8 de octubre (VP 1). Intervienen: Nicolás Eyzaguirre, Ministro de Educación (VE 1).

Hito 51: sesiona la 57° reunión CHC, mismo día 8, (VP 1). Intervienen: Érika Muñoz, Presidenta CONFEP (VC 1).

Hito 52: sesiona la 58° reunión CHC, mismo día 8 (VP 1). Intervienen: Hernán Herrera, Presidente Nacional de Colegios Particulares (VC 1); Eduardo Escalona, Asesor Jurídico Colegios Particulares (VC 1); Guido Crino, Primer Vicepresidente de la Federación de Instituciones de Educación Particular FIDE (VC 1), y Nicolás Eyzaguirre, Ministro de Educación (VE 1). Además, una vez concluidas las audiencias y la intervención del Ministro, se inicia la votación de los artículos que dejó la Comisión de Educación.

Hito 53: emisión primer informe CHC, día 13 de octubre (VP 1).

Hito 54: cuenta primer informe CHC en la 80° sesión de sala, día 14 octubre (VP 1).

Hito 55: discusión general en sesión de sala, día 15 de octubre (VP 1).

Hito 56: discusión general en sesión de sala, día 16 de octubre (VP 1).

Hito 57: discusión general en 83° sesión de sala, día 21 de octubre (VP 1). Aprobado en general y en particular.

Hito 58: oficio 11545 del Presidente de la Cámara de Diputados al Presidente del Senado, comunica aprobación del Proyecto. (VP 1).

Segundo trámite constitucional, Senado

Hito 59: cuenta del oficio 11545 en 57° sesión de sala del Senado, día 21 de octubre (VP 1).

Hito 60: sesión día 22 de octubre en Comisión de Educación, Ciencia y Tecnología del Senado (en adelante, CES) (VP 1). Se inicia el estudio con asistencia del Ministro Eyzaguirre (VE 1).

Hito 61: sesión CES, día 3 de noviembre (VP 1). Invitados¹¹⁴: Instituto Libertad y Desarrollo, Instituto Libertad, Fundación Chile 21 (VC 3).

Hito 62: sesión día 4 de noviembre, CES (VP 1). Invitados: CIDE (VC 1).

Hito 63: cuenta (VP 1) Mensaje 742/362, urgencia suma, (VE 1) en 60° de sala, día 4 de noviembre.

Hito 64: sesión día 5 de noviembre, CES (VP 1). Invitados: Fundación Jaime Guzmán y Acción Educar (VC 2).

Hito 65: sesión día 11 de noviembre, CES (VP 1). Invitados: José Pablo Arellano, ex Ministro de Educación (VC 1); Joaquín Lavín, ex Ministro de Educación (VC 1), y Ernesto Schiefelbein, ex Ministro de Educación (VC 1).

Hito 66: sesión día 12 de noviembre, CES (VP 1). Invitados: Mariana Aylwin, ex Ministro de Educación (VC 1); Carolina Schmidt, Ex Ministra de Educación (VC 1); Sergio Bitar, ex Ministro de Educación (VC 1); Harald Beyer, ex Ministro de Educación (VC 1), y Nicolás Eyzaguirre, Ministro de Educación (VE 1).

Hito 67: sesión día 13 de noviembre, CES (VP 1). Invitados: Cristián Bellei, Centro de Investigación Avanzada en Educación de la Universidad de Chile (VC 1); Ernesto Treviño, Director del Centro de Políticas Comparadas de la Educación de la Universidad Diego Portales) (VC 1); Alejandra Mizala, Directora del Departamento de Ingeniería Industrial de la U. de Chile (VC 1).

Hito 68: sesión día 17 de noviembre, CES (VP 1). Invitados: Tomas Recart, Enseña Chile (VC 1); Sylvia Eyzaguirre, Centro de Estudios Públicos (VC 1); Alejandro Carrasco, CEPPE (VC 1), y Claudia Sanhueza, Universidad Diego Portales (VC 1).

Hito 69: cuenta en 64° sesión de sala, día 18 de noviembre (VP 1), Mensaje 846/362, urgencia suma (VE 1).

Hito 70: sesión mismo día 18, CES (VP 1). Invitados: Ricardo Paredes, académico e investigador de la Pontificia Universidad Católica de Chile y del Centro de Estudios Primera Infancia (CEPI) (VC 1); Mario Waissbluth (Corporación 2020) (VC 1), y Arturo Fontaine (VC 1).

114 Nótese el cambio de vocablos de "intervienen" a "invitados". La razón es porque los invitados aparecen enumerados en informes de comisión en el Senado, sin conocer los debates. Tal como se señaló en una nota anterior, en la Cámara sí se puede acceder a las actas de debates o por televisión, de modo que se tiene la certeza de que un invitado interviene efectivamente en la discusión.

Hito 71: cuenta en 65° sesión de sala, día 19 de noviembre, (VP 1), Mensaje 877/362, retira urgencia suma y la reemplaza por urgencia simple (VE 1).

Hito 72: sesión del 19.11.14, Comisión de Educación del Senado CES (VP 1). Invitados: Hernán Herrera, Asociación de Colegios Particulares de Chile, A.G, CONACEP (VC 1); Jaime Gajardo, Colegio de Profesores (VC 1); Ricardo Paredes, Vocero CONES (VC 1); Tomás Sepúlveda, Secretario Comunicacional CONES y Presidente del Centro de Estudiantes del Liceo Arturo Alessandri Palma (VC 1); Naschla Aburman, Presidenta FEUC (VC 1); Melissa Sepúlveda, **Presidenta saliente FECH (VC 1)** , y Valentina Saavedra, Presidenta electa FECH (VC 1).

Hito 73: sesión día 25 de noviembre, CES (VP 1). Invitados: Monseñor Héctor Vargas, de la Conferencia Episcopal de Chile, Presidente del Área de Educación y Obispo de Temuco (VC 1); Érika Muñoz, Presidenta de la Confederación de Padres y Apoderados de Colegios Particulares Subvencionados de Chile, CONFEPa (VC 1), y Miguel Ángel Fernández, abogado y académico Facultad de Derecho UC (VC 1).

Hito 74: sesión día 26 de noviembre CES (VP 1). Invitados: Francisco Zúñiga, profesor Derecho Constitucional U. de Chile (VC 1); José Francisco García, abogado Libertad y Desarrollo (VC 1); Carlos Williamson, CLAPES UC (VC 1), y Gregory Elacqua, UDP (VC 1).

Hito 75: sesión día 27 de noviembre, CES (VP 1). Invitados: Érika Himmel, Profesora Emérita Facultad de Educación U. de Chile (VC 1); Juan Pablo Valenzuela, Centro de Investigación Avanzada en Educación de la U. de Chile (VC 1), y Jesús Triguero y abogado Rodrigo Díaz, del FIDE (VC 1).

Hito 76: sesión día 1 de diciembre, CES (VP 1). Invitados: Juan Enrique Guarachi, Director Ejecutivo Fundación Belén Educa (VC 1); Patricia Matte, Presidenta Sociedad de Instrucción Primaria SIP (VC 1); José Joaquín Brunner, investigador, consultor, académico, ex Ministro (VC 1); Marcela Vargas, Presidenta de la Asociación Nacional de Directores de Chile, ANADICH (VC 1); Ana María Raad, Centro de Innovación en Educación de Fundación Chile (educar chile) (VC 1), y Valentina Quiroga, Subsecretaria de Educación (VE 1).

Hito 77: sesión día 9 de diciembre, CES (VP 1). Invitados: Ricardo Salinas, de la Asociación de Padres y Apoderados de colegios FIDE (VC 1); Daniela Saavedra, Directora zona norte ANAPAF (VC 1); Gloria Véliz, Asociación de Sostenedores de Escuelas Especiales de Lenguaje A.G. (ASEEL) (VC 1); Dafne Concha, Coordinadora de Padres y Apoderados por el derecho educación, CORPADE (VC 1), y Emiliano Soto, Mesa ampliada de las Iglesias Evangélicas de Chile (VC 1).

Hito 78: sesión día 10 de diciembre, CES (VP 1). Invitados: Cristóbal Villalobos, ICAL, (VC 1); Aladina Collao, CONADEE, (VC 1); Fernando Atria, abogado constitucionalista y académico (VC 1), y Andrés Palma, asesor Reforma. (VE 1).

Hito 79: sesión día 11 de diciembre, CES (VP 1). Invitados: Solange Valenzuela, Presidenta Asociación de Sostenedores por la Educación, ASOSEDUC, (VC 1); Ana María Tomassini, representantes de Grupos de Colegios Particulares Pagados (VC 1); Francisco Arrau y Marcos Burboa, Agrupación Asistencia Técnica Educativa, ATE Chile (VC 1); Ricardo Sande, Presidente Federación de Estudiantes UC (VC 1); Daniel Morales y Ricardo Barría, Asociación de Sostenedores Mapuches ASOMA (VC 1), y Marcela Salazar, Directora Colegio Cervantino de San Felipe (VC 1).

Hito 80: primer informe, CES, día 15 de diciembre (VP 1).

Hito 81: cuentas (VP 2) informe CES y Mensaje 982/362, urgencia DI (VE 1).

Hito 82: discusión general en 75° sesión de sala, día 17 de diciembre, (VP 1).

Hito 83: discusión general en 76° sesión sala, día 17 de diciembre, (VP 1) aprobado. Plazo para indicaciones 02.01.15.

Hito 84: boletín de indicaciones 04.01.15 (VP 1)¹¹⁵.

Hito 85: cuenta (VP 1), Mensaje 1070/362 retira discusión inmediata (DI) y pone urgencia suma (VE 1) en 77° sesión de sala, día 6 de enero de 2015.

Hito 86: en la 85° sesión del día 14 enero de 2015 de sala (VP 1), mediante Mensaje 1163/362 Presidenta de la República, retira urgencia suma y repone urgencia DI (VE 1).

Hito 87: se presenta el día 20 de enero de 2015, segundo informe de comisiones de Educación y Hacienda unidas del Senado (VP 1).

Hito 88: en 86° sesión de sala (VP 1), día 20 de enero de 2015, se da cuenta del informe anterior¹¹⁶.

Hito 89: en 87° sesión de sala, mismo día, se da cuenta (VP 1) de la urgencia N°1179 discusión inmediata (VE 1) y se inicia la discusión en particular (VP 1). Una acción del Parlamento es la cuenta o toma de conciencia o razón del mensaje de urgencia y la segunda es el proceso de discusión particular.

Hito 90: en 88° sesión de sala, día 21 de enero de 2015, se continúa la discusión particular (2) (VP 1).

Hito 91: en 89° sesión de sala, mismo día, se continúa la discusión particular (3) (VP 1).

Hito 92: en 90° sesión de sala, día 22 de enero de 2015, se continúa la discusión particular (4) (VP 1). Se aprueba con enmiendas.

Hito 93: se envía un oficio a la cámara revisora con modificaciones (VP 1). Además, se envía oficio 21/SEC/15 a la Corte Suprema (VP 1). Ambas acciones el 22 de enero de 2015.

Tercer trámite constitucional, Cámara de Diputados

Hito 94: en 119° de sala Cámara de Diputados del 22 de enero de 2015, se da cuenta del oficio con modificaciones del Senado y se deriva a CEC (VP 1).

Hito 95: en sesión especial 72° de la CEC (VP 1), el Ministro Eyzaguirre (VE 1) dio a conocer las principales enmiendas al Proyecto hechas en el Senado. Hubo debate con los parlamentarios miembros de la comisión.

Hito 96: informe de la CEC, el 23 de enero de 2015 (VP 1).

Hito 97: en 120° sesión de sala de la Cámara Diputados, del 26 de enero de 2015, se da cuenta del informe CEC y se discuten las modificaciones, siendo aprobadas (VP 1). No se cuenta el informe CEC por haberse hecho en el hito 96.

Hito 98: envío de oficio N° 11703 del Presidente de la Cámara (PC) al Presidente del Senado (PS), comunica la aprobación de modificaciones (VP 1) y oficio de ley a la Presidenta de la República para consulta por artículo 73 (veto) (VP 1).

Hito 99: en 91° sesión de sala, día 27 de enero de 2015, del Senado se da cuenta (VP 1) oficio N°13 respuesta de la Corte Suprema (VI 1).

¹¹⁵ No está el boletín, no se puede saber si es del Ejecutivo o del Senado, se atribuyó a la Secretaría del Senado.

¹¹⁶ No se contabiliza el informe para no repetir.

Hito 100: ídem 92° sesión del mismo día, cuenta oficio N° 11703 que comunica aprobación de modificaciones (VP 1).

Hito 101: en 122° sesión de sala Cámara, del 28 de enero de 2015, se da cuenta (VP 1) de oficio de la Presidenta de la República donde comunica que no hará uso del artículo 73 (VE 1).

Hito 102: se hace envío, por parte del PC, oficio N°11702, al Tribunal Constitucional (TC), requiriendo evaluación de constitucionalidad (VP 1).

Hito 103: cuenta del oficio N°148/2015, respuesta del TC (VI 1) en la 4° sesión, día 18 de marzo 2015 de sala de la Cámara (VP 1).

Hito 104: cuenta del oficio N°163/2015, respuesta del TC (VI 1) en la 6° sesión, día 31 de marzo de 2015, Cámara (VP 1).

Hito 105: en sesión de sala día 9 de abril de 2015 se da cuenta (VP 2) de dos oficios del TC, el 231 (VI 1) y 234 (VI 1).

7. DISCUSIÓN

Si se hiciera el ejercicio de descontar la participación ciudadana contabilizada en este proyecto de ley, los porcentajes de las otras variables cambiarían a los siguientes:

Variable ejecutiva= aumentaría de 15,8 a 28%

Variable parlamentaria= aumentaría de 38 a 67,7%

Variable institucional= aumentaría de 2,4 a 4,3%

¿Por qué es recomendable cuestionarse esto? Porque en este estudio no se ha profundizado en analizar las características cualitativas de las acciones políticas registradas y contabilizadas con el método IAPL. No se sabe a ciencia cierta qué peso ha tenido cada una de las 297 acciones que forman parte de la actividad política en el proceso que ha llevado este proyecto, por lo tanto, se desconoce si el resultado del proyecto después del proceso habría sido muy distinto sin participación ciudadana. La intuición dice que sí habría cambiado, aunque se requiere otro estudio para determinarlo.

Especial resulta ser la acción de las urgencias que imprime la Presidenta de la República, puesto que serían en un “lenguaje químico” una suerte de “catalizadores de la reacción”, es decir, producen necesariamente un aceleramiento del proceso.

Con el método IAPL se ha cumplido uno de los propósitos del estudio que es incorporar otras variables, además de la participación ciudadana, que de un principio se había estimado en el informe del Observatorio Parlamentario para el año 2011, de manera que ahora se puede mirar más en perspectiva el hecho de que se invite a exponer sus puntos de vista a organizaciones ciudadanas, pero ellas son parte de un conjunto de variables que obedecen al origen diverso de los actores de la discusión.

De la misma manera, el informe PNUD considera al Congreso Nacional como un elemento democrático fundamental para representar ciudadanos y legislar bajo ciertos parámetros mínimos de transparencia y pluralismo, a lo cual bien podría contribuir este trabajo en la medida que permite comprobar en este caso, la amplia participación de los ciudadanos en el debate.

El mérito de la metodología IAPL podría estar en el hecho de que se tiene una medida general, verificable en fuentes abiertas, sobre la cantidad y diversidad de actores que participan no solo en el presente proyecto, sino en cualquier otro proyecto de ley que esté informado al público, como ocurre con todas las legislaturas del Congreso Nacional chileno.

Respecto de la referencia detallada en el apartado 6.3, hay tres espacios de participación: la Comisión de Educación, Deportes y Recreación de la Cámara (CEC), la Comisión de Hacienda de la Cámara (CHC) y la Comisión de Educación, Ciencia y Tecnología del Senado (CES). Llama la atención que hay tres organizaciones que se repiten la participación en las tres instancias, a diferencia de otras organizaciones o personas que se repiten solo dos: Érika Muñoz, Presidenta CONFEPa; Guido Crino, Primer Vicepresidente de la Federación de Instituciones de Educación Particular FIDE, y Hernán Herrera, Asociación de Colegios Particulares de Chile, A.G, Conacep.

Sabido es también que Confepa organizó la marcha del 25 de octubre de 2014 en oposición a este Proyecto.

8. CONCLUSIONES

8.1. Participación. La metodología IAPL nos arroja resultados palpables. La actividad político-legislativa para el proyecto 9366 “Regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado” es muy alta. Esto significa que no es un proceso llevado en forma restringida por el Gobierno y el Congreso -como podría suponerse- siendo una iniciativa relevante del Poder Ejecutivo y que además cuenta con la potestad de dar urgencias. De hecho las hubo: seis “urgencia simple”, tres “urgencia discusión inmediata” y cinco “urgencia suma”. Sin embargo, esto no impidió que se llevaran a efecto las audiencias públicas tanto en la Comisión de Educación, deportes y recreación de la Cámara de Diputados, como en la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Senado.

8.2. Limitación. Como se adelanta en la discusión, no debe pensarse que este estudio demuestra el aspecto cualitativo de la participación ciudadana en el Proyecto, porque eso se obtendría con otro estudio específico, que quizás ocupe el trabajo presente como base para comenzar ese análisis.

8.3. Porcentajes. Puede observarse en la gráfica que los porcentajes de participación para este proyecto van de menos a más. Partiendo por la variable institucional (en verde claro), que para esta discusión corresponde a la participación del Tribunal Constitucional, Organizaciones de Municipalidades y la Corte Suprema en un 2,4%, continuando con la variable Ejecutiva (en azul claro), que comprende la participación activa del Ministro Nicolás Eyzaguirre, la Subsecretaria de Educación Valentina Quiroga, asesor Andrés Palma y otros asesores, las urgencias mencionadas, indicaciones y el Mensaje presidencial N° 130/362, que contiene el Proyecto mismo en su estado original, que en su conjunto constituyen un 15,9% del total. Siguiendo la contabilización, puede observarse que la variable parlamentaria (en rojo) ocupa un 37,6% y finalmente la variable ciudadana (en morado) resulta ser la protagonista con un 44,1% de participación.

8.4. Demostración. Se demuestra la hipótesis en base a los resultados en porcentaje de variables expuestos en punto 7.3 anterior.

8.5. Actores ciudadanos. Mención especial merece la participación de los actores ciudadanos, muchos de ellos estuvieron también en las manifestaciones públicas y aunque no era esta una hipótesis de trabajo, sí responde en parte la pregunta de investigación. En el caso de CONFEPa, por ejemplo, se puede concluir que

aprovechó los espacios institucionales y no institucionales para plantear sus puntos de vista. Así mismo, la mayoría de los invitados estuvo exponiendo tanto en la Cámara como en el Senado.

8.6. Metodología IAPL. Puede demostrarse congruencia en el empleo de esta metodología en el presente análisis, ya que al sumar los actores individualizados con las siglas VE, VP, VC y VI en el detalle expuesto en el apartado 6.3, da justamente el número 297, que es el total de acciones políticas que forman parte del cálculo del IAPL.

8.7. Participación institucional. Queda claro así mismo, que el Congreso Nacional para este caso del proyecto de ley boletín 9366 es un buen ejemplo de participación ciudadana, por el hecho de quedar demostrada la hipótesis de este trabajo.

8.8. Contribución al estudio especializado. El PNUD señala en sus conclusiones: “Más aún, como queda de manifiesto en este capítulo, existen factores no institucionales relacionados con las prácticas y la cultura política que tienen un efecto decisivo en la capacidad del Congreso para cumplir con sus funciones a cabalidad. Analizar el proceso de interacción, las prácticas y los mecanismos predominantes entre Ejecutivo y Legislativo, partidos y legisladores individuales, representantes y sus electores, así como entre parlamentarios y diversos actores de la sociedad (específicamente, medios de comunicación, movimientos sociales, organizaciones de la sociedad civil) constituye un desafío académico y político relevante para profundizar el diagnóstico que aquí se presenta sobre el funcionamiento del Congreso” (2014).

Se considera este trabajo un aporte que va en la dirección señalada. A pesar de eso, se reconoce una vez más que otros aspectos por investigar salen a la vista, por nombrar algunos: las interacciones particulares y generales entre las cuatro variables independientes para distintos proyectos de ley, investigar la participación ciudadana en otros proyectos de ley, averiguar cuán vinculante o efectiva puede ser una u otra argumentación en sesiones de comisión respecto del resultado final del proyecto que se transforma en ley, entre otras interrogantes.

REFERENCIAS

Biblioteca del Congreso Nacional. En: www.bcn.cl

Cámara de Diputados de Chile. www.camara.cl

Cámara de Diputados. Televisión. En: www.cdtv.cl

Corporación Humanas. BALANCE AL PODER LEGISLATIVO. En: <http://www.bcn.cl/de-que-se-habla/observatorio-parlamentario-balance-al-poder-legislativo-2011>

Durán, F. (2014). “Estudiando proyectos de ley en el parlamento chileno, una propuesta de índice para medir actividad político-legislativa”. *Revista Estudios Políticos y Estratégicos*. V. N°2/2, Ediciones UTEM.

Gráfica LOM, Primera Edición.

PNUD. (2014). *Auditoría a la democracia, más y mejor democracia para un Chile inclusivo*.

Senado. En: www.senado.cl

OTROS TEMAS

REFORMA EDUCACIONAL: HACIA UN NUEVO PARADIGMA

Ulises Parraguez Romero¹¹⁷

SUMARIO

1. Introducción, 2.Cuál debe ser la motivación de la educación, 3. El papel del Estado, 4. El actuar del Estado, 5. La admisión a la educación superior, 6. El rol de la universidad, 7. Apreciaciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El hombre es un ser dinámico por naturaleza. Que requiere movimiento, tanto espiritual como corporal para poder sobrevivir y desarrollarse por completo. El hombre es en esencia un ser social que necesita de otros para poder evolucionar de manera integral y para eso es vital vivir en sociedad. El hombre es capaz de desarrollarse por completo cuando toma conciencia de sus capacidades y puede enfrentar la vida y sus diferentes aspectos por sí solo, de manera autónoma e independiente. Cuando, según la opinión de Kant, el hombre alcanza un estado de madurez que ya no lo hace depender de un “tutor” (Kant, 1979:84).

Si bien lo que se plantea en el párrafo anterior es una idea de la Ilustración del siglo XVIII propiamente tal, pienso necesario recobrarlo. Si algo fue importante durante el denominado “Siglo de las Luces” fue la educación, proceso considerado primordial en la formación del hombre pleno. El robustecimiento epistemológico y el crecimiento intelectual en virtud del espíritu humano eran para el hombre ilustrado de suma importancia, porque facultaría al ser pensar por sí solo, elaborar ideas propias y originales, induciría la búsqueda del conocimiento de la manera más exhaustiva posible y, finalmente, el desarrollo de un espíritu crítico que le permitiera al hombre cuestionar las estructuras sobre las cuales se construyen la sociedad y al mismo tiempo, proponer ideas y soluciones creativas e innovadoras.

¹¹⁷ Estudiante de Pregrado, Licenciatura en Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile. Primer lugar Concurso de Ensayos 2015: “La Universidad que queremos para el Chile del futuro”.

La Ilustración es un periodo en donde el raciocinio humano fue visto como un medio para combatir la ignorancia y la tiranía en el poder. A través de la razón era factible lograr una sociedad mejor. Promovía de sobremanera la autosuficiencia humana y el fortalecimiento del intelecto, con el fin de que el hombre se desarrollara de manera plena. La Ilustración es independencia, es autonomía, libertad. Es salir de esa experiencia pueril en la cual ha estado ensimismada la persona humana. Dejarse iluminar por la razón propia no es otra cosa que abandonar esa falta de decisión que muchas veces domina la experiencia del hombre dejándolo inmóvil frente a momentos históricos ineludibles. Es en simples palabras, pensar sin la ayuda ajena. “¡Sapere Aude! Ten valor de servirte de tu propio entendimiento” (Kant, 1979:84).

Chile como país ha estado sumido por años en un sueño dogmático en donde la regla general fue creer “a pie juntillas” lo que decían las altas esferas de poder, porque en ellos estaban la verdad y la razón sobre la realidad nacional. Hemos sido subyugados por una serie de estructuras que en lugar de liberalizar la esencia humana no hacen más que mantenerla apagada y ahogada, sin poder acrecentar ni alcanzar su máximo potencial por sí mismo, sino más bien desarrollar el potencial que sea necesario para no romper con el *statu quo*, evitando poner en peligro la posición, los bienes, el honor (o prestigio) o como se le desee llamar de la clase dirigente imperante en el país.

Ha predominado en los últimos años un afán revolucionario con tintes pseudoanarquistas que se ha hecho portavoz del clamor de justicia e igualdad que surge desde la sociedad aglutinada en torno a nuevas exigencias, requerimientos o necesidades en su diario vivir o falencias en los servicios ofrecidos por el Estado. Este afán se ha tergiversado, y a mi parecer, utilizado por algunas personas dentro de los movimientos sociales para hacerse de dinero, poder o prestigio. La lucha por erradicar la injusticia, la desigualdad, la poca tolerancia, la corrupción y el abuso dura (muchas veces) hasta cuando ese personaje ha alcanzado una posición de confort, comodidad y riqueza que le permita ponerse por sobre la masa de la cual antes formaba parte.

La “querida chusma”¹¹⁸ aparece nuevamente; pero aparece triste, decepcionada, cansada, abusada, violada. Se levanta contra una clase política dirigente que no ha sido capaz de entender que política no es preocuparse del bienestar de la familia o con cuánto dinero podrán llenar sus bolsillos a fin de mes. Ser político es ser un servidor social. Hacer política es hacer servicio social. Comprender a la gente, sus necesidades, ser empático y actuar en pos del bien común y no de unos pocos amigos míos. La política no es

118 El concepto de “querida chusma” fue utilizado en la campaña presidencial de Arturo Alessandri Palma (1919 para el periodo 1920-1925. Su campaña estuvo marcada por referirse al “bajo pueblo” de esa manera. Baste decir que la campaña tuvo una adherencia considerable por el paquete de medidas que proponía el programa presidencial del candidato. Para aclarar algo que quizá pueda percibirse como denigrante, el concepto de “alegre chusma” en este escrito dista mucho de querer utilizarlo en ese contexto, sino más bien porque creo que aún hay una parte de este país que considera las exigencias de la sociedad como algo más bien “pintoresco”.

hacer favores ni fomentar el compadrazgo y el nepotismo, sino que actuar de la manera más justa posible, equitativa y comprensiva, entendiendo la realidad social, política e histórica de la sociedad.

Es por eso que la “chusma” ya no es tan alegre. La persona común y silvestre se percató de un pequeño pero gran detalle: ese grupo beneficiado no están siendo ellos, sino **los otros**. Y lo que es peor: quien se suponía se había presentado como la honradez caminante es también parte de ese grupo autosuficiente y egoísta que considera la política como un negocio¹¹⁹. La sociedad ha iniciado su desengaño desde un tiempo hasta ahora (yo lo consideraría esto desde el 2006 aproximadamente y finales del Gobierno de Ricardo Lagos). Es una nueva sociedad, en la cual, como diría Ortega y Gasset, conviven tres generaciones (“tres hoy”), de tres tiempos y visiones distintas, que deben ponerse de acuerdo para construir una sociedad que mire hacia el futuro (Ortega y Gasset, 1982:53), que beneficie a todos y de la cual seamos partícipes.

Me decidí a participar en este concurso de ensayo de la Academia Parlamentaria, porque siento que tengo algo que decir y mis ideas, para que sean productivas y útiles a la discusión, no pueden quedarse solo en mi mente. Si bien en mi casa de estudios se han dado las instancias para un dialogo (“abierto”) en donde se puedan presentar las más diversas posturas e ideas, creo que aquellas minoritarias no son respetadas. Dominan, al igual que en el resto del país, posturas ególatras que creen tener en su seno la verdad más absoluta y perfecta respecto al acontecer social. No creo tener yo tampoco una verdad absoluta o cierta, pero sí puedo aportar un punto de vista diferente a la discusión actual.

La situación de hoy es compleja y no deja de ser preocupante. El Gobierno actual, en el periodo de campaña electoral presidencial para el periodo 2014-2018, proponía un paquete de medidas y un proyecto de gobierno bastante ambicioso que se sostenía en tres pilares fundamentales a través de los cuales se propiciaría el anhelado cambio: reforma tributaria, nueva constitución política y reforma educacional, lo que exigía una voluntad social para abrirse a estos cambios y exigía también al Gobierno satisfacer y tratar de rellenar de la manera más pulcra posible el orificio que se estaba abriendo en la pared¹²⁰.

En los últimos meses, en especial desde fines del año 2014, el énfasis y el foco de atención de los más diversos movimientos sociales y estudiantiles del país ha estado puesto en cómo se iba a constituir la reforma educacional, cuáles serían sus puntos esenciales y si realmente satisfacía lo que pedía el estudiantado (especialmente estudiantes de educación superior) y el profesorado, tanto para la educación primaria y secundaria como para la educación superior. El programa de gobierno era ambicioso -qué duda cabe- y generó ilusiones en todos los sectores que exigían mejores condiciones en el plano educativo, y que por sobre todo, pedían la implementación de una “educación pública, gratuita y de calidad”. A esto, la respuesta encontrada en el programa de gobierno fue el primer pilar a partir del cual se comenzaría a construir la pregonada (a lo menos desde el 2006) reforma educacional: el fin al lucro, al copago y a la selección.

El año 2015 tuvo un inicio convulsionado tanto por el debate legislativo en torno a la primera etapa antes mencionada, y por la meta autoimpuesta en el Gobierno para el presente año, que era comenzar la discusión de la reforma educacional ahora mirando a la educación superior, la gratuidad y el fin al lucro en instituciones universitarias con miras a un proceso menos selectivo, el levantamiento de dos nuevas universidades estatales (tanto en la región de O'Higgins y en la región de Aysén) y 15 nuevos centros de formación técnica bajo el amparo del aparato estatal. Dentro de esta segunda etapa, también se incluiría la

119 Aquí hago referencia a aquel político que ve la política como un medio fácil para enriquecerse y que ha utilizado la buena fe de la soberanía popular para fines propios e individuales, y no para lograr el bien común hacia quienes él se supone representa.

120 Esto último podríamos decir que no se cumplió a cabalidad. A año y medio aproximadamente de iniciado el segundo mandato de la Presidenta Michelle Bachelet, muchos de los proyectos y reformas han sido profundamente cuestionados en aspectos medulares y se ha puesto en el tapete la seriedad del equipo político y de la política en general (en especial lo vinculado con el financiamiento de la política, los casos PENTA, Soquimich y el rol del Servicio de Impuestos Internos y de los más diversos personeros de la política nacional). El día 10 de julio se realizó un Consejo de Gabinete en el cual la Presidenta señaló que un gran porcentaje de las reformas no serían llevadas a cabo en su totalidad por falta de recursos y la desaceleración económica. En palabras de la propia Presidenta, el reconocimiento de tal escenario es “un realismo sin renuncia”.

discusión de la carrera docente, involucrando factores como: la revaloración de la carrera pedagógica, un mayor equilibrio entre horas lectivas y no lectivas, el aumento del sueldo y nuevas directrices que orienten la formación docente en nuestro país.

La intransigencia y la carencia de ideas de las partes “beligerantes” en la discusión de estas reformas, la incapacidad dirigente del Gobierno y el afán de mantener un “Realismo mágico” irrealizable en relación con las reformas que se han impulsado, tienen en la cuerda floja la situación. Las ideas de los diversos sectores a mi parecer no responden a una necesidad real de la educación chilena. Se desea dar solución a la carencia de la calidad en la educación pública, pero hasta el momento solo se ha hablado, en pocas palabras, de asuntos meramente monetarios, lo cual no se vincula necesariamente con un mejoramiento en la calidad.

Pienso (y esta es la premisa que deseo levantar y defender en este ensayo), que el foco de la reforma educacional en general, y en particular lo relacionado con la reforma a la educación superior, no tiene mayor sustento así como tampoco una línea medular seria que plantee un repensar la labor del Estado en la educación pública y a nivel nacional. Pienso que el dinero y el financiamiento es algo totalmente secundario a la hora de hablar de una reforma educacional y que no necesariamente la gratuidad asegura, en primer término, una calidad superior.

El compararnos con otros países, el tratar de cumplir estándares foráneos y el querer copiar malamente sistemas extranjeros ha cegado a nuestros “dirigentes” y “luchadores sociales” (y quizá a nosotros mismos). Se ha desconfiado de nuestra propia originalidad e intelecto, y nuevamente, como ha sido la tónica en gran parte de nuestra corta, pero agitada historia, se trata de implementar un tipo de modelo sobre una realidad histórica, política y social ficticia que permita sostenerlo.

Para llevar adelante una verdadera reforma educacional, lo que se requiere con urgencia es un **cambio en el paradigma** bajo el cual se pretende educar. Este nuevo paradigma es el que se debe dilucidar en primer lugar, y a partir de él, construir una estructura sólida que sostenga el sistema educacional completo. Es necesario llegar al aspecto metafísico de la educación (algo así como una definición verdadera, a través de la cual pueda luego conocerse y definirse cada caso particular). Es menester poner en pie de duda la forma en cómo se está educando, qué tipo de persona humana estamos construyendo con el actual sistema educacional, qué impronta se le está dando al alumno que sale de nuestras aulas, qué rol cumple la universidad en nuestro sistema educacional y si realmente está prestando una utilidad tangible y verdadera en el desarrollo, primero: de la persona humana; segundo: de profesionales que formaran parte de una sociedad y tercero: si desde sus posiciones y experiencias ayudan a construir un país que se proyecte sin temor hacia el futuro.

La idea de este ensayo es entregar una nueva perspectiva, que a mi modo de ver, es lo que se requiere a la hora de hacer una verdadera reforma educacional: cambiar el paradigma bajo el cual se está educando a las nuevas generaciones, entregar una impronta educativa y de aprendizaje que forme personas íntegras, con un espíritu libre y crítico, ansioso de conocimiento y de participar de la vida en sociedad. Formar personas que sean capaces de poner en tela de juicio las estructuras que dominan la sociedad, pero que al mismo tiempo propongan soluciones que sean atinentes a la realidad histórica, política y social. La educación debe ser tanto básica, media como superior, formadora de personas que a través de la razón, el crecimiento epistemológico y del fortalecimiento íntegro de un espíritu libre y un desarrollo corporal, puedan ser útiles para sí y en la sociedad en la cual están insertas. Esta será la postura que intentare bosquejar, presentar y construir a partir de este escrito.

1.1 Lineamientos generales

Hablar de educación lo entiendo como la instancia a través de la cual el individuo puede alcanzar un estado en donde pueda iniciar una tarea que le permita liberarse de estructuras opresoras (sean estas políticas, económicas, sociales o culturales) que lo mantienen ahogado y con poca o nula capacidad de acción frente a la realidad y el acontecer actual. En sí –y pienso que esto es fundamental– educación es liberación de la persona humana para que pueda desarrollarse como un ente independiente frente al concierto social. Parafraseando el lema de campaña del Presidente Pedro Aguirre Cerda (1938-1941): “educar es liberar”¹²¹.

Si consideramos a la educación un proceso humanizante y liberador, jamás mecánico y doctrinario, se deben promover iniciativas y políticas públicas que reaccionen frente a esos problemas. Pienso que la actual reforma educacional (propuesta por el Gobierno) así como la “contrarreforma” proveniente desde el movimiento estudiantil, no responde a una necesidad real del sistema educacional chileno. Eliminar el lucro, el copago y la selección, que la educación sea gratuita y que estos factores sean prioridad al momento de llevar adelante un proyecto tan ambicioso como la reforma educacional actual, no responden a realizar una reforma con todas sus letras, sino que es más bien superficial.

Con esto no estoy diciendo que lo anterior no deba hacerse, pero pienso que aún no es el momento, y que mientras no haya un cambio sustancial en la forma y el fondo de la educación, a como se está educando hoy en Chile y cuál es el tipo de personas que deseamos salgan de las aulas de las escuelas y universidades y más importante aún, a la idea o paradigma bajo el cual se está educando, la actual reforma educacional es innecesaria (para el momento presente) y su enfoque es claramente equívoco.

Creo que esta reforma abrió una caja de Pandora difícil de cerrar (por no decir imposible) y que en el modo que fue presentada luce sumamente sentimental y emocional. Con esto me refiero a que fue útil para el momento (la campaña presidencial), pero no se proyecta en el futuro bajo los preceptos sobre los cuales fue construida. Es un proyecto que ataca aquello más sensible del pueblo chileno, el dinero, pero que en esencia soluciona única y exclusivamente problemas secundarios.

¿Por qué digo esto? Estudio Licenciatura en Historia (conducente a pedagogía) y habiendo tenido Historia en el colegio, pude darme cuenta de algo que me parece fundamental -y grave-. La historiografía chilena propiamente tal tiene su génesis más profundo en la Historia General de Chile realizada por Diego Barros Arana, continuada por los hermanos Amunátegui y con toda una camada de historiadores (destacados cada uno en su área de investigación, qué duda cabe). Esta historia (liberal decimonónica) levantó en su momento hacia la gloria a personajes que han permanecido perennes en los libros de historia (O’Higgins, Carrera, Rodríguez), presenta la Independencia casi como un proceso fundacional en donde nace algo que totalmente nuevo (nuevo de lo puro viejo), con divisiones que pudieran considerarse arbitrarias y fomenta una “memorización histórica” y no un verdadero conocimiento.

¿A dónde quiero llegar con todo esto? A que esto es gravísimo. Nos jactamos de que se han hecho reformas educacionales en el pasado (O’Higgins con el modelo lancasteriano, Aguirre Cerda y Frei Montalva, por mencionar algunos) y ahora en el tiempo presente con la presidenta Bachelet, pero ninguna responde a algo que para mí por lo menos es fundamental: las ideas, el pensar, el razonamiento, el conocimiento. Un cambio sustancial en la forma de ver el mundo, en cómo pensamos y en el momento en que el ser humano tiene la libertad para pensar por sí solo y no adoctrinado o guiado teniendo a su alcance todo un abanico

¹²¹ Para la campaña presidencial que llevaría a la máxima magistratura del país a Pedro Aguirre Cerda, fue utilizado el lema “Gobernar es Educar”. El uso de este lema se entiende primero por su profesión (Profesor de Lenguaje y Castellano) y segundo, por toda una idea propia de la época consistente en el Estado Benefactor (el Estado debía cumplir un rol fundamental en el financiamiento de políticas públicas y una gran labor social y debía ser el principal ente “financiador”). Cabe destacar que durante el gobierno de este presidente se crearon cerca de mil escuelas, respondiendo a un querer alfabetizar a la ciudadanía y alcanzar a la mayor cantidad de gente posible y también la creación de alrededor de tres mil cargos docentes. Además, se fomentó la creación de liceos experimentales, a partir de los cuales se esperaba que la enseñanza secundaria fuese un verdadero adelanto social.

de conocimiento, puede ser fundamental (y lo ha sido) en la concientización de la masa. Es deplorable que luego de 200 años de vida independiente (y siendo actualmente un país “cuasidesarrollado”) sigamos enseñando a nuestros niños con una visión historiográfica retrógrada, con un fin meramente pedagógico y tremendamente doctrinaria, que no permite a la persona conocer su pasado y las experiencias humanas desde la mayor cantidad de puntos de vista posibles para poseer de esa forma una memoria histórica que le permita entender e insertarse en el presente, hacer suyo el pasado y construir futuro.

Una verdadera reforma educacional debe partir por cuestionar el edificio entero bajo el cual se está educando actualmente, poner en tela de juicio el paradigma a través del cual se forma la persona en el sistema educacional chileno y detectado el error, allí problematizar el tema educación, su contenido, la forma, que tipo de conocimiento se entrega y cómo se plasma esto en el aprendizaje.

2. CUÁL DEBE SER LA MOTIVACION DE LA EDUCACIÓN

Para que una educación sea en esencia liberadora y considerando los tiempos actuales en donde predomina un tipo de modelo educacional que satisface estándares, gráficos y fórmulas algebraicas, el nuevo modelo educacional debe ser necesariamente humanizante, no mecánico y estático. Esta nueva construcción debe responder a las características del educando y eso no se nos debe olvidar nunca. Se están educando personas, individuos compuestos por una naturaleza dinámica, por cuerpo y un espíritu que necesita crecer.

Por lo tanto, siguiendo la idea anterior y la propuesta que se hace al principio de que el hombre es un ser dinámico, la educación y el proceso educativo deben ser, por consecuencia, de esa manera: dinámica, que fomente la libertad humana, que desarrolle el crecimiento del espíritu humano y que le permita seguir una búsqueda incansable del conocimiento y quizás lo más importante, desarrollar un espíritu crítico frente a la sociedad, a la autoridad y a la realidad.

Con esto último se debe tener cuidado. El espíritu crítico, que es necesario desarrollar a través del proceso educativo, debe ser justificado, argumentativo y razonado, no motivado por la pasión ni por motivaciones meramente emocionales (lo que no niega que estas existan) y más importante aún, ese espíritu al mismo tiempo debe ser propositivo y su crítica constructiva. Por lo tanto, pienso que la orientación de la educación actual en lugar de tener una clara orientación mercantil, algebraica y estática es necesario que avance hacia un nivel filosófico, que humanice, libere y que ponga en movimiento al espíritu humano. La educación como tal debe hacer libre al educando de cualquier atadura que le impida alcanzar pensamiento o verdades absolutas por sí solo.

El proceso educativo como tal debe emancipar y jamás el conocimiento que se imparta a través del aprendizaje debe ser presentado como una verdad absoluta. La educación por consecuencia deja de ser tal cuando se vuelve un método burdo de adoctrinamiento y manejo de las masas. En su esencia la educación tiene que entregar herramientas y ser capaz de abrir un mundo de conocimiento que permita a la persona humana desarrollarse en plena libertad, pudiendo escoger el camino que sea más acorde a la naturaleza de su espíritu, a sus experiencias y a lo que quiera conseguir o realizar.

Dentro de este proceso educativo es fundamental la labor del pedagogo. Al igual que el modelo educacional que desee implementarse, el profesor no debe presentarse como un dueño del conocimiento que imparte ni hacer que este parezca absoluto y verdadero, sino que él y su conocimiento deben fomentar el espíritu

crítico –constructivo– argumentativo, de tal manera que puedan formarse alumnos con opiniones sólidas capaces de problematizar y cuestionar la realidad y lo que sucede a su alrededor, teniendo la capacidad de gestar soluciones originales y contingentes a la actualidad. Es así como debe formarse una persona humana profundamente preocupada por el otro que tiene enfrente y sea activa en la sociedad.

3. EL PAPEL DEL ESTADO

Puede sonar repetitivo, pero es necesario colocar énfasis en que la educación es fundamental en la formación de la persona humana, el desarrollo de su espíritu y la búsqueda del conocimiento. Siguiendo las premisas anteriores en relación al rol que debe cumplir la educación en la sociedad, el Estado debe promover un modelo y un tipo de educación –estatal o pública en primera instancia– que cumpla con la formación de una persona consciente y liberada de cualquier principio dogmático o doctrina que tome como prisionero al hombre.

Entonces el Estado debe desarrollar un sistema educativo que sea capaz de contener las premisas anteriores en su esencia más profunda. Para aquello, deben llevarse a cabo reformas estructurales que produzcan cambios en la forma y el fondo de cómo se está educando. El Estado, en esta posición, debe ser un ente regulador que tenga su foco en buscar el bien común de las personas y por consolidar un proyecto que realmente cumpla su función más profunda: educar es liberar.

Ciertamente, lo último es una labor difícil de cumplir en los tiempos actuales. El Estado chileno posee una clara impronta borbónica frente a los procesos educacionales y en general de cara a los cambios fundamentales que debe sufrir la sociedad. Al decir impronta borbónica me refiero a que el Estado no ha sido valiente para llevar a cabo estas reformas, y es precisamente esa influencia lo que se lo ha impedido. La cúpula dirigente tiene miedo de entregar herramientas a la sociedad, de tal manera que pueda desarrollar opiniones e ideas propias; hay un miedo por hacer de este país una sociedad de hombres y mujeres pensantes, que desarrollen un espíritu crítico que les permita autoconstruirse. Un país se construye en conjunto con los grupos sociales y los diversos movimientos, y eso en este país la “clase” política no lo ha entendido simplemente porque no le conviene. No es conveniente bajo la perspectiva del político actual tener un ciudadano común y silvestre que ansíe la búsqueda del conocimiento y que desarrolle un espíritu crítico sólido y serio que ponga en tela de juicio la estructura política y social actual. Sin embargo, es menester cambiar el paradigma. Esto significa, bajo mi perspectiva, dejar de lado el peso de la noche¹²² y conocer finalmente la liviandad del día. Hacer este cambio implica salir de un paradigma economicista y mecánico hacia un nuevo paradigma que humanice al hombre, que permita al individuo conocerse a sí mismo, conocer a los otros y aceptarlos, no bajo un principio de tolerancia, sino más bien de pluralidad que sostenga en sí lo distinto y heterogéneo. De esa manera, se podrá hacer parte a los más diversos actores de la sociedad de una praxis social sincera y honesta, que permita al individuo avanzar hacia un desarrollo del espíritu humano en armonía con su cuerpo y el entorno que lo rodea.

Para que lo anterior pueda realmente llevarse a cabo de manera consistente, la educación debe dejar de ser el cliché de los gobiernos y los programas presidenciales. La educación como concepto a estas alturas está manoseada, escupida y vulgarizada. La actual reforma educacional ha caído una vez más dentro de ese círculo vicioso y los fines de esta son demasiado ambiciosos y los medios bastante dudosos. En relación con este tema, en este Gobierno ha predominado un afán de avanzar sin trazar y de lograr las cosas a como

122 “El peso de la noche” es la parte de una frase que ha hecho célebre a Diego Portales dentro de la imagen que ha levantado la historiografía tradicional conservadora como el “constructor del Estado”. La frase alude a que para constituir un verdadero Estado es necesaria una impronta autoritaria, centralizada y con una figura de gran poder. La frase dice así: “El orden social en Chile se mantiene por el peso de la noche y porque no tenemos hombres sutiles, hábiles y quisquillosos: la tendencia casi general de la masa al reposo es la garantía de la tranquilidad pública”.

dé lugar. No es mi intención vulgarizar la labor del Gobierno, pero a mis ojos – y quizás a los de muchos más – el único propósito aquí es dejar el camino preparado para las próximas elecciones y no pensar en las generaciones venideras¹²³.

4. EL ACTUAR DEL ESTADO

Luego de haber hecho este análisis y una propuesta educativa, es necesario aterrizar todo esto al escenario actual. Al momento de protagonizar las reformas (no solo la educativa) y plantear ideas, el aparato estatal, y el Gobierno en general, ha actuado de manera imprudente y desesperada. Nadie “con dos dedos de frente” puede negar que las reformas sean necesarias para el desarrollo del país. A su vez, la sociedad tiene la disposición de llevar adelante esos cambios, pero el Gobierno no ha sabido aprovechar esa valiosa oportunidad que se le ha presentado hoy en día. Ha prevalecido un manejo político poco eficiente que no ha estado a la altura de la seriedad de las reformas.

En los últimos meses, en especial con el inicio de la discusión de la reforma educacional para la educación superior, los grados de intransigencia de ambos lados (tanto el Gobierno como la Confech) han sido impresionantes y dan cuenta de una falta de voluntad a la hora de enriquecer la discusión. Pienso que la Confech y los estudiantes simplemente perdieron la paciencia. Y creo que cualquiera experimentaría la misma sensación, cuando se ha prometido hacer tanto y se ha avanzado tan poco o simplemente las esperanzas se apagan¹²⁴.

La postura del Gobierno frente a las propuestas estudiantiles¹²⁵ ha sido de una intransigencia impresionante y lo mismo ha pasado frente a la postura docente. En cuanto a los estudiantes, desde su posición, quizá han actuado con mayor originalidad y consistencia en cuanto a sus propuestas, pero aun así, por lo menos a mí no me convence. Sigo pensando que la gratuidad y el fin al lucro es hoy el menor de los problemas de la educación, e insisto, mientras no se cambie el paradigma bajo el cual se está educando y no se haga una revisión respecto al tipo de persona que se está formando en el sistema educacional chileno, todos estos planteamientos son innecesarios. Tendremos una educación gratuita (no sé si de calidad), tal vez con un marco regulatorio “serio”, pero se seguirá educando bajo la misma perspectiva.

Respecto a la reforma aplicada a la educación superior, creo que por parte del Gobierno ha sido tomada con liviandad, “como quien no quiere la cosa”. Digo esto porque me parece de una rareza mayúscula que se quiera terminar con el lucro, pero toda la primera etapa del Gobierno e inicios de este año, el Ministro de Educación durante toda esa etapa fue un economista. El nombramiento de Adriana Delpiano en el Ministerio da un poco más de esperanza, pero es efímera y se esfuma como humo en el aire. La actual ministra puede tener mucha experiencia en el área educacional, sobre todo por su labor en Fundación 2020 y las mejores intenciones del universo, pero hay que tener clara una cosa: la reforma educacional

123 Aquí hago un claro parafraseo a Winston Churchill, Primer Ministro británico: “El político se convierte en estadista cuando comience a pensar en las próximas generaciones y no en las próximas elecciones”.

124 Como lo mencioné anteriormente, hace unos días, la propia Presidenta se refirió a que la postura adoptada en el Consejo de Gabinete, donde además se presentó el nuevo lema “Todos x Chile”, era un “realismo sin renuncia”. Días después, la propia Presidenta y el vocero de gobierno dejan entrever que el dinero del país no era suficiente para llevar adelante la totalidad de las reformas (especialmente la gratuidad en la educación), cosa que al parecer el equipo económico de la Presidenta no fue capaz de prever a la hora de plantear reformas tan ambiciosas y que obviamente requerían de financiamiento. No obstante lo anterior, el 14 de julio en una entrevista radial, la Presidenta fue consultada respecto a si había logrado “convencer” a Jorge Sampaoli de quedarse en la Dirección Técnica de la Selección Chilena. A este emplazamiento, Michelle Bachelet responde que “ojala” y que de todas maneras se estaba pensando en construir un “Juan Pinto Duran 2.0”, lo que provocó cuestionamientos desde otras áreas del deporte. A pesar de esto, no hay dinero suficiente para reformas.

125 La propuesta de los estudiantes es más o menos repetir lo mismo que el Gobierno, pero con más eufemismos y palabras más bonitas para que “suene” atrayente. Ambos dan vueltas (casi) en lo mismo: “educación pública, gratuita y de calidad”. La propuesta docente tiene un poco más de sentido, aunque el doble estándar del presidente del Colegio de Profesores hace dudar seriamente de la postura real del gremio.

es un proyecto de Gobierno, por lo que aunque la ministra quiera imponer su sello deberá apegarse al proyecto de Gobierno y a una manera de hacer las cosas que ha tenido el Ejecutivo bastante particular (una especie de “avanzar sin tranzar”).

Hay cierta incoherencia en el actuar mismo del Gobierno en relación a la permanencia del exministro Eyzaguirre. Esto mismo lo adjudico a la poca seriedad en la cual hacía hincapié líneas atrás respecto a la posición del Gobierno. Si la reforma era de tan vital importancia, desde un inicio debió ocupar la cartera una persona que tuviese, primero, mayor contacto con el mundo de la educación y, segundo, que se destacara por una capacidad de apertura al diálogo, al contrario de una arrogancia desmedida a la hora de aceptar propuestas nuevas (fuesen buenas o no) y que hubiese fomentado la discusión de ideas. Al momento de discutir la reforma educacional ha habido arrogancia no solo por parte del Ministerio, sino también por parte de los estudiantes. Ambas posturas están ensimismadas en sus propias ideas, no son capaces de aceptar que quizá lo que el otro me está diciendo puede estar bien e incluso tener razón. Aquí en este caso, la culpabilidad en relación a la intransigencia es compartida.

La salida de Eyzaguirre creo que fue con la idea de darle un nuevo “aire” a la discusión (algo así como la lluvia al smog) de la reforma en la educación superior. Pero pienso que al mismo tiempo (y quizá en mayor medida) debilita la postura del Gobierno frente a la reforma, y por cierto, le resta la seriedad que merece un proyecto de este calibre.

Desde mediados del año pasado las relaciones entre movimiento estudiantil y el Mineduc han sido por lo bajo conflictivas y distantes, esencialmente por la forma en que cada una percibe la reforma educacional y sus posturas (ambas se parecen bastante). Ninguna a mi parecer propone un nuevo paradigma educacional que sea capaz de cambiar el modelo. La propuesta que hacen los estudiantes es terminar con la idea de que la educación es un bien de consumo y que las instituciones de educación dejen de ser percibidas como submercados:

De esa forma [en relación al desarrollo integral de las instituciones de manera cooperativa y no competitiva y siendo las instituciones reguladas por un plan de desarrollo], y dejando de concebir a las instituciones como mercados, será posible que el nuevo sistema, **preponderantemente público**¹²⁶, organice a la educación, y que por tanto, ordene la expansión o creación de nuevas instituciones” [Confech, 2015].

Pienso que esta es una de las pocas cosas en las que estaría de acuerdo con la propuesta estudiantil. Claramente el nuevo sistema debe estar bajo las directrices de lo público y lo que debe reforzarse es el sistema público. Pero sigo insistiendo, el debate debió haber iniciado discutiendo si el paradigma bajo el cual se está educando es el correcto, y si no lo es, este debe cambiarse por un sistema –insisto– que humanice y que considere el carácter dinámico y crítico del espíritu humano. En síntesis, el énfasis debe estar en que la educación sea considerada primero como un medio de liberación del hombre (primero espiritual y corporal, luego lo monetario).

5. LA ADMISIÓN A LA EDUCACIÓN SUPERIOR

Uno de los puntos críticos del sistema educacional es el sistema a través del cual se ingresa a la educación superior en este país: la Prueba de Selección Universitaria (PSU). La calidad de esta prueba y los parámetros que mide para algunos puede ser discutible, pero desde mi perspectiva la cuestión es la siguiente: la PSU no ofrece los parámetros ni está a la altura de un nuevo sistema educacional. No mide ni ha medido jamás conocimiento real en el alumno, sino que más bien actúa como un microondas, o sea, recalentar la comida

126 El destacado es nuestro.

añeja (contenido pasados en el colegio, muchas veces solo memorizados por los alumnos) y luego servirla (contestar la prueba).

No está dentro de los parámetros de la misma prueba medir cuánto aprendió el alumno, si realmente tiene vocación para lo que quiere estudiar y en lo que desarrollará a futuro. La PSU toma el asunto de entrar a la Universidad como un tópico poco serio y no evalúa personas, sino máquinas de memorización. En esto último los preuniversitarios se han “hecho la América” ofreciendo planes intensivos prometiendo pasar los contenidos de cuatro años (que quizás con mucha suerte el alumno realmente lo aprendió) en 10 meses. Yo me pregunto ¿es eso asegurar un verdadero aprendizaje? En mi opinión, no. Lo paradójico es que muchos profesores de colegios se prestan para estos servicios entregados por las instituciones “microondas”, y aquí ya entramos a otra problemática que está vinculada con la actualidad de manera directa: el sueldo de los profesores (pero no es pertinente tratarlo aquí, ya que el tema de este ensayo es otro)¹²⁷.

Sin duda la PSU es un sistema de medición retrógrado y poco eficaz (al igual que el SIMCE), que no considera la capacidad real del alumno, sino que por el contrario, una capacidad limitada que sea capaz de satisfacer ciertos estándares preconcebidos. Por lo tanto, la propuesta es cambiar este sistema (en esto coincido con los planteamientos del movimiento estudiantil). Y cualquier persona consciente de la realidad educacional del país debería sentir lo mismo. Aunque el tema pueda presentarse así de fácil y rápido, en esencia no es así, porque la pregunta que cabe hacerse aquí es: ¿cuál sería la alternativa de cambio? Y también cabe preguntarse: ¿cuáles serían los mecanismos para llevar a cabo dicha alternativa?

Este es un tema que debe ser estudiado en profundidad y de manera seria. En el documento que rescato de Confech coincidimos en el punto de que es necesario erradicar el sistema PSU, pero no queda claro en dicho documento cuál sería ese mecanismo (al menos una alternativa o propuesta). Creo que es necesario proponer para enriquecer la discusión. A lo largo de este ensayo he planteado una idea de educación, un nuevo modelo, que debe ser por excelencia humanizante y considerar en su esencia la formación y el desarrollo de la persona en su máxima expresión, en sintonía con el entorno social, una búsqueda incansable del conocimiento y la potenciación de un espíritu crítico y razonado. En consecuencia, el nuevo sistema de admisión a la educación superior debe considerar estos factores también. Por ende, mi propuesta es la siguiente:

El proceso definitivamente es poco eficiente y no mide las potencialidades del alumno. Para esto, el nuevo estándar de medición debe ser un test enfocado en la vocación particular de cada estudiante, de preferencia sin alternativas (que conduce precisamente a lo que se quiere evitar: la mecanización y la memorización), de tal manera que permita discernir de una forma más cercana a la realidad (no exacta obviamente) las potencialidades, aptitudes y vocación que posea el estudiante.

Que el nuevo sistema de medición no conste de alternativas y que exija al alumno entregar opiniones y respuestas propias que nazcan de su propio intelecto y no desde una pauta premeditada. Esto requiere una potenciación de la pregunta tipo ensayo (introducción, desarrollo y conclusión) y de carácter crítico –argumentativo, que problematice y haga razonar al alumno y lo saque del esquema típico que es el simplemente memorizar contenidos, responder la PSU y si no sabe la respuesta, descarta. En este nuevo tipo de medición, el azar no es partícipe.

Eliminar definitivamente las pruebas de Lenguaje, Matemática, Historia y Ciencias. Para cada cual, como es lógico, el tipo de medición será diferente: la responsabilidad recaerá única y exclusivamente en cada

¹²⁷ Es importante aclarar este punto para que no produzca confusiones. Es cierto que el tema del ensayo es otro, pero es preocupante ver cómo profesionales de la educación se ven obligados a trabajar en otros lugares para poder solventar su propio estilo de vida. Muchos de ellos (quizá algunos “obligados” por las vicisitudes de la vida) se ven forzados a trabajar en preuniversitarios. Para mí, un docente serio y formado no debería coludirse con instituciones tan majaderas y oportunistas como los preuniversitarios.

universidad, con pruebas esencialmente de desarrollo tipo ensayo¹²⁸ en el caso de carreras humanistas o del área de las ciencias sociales, y en el área de las ciencias puras y matemáticas, corresponderá el análisis de problemas científicos, aplicación y desglosamiento de fórmulas, análisis algebraico y teoría (las respuestas deberán ser desarrolladas, no se responderá mediante selección múltiple).

Lo anterior implica una importante función tutelar (no controladora) por parte del Estado, quien fijaría los parámetros bajo los cuales el plantel universitario debería regirse en el proceso de admisión. El alumno podrá postular a tres universidades como máximo, en las carreras que él desee. Las exigencias, contenidos y fechas (inscripción; rendición; resultados) en las cuales las universidades deberán evaluar será todo fijado por el Ministerio de Educación y la Superintendencia de Educación Superior. Se, además, propone la eliminación del DEMRE.

Las pruebas serán consistentes con la orientación de la carrera a la que el alumno desea entrar: en un caso cercano, aquel alumno que desee estudiar Historia o Pedagogía en Historia, debe rendir pruebas que vinculen contenidos única y exclusivamente de Lenguaje, Historia y Filosofía.

La inscripción a este tipo de prueba por Universidad será gratuita, sea estatal o privada. Se elimina definitivamente la segregación CRUCH/no-CRUCH, toda universidad se regirá por los reglamentos y parámetros del Ministerio de Educación. Toda universidad chilena debe tener como requisito para existir una acreditación mínima por 4 años o más, y las exigencias para poder acreditarse serán las siguientes: evaluación académica constante, vinculación con el entorno en el cual está inserta la universidad, representatividad estudiantil, diálogo interestamental (profesores, estudiantes, rectoría, trabajadores) y desarrollo directivo.

Una vez que el alumno haya quedado definitivamente seleccionado en algún plantel de educación superior, podrá optar a las becas del Estado, a las cuales todo alumno tendrá la posibilidad de postular. Dichas becas deberán financiar entre un 60% y un 80 % del arancel total de la carrera, y el arancel real de las carreras no podrá sobrepasar el 30% del arancel de referencia.

En cuanto a las carreras de pedagogía, estas deberán ajustarse a un nuevo modelo educacional. En la reforma a la educación superior esta carrera debe ser fundamental¹²⁹ y deben considerarse modificaciones serias y radicales a esa carrera: toda universidad para poder impartir la carrera de pedagogía debe estar acreditada en un mínimo de 5 años (sea estatal o privada) y la carrera misma debe estar acreditada 6 años o más; el estudiante de pedagogía debe poseer una formación integral que involucre manejo de Psicología, Filosofía y Antropología. Debe fomentarse la formación de un profesional abierto, con la capacidad de enfrentar y adecuarse a las distintas realidades que se desarrollan en el país.

El modelo aquí bosquejado es bastante rudimentario, pero clarifica una posición que puede aportar a la discusión. Pienso que bajo estos parámetros, con un sistema de admisión universitario que no es tan estático, que no amarra al estudiante a un proceso ni a una evaluación mecanizante, sino que al contrario, le da libertad y dinamismo estableciendo una tutela irrestricta por parte del Estado, permitirá que el alumno pueda llegar a discernir de mejor manera su real vocación.

128 En el caso de las carreras humanistas, la prueba con contenido referente a Historia (área en la cual me estoy especializando), pienso que debe considerarse fundamentalmente el análisis de fuentes de época e imágenes, de tal manera que el estudiante responda de manera interpretativa, comprensiva y sobre la base de sus conocimientos.

129 Bajo la perspectiva de este ensayo, la carrera de pedagogía y el pedagogo en sí es fundamental para el desarrollo de un sistema educacional que responda a la construcción de un ser humano completo. La reforma a la educación superior debe tener como uno de sus ejes fundamentales el repensar la carrera docente.

6. EL ROL DE LA UNIVERSIDAD

En el apartado anterior se han dejado entrever algunos aspectos claves que debe cumplir la universidad en un nuevo escenario educacional. He decidido dejar este tema para el final porque me pareció pertinente establecer primero un marco conceptual a partir del cual construir un nuevo modelo educacional donde insertar la propuesta de universidad que quiero plantear aquí. Era de poca utilidad plantear de antemano una universidad como ente liberador si el sistema en su totalidad es una estructura opresora que obstruye el desarrollo de la persona humana.

La nueva universidad debe ser por excelencia un espacio abierto a la comunidad, jamás cerrada o exclusiva, y tiene que desarrollar un contacto permanente con el entorno en el que está inserta (proyectos en conjuntos con colegios, coordinaciones con municipalidades, con juntas de vecinos y grupos de adulto mayor, etc.) todo esto dentro de un plan y una idea de que la universidad sea útil a la comunidad toda y no solo al grupo de alumnos que entren a una carrera determinada dentro de ella. De esta manera, el conocimiento académico producido dentro de la universidad no se mantendrá dentro de un círculo académico viciado, sino que será un área abierta, iluminadora para el resto de la comunidad y le permitirá fortalecerse como institución.

Pero para que la universidad sea una fuente de conocimiento verdadero y pueda aportar a la sociedad, debe volver a su esencia más profunda. Las primeras universidades (Salamanca, Bolonia, París y otras), a pesar de que su antecedente más remoto está en las escuelas catedralicias creadas por Carlo Magno¹³⁰, tenían como primera y principal motivación el ser un centro productor de conocimiento y en donde se fomentaría el desarrollo del pensar humano. Creo que en nuestro país esto último se ha perdido y aquí quisiera asirme de un artículo de José Gandolfo llamado “Los contratiempos del pensar”. En resumidas cuentas, lo que plantea Gandolfo es que la Universidad ha perdido su esencia y se ha convertido en una simple institución mecanizadora y que encierra al hombre.

La universidad como tal debería ser pensada como un lugar de libre pensamiento, en donde el hombre, al estilo platónico, pueda dialogar con su alma. Gandolfo nos dice que la universidad precisamente debería ser ese lugar destinado al pensar y a la meditación. Hoy en día esa esencia se ha perdido. El estudiante ya no encuentra en la universidad un entorno en donde pueda encontrarse con su propio ser, donde pueda crecer su alma y desarrollar un espíritu crítico.

Me adhiero a la opinión de este autor, porque me parece fundamental que la universidad vuelva a considerar al hombre humano, persona y no simplemente una “maquina productora de papers” en el menor tiempo posible con el afán de darle prestigio a la universidad. En este sentido, los *rankings* (QS principalmente) y todo aquel que estandarice o califique a las universidades son bastantes engañosos. Una gran cantidad de artículos producidos no necesariamente significan que posean un conocimiento renovado o que fomente la búsqueda epistemológica; muchas veces estos poseen carácter revisionista y archivista.

Puedo decir que a lo que se dedica hoy la universidad (sea pública o privada) es a producir y eso al fin y al cabo produce desgastes dentro de la institución al no ser capaz y no tener la convicción de romper un círculo vicioso. “En este sentido la universidad se presenta como una industria”¹³¹, y dificulta el crecimiento pleno de la persona en el momento que cualquier otra industria o proceso productivo está dirigido por una determinada técnica que haga eficiente el trabajo: la mayor cantidad de producción en el menor tiempo posible. Esto último es a lo que se denomina “investigación”. Por último, y quizás el aspecto más débil

130 La orden imperial “Admonitio Generalis” (789 d. C.) establecía que en cada obispado o monasterio se abrieran escuelas que impartieran un conjunto de enseñanzas que permitieran el crecimiento intelectual del alumnado. La idea de la Admonitio Generalis era que el actuar educativo se expandiera a todos los jóvenes del extenso imperio Carolingio. Así, también en ellas se enseñaría el dogma cristiano

131 Gandolfo, J. *Los contratiempos del pensar*. Artes y Letras, El Mercurio. Santiago.

de este proceso productivo universitario, es que el conocimiento producido se mantiene encerrado, no ilumina. Se oculta y oscurece. Se mantiene exclusivo y privilegiado. La investigación en sí no agota el ámbito investigativo, pudiendo aprovechar la expansión de ese conocimiento a través de la docencia (y no me refiero a docencia universitaria, sino básica y media). Lo que quiero plantear aquí es lo siguiente: en el instante que la universidad planifica industrialmente la producción de conocimientos para cumplir con ciertos estándares, se convierte en un contratiempo del pensar, en un obstáculo para el hombre y en un atrofiamiento de su propio desarrollo como institución dinámica, plural, abierta y que debiera fortalecer por excelencia la formación de profesionales con una mentalidad abierta a la realidad social.

La universidad en un nuevo modelo educacional debe poner su énfasis en formar profesionales lógicamente especialistas en el área en la cual escogieron entrar, pero teniendo en cuenta que ese profesional es en primer término persona. Ese hombre debe despertar en sí el filosofar - como lo diría Heidegger (1999: 20). Con esto no estoy proponiendo crear una sociedad de filósofos, sino que los profesionales, desde sus áreas, sean capaces de filosofar, de contemplar su entorno y aquello que los rodea y se atrevan a articular la Filosofía y la actividad del pensar original, autónoma y creativamente con su propia disciplina. El profesional formado en cualquier universidad chilena debe tener el carácter para atreverse a criticar constructivamente, proponiendo soluciones aterrizadas y concretas. Vivir en la utopía eterna nunca será sano para el desarrollo de una sociedad.

Puedo decir, ya finalizando este apartado, que vivimos en un sistema educacional universitario de un sorprendente corte malthusiano¹³², en donde solo es útil aquel que pueda producir una cantidad exorbitante de libros y/o artículos, *papers* o como se le quiera llamar. Estamos insertos en un sistema educacional, tanto los niveles inferiores como la educación superior misma, que no dan espacio al pensar y a la formación de hombres libres, sino que posee una inmensa esencia productivista y mercantilista, manipulante y doctrinaria. El actual sistema posee una hoja de ruta lo suficientemente predecible: el objetivo primero es rendir la PSU, obtener un puntaje más o menos aceptable que permita al alumno entrar a una carrera que en lo posible entregue *estatus* y honor (en lo posible Derecho, Medicina o Ingeniería) y que además -por cierto- posterior a la titulación, el profesional pueda obtener el mayor ingreso posible y así esa persona será grande y “tendrá el mundo a sus pies” (es impresionante cómo el factor dinero degenera a la persona). No importa (a este sistema no le interesa por lo menos) que ese profesional sea solo un molde vacío espiritualmente. Ganó dinero, produjo y fue capaz de satisfacer estándares premeditados ¿Qué más da?

Considero, y con todo el respeto que merece este Gobierno, que la reforma actual a la educación a modo general y al nivel superior no plantea un cambio sustancial al fondo y la forma de los parámetros bajo los cuales se educa hoy en Chile. Considero que lo único que se toca y lo único que motiva esta reforma es cambiar el precio. Una verdadera reforma plantearía un cuestionamiento al sistema en su totalidad, partiendo por el paradigma en el cual se basa el actual modelo educacional (estático y mecanizante) y planteando uno nuevo (dinámico y humanizante).

7. APRECIACIONES FINALES

He tratado en este ensayo, además de plantear una crítica al sistema actual de educación, proponer una alternativa que puede aportar un punto de vista diferente a la discusión de la reforma educacional en la educación superior. Pensé este ensayo antes que nada como propositivo y de crítica constructiva, con una postura en lo posible original y con citas a pie de página referente a otros autores solo cuando fuera pertinente. Creo que una coyuntura tan importante como lo es el plantearse si el sistema educacional

¹³² Grosso modo, Malthus propuso en un momento que lo esencial para el desarrollo de una sociedad eran aquellos hombres y mujeres capaces de producir en el plano económico. Solo ellos serían útiles y este mismo sistema despreciaba la existencia de pobres, porque significaban un obstáculo para el desarrollo y un peso para aquellos que producían.

actual responde a las necesidades y el desarrollo de la persona, y de la sociedad en su totalidad, debe llevarnos a reflexionar y a repensar lo que se ha venido haciendo desde un tiempo a la fecha.

Decidí dejar el apartado del rol de la universidad para el final, porque me pareció pertinente y necesario establecer primero un marco conceptual a partir del cual deconstruir el sistema actual y, al mismo tiempo, bosquejar lo que sería una alternativa tangible y concreta, un nuevo modelo educacional. El ensayo inicia contextualizando al hombre como un ente dinámico, necesita ponerse en movimiento para su completo desarrollo y que debe desempeñar una postura crítica desde su propia originalidad e intelecto. Lo dije y lo vuelvo a repetir: creo firmemente que educar es liberar.

El contexto actual exige retomar acciones de diálogo y antes que nada posturas concretas, serias y firmes. El espíritu de diálogo requiere de una apertura de mente y hacia el otro. Pienso que las instancias de diálogo que se han dado (o han debido darse) se han visto obstruidas por una intransigencia en las posturas de todas las partes involucradas y la poca capacidad de acción a través de la razón (pareciera ser que el único medio de proponer ideas es a través de “paros”); por otra parte, esta misma intransigencia y la poca voluntad a la hora de sentarse a conversar pienso que tienen raíces más profundas: hay miedo. Miedo a que si una determinada postura presenta su propuesta, la posición contraria pueda refutarla y encontrarle falencias, perdiendo sustento. Hay también arrogancia, en el sentido de que hay posturas que creen sus ideas como absolutas, verdaderas y sin derecho a discusión. Creo que las llamadas “mesas” o instancias de diálogo del último tiempo han tenido más bien un afán publicitario y aparente más que representar voluntad real y seria de solucionar los problemas.

Pienso que definitivamente es necesario reenfocar la reforma educacional, pero al mismo tiempo es bastante complicado. El escenario político y social actual no es el mejor y la campaña presidencial y el proyecto de gobierno mismo abrieron puertas y despertaron esperanzas difíciles de cerrar. Como lo planteé anteriormente, esta reforma educacional es tremendamente sentimentalista, toca la llaga que más le duele al chileno (el dinero) y no plantea un proyecto nuevo ni mucho menos un paradigma innovador bajo el cual educar a las nuevas generaciones. La reforma actual no es otra cosa que preparar el camino para las próximas elecciones.

La postura estudiantil no ha estado exenta de polémicas. El que la FEUC (de tendencia marcadamente gremialista este año) haya actuado durante la primera parte de este año como vocera de la Confech cuando las posiciones entre ambas son claramente diferentes, fue de un desatino mayor. Y el error creo estuvo en, primero, mantener la vocería en la FEUC y, segundo, que esta última lo aceptara. Da la impresión de que la FEUC, dentro de su papel de vocera, quiso dar a conocer su propia postura. El mismo movimiento presenta fracturas dentro de sí, similar a lo que ocurre con el colegio de profesores. Por otra parte, el diálogo no ha sido suficiente entre los estudiantes y las rectorías de sus respectivas universidades. No hay una propuesta en conjunto, sino que más bien discuten por separado, porque ninguno se entiende ni es empático con el otro. Lo que se requiere es, repito, sentarse a conversar, perder el miedo y desechar la arrogancia.

La propuesta de **nueva universidad** que hago aquí intenta dejar de lado el tema de la gratuidad. A pesar de los aranceles vergonzosamente altos que cobran algunas universidades por considerarse privadas, pienso que si no se cambia primero el paradigma y si no se destruye desde las bases el actual sistema educacional, de poco servirá que esta sea gratuita y que no lucre. Hay problemas profundos de infraestructura, de construcción en las mallas curriculares de cada carrera, la legitimidad que pueda tener una universidad que no tiene acreditación, pero aun así imparte carreras, corrupción y malversación de fondos dentro de las mismas universidades y el descuido por parte del Estado hacia las instituciones financiadas con fondos públicos que deben ser solucionados antes de llevar a cabo la gratuidad. Una universidad puede ser gratuita, pero si es corrupta, destina fondos públicos en beneficio de las personas que dirigen la universidad y no

en beneficio de la institución toda, y el Estado no tutela que se esté llevando a cabo una labor educacional decente, de nada servirá dicha gratuidad.

Al mismo tiempo, se requiere tomar en serio la carrera docente. Es impresentable que se plantee hacer una reforma educacional y la carrera de pedagogía sea poco tomada en cuenta. La correcta formación docente influirá en si el nuevo paradigma educacional realmente funciona en el largo plazo (aproximadamente 20 años). Para esto se requiere primero subir los puntajes de corte en todas las universidades del país a 600 puntos (a lo menos hasta que se elimine el modelo PSU y el DEMRE), reformular y estudiar las mallas de las carreras docentes en general, innovarlas y hacerlas responder a las necesidades actuales del estudiante y a la formación de una persona integral, libre, con pensamiento crítico y razonado.

Pienso que es hora de que un país que dice ir camino al desarrollo (hace al menos 50 años) se tome en serio algo tan fundamental para la construcción de una sociedad como lo es la educación de las personas que conviven en ella. Es necesario poner en duda la estructura actual bajo la cual se está educando a los niños de nuestro país y la que se están formando los futuros profesionales. La educación debe pretender la libertad humana, provocar en la persona un desarrollo armonioso de su cuerpo con su espíritu, siendo este fundamental para la construcción de un individuo capaz de servir a la sociedad desde su labor diaria y a partir de su profesión.

La universidad en esto último debe cumplir un papel fundamental. Debe presentarse nuevamente como un altar del pensar y la reflexión, volver a su esencia. La universidad como institución nunca ha sido ni debe permanecer en un estado pseudoindustrial con estándares que puedan vincularse a un estilo productivo mercantilista. Debe ser la expresión máxima del educar en libertad. Sus carreras y los profesionales que se titulen de ellas deben ser ciudadanos formados sólidamente en el campo de lo cívico, con una profunda vocación y con una voluntad de querer ponerse al servicio de la comunidad en la cual desarrollaran su vida profesional. Al mismo tiempo, la Universidad debe ser un espacio abierto, pluralista y que no tenga miedo a tener entre sus filas a alumnos que piensen de manera diferente: esto último no necesariamente plantea la destrucción de un tipo de universidad, sino al contrario, puede enriquecer a la institución y darle dinamismo.

Lo que necesitamos, en definitiva, es cambiar y erradicar el paradigma educacional actual por uno que permita el desarrollo de los potenciales y talentos humanos, de la creatividad personal en su máxima expresión y de personas que se sientan partícipes de la vida en sociedad y de las decisiones que se tomen ellas. Personas que desde su profesión valoren su entorno y sean valorados por este último. Debemos guiarnos por la idea de que el profesional desde su más básica educación no sea formado para producir y ganar dinero, sino que para pensar y ayudar a construir un país mejor, que le permita desarrollarse plenamente en su profesión y vuelque su pasión a aquello. Debe procurarse la formación de hombres y mujeres, ciudadanos libres, conscientes y pensantes capaces de contemplar y cuestionar lo que hay alrededor.

La educación debe ser liberadora por excelencia, y de una vez por todas el Estado debe desligarse de esa idea de que mientras menos educada esté la persona, mejor. Hacer una reforma educacional requiere de voluntad política y querer decir las cosas con la verdad (es hora de erradicar la idea de “lo políticamente correcto”), porque ahí recién nos entenderemos y nos veremos las caras tal cual somos. Un pueblo educado puede ayudar y facilitar la construcción de un Estado en beneficio de todos y todas. Nos ufamamos cada 18 de septiembre de una independencia que no es tal (el Acta de Independencia se firmó el 12 de febrero de 1818 en Talca), pero aun así, es impresionante como la cúpula de poder y el Estado en general poseen aun una influencia pseudoborbónica con ínfulas de verdadera democracia y desarrollo.

Posiciones que vayan con la verdad por delante y no tengan temor a decir lo que piensan (siempre que sea con respeto) son las que deben surgir. Procesos coyunturales como los que se viven actualmente son superados cuando las diferentes posturas logran entenderse entre sí y comprenden que deben complementarse y no tratar de imponerse una por sobre la otra. Y para finalizar, insistiré en un punto que para mí es fundamental para entender la postura aquí planteada: **Educar es liberar**, y lo que importa, en último término, es la persona humana.

REFERENCIAS

Confederación de Estudiantes de Chile (ConfeCh). (2015). *Principios fundamentales para una nueva educación pública*.

Gandolfo, J. *Los contratiempos del pensar*. Artes y Letras, El Mercurio, Santiago.

Heidegger, M. (1999). *Introducción a la Filosofía*. Cátedra, Madrid.

Kant, I. (1979). “¿Qué es la Ilustración?” En: *Filosofía de la Historia*. FCE, México.

Nueva Educación Pública. Disponible en: www.issuu.com, QueChileDecida.

Ortega y Gasset, J. (1982). “¿Qué es filosofía?”. *Revista de occidente*. Alianza editorial, Madrid.

Portales, D. (1832). *Carta a Joaquín Tocornal*. Valparaíso.

RESEÑA DEL “GLOSARIO DE TÉRMINOS LEGALES”

por Claudia Poblete y Emmy González

El texto que reseñamos lleva por título “Glosario de términos legales” y su autoría corresponde al Poder Judicial de Chile. Lleva en su portada el logo del Proyecto de Clarificación y simplificación de resoluciones judiciales” (bajo los aportes del BID) y su edición es del año 2015.

El texto se compone de tres apartados: el primero correspondiente a términos legales que han sido extraídos y relevados a partir de consultas a los usuarios y notificadores chilenos; el segundo, destinado a frases de uso frecuente en resoluciones y documentos que se destinan a los ciudadanos en el contexto judicial; y, finalmente, un tercer apartado de siglas y abreviaturas. Los términos incluidos en la obra corresponden a materias civil, penal, familia o trabajo, y otros que son de uso en todas las áreas del Derecho.

El apartado que ha sido muy valorado por los usuarios es el que incorpora frases de uso frecuente como: “Estese a lo resuelto”, “En mérito”, “En mérito de autos”, “No están llanos a arribar”, entre otras. Todas ellas se explican o se entrega un equivalente en lenguaje claro.

El valor de este texto no recae en ser una obra lexicográfica detallada, extensa y acuciosa de términos legales, jurídicos o judiciales -que ya existen y de gran prestigio y extensión-, sino que su valor está en ser un instrumento de **uso ciudadano** que define, explicita y aclara conceptos propios del sistema judicial chileno actual. Tal como se señala en su introducción:

El siguiente listado corresponde a términos que se han extraído de consultas a usuarios y notificadores (en contacto frecuente con el ciudadano) chilenos. Cabe señalar que este glosario tiene como destinatario el usuario del Poder Judicial. Esta iniciativa surge en el marco del Programa de Fortalecimiento de la Capacidad Institucional del Poder Judicial.

La iniciativa surge a partir del diagnóstico recogido desde los usuarios en el sentido de la dificultad que conlleva comprender los términos –y por ende los textos- utilizados en los escritos judiciales, lo que genera un distanciamiento respecto a la realidad jurídica. Pues bien, con base en el **derecho a comprender** que todo ciudadano tiene de aquellos documentos legales que le afectan directamente, nace la necesidad de crear un glosario de términos legales que facilite el acceso y comprensión del discurso jurídico chileno clarificando y simplificando el lenguaje judicial.

La obra se elaboró a partir de una encuesta realizada a usuarios reales del sistema judicial donde se comprueba que un gran porcentaje de la población no comprende lo que lee ni lo que se le informa al momento de realizar un proceso judicial, mismo caso que como legos podemos decir al recibir un escrito elaborado por un abogado que no ha pensado en “para quién escribe”.

En este contexto surge una primera versión del Glosario como experiencia piloto que se aplica en los tribunales de familia y penal de Viña del Mar, materias seleccionadas por la cantidad de público que concentran.

Si bien la obra tiene aspectos que mejorar y validar, se reconoce su aporte como una iniciativa concreta que facilita la comprensión de los documentos al ciudadano común. En este punto, otras instancias -como la legislativa- ameritan explorar estos caminos de acceso y puente entre las instituciones, percibidas cada vez con más distancia por los usuarios, y sus usuarios.

El Glosario ha sido bien valorado por las personas y esto ha llevado a que desde la Comisión de Lenguaje del Poder Judicial se elabore una **nueva versión** del texto que incorpora la revisión y nueva validación de los términos, sume otros, aumente el número de frases de uso frecuente, entre otras mejoras. Fruto de lo anterior, es que la nueva versión está disponible desde el 28 de diciembre de 2015.

CONVOCATORIA

HEMICICLO es una revista publicada por la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados de Chile que ofrece material para el análisis y la discusión del quehacer parlamentario, en lo que concierne a legislación, fiscalización y representación; además de las experiencias, reflexiones e investigaciones acerca del acontecer nacional e internacional, que constituyan un aporte al debate económico y político.

Los trabajos considerados para publicar deben ser inéditos, no publicados en otras revistas o libros anteriormente. Excepcionalmente, el Consejo Editorial podrá aceptar artículos que no cumplan con este requisito. Las colaboraciones serán examinadas por el Consejo Editorial de la revista en cuanto a su interés académico, pero los contenidos serán de responsabilidad de sus respectivos autores.

Los artículos deberán cumplir con las siguientes exigencias formales:

1. El título debe ser descriptivo y no exceder, en lo posible, las quince palabras. Los subtítulos deben presentarse debidamente numerados hasta 1.1.1; la extensión del original debe ser entre 5.000 y 7.500 palabras para los artículos (excluyendo las notas), y de 1.500 a 2.500 palabras para los comentarios de libros o reseñas.
2. Los artículos deben incluir un resumen en castellano y en inglés que describa sus aspectos principales en 100 palabras. El resumen en inglés, a solicitud del autor, podrá ser elaborado por la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados.
3. Deben incluirse tres palabras claves que en lo posible no se encuentren en el título del trabajo, para efectos de indización bibliográfica.
4. En la primera página, en una nota al pie, debe incluirse una breve reseña del autor que señale sus estudios y la institución en que los cursó, además de la actividad que desarrolla actualmente. Se sugiere incluir correo electrónico para posibles comunicaciones de los lectores.
5. Las referencias bibliográficas deben presentarse siguiendo el **formato ISO 690**. Un ejemplo para publicaciones seriadas o revistas:

CORRAL, Hernán. "Familia sin matrimonio, ¿modelo alternativo o contradicción excluyente?". *Revista Chilena de Derecho*. 1994, 21 N°2, p. 245-257.

Las referencias de las citas deben ir al interior del texto y las referencias completas al final del artículo bajo el título "Referencias".

6. La tipografía del texto debe ser calibri, tamaño 11, con un interlineado de 1,5 y sin saltos de línea entre los párrafos.
7. Las contribuciones deben ser remitidas en formato word al correo electrónico: academiaparlamentaria@congreso.cl.
8. Los originales serán editados en cuanto a precisión, organización, claridad o consistencia con el estilo y formato de la revista.
9. El plazo de entrega de colaboraciones para el próximo número vence el **30 de mayo de 2016**.
10. Para esta edición se priorizará la publicación de los artículos que traten sobre: "Proceso Constituyente".

**La colusión: análisis teórico-normativo de su tratamiento en Chile y
Derecho Comparado**
África N. Sanhueza Jéldrez

**Lagunas de norma constitucional, integración normativa y la
jurisprudencia de los jueces constitucionales de España y Chile**
Guido Williams Obrequé

La jurisdicción constitucional en Chile
Prof. Dr. Lautaro Ríos Álvarez

**Una aproximación constitucional al matrimonio entre personas del
mismo sexo**
Sebastián Becker Castellaro

**El camino hacia la participación política femenina: la ley de Cuotas de
Género Legislativa**
Valentina Hernández Fuenzalida

**Participación ciudadana en el Congreso Nacional: caso del proyecto
boletín 9366 o de inclusión**
Felipe Augusto Durán Martínez

Reforma educacional: hacia un nuevo paradigma
Ulises Parraguez Romero

Reseña “Glosario de términos legales”
por Claudia Poblete y Emmy González