



HEMICICLO

Revista de Estudios Parlamentarios

Academia
Parlamentaria 

CAMARA DE DIPUTADOS



CAMARA
DE DIPUTADOS
CHILE

Año 2. Número 3. Segundo semestre de 2010.

DIRECTOR

Enrique Winter Sepúlveda

CONSEJO EDITORIAL

Juan Carlos Herrera Infante

Cristián Ortiz Moreno

Rafael Parrao Ubilla

Verónica Seguel Ilabaca

Juan Veglia Quintana

Gonzalo Vicente Molina

DISEÑO

Marcelo Torres Vargas

SECRETARIA

Gioconda Vásquez Pérez

Impreso en Miranda Hermanos Limitada

Edición de 1.000 ejemplares

ISSN 0718-8463

Teléfono: 56 32 2505591

e-mail: academiaparlamentaria@congreso.cl

Índice

I	Las prácticas partidistas bajo la Constitución de 1925: la relativización del presidencialismo chileno Felipe Meléndez Ávila	7
II	El proyecto de acuerdo del 22 de agosto de 1973 de la Cámara de Diputados y el Estado de Derecho Hernán Almendras Carrasco	27
III	Crítica a la justificación del bicameralismo en Chile Diego Pardo Álvarez	41
IV	Chile-Perú: una visión geopolítica de los últimos 40 años de relación bilateral Lester Cabrera Toledo	61
V	Un canal del sector público al servicio de la ciudadanía: la oportunidad que ofrece la televisión digital a la modernización del Estado Juan Veglia Quintana	81

Competencias del Tribunal Constitucional

VI	Modificaciones a la ley orgánica del Tribunal Constitucional introducidas por la ley N° 20.381 Carlos Carmona Santander	101
VII	El control correctivo de constitucionalidad de la ley Lautaro Ríos Álvarez	113
VIII	La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sus efectos en la actividad legislativa Marisol Peña Torres	127
IX	El régimen de protección de los derechos económicos y sociales en Chile Francisco Fernández Fredes	141

Fiscalización de los actos del Gobierno por la Cámara de Diputados

X	Informe de la Comisión Investigadora del estado de la institucionalidad en relación a su capacidad de respuesta frente a desastres naturales (extracto)	151
XI	Informe de la Comisión Investigadora sobre la actuación del Estado en las irregularidades de las actividades financieras del grupo Inverlink (extracto)	175



Las prácticas partidistas bajo la Constitución de 1925: la relativización del presidencialismo chileno*

Felipe Meléndez Ávila**

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad exponer la importancia que tuvieron las prácticas de los partidos políticos, desde el Congreso Nacional, en la relativización del presidencialismo establecido en la Constitución de 1925. Propondremos una nueva interpretación respecto del carácter de dichas prácticas, logrando identificar tres tipos: prácticas partidistas clásicas, conformadas por la orden y el pase de partido, prácticas partidistas unificadoras del Congreso Nacional y del Presidente de la República, conformadas por las leyes de excepción constitucional y la delegación de facultades legislativas, y prácticas partidistas proclives al Congreso Nacional, integradas por a las leyes misceláneas, las leyes de gracia y las consejerías parlamentarias. Ellas habrían resultado factores claves para morigerar con gran éxito las fuertes prerrogativas presidenciales, hasta mediados del siglo XX chileno.

Abstract

This paper argues the importance of political parties' practices in the Congress so as to weaken the presidential form of government established in Chile by the Constitution of 1925. The author analyses the nature of such practices and identifies three different categories: classical partisan practices shaped by the party's commands to congressmen and state secretaries; unifying partisan practices reflected in laws of Constitutional exceptions and in the delegation of legislative powers; and partisan practices empowering the Congress made-up of specific types of laws passed by Congress and by parliamentary representation in state enterprises. This paper argues that until mid-20th century these partisan practices were successful in weakening the strong presidential powers granted by the Chilean Constitution.

* Esta ponencia es una versión reformulada para la presente publicación, que forma parte de la tesis titulada "El Congreso Nacional bajo la Constitución de 1925: la dinámica entre los partidos, las Cámaras y la Presidencia", ganadora del concurso de memoristas organizado por la H. Cámara de Diputados, en 2009.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Es ayudante de Historia Institucional de Chile en el siglo XIX y XX, en la misma casa de estudios.

“Inevitablemente, todos nosotros formulamos por escrito la historia de nuestro tiempo cuando volvemos la vista hacia el pasado y, en cierta medida, luchamos en las batallas de hoy con trajes de época. Pero quienes solo escriben sobre la historia de su propio tiempo no pueden comprender el pasado y lo que éste trajo consigo. Incluso pueden llegar a falsear el pasado y el presente sin que sea esta su intención.”

Eric Hobsbawn

1. Prácticas partidistas clásicas

Las prácticas partidistas clásicas estuvieron conformadas por el orden de partido y el pase de partido. Las hemos denominados “clásicas”, puesto que ellas no se iniciaron con la entrada en vigencia de la Constitución de 1925, sino que provenían del régimen parlamentario precedente. Además, porque son mencionadas por varios autores como las prácticas más importantes de los partidos políticos durante el periodo 1932 – 1973, que permitieron ir debilitando la autoridad presidencial.¹ La particularidad de estos verdaderos hábitos políticos fue su vinculación tanto con el Congreso Nacional, la orden de partido, como con el Presidente de la República, el pase de partido.

1.1. El pase de partido

El pase de partido puede caracterizarse como la autorización que se confería por la directiva de un partido determinado a sus militantes, para que éstos pudiesen aceptar una determinada Cartera del gabinete.² Según algunos estudiosos, esta autorización se extendía, además, a otros cargos de designación presidencial, como intendentes, gobernadores, altos jefes de servicios, fiscales y autónomos.³ La costumbre del “pase” aparece en 1912, durante pleno régimen parlamentario, en virtud de la cual los partidos imponían al Jefe de Estado el nombre de los ministros, doblegando la atribución del ejecutivo de determinar a los miembros del gabinete.⁴ Con todo, a nuestro juicio, la importancia de esta práctica más bien dice relación con los ministros de Estado, que con las otras autoridades, pues para los otros cargos pareciera importar más el “cuoteo”. Por su parte, el “pase” tenía además otra modalidad, la “orden de retiro”, consistente en el mandato de una determinada directiva partidista a sus militantes integrantes del gobierno de dimitir de sus cargos.⁵

¹ Véase: Bravo, Bernardino. Régimen de gobierno y partidos políticos en Chile 1924 – 1973, Editorial Jurídica de Chile, 1978, p.60; Brahm, Enrique et. al. Régimen de gobierno en Chile ¿Presidencialismo o parlamentarismo? 1925-1973, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 10; Ibáñez, Adolfo. Herido en el Ala. Estado, oligarquías y subdesarrollo. Chile 1924-1960, Editorial Biblioteca Americana, 2003, p. 108.

² Bernaschina, Mario. Manual de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 2da. Edición, 1955, p. 365; Amunátegui, Gabriel. Manual de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1950, p. 475.

³ Véase: Ibáñez, Adolfo. Ob. Cit., p. 109; y Bravo, Bernardino. Ob. Cit., p. 60.

⁴ Heise, Julio. Historia de Chile. El periodo parlamentario 1861-1925, Tomo I, Fundamentos histórico-culturales del parlamentarismo Chileno, Editorial Andrés Bello, 1974, p. 290.

⁵ Carrasco, Sergio. “Estabilidad e importancia política de los ministros de Estado. El caso del Ministro de Hacienda (1925-1973).” En: Revista de Derecho Público, Vol. 1996 (Nº 59), p. 142.

Una de las reformas introducidas por los constituyentes del 25, destinadas a terminar con el régimen parlamentario chileno, fue el establecimiento de la incompatibilidad entre los cargos de diputado y senador con el de Ministro de Estado, así como también, el establecimiento de la responsabilidad del Presidente de la República durante su mandato y hasta un año después que éste haya finalizado. Antaño, ambas disposiciones habían sido fundamentos de la interpretación parlamentarista de la Constitución de 1833. De esta manera, al menos en el texto de la Constitución de 1925, quedaba resguardada la atribución del Presidente de nombramiento y destitución de los Ministros de Estado, que dicho sea de paso, eran de su designación y confianza exclusiva, al igual que hoy. Sin embargo, es posible constatar diversos testimonios que dan cuenta de lo contrario, y que tienen relación directa con el fenómeno de la rotativa ministerial y el debilitamiento del presidencialismo chileno. Destacan entre ellos, los testimonios de constitucionalistas y políticos del periodo.

Al respecto, Gabriel Amunátegui señala que “las prácticas políticas desarrolladas vigorosamente entre nosotros (refiriéndose al “pase” y a la “orden de partido”), y que conducen hacia una deformación del régimen gubernamental, han introducido a este respecto, el trámite de la intervención de los partidos políticos.”⁶ Por su parte, Carlos Estévez señala que, “desgraciadamente, a partir de 1939 la inestabilidad ministerial ha vuelto a aparecer y ha sido el producto, no ya de una censura parlamentaria, sino de resoluciones de organismos directivos de tal o cual partido.”⁷ En el mismo sentido, Mario Bernaschina señala: “...sin embargo, en Chile no se ha desterrado definitivamente la influencia política en el nombramiento de los ministros. En primer lugar, porque los partidos que apoyan al gobierno se dividen las diversas secretarías, y después, porque el Presidente puede nombrar a las personas que el partido autorice o designe expresa y concretamente.”⁸ Eduardo Frei Montalva, señalaba en 1949: “Por desgracia (la Constitución de 1925) no ha resuelto el problema de la estabilidad ministerial, porque a la intervención del parlamento ha sucedido la menos responsable de la directiva de los partidos políticos, en cuyo seno actúan muchos que no han recibido un mandato popular expreso ni son responsables pública y legalmente de sus actos. El Presidente, por su parte, necesita ajustar o adaptar sus gabinetes a la opinión de los partidos, si quiere gobernar con éstos, condición esencial de un régimen democrático.”⁹

Como se puede apreciar, el efecto del pase de partido afectaba directamente la conformación misma del régimen presidencial, al privar al ejecutivo de una de sus atribuciones exclusivas. En este sentido, como se desprende de los testimonios, esta práctica se identificó como una mutación de la intervención del Congreso Nacional acaecida durante el régimen parlamentario, y que a la postre ocasionaba la tan criticada rotativa ministerial, por la intervención de las directivas de los partidos políticos durante el régimen presidencial implantado con la reforma constitucional de 1925.

⁶ Amunátegui, Gabriel. Ob. Cit., p. 474.

⁷ Estévez, Carlos. Elementos de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1949, p. 318.

⁸ Bernaschina, Mario. Ob. Cit., p. 365.

⁹ Citado en: Heise, Julio. Historia de Chile... Ob. Cit., p. 290.

El Partido Radical fue, principalmente, el que empleó la orden de retiro, creándose así importantes conflictos en los gobiernos en que participó.¹⁰

A comienzos de 1940 en el curso del gobierno de Pedro Aguirre Cerda, se produjo una seria controversia entre la Junta Central del Partido Radical y el Ejecutivo por el nombramiento de los ministros de Estado. Dicha crisis de gabinete impulsó a Aguirre Cerda a redactar su renuncia al cargo, la cual finalmente no se materializó.¹¹ Asimismo, en 1941, esta situación se reeditó a propósito de la orden emanada de la XIV Convención Ordinaria del Partido Radical, cuyo objeto era la renuncia de los ministros de dicha colectividad. Si bien el Ejecutivo intentó defender sus prerrogativas contra la intromisión partidaria, finalmente tuvo que aceptar la renuncia del Ministro del Interior como le exigía el partido. Solo a inicios de octubre del mismo año, el Partido Radical se reintegró al gobierno, del cual se había retirado en junio.¹²

Igual situación aconteció a comienzos de 1944, a propósito del conflicto de la XVI Convención del Partido Radical con el Presidente Juan Antonio Ríos. Se le imponía la conformación de un gabinete de centro-izquierda, o bien, exclusivamente radical, que de no concretarse implicaría la dimisión del gabinete, lo que finalmente se materializó y se extendió hasta mayo de 1945.¹³

En 1950, durante la Presidencia de Gabriel González Videla, éste se vio forzado por su partido a sustituir el ministerio denominado de “concentración nacional”, por otro que se llamó de “sensibilidad social”.¹⁴ Con motivo de la elección presidencial de 1952, el Partido Radical ordenó a todos sus miembros que ejercían cargos de confianza del Presidente renunciar a los mismos. Dicha medida abarcó desde representantes diplomáticos hasta ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores. También en este caso las renunciaciones se entregaron a las directivas de los partidos.¹⁵

Esta práctica se terminó abruptamente durante el gobierno de Eduardo Frei, pues el Partido Demócrata Cristiano ejerció un gobierno de partido único, al no citar a otras colectividades a integrar el gabinete, ni asumir otros cargos de designación presidencial. Siguiendo una estrategia hegemónica, los demócratacristianos intentaron gobernar solos, alentados por su éxito electoral sin precedentes. En vez de ampliar su base política y salir a buscar potenciales aliados de gobierno, adoptaron la fórmula de gobierno del “camino propio”, y entraron en alianzas temporales de gobierno con otros partidos solo con la finalidad de asegurar una legislación específica.¹⁶ Esto rompió una práctica de larga data en torno a gobiernos de coalición, que permitía la confluencia de los más diversos partidos políticos en los cargos de gobierno. Según Timothy Scully, la opción por el gobierno de coalición estaba dada no por la convicción de que éste fuera “mejor”, sino más bien por una decisión tomada sobre la base de las necesidades de gobierno.¹⁷

¹⁰ Carrasco, Sergio. Ob. Cit., p. 142.

¹¹ Moulán, Tomás. La Forja de Ilusiones: el sistema de partidos 1932-1973, Universidad Arcis (FLACSO), 1993, p. 37 - 38.

¹² Olavarría, Arturo. Chile entre dos Alessandri. Memorias Políticas, Editorial Nacimiento, 1965. Citado en: Moulán, Tomás. La Forja de Ilusiones... Ob. Cit., p. 38.

¹³ Durán, Florencio. El Partido Radical, Editorial Nascimento, 1958. Citado en: Moulán, Tomás. Ob. Cit., p. 38.

¹⁴ González Videla, Gabriel. Memorias, 2 vols, Editorial Gabriela Mistral, Santiago, 1975. Citado en: Bravo, Bernardino. De Portales a Pinochet. Gobierno y régimen de gobierno en Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 138.

¹⁵ Bravo, Bernardino. Régimen de gobierno... Ob. Cit., p. 60.

¹⁶ Scully, Timothy. Los Partidos de centro y la evolución política chilena, CIEPLAN – Notre Dame, Chile, 1992, p. 204.

¹⁷ Ibid., p. 204.

1.2. La orden de partido

La orden de partido era otra de las prácticas políticas “clásicas” del periodo en estudio. A diferencia del “pase”, este hábito político daba cuenta de la vinculación de los partidos con el Congreso Nacional. Puede conceptualizarse como la orden emanada de la directiva de un partido que debía ser cumplida por sus militantes.¹⁸ Ella se hacía valer tanto en las votaciones del Congreso como en la generación de los cargos de elección popular, desde regidores municipales, diputados y senadores hasta Presidente de la República.¹⁹ La eficacia de la “orden” estaba en directa relación con el grado de disciplina partidaria existente en cada colectividad.²⁰

Julio Heise destaca que en el periodo 1861 a 1925, las agrupaciones políticas más doctrinarias (conservadores y radicales) observaron una disciplina ejemplar, acatando rigurosamente las resoluciones de sus directivas, al tiempo que daban cuenta de una clara orientación partidaria.²¹ De un grado inferior, pero no por eso menos destacable, incluye a liberales, demócratas, nacionales y liberales democráticos, donde la disciplina era bastante satisfactoria. Esto se vio reflejado en el hecho que al inicio del periodo parlamentario (1861), los partidos eran cuatro y al finalizar, seis. En cambio, señala que durante la vigencia de la Constitución de 1925, la cantidad de partidos que proliferaron fue muy abultada, lo que es reflejo de una profusa indisciplina partidista.²² Sin embargo, pese a la proliferación de una gran cantidad de partidos políticos, en parte favorecidos por la legislación electoral de hasta mediados de la década de 1950,²³ lograron destacarse seis partidos principales que, agrupados como izquierdas y derechas, contaron con un importante apoyo electoral durante el periodo.

Por otra parte, siguiendo a Weston Agor, las directivas de las agrupaciones partidistas si no estaban dirigidas, al menos estaban integradas por parlamentarios que por lo general, eran senadores. Ellos ejercían una poderosa influencia en la posición efectivamente adoptada por el partido, en virtud de sus puestos en Comisiones claves, o por el hecho de ser al mismo tiempo presidente o secretario general del partido a nivel nacional.²⁴ Además, como pudo apreciarse al describir la estructura y organización de los partidos políticos chilenos, sus estatutos entregan esa atribución de conducción a los órganos directivos más importantes de las respectivas agrupaciones partidistas.

¹⁸ Ibáñez, Adolfo. Ob. Cit., p. 108-109.

¹⁹ Bravo, Bernardino. Régimen de Gobierno... Ob. Cit., p. 60.

²⁰ Amunátegui, Gabriel. Partidos Políticos, Editorial Jurídica de Chile, 1952, p. 255.

²¹ Heise, Julio. El Periodo Parlamentario 1861-1925, Tomo II, Democracia y gobierno representativo en el periodo parlamentario (Historia del Poder Electoral), Editorial Universitaria, 1982, p. 291.

²² Heise, Julio. El periodo parlamentario... Ob. Cit., p. 292.

²³ Véase en: Meléndez Ávila, Felipe. El Congreso Nacional bajo la Constitución de 1925: la dinámica entre los partidos, las Cámaras y la Presidencia, memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de Chile, 2010, p. 73 y ss.

²⁴ Agor, Weston. El Senado chileno: distribución interna de la influencia, Editorial Andrés Bello, 1973, p. 45.

2. Prácticas partidistas unificadoras del Congreso y la Presidencia

Generalmente se ha entendido que las leyes de excepción constitucional y los decretos con fuerza de ley, fueron ejemplos de cómo el Congreso Nacional renunciaba a sus atribuciones legislativas a favor del fortalecimiento de las prerrogativas del Presidente de la República, sin analizar la lógica ni el sentido que la concesión de dichas facultades al ejecutivo implicaron en realidad.

Al respecto, sostenemos que tanto las leyes de excepción constitucional como los decretos con fuerza de ley implicaron una práctica partidista unificadora de las relaciones entre las Cámaras del Congreso Nacional y la Presidencia. Para sostener esto, argumentamos que la dictación de este tipo de normas implicó una reacción de los distintos poderes públicos, en cuanto Estado, al problema del orden. Toda la institucionalidad relativa a los partidos políticos, implicó la consagración de una democracia restringida, donde la legislación sobre Seguridad Interior del Estado jugaba un importante papel, habida consideración que establecía claramente qué actores quedaban excluidos del sistema político.²⁵

En este mismo sentido, las dos instituciones que analizaremos a continuación, implicaron la respuesta conjunta de los partidos políticos relevantes del sistema político chileno, principalmente de los partidos de derecha y el Partido Radical, al problema del orden público y de la estabilidad institucional. Por eso, nos parece mejor hablar de prácticas unificadoras del Congreso Nacional con la Presidencia, puesto que, en cuanto colegisladores, operaban como Estado, dando cuenta de las limitaciones del sistema democrático del periodo 1933 – 1973.

Con todo, nos parece necesario aclarar que esta práctica no se mantuvo constante durante todo el periodo, puesto que operó, preferentemente, desde mediados de la segunda administración de Arturo Alessandri Palma y durante los gobiernos radicales, particularmente bajo la presidencia de Gabriel González Videla. Posteriormente, comenzó a decaer, desvirtuándose en la mera represión ejercida directamente por el Presidente de la República.

2.1. Las leyes de excepción constitucional o de facultades extraordinarias

Las leyes de excepción constitucional, también denominadas facultades extraordinarias, correspondían a uno de los tipos de restricciones a las garantías establecidas en la Constitución. Conjunto con ella se encontraban el estado de sitio y el estado de asamblea. En un rango legal, y muy ligadas a las facultades extraordinarias, se encontraban las zonas de emergencia, que de cierta manera vinieron a dar una “vuelta de tuerca” a esta institución decimonónica, desplazando su influencia desde el Congreso Nacional hacia la mera represión por parte del ejecutivo, como veremos a continuación.

El origen de las facultades extraordinarias se halla en el texto original de la Constitución de 1833, el cual, en su artículo 36 número 6, expresaba:

“Autorizar al Presidente de la República para que use de facultades

²⁵ Meléndez Ávila, Felipe. Ob. Cit., p. 73 y ss.

extraordinarias, debiendo siempre señalarse expresamente las facultades que se le conceden, y fijar un tiempo determinado a la duración de esta ley.”

Esta disposición implicó la autorización del Congreso para delegar al Presidente de la República facultades legislativas e investirlo de facultades extraordinarias, de ahí su nombre.²⁶ Esta norma se usó con frecuencia durante las primeras décadas de vigencia de la Carta de 1833, tanto con fines bélicos y represivos como con fines legislativos, materializados en diversas leyes delegatorias de facultades legislativas que permitieron la dictación de decretos con fuerza de ley,²⁷ como veremos más adelante. Reflejo del avance de la prerrogativas del Congreso Nacional, y de la limitaciones que se intentaban establecer respecto del autoritarismo presidencial, la reforma constitucional 1874, que enmendó varios preceptos constitucionales, modificó este artículo, limitando su sentido amplísimo, y lo reemplazó en términos tales que estableció expresamente los derechos que quedaban afectados, las causales que lo motivaban y la duración que esta debía observar.

Este precepto, se mantuvo intacto en la reforma constitucional que originó la Carta de 1925, quedando consagrado en el artículo 44 número 13, relativo a las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional.²⁸

De esta manera, se estableció que solo en virtud de una ley podía afectarse las garantías constitucionales señaladas en forma taxativa, no pudiendo restringirse o suspenderse otra garantía o derecho. Se estableció que sus causales quedaban delimitadas por: a) la defensa imperiosa del Estado, b) la conservación del régimen interior y c) la conservación de la paz interior. Además, se estableció un plazo determinado para su duración, el cual no podía exceder de seis meses. Así, la ley de excepción constitucional o de facultades extraordinarias, quedó configurada como la más importante de las limitaciones a las garantías constitucionales, habida consideración que quedaban más derechos afectos, así como también porque sus causales abarcaban las restantes restricciones contempladas en la Constitución.

Al respecto, sostenemos que su ejercicio no implicaba un actuar autoritario del ejecutivo, sino más bien el actuar autoritario y represivo del Estado en su conjunto, puesto que quedaba determinada por el concurso de los dos poderes colegisladores, Presidente de la República – Congreso Nacional, para su establecimiento, al tiempo que correspondía a los Tribunales de Justicia su aplicación, en el evento que se establecieran penas. Esto es lo que hacía particular a esta institución, especialmente al momento de estudiar cómo interactuaban los partidos políticos en su utilización, los cuales estaban presentes tanto en el Congreso Nacional como en la Presidencia.

Durante el periodo 1933 – 1973, se utilizaron en once ocasiones, destacando su aplicación principalmente durante los gobiernos comandados por presidentes pertenecientes a las filas del Partido Radical, siendo su periodo más álgido la

²⁶ Bernaschina, Mario. Ob. Cit., p. 210.

²⁷ Véase: Silva Bascañán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, La Constitución de 1925 I, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 339 a 340.

²⁸ “Restringir la libertad personal y la de imprenta, o suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión, cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior, y solo por períodos que no podrán exceder de seis meses. Si estas leyes señalaren penas, su aplicación se hará siempre por los Tribunales establecidos. Fuera de los casos prescritos en este número, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura.”

Presidencia de Gabriel González Videla.²⁹

A la concesión de facultades extraordinarias, se agregaba la declaración del estado de sitio, sumándose, posteriormente, la declaración de zonas de emergencia, que implicaba la entrega de atribuciones represivas al Jefe de la Defensa Nacional designado por el ejecutivo.

En la práctica, una vez que se dictaba una ley de facultades extraordinarias, generalmente el Ejecutivo procedía a relegar a determinados lugares del país a políticos, dirigentes gremiales, estudiantiles, entre otros, que consideraba peligrosos para la estabilidad del Gobierno, de manera de no permitirles que desarrollasen actividades contrarias a él, o bien los dejaba detenidos en sus casas o en lugares que no fueran cárceles, y los sometía a la vigilancia de la autoridad.³⁰ Esto refleja, a nuestro juicio, la democracia restringida existente durante el periodo. Veamos algunos casos en los que se utilizaron dichas prerrogativas.

Durante la administración de Arturo Alessandri Palma, en diciembre de 1933, el Congreso concedió facultades extraordinarias al Presidente, con el fin de enfrentar supuestas conspiraciones de Grove, Ibáñez, Matte, Dávila y de los comunistas, para derrocar el gobierno. Poco después, la censura y la represión política se intensificaron.³¹ Más avanzada su administración, cinco días después de la matanza del Seguro Obrero, entró en vigencia una nueva ley de facultades extraordinarias.

Durante la administración de Pedro Aguirre, dos días después del intento de golpe de Estado de agosto de 1939, protagonizado por Ibáñez y el General Ariosto Herrera, se le concedieron facultades extraordinarias que, además, llevaban consigo, la declaración de estado de sitio. Por moción de parlamentarios de derecha de mayo de 1939, se promovió un proyecto de ley de amnistía para todos aquellos que habían participado en la represión del 5 de septiembre (matanza del Seguro Obrero)³², la cual luego de dilatada discusión, fue aprobada después de las elecciones parlamentarias y municipales acaecidas en marzo y abril de 1941, respectivamente. A juicio de Loveman y Lira, “el Congreso no lo dejó (al presidente Aguirre Cerda) aplicar un perdón que discriminara contra complotadores como Herrera e Ibáñez.”³³

Si bien, durante la administración de Juan Antonio Ríos no se dictó una ley que concediera facultades extraordinarias, por medio de la ley 7.200 de junio de 1942,³⁴ se crearon las denominadas “zonas de emergencia”, lo que permitía, bajo determinadas circunstancias, suspender o restringir la libertad personal en conformidad con varios artículos de la Constitución. Pese a ser ideada por la situación de la Segunda Guerra Mundial, cuando Chile declaró la Guerra a Japón,³⁵ su uso continuaría durante la década de 1950, y se transformaría en otro instrumento de la democracia restringida,³⁶ como veremos más adelante.

²⁹ Meléndez Ávila, Felipe. Ob. Cit., p. 128.

³⁰ Andrade, Carlos. Elementos de Derecho Constitucional chileno, 2da. edición, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 267.

³¹ Loveman, Brian y Lira, Elizabeth. Las ardientes cenizas del olvido: Vía chilena de Reconciliación Política 1932-1994, LOM Ediciones, 2000, p. 32.

³² Loveman, Brian y Lira, Elizabeth. Ob. Cit., p. 84.

³³ *Ibid.*, p. 103.

³⁴ Véase más adelante las materias que reguló esta norma, cuando tratemos las “leyes misceláneas”.

³⁵ Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto. “El Estatuto del parlamentario.” En: Bertelsen, Raúl et.al. Diagnóstico histórico jurídico del poder legislativo en Chile 1960-1990, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Universidad Católica de Valparaíso, 1993, p. 60.

³⁶ Loveman, Brian y Lira, Elizabeth. Ob. Cit., p. 113.

Durante la administración de Gabriel González Videla, el Congreso Nacional le concedió en cinco oportunidades facultades extraordinarias, la cantidad más alta del periodo 1933 – 1973, con lo cual casi la mitad de su periodo estuvo bajo regímenes de excepción, sin contar con la Ley de Defensa Permanente de la Democracia.³⁷ No sólo se concedieron facultades extraordinarias, sino que se autorizó para que el ejecutivo declarara zonas de emergencia y estado de sitio. Esto resulta de particular importancia, puesto que existía un actuar conjunto de ambos poderes públicos, Congreso Nacional – Presidencia, para reprimir y lograr imponer el orden.

El contexto de la recién iniciada Guerra Fría, que dividió el mundo entre el capitalismo norteamericano y el comunismo de la Unión Soviética, el foco de la política represiva del Estado se centró en el Partido Comunista. Los comunistas, si bien habían ayudado a González Videla a llegar a la Presidencia, e incluso habían integrado su primer gabinete junto con radicales y liberales, patrocinaron una escalada de huelgas agrícolas, promovieron la sindicalización campesina y movilizaciones obreras en las zonas salitreras, cupríferas y en las minas de carbón. Así, el Presidente se volcó enérgicamente en contra de sus antiguos aliados, e incluso rompió relaciones con varios países del bloque socialista acusados de intervenir en los asuntos internos de Chile. A esto, posteriormente se sumó el mensaje enviado por el ejecutivo con la finalidad de ilegalizar al Partido Comunista, al cual se sumó la mitad de los parlamentarios. Prueba del amplio acuerdo respecto al proyecto del ejecutivo, no sin que por ello hubiesen dejado de producirse acaloradas discusiones, el Senado aprobó la ley en general, por 31 votos a favor, 8 en contra y dos abstenciones. Conjuntamente, el Congreso prorrogó las facultades extraordinarias por cuatro meses más. Después de ser aprobadas las observaciones del Presidente, la Ley de Defensa Permanente de la Democracia fue promulgada el 3 de septiembre de 1948.³⁸

La segunda administración de Carlos Ibáñez estuvo marcada por el descrédito hacia los partidos políticos, tanto de los históricos como de los nuevos partidos. Eso no sólo permitió su triunfo en las elecciones presidenciales, sino que también su éxito en las elecciones parlamentarias de 1953. Bajo el lema, “un parlamento para Ibáñez”, los partidos que lo apoyaban alcanzaron la mitad de los votos emitidos. Sin embargo, no lograron conformar una mayoría efectiva en el Congreso.³⁹ Ibáñez hizo uso de sus prerrogativas especiales para reprimir, pues el Congreso Nacional solo le concedió facultades extraordinarias en abril de 1957 cuando el reventón urbano se hizo inmanejable.⁴⁰

2.2. Delegación de facultades legislativas y los decretos con fuerza de ley

Los decretos con fuerza de ley (DFL), comúnmente han sido tratados como legislación irregular o de emergencia, al igual que los decretos leyes.⁴¹ Sin embargo,

³⁷ *Ibid.*, p. 28.

³⁸ Loveman, Brian y Lira, Elizabeth. *Ob. Cit.*, p. 122 a 132.

³⁹ *Ibid.*, p. 150.

⁴⁰ Véase al respecto en: Loveman, Brian y Lira, Elizabeth. *Ob. Cit.*, p. 184.

⁴¹ Véase, por ejemplo, en: Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado*, Tomo I, 3ra. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 168; Aylwin, Patricio. *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Universitaria, 1959, p. 40. Bernaschina, Mario. *Ob. Cit.*, p. 69.

éstos difieren de los segundos, pues no emanan de regímenes de facto. Por el contrario, los DFL acontecen en momentos de normalidad constitucional, por medio de la autorización concedida por el Congreso Nacional para que el Presidente de la República dicte normas con jerarquía de ley. Mario Bernaschina los ha definido como “una orden escrita, general y obligatoria, sobre materias propias de ley expedida por el ejecutivo en virtud de una autorización del Congreso, general o particular, sea o no permitida en forma expresa por la Constitución.”⁴² Por su parte, Enrique Silva Cimma lo define como “el acto que en virtud de una autorización legislativa expresa, dicta el Poder Ejecutivo sobre asuntos que constitucionalmente son materias de una ley.”⁴³

Hasta antes de la reforma constitucional de 1970, los DFL no se encontraban expresamente contemplados en la Constitución de 1925, conformándose en una verdadera costumbre constitucional. Su origen proviene de la Carta de 1833 bajo la forma del otorgamiento de facultades extraordinarias, pero con las reformas de 1874 se suprimió esa posibilidad, como vimos anteriormente a propósito de las leyes de excepción constitucional.

Consecuentemente, la Carta de 1925 no las contempló expresamente, por lo que se generó el problema en torno a su constitucionalidad. Ello debido a que su dictación era contraria a los principios de legalidad y juridicidad, consignados en el artículo 4º de la Constitución, adoleciendo, por tanto, del vicio de nulidad.⁴⁴ Sin embargo, terminaron constituyéndose en una práctica política que incluso los tribunales aceptaban como si fuesen verdaderas leyes.⁴⁵

Según Silva Cimma, el análisis final de los DFL, previo a la reforma constitucional de 1970, demuestra dos cosas: primero, que salvo excepciones, de ellas se había hecho un uso moderado por parte del Ejecutivo; y segundo, que en términos generales, el fruto de las delegaciones dejaba un saldo favorable para los intereses nacionales. Por eso, era de la opinión que una delegación coordinada, bien reglamentada y restringida a casos precisos, traería ventajas indiscutibles, para obtener normas oportunas y adecuadas a la solución de los problemas que se persigue abordar, tales como circunstancias políticas, sociales administrativas y especialmente económicas.⁴⁶

Se les consagró constitucionalmente mediante la ley de reforma constitucional 17.284 de 23 de enero de 1970, en la cual se agregó el numeral 15 al artículo 44 de la Constitución de 1925, remitiéndolo exclusivamente a materias de orden administrativo, económico y financiero. Se estableció expresamente que no podría extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones, ni el plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales, salvo en lo concerniente a la admisión de empleos y funciones públicas, al modo de usar, gozar y disponer de la propiedad, a la protección del trabajo, la industria y a las obras de previsión social. Tampoco podía comprender facultades que afectaren la organización, atribuciones y regímenes de los funcionarios del Poder Judicial, del Congreso Nacional, ni de la Contraloría General de la República. Por su parte, se

⁴² Bernaschina, Mario. Ob. Cit., p. 66.

⁴³ Silva Cimma, Enrique. Ob. Cit., p. 174.

⁴⁴ Véase: Aylwin, Patricio. Ob. Cit., p. 41; Amunátegui, Gabriel. Ob. Cit., p. 463

⁴⁵ Aylwin, Patricio. Ob. Cit., p. 41.

⁴⁶ Silva Cimma, Enrique. Ob. Cit., p. 176 a 179.

establecía que dicha autorización no podría exceder de un año, y que la ley debería señalar precisamente las materias afectadas, al tiempo de establecer las limitaciones, restricciones y formalidades que estimase conveniente.⁴⁷

La delegación de facultades legislativas que autorizaban al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza ley comprendió, principalmente, materias de orden administrativo, económicas y financieras. Esto resulta de particular importancia para entender esta institución en su adecuado contexto histórico, puesto que nos permite comprenderla como una práctica partidista unificadora del Congreso y la Presidencia.

Con la Gran Depresión de finales de la década del 20, se precipitó el descrédito y el abandono al liberalismo económico por un lapso de medio siglo. Se postuló que la intervención estatal directa en las variables económicas y en las relaciones sociales harían posible el saneamiento de la economía y, por añadidura, la estabilidad social, lo que se tradujo en la aprobación de una legislación que favoreciera la recuperación industrial y agrícola, así como en la generación de modernos sistemas de seguridad social, dando nacimiento a lo que más tarde se denominaría “Estado de Bienestar”. Chile no estuvo ajeno a este proceso mundial. La respuesta chilena a la crisis tendió a la autosuficiencia, reduciendo su dependencia de los mercados externos, cambiando lo que se ha denominado un “desarrollo hacia afuera” por un “desarrollo hacia adentro”, cuyo paradigma, para las elites de la época, fue la industrialización basada en la sustitución de las importaciones. Para alcanzar dicho objetivo fue necesario recurrir a la intervención del Estado en su conjunto, de las principales variables de la economía y a la transformación del sector público en un agente productivo, lo que se llamó el “Estado Empresario”. Reflejo de estas nuevas corrientes fue la modernización llevada a cabo por un importante grupo de ingenieros durante la primera administración de Carlos Ibáñez en 1931, que se materializó, entre otras políticas, en la creación del Consejo de Economía Social, antecesor de lo que sería posteriormente la CORFO, creada en 1939.⁴⁸

Bajo este contexto, se dictaron diversas leyes delegatorias de facultades legislativas, para que el Presidente de la República lo tradujera en la dictación de una gran cantidad de decretos con fuerza de ley. En cierto sentido, las críticas a la dictación de esta normativa, como si fuese una renuncia de facultades propias de las Cámaras del Congreso Nacional caen en anacronismo, habida consideración que su lectura de la Constitución liberal de 1925, la realizan sin considerar el nuevo enfoque que adoptó el Estado luego de la Gran Depresión. Esto, debido a que el Estado, en su conjunto, se volcó hacia la conducción del desarrollo económico del país. Reflejo de esto es que en 1946 se crearon las consejerías parlamentarias, cuya finalidad era fiscalizar las distintas empresas fiscales y semifiscales, entregando a las Cámaras del Congreso Nacional la atribución de nombrar a dos representantes, para integrar los consejos de dichas empresas, inmiscuyéndose directamente en labores que bajo la sola lectura del texto constitucional, contrariaban la doctrina de separación de poderes y funciones querida por los constituyentes del 25. Esta institución perduró

⁴⁷ Andrade, Carlos. Elementos de Derecho Constitucional... Ob. Cit., p. 472.

⁴⁸ Correa, Sofía et. al. Historia del siglo XX chileno, Balance Paradojal, 3ed. Editorial Sudamericana, 2005, p. 136 a 141.

por alrededor de 15 años, siendo derogada en 1961, como se verá más adelante.

3. Prácticas partidistas proclives al Congreso Nacional

Dentro de las diversas prácticas desarrolladas por los partidos políticos del periodo, hemos identificado tres de ellas, que consideramos proclives al fortalecimiento del Congreso Nacional: las “leyes misceláneas”, las leyes de gracia, y las consejerías parlamentarias. Destaca en todas ellas su carácter plenamente legal, pero que, como resaltaron varios autores al describirlas, se habrían desnaturalizado, convirtiéndose en verdaderos “vicios” del sistema, pues su utilización habría sido abusiva por parte del Congreso Nacional. Esto resulta muy interesante, puesto que, desprendiéndonos de aquellas visiones críticas y analizándolas desde una perspectiva netamente política, dichas prácticas estaban dando cuenta de una respuesta de los partidos políticos, representados en las Cámaras del Congreso, frente a los intentos de la Presidencia por ejercer sus prerrogativas contempladas en la Constitución. Como veremos a continuación, nuevamente los hábitos políticos daban una “vuelta de tuerca” a las disposiciones constitucionales, relativizando, desde el parlamento, el presidencialismo chileno.

3.1. Las leyes misceláneas

La primera de las prácticas que hemos denominado proclives al Congreso, fueron las leyes misceláneas, que se caracterizaron por regular en un mismo texto, materias de la más diversa índole, perdiendo el proyecto de ley original coherencia respecto de sus ideas matrices y fundamentales. A juicio de Jorge Tapia Valdés, constituían uno de los más graves vicios que experimentaba nuestra legislación, conformándose como “verdaderos engendros en que se juntan en irritante confusión las materias más extrañas.”⁴⁹

Se constituían como verdaderas prácticas partidistas desde el Congreso, que permitían doblegar las atribuciones legislativas del Presidente, tales como las urgencias, materializadas por medio del derecho que le asistía a los parlamentarios de presentar indicaciones. Es que, si bien contaban con la atribución de presentar mociones, por medio de las indicaciones a proyectos en tramitación se evitaban las formalidades y trámites constitucionales de los proyectos de ley.⁵⁰ Como ha señalado Tapia Valdés, se formulaba la indicación, durante la discusión de un proyecto de ley importante, la que era aprobada junto con dicho proyecto en una semana, para pasar en tercer trámite constitucional a la Cámara de origen, en cuya tabla figuraba de inmediato. En vista de la aceptación recíproca y general de este sistema por los parlamentarios, se favorecía la aprobación de asuntos que de otro modo jamás se hubiesen convertido en Ley. En contrapartida, la premura con que el ejecutivo presentaba el proyecto, hacía disminuir el peligro que éste fuese observado, por medio del veto. A su juicio, una de las razones que justificaba esta práctica era el

⁴⁹ Tapia Valdés, Jorge. *La Técnica Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, 1960, p. 41.

⁵⁰ Agor, Weston. *Ob. Cit.*, p. 13.

abuso del mecanismo de las “urgencias” por parte del ejecutivo, el cual solía ocupar la tabla de ambas Cámaras con los proyectos que a él le interesaban.⁵¹

El Senado, consciente de este verdadero hábito político, que, dicho sea de paso, también practicaba, trató de enmendar esta situación por medio de su reglamento interno. Así, el artículo 112 establecía la prohibición de proponer cuestiones ajenas al debate, autorizando a aceptar indicaciones destinadas a promover cuestiones de inadmisibilidad de aquellas que fueren extrañas a las ideas básicas o fundamentales del proyecto o que afecten a otros que se encontraran en actual tramitación. Sin embargo, su efecto habría sido más bien relativo, a juicio de Tapia Valdés. Cita, a modo de ejemplo, la Ley 12.861, de 7 de febrero de 1958, que despachada después de la referida reforma al reglamento interno del Senado, exhibía características similares de las leyes misceláneas.⁵²

Solo con la reforma constitucional de 1970 se realizó un serio esfuerzo por poner término a esta práctica, al establecer que en un proyecto de ley no eran admisibles las indicaciones y observaciones que no dijese relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto.⁵³

Durante el periodo 1933 – 1973 fue recurrente el uso de esta práctica. A juicio de Eduardo Frei Montalva “(...) se prestó al abuso frecuente de que se aproveche una ley importante para introducir disposiciones destinadas a favorecer a determinados grupos y aún a personas individuales y que significa hacer de las leyes una maraña ininteligibles para el hombre común y aún difícil de entender por los intérpretes avanzados.”⁵⁴ Aunque los ejemplos son múltiples, puede citarse la Ley 7.200, de 4 de agosto de 1942, que estableció las zonas de emergencia, como se señaló precedentemente, y que además reguló aspectos de carácter administrativo (arts. 1 a 10), financieros (arts. 15, 16, 17, 18, 29, 30, 31, 39), de defensa (arts. 19 a 22), concedió facultades legislativas al Presidente de la República, para la dictación de decretos con fuerza de ley (arts. 14 y 32), al tiempo que modificó otros cuerpos legales, entre otros asuntos.⁵⁵ En el caso de la Ley 10.343, de 28 de mayo de 1952, exponente claro y lamentable de este tipo de legislación a juicio de Tapia Valdés, fue iniciada con el objeto de conceder aumento de remuneraciones de funcionarios públicos, pero a la postre se convirtió en “...un verdadero código de heterogeneidades legales”, llegando a regular 29 asuntos diversos, modificando en total 46 leyes y decretos con fuerza de ley. Igual situación puede señalarse respecto de lo acontecido con la Ley 12.084, de 18 de agosto de 1956, la cual iba desde la modificación de impuestos al

⁵¹ Tapia Valdés, Jorge. *La Técnica Legislativa...* Ob. Cit., p. 43.

⁵² *Ibid.*, p. 43.

⁵³ Art. 48 inciso primero de la Constitución enmendada. Véase: Valencia Avaria, Luis. *Anales de la República*, 2a. Edición, Editorial Andrés Bello, 1986, p. 250.

⁵⁴ Frei, Eduardo. “La reforma constitucional en su contexto histórico-político.” En: Frei, Eduardo et. al. *La Reforma Constitucional de 1970*, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 47.

⁵⁵ Contraloría General de la República, *Recopilación de Leyes*, Tomo XXIX, Imprenta Nascimento, 1944, p. 24. De acuerdo al texto de la Ley, logramos identificar las siguientes materias que regulaba: 1. Administrativo (arts. 1 a 10); 2. Delegación legislativa, DFL, para que determine las condiciones en que los funcionarios fiscales y semifiscales puedan tener derecho a movilización de cargo fiscal o semifiscal, según pauta entregada. (art. 11); 3. Crea Ministerio de Economía y Comercio (art. 12); 4. Crea Comisión de Crédito Público (art. 13); 5. Delegación legislativa, DFL, para fijar y modificar fecha y pago de diversos impuestos. Facultad para refundir en un solo texto leyes tributarias (art. 14); 6. Defensa (se remite a ley 7.144, de 31 de diciembre de 1941), (arts. 19 a 22); 7. Represivos, se autoriza al Presidente para declarar zonas de emergencia; 8. Delegación legislativa, para refundir texto de Ley Orgánica y Atribuciones de los Tribunales, de 15 de octubre de 1875 (Art. 32); 9. Modifica diversos cuerpos legales (arts. 34, 35, 36).

otorgamiento de fondos para construir el edificio de la Escuela Normal de Valdivia.⁵⁶

En síntesis, la dictación de leyes misceláneas, era aprovechada por los parlamentarios, en segundo trámite en la Cámara revisora, para obtener la aprobación de las medidas más diversas.

Como pudo apreciarse de la descripción anterior, las leyes misceláneas fueron habitualmente practicadas durante el periodo previo a su prohibición con la reforma de 1970. No creemos que este tipo de normas deba ser calificado de “vicio” en la técnica legislativa. A nuestro juicio, ellas fueron el reflejo de una conducta de los distintos partidos alojados en las Cámaras del Congreso Nacional, que por un lado daba cuenta de un alto grado de acuerdo entre sus miembros y, por otro, y más importante aún, daba cuenta de cómo el Congreso era el espacio de discusión y negociación, que obligaba al ejecutivo a renunciar a sus prerrogativas legislativas para poder obtener las leyes que consideraba relevantes para su gobierno.

3.2. Las leyes de gracia

La segunda de las prácticas partidistas proclives al Congreso estuvo constituida por las denominadas “leyes de gracia” que, como veremos a continuación, reafirmaron los lazos y acuerdos al interior de las Cámaras, dando una “vuelta de tuerca” a la reforma presidencialista de 1943 en materia financiera. Con todo, solo con la enmienda constitucional de 1970 se les normó detalladamente, al punto que se prohibió su concesión.

El fenómeno de la “hiperlegislación”, propio de los modelos jurídicos que habían heredado el Estado Liberal y el Estado Social,⁵⁷ no fue ajeno a la realidad legal chilena. Según Jorge Tapia Valdés, el volumen de la legislación chilena era sorprendente, alcanzando, según sus cálculos, un total de 18.000 normas dictadas durante toda la República, entre leyes, decretos-leyes y decretos con fuerza de ley.⁵⁸ De su estudio, Tapia Valdés destaca que entre 1938 y 1958, el 55% de las leyes despachadas correspondieron a asuntos particulares o de gracia. En términos numéricos, esto se traducía en que de un total de 6.921 leyes, 3.826 correspondieron a leyes de asuntos de gracia.⁵⁹ Por su parte, Alejandro Silva Bascuñán señala que en el periodo legislativo 1957-1961, de 2.109 leyes promulgadas en ese periodo, 1.421 de ellas, o sea, 68% se refirieron a asuntos particulares de gracia.⁶⁰ Esta proporción varió considerablemente entre 1958 y 1968, elevándose a más de un 70% en 1964 y 1965, para declinar drásticamente, en los años intermedios del gobierno de Frei, a 35% y 17%, y para elevarse una vez más a 52% a medida que se aproximaban las elecciones de 1970.⁶¹

Pero ¿qué eran las leyes de gracia? Se denominaban leyes de gracia a aquellas

⁵⁶ Tapia Valdés, Jorge. La Técnica legislativa... Ob. Cit., p. 42.

⁵⁷ Ferrari, Vincenzo. Acción jurídica y sistema normativo: Introducción a la sociología del derecho, Editorial Dikinson, 2000, p. 333.

⁵⁸ Al respecto señalaba que tal volumen lo componían no solo las 13.272 leyes dictadas (numeradas) hasta el 20 de noviembre de 1958, sino las 1.558 páginas de la colección de Ricardo Anguita, dictadas entre 1810 y 1893, y los 3.084 decretos-leyes y decretos con fuerza de ley emanados del Poder Ejecutivo. Véase al respecto: Tapia Valdés, Jorge. La Técnica Legislativa... Ob. Cit., p. 46.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 47 a 48.

⁶⁰ Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III... Ob. Cit., p. 148.

⁶¹ Citado en: Valenzuela, Arturo y Wilde, Alexander. “El Congreso y la Redemocratización en Chile.” En: Alternativas, N° 3, mayo-agosto 1984, p. 21.

materias de ley de orden administrativo-financiero, que conceden pensiones. No se trataba de las jubilaciones ni montepíos civiles o militares, puesto que su existencia emanaba de disposiciones legales especiales y de carácter permanente.⁶² Las pensiones de gracia exigían el despacho de una ley, puesto que, por una parte, debían calificarse las razones que la motivaban, y por otra, porque constituían una carga para el Estado. Debido al carácter financiero de este tipo de leyes, la Constitución en su artículo 44 número 5, parte final, exigía para su aprobación el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada Cámara. Por su parte, los reglamentos internos establecieron que su votación debía ser secreta.⁶³

En cuanto a su tramitación, las leyes de gracia se regían por la ley de 16 de septiembre de 1887, que en sus artículos 7º y 8º daban cuenta del carácter secreto de su substanciación.⁶⁴ El reglamento interno del Senado contemplaba la Comisión de Asuntos de Gracia, y establecía que la proposición de nombres para integrarla, así como su elección debía realizarse en sesión secreta. Agregaba además que el nombre de sus componentes se mantendría en reserva.⁶⁵

La profusa dictación de este tipo de normas, en atención a las exigencias que establecía la Constitución para su realización, la terminaron configurando como una verdadera práctica partidista proclive al Congreso Nacional. Así lo han entendido también Arturo Valenzuela y Alexander Wilde, quienes señalan que, pese al enorme crecimiento de la burocracia y del poder ejecutivo, que para los años 60 representaba el 50% del Producto Interno Bruto, los parlamentarios conservaron su papel tradicional de intermediarios claves dentro del centro institucional, en lo que toca a los pequeños favores.⁶⁶

La importancia de este tipo de normas radicó en que trataban aspectos de carácter financiero, situación que quiso evitar la reforma constitucional de 1943 al limitar la iniciativa parlamentaria en materia de gastos públicos.⁶⁷ Solo con la enmienda de 1970, se terminó con esta práctica, al establecerse que la iniciativa de este tipo de leyes quedaría radicada exclusivamente en el Presidente de la República.⁶⁸

En síntesis, operaron como verdaderas prácticas políticas proclives al Congreso, destinadas a pagar favores políticos, reflejando el importante grado de relaciones y acuerdos que existía entre los partidos políticos representados en las Cámaras.

3.3. Las consejerías parlamentarias

La tercera práctica partidista proclive al Congreso Nacional correspondió a las denominadas “consejerías parlamentarias”, vigentes alrededor de 14 años, que

⁶² Estévez, Carlos. Ob. Cit. p. 229.

⁶³ Estévez Gazmuri, Carlos. Ob. Cit., p. 229.

⁶⁴ “Art. 7.- Los informes que en estos asuntos expidieren las Comisiones permanecerán secretos hasta que la Cámara tome conocimiento de ellos.”

⁶⁵ “Art. 8.- Toda moción o solicitud será considerada por su orden de antigüedad en los días que el Congreso destine para tal objeto, salvo aquellas a que se acuerde preferencia en votación secreta por la mayoría de las tres cuartas partes de los miembros presentes.” Norma extraída del apéndice de: Constitución Política de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1966.

⁶⁶ Véase Reglamento Senado de 1966 Art. 32. También, en reglamento año 1936 Art. 20 inciso final.

⁶⁷ Valenzuela, Arturo y Wilde, Alexander. Ob. Cit., p. 20.

⁶⁸ Bernaschina, Mario. Ob. Cit., p. 52. Véase también: Valencia Avaria, Luis. Ob. Cit., p. 240.

⁶⁹ Valencia Avaria, Luis. Ob. Cit., p. 249.

permitieron a ambas Cámaras, no solo fiscalizar empresas fiscales, semifiscales y autónomas, atribución que de acuerdo a la Constitución de 1925 era privativa de la Cámara de Diputados, sino que además, por medio de la integración de dichos consejos, tomar parte en el debate del gobierno y administración de dichas empresas, generándose una “vuelta de tuerca” a la clásica doctrina de separación de poderes y funciones, inmiscuyéndose en asuntos propios del ejecutivo, en cuanto Jefe de la Administración del Estado.⁶⁹

Las consejerías parlamentarias fueron creadas a partir de la ley 8.707, de 19 de diciembre de 1946, la cual estuvo inspirada en el principio de fortalecer la “fiscalización parlamentaria”.⁷⁰ Tuvo como antecedente la ley 6.922, de 21 de mayo de 1941, sobre Dieta Parlamentaria,⁷¹ la cual pese a que amplió el ámbito de las incompatibilidades, estableció que se exceptuaban las funciones o comisiones cuya designación correspondiese a la Cámara de Diputados o al Senado, lo que entraba en abierta contradicción con la Constitución. La novedad de esta ley radicó, no en la posibilidad de que las Cámaras del Congreso fueran llamadas a nombrar representantes en directorios o consejos, sino “...a exceptuar de la incompatibilidad e incapacidad del cargo parlamentario las funciones correspondientes a designaciones de las mismas Cámaras.”⁷²

¿Qué establecía la Ley de Consejerías Parlamentarias? Su artículo 1º dispuso que tanto el Senado como la Cámara de Diputados, tendrían dos representantes, cada uno, en la Junta Central de Beneficencia Pública, y en cada consejo de organismos fiscales, de administración autónoma o semifiscales de la República. Dichos representantes se escogían entre sus propios miembros, que se designaban en una sola votación unipersonal en cada Cámara, de la cual resultaban electos los dos que hubiesen obtenido las más altas mayorías. Tanto senadores como diputados terminaban sus funciones conjuntamente con el término del periodo parlamentario de la Cámara de Diputados.

El problema constitucional que generó esta institución, de rango legal, consistió en que iba en contra de lo preceptuado por el texto expreso de la Carta de 1925 en sus artículos 29 y 30, a propósito de las incompatibilidades parlamentarias,⁷³ las que constituían una de las enmiendas introducidas hacia la substitución del régimen de gobierno parlamentario por uno presidencial.⁷⁴ Con el establecimiento

⁶⁹ Amunátegui, Gabriel. Ob. Cit., p. 451.

⁷⁰ Andrade, Carlos. Elementos de Derecho Constitucional... Ob. Cit., p. 327.

⁷¹ Amunátegui, Gabriel. Ob. Cit., p. 397.

⁷² Silva Bascañán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, La Constitución de 1925 II, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 40 a 41.

⁷³ “Art. 29.- Los cargos de Diputados y Senadores son incompatibles entre sí y con los de Representantes y Municipales. Son incompatibles también con todo empleo público retribuido con fondos fiscales o municipales y con toda función o comisión de la misma naturaleza, a excepción de los empleos, funciones o comisiones de la enseñanza superior, secundaria y especial, con asiento en la ciudad en que tenga sus sesiones el Congreso.

El electo debe optar entre el cargo de Diputado o Senador y el otro cargo, empleo, función o comisión que desempeñe, dentro de quince días si se hallare en el territorio de la República y dentro de ciento, si estuviere ausente. Estos plazos se contarán desde la aprobación de la elección. A falta de opción declarada dentro del plazo, el electo cesará en su cargo de Diputado o Senador.”

“Art. 30.- Ningún Diputado o Senador, desde el momento de su elección y hasta seis meses después de terminar su cargo, puede ser nombrado para función, comisión o empleo público retribuidos con fondos fiscales o municipales.

Esta disposición no rige en caso de guerra exterior; ni se aplica a los cargos de Presidente de la República, Ministros de Estado y Agente Diplomático; pero solo los cargos conferidos en estado de guerra son compatibles con las funciones de Diputado o Senador.”

⁷⁴ Amunátegui, Gabriel. Ob. Cit., p. 399. Ser refiere a la incompatibilidad establecida en el artículo 29 de la Constitución de 1925.

de las consejerías parlamentarias, no solo se vulneraba el principio jerárquico de supremacía constitucional, sino que además el principio de separación de poderes, que afectaba directamente el presidencialismo que habían tratado de instaurar los constituyentes de 1925. José Guillermo Guerra en su comentario a la Carta del 25 señala la importancia de respetar dichas incompatibilidades, puesto que en caso contrario existiría "...una verdadera prolongación indebida de la acción parlamentaria; una intromisión en las funciones administrativas que la Constitución y la naturaleza asignan al Jefe del Estado."⁷⁵ Agrega el autor, que esto podía llegar "...a la anulación del Poder Ejecutivo, mediante un persistente ataque de flanqueo que consistirá en la dictación de leyes, cada vez más numerosas, en que se organicen consejos para la dirección de todos los servicios públicos, dando cabida a ella a miembros de las Cámaras o designados por ella."⁷⁶

Alejandro Silva Bascuñán señala que llegaron a existir 23 instituciones en que correspondía designar a diputados y senadores para integrar sus consejos, con lo cual las Cámaras disponían de 92 puestos, los cuales se repartían entre los miembros de ambas ramas del Parlamento.⁷⁷

Esto daba particular rango a los parlamentarios que las componían. Según Carlos Andrade, se crearon dos tipos de parlamentarios: los que eran Consejeros y los que no fueron designados. Esto ponía a los primeros en una situación mucho más ventajosa respecto de los segundos, puesto que les permitía satisfacer, muchas veces, peticiones de electores y amigos. A juicio del autor, a su vez, se distinguían dos tipos de consejeros: de primera y de segunda categoría. Al respecto se pregunta: "¿podría sostenerse que es lo mismo ser representante de la Cámara de Diputados o del Senado en el Consejo de la Corporación de Fomento o de la Caja de Retiro y Previsión Social de los Ferrocarriles del Estado?"⁷⁸

Esta institución sufrió diversas enmiendas que la perfeccionaron, en el sentido de que los consejeros parlamentarios sólo podían percibir como asignaciones por su concurrencia hasta el máximo de un sueldo vital. En los primeros tiempos no existió esa limitación, lo que habría permitido que ellos fuesen designados en la Corfo y al mismo tiempo en algunas de sus filiales más importantes.⁷⁹ Así por ejemplo, para el año 1949 el Consejo de la Corfo estaba conformado por los senadores Gustavo Rivera y Carlos Alberto Martínez, de los partidos liberal, y socialista, respectivamente; y por los diputados Gustavo Loyola, del partido Conservador y Carlos Montané, del Radical.

Finalmente, por moción presentada por los senadores Ulises Correa (P. Radical), Luis Felipe Letelier (P. Conservador) y Fernando Alessandri Rodríguez (P. Liberal), se dictó la ley 14.631, de 21 de septiembre de 1961, por medio de la cual se suprimieron las consejerías creadas por la ley 8.707, de 1946, al tiempo que derogó todas las leyes que autorizaban al parlamento para nombrar representantes, fueren o no miembros suyos, en los organismos públicos, con la sola excepción de

⁷⁵ Citado por: Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III... Ob. Cit., p. 118.

⁷⁶ Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III... Ob. Cit., p. 119.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 41

⁷⁸ Andrade, Carlos. Elementos de Derecho Constitucional... Ob. Cit., p. 327.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 327.

la Editorial Jurídica.⁸⁰

4. Comentarios finales

Las prácticas políticas han sido claves en la dinámica de las formas de gobierno en Chile, ya que han permitido dar una “vuelta de tuerca” a las prerrogativas constitucionales tanto del Congreso Nacional como del Presidente de la República. Tal fue el caso del régimen parlamentario, el cual se desarrolló sin que mediase norma alguna que lo contemplara, lo que fue clave para el desarrollo político posterior.

En efecto, prácticas como el “pase” de partido, las leyes de gracia y las consejerías parlamentarias, permitieron a los partidos, desde el Congreso, inmiscuirse en dos prerrogativas claves del Presidente: el gobierno y la administración del Estado. Asimismo, prácticas como las leyes misceláneas y la “orden” de partido lograron relativizar las diversas prerrogativas que la Carta de 1925 entregaba al Presidente respecto de la función legislativa.

Pero lo cierto es que no todas las prácticas partidistas tuvieron por finalidad contrarrestar las atribuciones del ejecutivo. En efecto, tanto las leyes de excepción constitucional como las delegatorias de facultades legislativas que permitían la dictación de decretos con fuerza de ley, habrían operado como prácticas unificadoras del Congreso Nacional y la Presidencia, habida consideración que eran respuesta como Estado, frente a los problemas que aquejaban, tales como el orden público y el orden económico y social, respectivamente.

El actuar de los partidos políticos en el sistema institucional resulta clave para la práctica de la forma de gobierno, y su revisión en perspectiva histórica nos permite ver hasta qué punto las disposiciones constitucionales resultan morigeradas por su ejercicio. En este sentido, parafraseando a Hobsbawn, cabe preguntarse hasta qué grado un análisis normativo de las disposiciones constitucionales pueden llevarnos a falsear el pasado y el presente, sin que necesariamente sea la intención de quien lo realice.

⁸⁰ Silva Bascañán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III... Ob. Cit., p. 119.

Bibliografía

- Agor, Weston. El Senado chileno: distribución interna de la influencia, Editorial Andrés Bello, 1973.
- Amunátegui, Gabriel. Manual de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1950.
- Amunátegui, Gabriel. Partidos Políticos, Editorial Jurídica de Chile, 1952.
- Andrade, Carlos. Elementos de Derecho Constitucional chileno, 2a. edición, Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- Aylwin, Patricio. Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Universitaria, 1959.
- Bernaschina, Mario. Manual de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 2a. Edición, 1955.
- Bertelsen, Raúl et.al. Diagnóstico histórico jurídico del poder legislativo en Chile 1960-1990, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa, Universidad Católica de Valparaíso, 1993.
- Brahm, Enrique et. al. Régimen de gobierno en Chile ¿Presidencialismo o parlamentarismo? 1925-1973, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Bravo, Bernardino. De Portales a Pinochet. Gobierno y régimen de gobierno en Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1985.
- Bravo, Bernardino. Régimen de gobierno y partidos políticos en Chile 1924 – 1973, Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- Carrasco, Sergio. “Estabilidad e importancia política de los ministros de Estado. El caso del Ministro de Hacienda (1925-1973).” En: Revista de Derecho Público, Vol. 1996 (Nº 59).
- Contraloría General de la República, Recopilación de Leyes, Tomo XXIX, Imprenta Nascimento, 1944.
- CORFO (Chile). Esquema de diez años de labor 1939 – 1949, Editorial Zig-Zag, 1949; documento extraído del sitio web: www.memoriachilena.cl, el día 12 de febrero de 2010, a las 10 AM.
- Correa, Sofía et. al. Historia del siglo XX chileno, Balance Paradojal, 3ed. Editorial Sudamericana, 2005.
- Estévez, Carlos. Elementos de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1949.
- Ferrari, Vincenzo. Acción jurídica y sistema normativo: Introducción a la sociología del derecho, Editorial Dickinson, 2000.
- Frei, Eduardo et. al. La Reforma Constitucional de 1970, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- Heise, Julio. Historia de Chile. El periodo parlamentario 1861-1925, Tomo I, Fundamentos histórico-culturales del parlamentarismo Chileno, Editorial Andrés Bello, 1974.
- Heise, Julio. El Periodo Parlamentario 1861-1925, Tomo II, Democracia y gobierno representativo en el periodo parlamentario (Historia del Poder Electoral), Editorial Universitaria, 1982.
- Hobsbawn, Eric. Los ecos de la Marsellesa, Editorial Crítica, Barcelona, 2003.

- Ibáñez, Adolfo. Herido en el Ala. Estado, oligarquías y subdesarrollo. Chile 1924-1960, Editorial Biblioteca Americana, 2003.
- Loveman, Brian y Lira, Elizabeth. Las ardientes cenizas del olvido: Vía chilena de Reconciliación Política 1932-1994, LOM Ediciones, 2000.
- Meléndez Ávila, Felipe. El Congreso Nacional bajo la Constitución de 1925: la dinámica entre los partidos, las Cámaras y la Presidencia, memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2010.
- Moulian, Tomás. La Forja de Ilusiones: el sistema de partidos 1932-1973, Universidad Arcis (FLACSO), 1993.
- Scully, Timothy. Los Partidos de centro y la evolución política chilena, CIEPLAN – Notre Dame, Chile, 1992.
- Silva Bascuñan, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, La Constitución de 1925 I, Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- Silva Bascuñan, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III, La Constitución de 1925 II, Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- Silva Cimma, Enrique. Derecho Administrativo chileno y comparado, Tomo I, 3ra. Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1968.
- Tapia Valdés, Jorge. La Técnica Legislativa, Editorial Jurídica de Chile, 1960.
- Valencia Avaria, Luis. Anales de la República, 2da. Edición, Editorial Andrés Bello, 1986.
- Valenzuela, Arturo y Wilde, Alexander. “El Congreso y la Redemocratización en Chile.” En: Alternativas, N° 3, mayo-agosto 1984.

II

El proyecto de acuerdo del 22 de agosto de 1973, de la Cámara de Diputados y el Estado de Derecho

Hernán Almendras Carrasco*

Resumen

El proyecto de acuerdo de la Cámara de Diputados, de 22 de agosto de 1973, ha sido uno de los argumentos más importantes en la justificación del golpe de Estado de 1973.

Su génesis, la actitud de los actores involucrados frente a su aprobación y una particular lectura desde la tesis de la constitución no escrita, son motivo de análisis en las siguientes líneas.

Abstract

The agreement's bill of the Chamber of Deputies, from August 22nd of 1973, has been one of the most important arguments to justify the coup d'état of 1973.

Its genesis, the performances of the involved actors to face its ratification and a particular reading from the non-written constitution thesis, are analyzed in the next lines.

* Magíster en Ciencias Jurídicas y Doctor © por la Pontificia Universidad Católica. Es Oficial Mayor de Comisiones de la Cámara de Diputados.

1. Proemio

Como en las tragedias del teatro griego clásico, todos saben lo que va a suceder, todos desean que no ocurra, pero cada cual hace lo necesario para que acontezca la desgracia que se trata de evitar. Ese el Chile de la década de 1970: cada uno de los actores de nuestra tragedia empujando el carro hacia el abismo, para sellar su destino y el de las generaciones venideras.

En la segunda mitad del siglo XX Chile no es una isla dentro del conflicto que amenaza la paz y el desarrollo de América Latina. Ciertamente es que su desenvolvimiento lo distancia o diferencia de la mayor parte de sus vecinos, pero tiene en común con éstos la desilusión de un sistema tradicional, que se expresa en todos los niveles de la vida nacional. Así, en el quinquenio de 1965-1970, más de 70% de los chilenos votan por candidatos que representan su oposición al capitalismo y a las estructuras imperantes.

Será la Democracia Cristiana a la cual le corresponderá realizar las primeras profundas reformas, especialmente en la tenencia de la tierra, la propiedad de las minas y la organización de las estructuras de base. Le sucede en el gobierno la coalición de partidos de la Unidad Popular, dispuestos a llevar a cabo una experiencia inédita: el camino chileno hacia el socialismo, la que, aun antes de que jurara el Presidente Allende, ya estaba en la mira de la política norteamericana y de los poderes fácticos internos. Así, en un clima de odiosidades sin par, se producen diversas actuaciones que a juicio de la oposición, amenazan la existencia y la supervivencia del Estado de Derecho.

Es este el escenario en el que se plantea la sesión del 22 de agosto de 1973, de la Cámara de Diputados, en la cual se discutirán dos proyectos de acuerdo. El primero, presentado por los partidos de oposición, principalmente la Democracia Cristiana y el Partido Nacional; y el segundo, por los partidos de gobierno. A la historia sólo le ha interesado hasta ahora el resultado favorable del primero, por cuanto ha servido para sostener la tesis de que esta declaración del cuerpo legislativo, unida a los planteamientos formulados por la Corte Suprema de Justicia, el Cuerpo de Generales y Almirantes en Retiro, el Consejo Directivo de la Universidad de Chile, y a la presión de los gremios y la gente del pueblo, será la justificación para que intervengan las Fuerzas Armadas y pongan fin al gobierno.

Más olvidada por los estudiosos de la historia está la tesis de que el proyecto de acuerdo de la Cámara de Diputados constituyó una postrera llamada al gobierno a poner término a toda una suerte de acciones y omisiones que, unidas al descalabro interno en la conducción económica, social y política del país, podrían llevar a Chile a una tragedia, que los años siguientes vendrían a confirmar.

Hoy no existe un análisis serio que pretenda desconocer la gravedad de los hechos que llevaron al trágico término del Gobierno de la Unidad Popular, como tampoco aminorar los actos que intentaron o lograron atropellar las instituciones fundamentales del Estado de Derecho. El problema se nos presenta, entonces,

en tratar de dilucidar si los hechos denunciados en el proyecto de acuerdo de la Cámara de Diputados, que algunos han resumido en una declaración de ilegitimidad e inconstitucionalidad del Gobierno, conocieron su término con la asunción al poder por las Fuerzas Armadas o si, en verdad, la Judicatura, la Administración, el Presidente y los institutos militares mismos, fueron impelidos a la negación del Estado de Derecho durante los casi veinte años siguientes, hasta que el clima de inseguridad jurídica, de atropellos a los derechos fundamentales relacionados con la vida, la dignidad y la libertad y también una presión nacional e internacional incontenible, puso término al gobierno de los generales.

2. El concepto de Estado de Derecho

Sostiene Bravo Lira que la expresión Estado de Derecho ha llegado a constituir una locución de uso común, cuyos contornos son difusos, hasta el punto de que “se confunde fácilmente con algunos ideales ilustrados, tales como constitucionalismo, derechos humanos, división de poderes, democracia, elecciones periódicas, parlamentos y demás.”¹

Refiriéndose al Estado de Derecho en Chile, el mismo autor plantea que el “Estado de Derecho no se improvisa, tampoco se importa desde fuera”², sino que es una “realización histórica, concreta y tangible y, por lo mismo, múltiple y cambiante, según los pueblos y las épocas”³, que, en el caso nuestro, está por superar los quinientos años de existencia y cuya historia se retrata en la divisa del escudo nacional.

Entonces, al referirnos al Estado de Derecho, no lo hacemos respecto de una simple normativa legal, que puede ser cambiada a su antojo por el legislador, sino a un Derecho, superior a gobernantes y gobernados, anterior y superior al propio Estado.

Lo que a nosotros nos importa, para los efectos de este breve estudio, es considerar aquellos elementos que han sido estimados fundamentales para su existencia, distinguiendo entre los que se entienden pertenecer a la constitución no escrita o histórica, es decir, el Presidente, la Judicatura y las Fuerzas Armadas, a los que habría que añadir la Administración y, años más tarde, con la constitución escrita, el parlamento y los partidos políticos.

3. Década de 1970: derrumbe del régimen político

La década de 1970 irrumpe en América Latina con un fuerte estallido de las fuerzas sociales que pugnan por cambiar las añejas estructuras sociales, económicas y políticas y, por otra parte, importan un grito desesperado por cortar los lazos de dependencia de las empresas extranjeras que explotan las riquezas naturales. Ya no bastan tímidas reformas, sino que la palabra en boga es “revolución”. Todavía la

¹ Bravo Lira, Bernardino, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996, pág. 9.

² Id. pág. 15.

³ Id. pág. 22.

experiencia de la revolución cubana encanta a las dirigencias políticas de izquierda y los trabajadores más politizados sueñan con el paradigma de la sociedad soviética.

Chile no es ajeno a esta realidad. Los signos del tiempo revolucionario eran perceptibles en Chile en el grito de los estudiantes, en las huelgas de los obreros, en el voto de la mujer y de los campesinos, que sonaba amenazante para las estructuras del poder. Triunfa la Unidad Popular, movimiento heterogéneo, integrado por grupos que se disputan las posiciones más extremas, pero que también son portadores de los sueños de las minorías más desprotegidas y postergadas. A sus desaciertos en la conducción del país, se agregará una oposición en la cual convergerán los que hasta ayer eran adversarios implacables, en tanto que en la penumbra silente acechaban los intereses norteamericanos, presos del pavor y de la incertidumbre. Patricia Verdugo⁴ recuerda que, en los mismos instantes en que el Congreso Pleno sesionaba para elegir Presidente de la República a Salvador Allende, en el Hospital Militar agonizaba el general Schneider, en cuyo asesinato estaba comprometido el jefe militar de zona, general Camilo Valenzuela, cerebro del complot criminal y colaborador de la CIA.⁵

Empezaron, de esta forma, con un crimen que más tarde se uniría a muchos otros, para abatir a un gobierno. El paso siguiente, tres años más tarde: mientras en la Cámara de Diputados se discutía un proyecto de acuerdo que, para algunos, sería el detonante justificador de sus afanes golpistas, y en La Moneda se deliberaba sobre la posibilidad de convocar a un plebiscito para zanjar las grandes disputas nacionales, en la oscuridad de los cuarteles se realizaban los preparativos del cruento golpe de Estado.

4. Sesión de la Cámara de Diputados del 22 de agosto de 1973: una discusión tormentosa

No fue un día cualquiera para la historia institucional de la Cámara de Diputados, ni menos lo sería para la historia del país. El caos reinante en las calles y el clima de incertidumbre que embargaba a todos los chilenos, de uno y otro sector, se reflejaba también en los antiguos y estrechos pasillos circundantes del hemiciclo. Los parlamentarios de oposición se reunían en precipitados conciliábulos. Especialmente, en la bancada del Partido Demócratacristiano⁶ afloraban las divergencias de quienes auguraban que, de aprobarse el proyecto de acuerdo que se presentaría aquella mañana, se entregaría una herramienta potente a los que sólo buscaban la desestabilización definitiva del gobierno de Allende y lo usarían

⁴ Verdugo, Patricia, Allende: cómo la Casa Blanca provocó su muerte, Editorial Catalonia Ltda., 2003, pág. 93.

⁵ Kornbluh, Peter, Los Estados Unidos y el derrocamiento de Allende. Una historia desclasificada, Ediciones B, Santiago, 2003. En esta obra, Peter Kornbluh, director del Proyecto de Documentación sobre Chile en el National Security Archive, que ha encabezado la campaña para desclasificar la documentación oficial sobre la historia secreta del apoyo estadounidense al Gobierno Militar, nos enfrenta en forma brutal con el cable ultrasecreto de la oficina de la CIA en Santiago, despachado el 10 de octubre de 1970 – tres años antes del golpe-, que horroriza por su contenido: “El resultado podría ser una prolongada carnicería, o sea, una guerra civil. Ustedes nos han pedido que provoquemos el caos en Chile, nosotros les ofrecemos una fórmula para el caos que seguramente será cruenta. Y, sinceramente, será imposible disimular la participación estadounidense.”

⁶ Durante muchos años se ha conversado sobre la efectividad de las conversaciones sostenidas por autoridades de gobierno con el entonces diputado Bernardo Leighton, tendentes a evitar la aprobación del proyecto de acuerdo. Más aun, se ha dicho también que el Presidente de la Cámara de Diputados, Luis Pareto, realizó gestiones en tal sentido, pero la fuerte negativa del Partido Socialista a comprometerse en ciertas cuestiones básicas de gobierno frustraron tal posibilidad. Lo cierto es que, por razones que no son claras, lo relativo a este acuerdo legislativo aún permanece en la penumbra y no ha sido objeto de una especial investigación.

como una llamada a las Fuerzas Armadas. Sin embargo, tal era la sensación de desgobierno y de “no da más”, que, aun aquellos parlamentarios que una vez producido el golpe condenaron enérgicamente el derrocamiento del Presidente de la República constitucional, estuvieron por aprobar el proyecto de acuerdo.⁷ En otro sector del mismo edificio, se reunían los parlamentarios de gobierno para redactar un proyecto de acuerdo que contrastara con el anterior. Distinto sería el destino de uno y otro documento: el primero sería esgrimido por los militares, por la prensa y aun por algunos historiadores, como una llamada a las Fuerzas Armadas y como una justificación del golpe de Estado. Así, Bravo Lira, sostiene que “esta apelación de los políticos de partido a las Fuerzas Armadas ante la crisis institucional importa una suerte de confesión de su propia impotencia y, al mismo tiempo, un reconocimiento del papel de las instituciones armadas como garantes de la constitución histórica de Chile, de esa constitución no escrita”.

El otro proyecto de acuerdo, ni siquiera sería comentado por la prensa de gobierno, que prefirió anatematizar el primero como una “patente de corso” para el golpismo militarista⁸, e ignorar, prácticamente éste último.

4.1. Origen y redacción del proyecto de acuerdo: una paternidad no reconocida

No obstante que ya han transcurrido treinta y tantos largos años desde la sesión aquella, no se ha realizado un estudio o investigación serios sobre el espíritu y la intención real –no supuesta- de quienes estuvieron por la aprobación del proyecto de acuerdo. En efecto, ayer tal como hoy, la Cámara de Diputados tiene como facultad privativa la de fiscalizar los actos del Gobierno, para lo cual puede adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmiten por escrito al Presidente de la República.⁹

Se ha sostenido por personeros del Partido Demócratacristiano¹⁰ que la

⁷ Un grupo de parlamentarios demócratacristianos, entre los cuales se encontraban Bernardo Leighton, Radomiro Tomic, Claudio Huepe, Renán Fuentealba y Andrés Aylwin, emitieron una declaración pública el 13 de septiembre de 1973, señalando, entre otros puntos, el siguiente: “3. La falta de rectificación, que en definitiva nos llevó a la tragedia, es responsabilidad de todos. Gobierno y Oposición, porque el deber de mantener una democracia no puede ser eludido por nadie. Pero a nuestro juicio hubo quienes tuvieron mayor responsabilidad: en primer lugar, el dogmatismo sectario de la Unidad Popular, que no fue capaz de construir un camino auténticamente democrático para el socialismo conforme a nuestra idiosincrasia. Especial condenación nos merece la irresponsabilidad de la ultraizquierda. En segundo lugar, la derecha económica que, con fría determinación, aprovechó los errores de la UP para crear un clima de tensión, ceguera y pasión política que, unidas a lo anterior, hizo imposible un consenso mínimo al descalificar a todo aquel que lo buscara con objetividad y cordura.”

⁸ La prensa nacional recibió la información del acuerdo conforme a sus respectivas tendencias. El diario La Prensa, en su edición de 27 de agosto, tituló: “Allende en pendiente de progresiva ilegalidad. Por su parte, el diario El Siglo, en una entrevista al diputado Luis Maira, tituló: “Acuerdo de la Cámara es un manifiesto insurreccional”, en tanto que en otra página, titula: “Oposición quiere dar patente de legalidad al golpismo”. Mientras tanto, un semanario de extrema derecha señalaba: “Por qué la DC debe pronunciarse ante la ilegitimidad del Gobierno”. Las Noticias de Última Hora, entregaba la siguiente noticia: “Acuerdo secreto Frei-Jarpa impulsa la conspiración” y en otra sección publicaba: “Tumultuosa sesión realizó el Congreso”. La Nación, diario del Gobierno, publicaba lo siguiente: “La oposición dio luz verde para un golpe de Estado”. Por su parte, El Mercurio, en la edición del 24 de agosto, en su página editorial, titulaba: “La Voz del Parlamento”. La Tercera de la Hora, en un llamativo titular, indicaba: “Es preciso restablecer vigencia del estado de derecho”.

⁹ La Constitución Política de la República de Chile de 1925, establecía tal facultad en el artículo 48 número 1. Según éste, los acuerdos adoptados por la Cámara de Diputados deberán ser transmitidos al Presidente de la República, quien dará respuesta por medio del Ministro de Estado que corresponda. Sin embargo, de la clarísima disposición constitucional, los congresistas han adoptado la costumbre de hacer llegar directamente sus acuerdos u observaciones a los ministros u otras autoridades de gobierno, práctica inconstitucional que ya fue denunciada en 1973.

¹⁰ El ex Diputado José Monares Gómez, Jefe de la bancada del Partido Demócratacristiano y Presidente de la Comisión de Defensa Nacional, en 1973, así lo ha reiterado en un reciente programa transmitido por el Canal de la Cámara de Diputados.

decisión de presentar este proyecto de acuerdo fue tomada por el Consejo Nacional de dicha colectividad y que su redacción habría correspondido al entonces diputado Enrique Krauss. Pero también se ha dicho que en su redacción intervino el diputado del Partido Nacional Mario Arnello y que la redacción final, en términos de notas, adiciones y correcciones habría estado a cargo del ex Presidente Patricio Aylwin. Lo cierto es que no ha existido un mayor interés en atribuirse la paternidad de la redacción de este documento, por cuanto parece que, como hijo, se escapó lejos del querer de sus progenitores y hasta avergüenza su filiación.

4.2. Más que un debate, una confrontación violenta, propia de aquellos días

Las graderías de la Cámara de Diputados se empezaron a repletar desde temprano, amén de los periodistas que, ansiosos, buscaban el texto del proyecto de acuerdo para transmitirlo a sus agencias. No sólo había gran tensión en los actores del debate, sino que el país estaba expectante ante la posibilidad de que se declarara la ilegitimidad del gobierno de la Unidad Popular.¹¹ En un momento cualquiera, dicha declaración pudo ser una más de la confrontación política, pero, en las circunstancias que vivía el país, se temía, con justa razón, por uno y otro sector, que más allá de sus términos, sería la luz verde para que las Fuerzas Armadas asumieran el poder. Y, sin embargo, como en la tragedia griega, unos y otros, siguieron adelante en sus propósitos. Más tarde, tanto Leighton como Tomic señalarían que el proyecto de acuerdo fue uno de los errores más grandes del Partido Demócratacristiano. Otros proclamarían su aprobación como fundamento del golpe de estado.

En la discusión del proyecto de acuerdo, le correspondió a los diputados demócratacristianos Claudio Orrego y Cesar Raúl Fuentes sostener, en lo esencial, que desde sus inicios el gobierno había buscado obtener el poder total y que al intentarlo había conculcado progresivamente el Estatuto de Garantías Constitucionales¹²; que el Presidente de la República no tenía conciencia de la gravedad de la crisis que vivía el país y de la urgencia vital de que se rectificara la acción del gobierno. Pero, sin duda, el argumento fundamental estuvo en la acusación que se formuló en cuanto a que el Gobierno había caído en una situación de ilegalidad como producto de atropellos reiterados a las resoluciones del Congreso Nacional, a las atribuciones del Poder Judicial y de los “derechos humanos ciudadanos”. Señalaron, además, la necesidad de que se reestableciera el imperio de la constitución y de la ley y que era obligación de los ministros militares hacerlo, ya que habían asumido altas funciones en representación de instituciones que son patrimonio de toda la patria. Por su parte, el diputado Ricardo Hormazábal, recordó el planteamiento formulado por el ideólogo oficialista Joan Garcés, en cuanto al problema de contiendas que se dan en las normas jurídicas.¹³ A este respecto, señaló que “la contradicción entre forma

¹¹ El Diario “Noticias de Última Hora”, en su edición del 23 de agosto de 1973, a todo el ancho de la página titulaba: “Tumultuosa sesión realizó el Congreso”.

¹² Se refiere al Estatuto de Garantías que el Partido Demócrata Cristiano exigió que las fuerzas de la Unidad Popular firmaran en el Congreso como requisito necesario para que diera su voto a la elección del Presidente Allende.

¹³ “En el caso de Chile, estamos viendo el desarrollo del mencionado proceso como consecuencia de las modificaciones experimentadas por el contenido de ciertas normas jurídicas de importancia crucial. El poder Ejecutivo las respeta formalmente. En tanto que el Gobierno constitucional las invoca como legitimación de su actuación. Pero, simultáneamente, les da el contenido que corresponde a

y contenido que se está dando ante nuestros ojos entraña un grave peligro para el futuro del Estado de Derecho”.

Por su parte, los diputados Juan Luis Ossa, Mario Arnello y Hermógenes Pérez de Arce, en representación del Partido Nacional, plantearon que la juridicidad había dejado de imperar y que ello se debía precisamente al hecho de que el “Poder Legislativo había sido despojado de sus funciones propias y fundamentales por la vía del desbordamiento arbitrario que había hecho el Ejecutivo reduciendo al Congreso a un papel mísero y lamentable”.

Enfrentando estas acusaciones, intervino el Diputado Luis Maira, quien sostuvo que esta sesión tenía una “trascendencia histórica”, dada la gravedad de lo que se decide y los momentos en que atraviesa el país, lo que, a su juicio, exige de cada sector político responsable que realice un último esfuerzo de reflexión.

Se refirió, además, latamente, a las actuaciones de la Sociedad de Fomento Fabril, de la Confederación de la Producción y del Comercio y del consorcio internacional ITT, todo lo cual condujo al estrangulamiento de la economía mediante lo que llamó “bloqueo invisible”. Finalmente, agregó que “aquí no vamos a votar un proyecto de acuerdo que se le ocurrió a tal o cual diputado, sino a un clima perfectamente estructurado y a una decisión premeditada para poner término al gobierno de la Unidad Popular”.

Le correspondió al diputado Jorge Insunza plantear la posición del Partido Comunista y, sin duda, fue la intervención más vehemente y violenta, junto con la del diputado Ossa, de cuantas se escucharon aquella tarde. Señaló que existía una desesperación frenética de parte de los “reaccionarios de este país”, que buscaban por cualquier medio provocar un clima que facilitara los intentos para desencadenar el golpe de Estado que ansiaban como única solución para defender sus privilegios.

Como en raras oportunidades sucede, esta vez se solicitó una segunda discusión, aún con el ánimo de buscar un consenso para evitar la aprobación del referido proyecto de acuerdo. Esto permitió suspender la sesión y reanudarla en la misma noche, oportunidad en la cual, sin embargo, se reiteraron los mismos argumentos. El Partido Comunista pidió sesión secreta para plantear lo que, a su juicio, revestía especial gravedad¹⁴ en el momento que vivía el país.

Aprobado el proyecto de acuerdo de los parlamentarios de oposición, se sometió a votación el presentado por las bancadas gobiernistas, que fue rechazado por 80 votos en contra y 46 votos a favor.

Ahora, aprobado el acuerdo, se daba paso al desconcierto del porvenir: la historia, lamentablemente todavía tan reciente y cargada de odios y resentimientos, adornada de verdades y mentiras, de silencios y de culpas, aún nos tiene como país encarcelados en la penumbra, sin tener la serenidad, el conocimiento y la voluntad de mirar los hechos como la culminación de un clima de desencuentros que tanto sufrimiento traería a nuestro país. Saber hasta qué punto fue importante o decisivo

la definición de clase de las fuerzas sociales que están detrás del gobierno. Por su parte, el bloque burgués de oposición les atribuye el contenido que corresponde a su propia definición de clase”. Pág. 328 de la Sesión 32, del miércoles 22 de agosto de 1973.

¹⁴ En efecto, el Partido Comunista, a través del diputado señor Insunza, solicitó que la Cámara se constituyera en sesión secreta, por cuanto la situación del país era extremadamente grave desde el punto de vista de los intereses de la patria. El material correspondiente a esta parte de la sesión se encuentra desaparecido.

el acuerdo parlamentario y hasta dónde solo constituyó un dato más para concretar las acciones que militares y civiles ya tenían trazados, parece ser una cuestión no resuelta. Sólo con la desclasificación de los documentos de la CIA norteamericana, muchos cabos sueltos empezarían a tener una relación lógica.

4.3. Contenido del proyecto de acuerdo

El proyecto de acuerdo aprobado por 81 votos a favor y 47 en contra, es un extenso documento que contiene 15 considerandos, en los cuales se representan al Presidente de la República y a los Ministros pertenecientes a las Fuerzas Armadas, todas las actuaciones calificadas como ilegítimas, ilegales e inconstitucionales¹⁵.

Sobre la base de lo dicho en los considerandos, la Cámara de Diputados representó al Presidente de la República y a los ministros de las Fuerzas Armadas, el grave quebrantamiento del orden constitucional del cual era responsable el Gobierno; representó, asimismo, a los ministros militares su obligación de ejercer su influencia para poner término a la grave crisis que vivía el país y encauzar la acción del gobierno por las vías del Derecho y, por último, señaló que si los Ministros militares no podían o no querían ejercer esta influencia, ello comprometería el prestigio profesional de las Fuerzas Armadas.

4.4. Respuesta del Presidente de la República

Por supuesto que la respuesta presidencial no tardó en entregarse. Su texto¹⁶ tiene la impronta de quien, lejos ha sido uno de los mejores oradores de este país, es la expresión dolida y a la vez altiva, de quien se siente injustamente agredido por una mayoría circunstancial, que ha aprobado un “acuerdo político destinado a desprestigiar al país en el extranjero y crear confusión interna”. El diario “El Mercurio”, en la página editorial de la edición del 26 de agosto, resaltaba que “No hay en la respuesta presidencial una sola palabra que permita suponer el propósito de volver a la constitución y a las leyes. No refuta ninguna de las graves acusaciones específicas que el Parlamento le formula”. En términos dispares, por supuesto, se pronunció la prensa adicta al gobierno.¹⁷

¹⁵ Los primeros cinco considerandos expresan los fundamentos políticos y los restantes, del 6 al 14, detallan las actuaciones del gobierno, que son consideradas como inconstitucionales, ilegales e ilegítimas: 1. Que es condición esencial de un Estado de Derecho el principio de la división de poderes; 2. Que la juridicidad del Estado es patrimonio de la nación; 3. Que la soberanía reside esencialmente en la nación y nadie puede arrogarse más facultades o poderes que las que le confiere la ley y la Constitución; 4. Que el Presidente se obligó a acatar el Estatuto de Garantías Democráticas incorporadas a la Constitución; 5. Que el Gobierno se ha empeñado en conquistar el poder total para la instauración de un sistema totalitario; 6. Que el Gobierno ha violado permanentemente la Constitución y ha atropellado las atribuciones de los demás Poderes del Estado; 7. Que ha usurpado funciones legislativas, burlado las facultades fiscalizadoras del Congreso Nacional y se ha negado a promulgar la reforma constitucional sobre las tres áreas de la economía; 8. Que se ha minado la autoridad de la magistratura, se ha burlado la acción de la justicia y se ha dejado sin aplicación sentencias o resoluciones judiciales; 9. Que ha violado sistemáticamente los dictámenes y actuaciones de la Contraloría; 10. Que se han violado las garantías y derechos fundamentales (igualdad ante la ley, libertad de expresión, derecho de reunión, la libertad de enseñanza, el derecho de propiedad, etc.); 11. Que la creación y mantención de una serie de organizaciones han contribuido a la quiebra del Estado de Derecho; 12. Que en la quiebra del Estado de Derecho tiene especial gravedad la existencia y amparo de grupos armados; 13. Que deben restablecerse las normas constitucionales y legales que configuran el orden institucional de la República, y 14. Que las Fuerzas Armadas son una garantía para todos los chilenos y no para un sector de la población.

¹⁶ El texto de la respuesta del Presidente de la República, está fechado el 24 de agosto de 1973, apenas un día después de habersele notificado el proyecto de acuerdo aprobado por la Cámara de Diputados.

¹⁷ La “Tercera de la Hora”, edición del 26 de agosto, titula: “Réplica Nacional a la respuesta de Allende”; el Diario “El Siglo”, señala:

El Presidente Allende entendió que, desde el punto de vista jurídico, el documento aprobado por la Cámara de Diputados no tenía validez jurídica ni vinculante, (cuestión que no es discutible constitucionalmente); que para pronunciarse sobre el comportamiento legal del Gobierno existe el camino de la acusación constitucional; que se ha exhortado formalmente a las Fuerzas Armadas y Carabineros a adoptar una posición deliberante frente al Poder Ejecutivo; que se ha cometido un acto inconstitucional al transmitir su contenido directamente a los Ministros; que la Oposición está “abjurando de las bases del régimen político y jurídico establecido solemnemente en la Constitución de 1925; que el Parlamento se ha constituido en un bastión contra las transformaciones y, por último, que se pretende “ignorar que el Estado de Derecho sólo se realiza plenamente en la medida que se superen las desigualdades de una sociedad capitalista”.

No hay, en esta respuesta, argumentos que contradigan las graves acusaciones contenidas en el proyecto de acuerdo y tampoco existe el menor pronunciamiento que signifique reconocer responsabilidades y, menos aún, expresar el deseo de rectificar el camino del Gobierno. Al contrario, es una respuesta absolutamente desafiante.

Días más tarde se produciría el golpe de estado y entonces comenzaría a escribirse una nueva historia. Importante sería conocer si el respeto al Estado de Derecho comenzaría a vivirse en plenitud, o si los chilenos habríamos de sufrir la interdicción de 20 años, que, también en mayor o en menor medida, vivirían sus instituciones fundamentales. Algunos creerán que el Gobierno militar restauró el Estado de Derecho. Otros, pensarán que los ataques más fieros a su existencia se dieron precisamente en aquel período, por las instituciones que sostuvieron el régimen.

5. El Estado de Derecho en el gobierno militar

Precisamente quienes dieron el soporte ideológico al gobierno militar y como contraprestación, muchos de ellos accedieron a la liquidación de las empresas del Estado; sostenían que “el Estado de Derecho, había sido golpeado y maltratado en la década de 1970, especialmente por los llamados ‘partidos extraparlamentarios’ y específicamente por el Gobierno de Salvador Allende. Con el nuevo régimen se abría un período de recuperación de las instituciones fundamentales, la Administración, la Judicatura y las Fuerzas Armadas.”

Al respecto, entonces, es importante preguntarnos cuál fue el destino de la Judicatura y las Fuerzas Armadas durante el régimen militar, en tanto que el Congreso Nacional fue clausurado y disueltos los partidos políticos, mientras que la Administración fue transformada en una hijuela pagadora de favores y segunda fuente laboral para los militares.

“Acuerdo de la Cámara desbocó a golpistas”.

5.1. La judicatura

Cierto es, y nadie razonablemente podría ponerlo en duda, que los tribunales de justicia fueron un blanco perfecto para los desmanes de los partidos de la Unidad Popular. Tales actitudes, de responsabilidad del gobierno y de sus partidarios, como lo señala el proyecto de acuerdo, fueron hechos “con el propósito de minar la autoridad de la magistratura y de doblegar su independencia, ha capitaneado una infamante campaña de injurias y calumnias contra la Excma. Corte Suprema y ha amparado graves atropellos de hecho contra personas y atribuciones de los jueces”; ha hecho “tabla rasa” del principio de la separación de poderes, dejando sin efecto la aplicación de las “sentencias o resoluciones judiciales contrarias a sus designios”, y ha llegado al extremo de hacer un “juicio de mérito” a los fallos judiciales”.¹⁸

Producido el golpe de Estado, el presidente de la Corte Suprema, señor Enrique Urrutia Manzano, fue uno de los primeros en expresar su alborozo y posteriormente, el propio José María Eyzaguirre, en su calidad de presidente del más alto tribunal, realizó una gira por Europa para mostrar las bondades del nuevo régimen.

Se ha llegado a sostener, con no menor razón, la importancia de la dictación del Acta Constitucional N° 3, del 13 de septiembre de 1976¹⁹, que estableció el recurso de protección y cómo éste ha llegado a ser, en ausencia del contencioso administrativo, el más poderoso instrumento para la protección de las garantías constitucionales reconocidas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Sin embargo, el balance de 17 años de gobierno militar dejó una huella imborrable en la memoria de miles de chilenos, y en el accionar de los tribunales una deuda histórica, que ya un ex presidente de la República motejó como una “falta de coraje”.

Pero la pregunta que salta inquieta es: ¿Fue suficiente el recurso de protección frente a los atentados en contra de la vida, el honor y la libertad de los chilenos cometidos por los organismos de seguridad del régimen militar? Crímenes que no fueron circunstanciales ni aislados, sino acciones que aun duelen en la conciencia no solo de los chilenos, sino que traspasaron las fronteras hasta llevar a su máximo responsable a las Cortes de Londres.

En un estudio de la Vicaría de la Solidaridad,²⁰ que comprendió los hechos denunciados hasta el año 1988-1989, se habló de 8.000 recursos de amparo, de los cuales sólo seis fueron acogidos, sin que tuvieran ningún resultado, entre ellos el tan comentado de Contreras Maluje. Tanto que un propio Presidente de la Corte Suprema llegó a reconocer que “la justicia fue obsecuente”. En verdad, con esta frase se está dando cuenta de una realidad, porque el país sabe que fue obsecuente el

¹⁸ Considerando N° 8, letras a), b) y c) del Proyecto de acuerdo aprobado por la Cámara de Diputados.

¹⁹ Soto Kloss, Eduardo, El recurso de protección, Editorial Jurídica de Chile, 1986.

²⁰ Sobre esto véase Colección Documentos, La Transición en Chile a 25 años del Golpe de Estado, editado por la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas, FASIC, Santiago, 1998; Pavón, Héctor, El 11 de septiembre de 1973, Buenos Aires, 2003; Alcázar, Joan del y Tabanera, Nuria, Estudios y materiales para la historia de América Latina, Universidad de Valencia, 1998; Brinkmann, Beatriz, Itinerario de la impunidad: Chile 1973-1999. Un desafío a la dignidad, Santiago, 1999.

Poder Judicial y fue funcional a la represión. Es muy grave constatar que el tribunal supremo no haya hecho valer su jerarquía ante todos los tribunales del país en el tema de los Consejos de Guerra, porque allí se cometieron las mayores barbaridades que jurídicamente puedan cometerse y se afectó a la vida de muchas personas. Funcionó en términos de asegurar la violación de los derechos humanos y de asegurar también la impunidad de los autores. La mejor prueba de este aserto es el desfile interminable de delincuentes institucionales, responsables de delitos que repugnan la conciencia humana y que sólo después de muchos años, han podido ser llevados a los estrados judiciales.

¿Puede entonces, razonablemente decirse que la judicatura durante el gobierno militar, haya sido un soporte de la restauración del Estado de Derecho? ¿O se trata de realidades que se repelen mutuamente? Lo que existió fue un terrorismo de Estado sin tregua, expresado a través de secuestros; ejecuciones disfrazadas a veces de enfrentamientos; desaparecimientos después de detenciones ilegales; exilios de prolongación arbitraria; amedrentamientos; control sobre la población a través de la desinformación, manejo y apropiación de los medios de comunicación social. Toda una planificación meticulosa y fría, en la que no cabe jamás hablar de excesos o hechos represivos aislados.²¹

La restauración de las facultades de los tribunales pudo darse en materias civiles o criminales, pero en lo que atañe a la libertad, la vida y la dignidad de las personas, los propios tribunales se abstuvieron de actuar.

5.2. Las Fuerzas Armadas

Al revés de lo acontecido en los demás países de Hispanoamérica, entre nosotros no se ha conocido el militarismo desenfrenado propio de otros países. Haciendo abstracción de lo acontecido en 1891 y en 1924, la década de 1970 señaló una época en que Estados Unidos estableció dictaduras militares por doquier en América Latina, a lo que contribuyó ciertamente el descalabro de las experiencias políticas y la incapacidad de los gobiernos por superar la pobreza y los estados de postración de las mayorías nacionales.

Cierto es también que Chile vivía en 1973 una situación de desgobierno y de asechanza en contra del Estado de Derecho, que hizo posible que los militares asumieran el poder. Convencidos muchos, esperanzados otros, en que ello significaría el pronto reestablecimiento del imperio de la Constitución y de las leyes, la historia se ha encargado de mostrarnos exactamente lo contrario. El discurso con que los militares acostumbraban a justificar la toma del poder, en cuanto a que la corrupción, el derroche y el desorden, hacen evidente que el poder civil era incapaz de dirigir el conjunto social, se rompe en pedazos cuando no existe garantía alguna, como de hecho sucedió en nuestro país, que los militares no caigan en los mismos vicios que

²¹ Sobre el tema de la Judicatura durante el régimen militar existe una muy abundante literatura, no sólo nacional, sino mucha escrita en el exilio. Pero es indudable que las mejores páginas han estado en el diario vivir de estos últimos años, en la justificada condena real o moral que han recibido cientos de criminales, desde el simple soldado que cumplió órdenes de matar, hasta los grados superiores de los escalafones militares. Ahí están los crímenes de Letelier en Estados Unidos, de Prats en Argentina, el atentado en contra de Leighton en Italia, de Tucapel Jiménez, la caravana de la muerte y así una lista de nunca acabar.

denunciaron. Y, talvez, peores, porque el poder sin límite, ejercido con la fuerza de las armas, lleva también a la corrupción sin límite.

En el caso nuestro, los militares coparon además del poder central, el grueso de la administración pública; actuaron con la complicidad de la Judicatura y de la Contraloría General de la República, y cobijaron en su interior a grupos como la DINA y la CNI y otros, que dependían directamente de la Junta Militar y más específicamente del General Pinochet, son la prueba más horrorosa del atentado que en contra de su propia institución, las Fuerzas Armadas, realizaron quienes ostentaban los mandos superiores. No hay actuaciones de los partidos que hayan socavado más fuertemente el prestigio y el honor de las Fuerzas Armadas que las cometidos por hombres de sus propias filas.²²

Sólo hoy, muchos años después de haberse recuperado el camino democrático, las Fuerzas Armadas vuelven a insertarse en la confianza de la gente. No puede olvidarse que hasta última hora se trató de utilizarlas hasta para detener la investigación de actos delictuales que afectaban a familiares del Capitán General. Ciertamente que ese no era el Ejército de este país, sino de un hombre.

6. Conclusiones

No obstante que han pasado ya casi cuarenta años del golpe de estado, muchos de sus aspectos aún están en la penumbra y la declaración que formuló la Cámara de Diputados en agosto de 1973, se ha usado profusamente para justificar la actuación de las fuerzas armadas, sin que, a nuestro entender, se haya hurgado suficientemente en sus motivaciones y trascendencia.

Creemos que la intención del legislador —de quienes eran genuinamente demócratas y lucharon hasta la recuperación de la institucionalidad avasallada y no de quienes usufructuaron del nuevo régimen— no fue conceder una especie de justificación legal para el golpe de estado, sino que lo que se pretendió fue exigir del Gobierno rectificaciones profundas y urgentes para que su accionar se encuadrara dentro de la ley y la Constitución. Sin embargo, el país vivía lo que hemos asimilado a la tragedia griega, en que cada uno de los actores, de uno y otro sector, empujaron ciegamente el carro hacia el abismo.

En lo fundamental, hemos pretendido conocer de qué forma la experiencia política de los años 1970-1973 amenazó o quebrantó los pilares fundamentales del Estado de Derecho, actitud denunciada en el acuerdo legislativo, y si el Gobierno Militar restauró su plena vigencia o, por el contrario, es responsable de actuaciones que agravaron los hechos que llevaron al quiebre constitucional de 1973.

Desde la perspectiva de nuestro estudio, creemos que el Estado de Derecho sólo ha venido a restaurarse en su plenitud con el término del régimen militar y el

²² Existe una abundante literatura referida a la experiencia de los militares en los gobiernos de América Latina. Al respecto, véase: De Andrés, Jesús, "El voto de las armas". Golpes de Estado en el sistema internacional a lo largo del siglo XX", Madrid, 2000; Valenzuela, Arturo, "El quiebre de la democracia en Chile", Ediciones Universidad Diego Portales, 2003; Kornbluh, Peter, "Los Estados Unidos y el derrocamiento de Allende", Ediciones B Chile, 2003; Uribe Arce, Armando y Vicuña Navarro, Miguel, "El accidente Pinochet", Santiago, 1999; Contreras Sepúlveda, Manuel, "Verdad Histórica", 2 tomos, Santiago, 2000; Verdugo, Patricia, "Allende. Cómo la Casa Blanca provocó su muerte", Santiago, 2003; Díaz Cardona, Francia Elena, "Fuerzas Armadas, Militarismo y Constitución Nacional en América Latina", México, 1988.

pleno funcionamiento de las instituciones democráticas. En especial hemos hecho hincapié en la situación de la Judicatura y de las Fuerzas Armadas, como instituciones fundamentales del Estado de Derecho, que resultaron notablemente afectadas por la experiencia militar.

Bibliografía

- Alegría, Vicente, *Abriendo las grandes Alamedas*, Escaparate Ediciones, Santiago, 1999.
- Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados, sesión del 22 de agosto de 1973.
- Bravo Lira, Bernardino, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.
- Brinkmann, Beatriz, *Itinerario de la impunidad*, Ediciones Cintras, Santiago, 1999.
- Colección Documentos, *La Transición en Chile a 25 años del golpe de Estado*, Ediciones FASIC, 1998.
- Constitución Política de la República de 1980.
- De Andrés, Jesús, *El voto de las Armas*, Madrid, 2000.
- Del Alcázar, Joan y Habanera, Nuria, *Estudios y materiales para la historia de América Latina*, Universidad de Valencia, 1998.
- Diarios "El Mercurio", "La Tercera de la Hora", "La Prensa", "La Segunda". "El Siglo", "Noticias de Última Hora"; Semanario "PEC".
- Díaz Cardona, Francisca Elena, *Fuerzas Armadas, Militarismo y Constitución Nacional en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998
- Donoso, Jorge, *Tomic. Testimonios*, Editorial Emisión, Santiago, 1988.
- Gazmuri, Cristián, *La Persistencia de la Memoria*, Santiago, 2000.
- Kornbluh, Peter, *Los Estados Unidos y el derrocamiento de Allende. Una historia desclasificada*, Ediciones B, Santiago, 2003.
- Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Soto Kloss, Edmundo, *El recurso de protección*, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- Uribe Arce, Armando y Vicuña Navarro, Miguel, *El accidente Pinochet*, Editorial Sudamericana, Santiago, 1999.
- Valenzuela, Arturo, *El quiebre de la democracia en Chile*, Ediciones Universidad Diego de Portales, Santiago, 2003.
- Verdugo, Patricia, *Cómo la Casa Blanca provocó su muerte*, Santiago, 2003.



Crítica a la justificación del bicameralismo en Chile*

Diego Pardo Álvarez**

Resumen

Los últimos 200 años de historia institucional chilena son inseparables de su legislatura bicameral. El autor recorre y critica su reciente evolución, mostrando las contradicciones entre los fundamentos esbozados en el establecimiento de la Constitución Política de 1980/89 y aquellos sostenidos en su reforma del año 2005. Considerando argumentos generales sobre la legislatura bicameral, el autor concluye que la división legislativa chilena, y la doctrina que la apoya, sufren ambas de un déficit de justificación y desarrollo que invitan a su revisión.

Abstract

The last 200 years of Chilean institutional history are inseparable from its bicameral legislature. The author covers and criticizes its recent evolution, showing the contradictions between the outlined foundations in the establishment of the 1980/89 Political Constitution and those supported after the 2005 constitutional amendment. Considering general arguments about bicameral legislature, the author concludes that the Chilean legislative division, and the doctrine that supports it, suffer from a deficit of justification and development that invites to its review.

* Agradezco a Javier Contesse Singh, Valeria Lübbert Álvarez, Juan Pablo Mañalich Raffo, Miguel E. Orellana Benado y Constanza Toro Justiniano por sus valiosos comentarios a una versión preliminar.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Coordinador del magíster en Derecho con mención en Derecho Penal de la misma universidad.

“Un intocable que está en los huesos y arrastra de un lado a otro su desdicha.”

P. Roth, *Pastoral Americana*

1.

En las siguientes páginas, argumentaré contra la equívoca estructuración del bicameralismo, revisando su evolución institucional reciente. Esta estructura, que goza de tan estable aceptación, puede dominar nuestras intuiciones, me temo, hasta la inercia y el letargo. Parece difícil siquiera concebir un parlamento unicameral en Chile. Sin embargo, pretendo que la siguiente reflexión, aunque tentativa y provisoria, revele la debilidad de este patrón heredado. La necesidad de dos cámaras no es tan maciza como aparenta ser su tradición, y su trazado actual es esquivo y engañoso. De hecho, la evolución bicameral reciente avanza contra su tradición, de la que, sin embargo, no dudaría en alejarme, aunque en una dirección apenas considerada.

Insinuaré esa nueva dirección al fin de este ensayo. En lo central, expondré y discutiré un grupo de argumentos capaces de reflejar el carácter de nuestra evolución bicameral, y que por tanto deben inapelablemente considerarse ante cualquier modificación constitucional. Algo anda mal si nuestras instituciones no reflejan las razones de su existencia, ya sean originales o sobrevinientes. Creo que con el bicameralismo nos acercamos a ese lamentable estado de cosas: deslumbra hasta opacar los fundamentos que arrastra.

2.

Las instituciones democráticas, y por sobre todo el parlamento, reflejan invariablemente ciertas ideas sobre justicia, libertad, representación política, calidad legislativa, racionalidad y estabilidad.¹ Algunas de estas ideas son inevitables, y se repetirán en lo que sigue. Considero que la calidad legislativa y la racionalidad (con arreglo a fines) de sus resultados, son meros subproductos: cuestiones adventicias que no gozan de protagonismo en la configuración institucional; imperativos funcionales atendibles sólo cuando la justicia y equidad de un procedimiento ya están satisfechas; cuestiones relevantes sólo cuando las instituciones y sus procedimientos han sido estructurados con libertad e igualdad. El bicameralismo, en otras palabras, debe ser legítimo si pretende asegurar posteriormente la calidad de las leyes, su estabilidad o su racionalidad. Decisiones ilegítimas acertadas no son por ello válidas; decisiones legítimas desacertadas gozan, en cambio, de plena autoridad.

Expresando esta idea, Tocqueville ha impuesto un límite apenas alcanzable. Él se pregunta dónde nace la pasión por la libertad política:

“Bien veo que, cuando se conduce mal a los pueblos, alumbrá naturalmente el deseo de gobernarse ellos mismos; pero esa suerte de amor por la independencia, que no surge sino de ciertos males particulares y pasajeros inherentes al despotismo,

¹ Para un panorama general sobre representación, véase Urbinati, Nadia / Warren, Mark. “The Concept of Representation in Contemporary Democratic Theory”, *Annual Review of Political Science* 11, 2008. La principal, y a esta altura clásica obra sobre representación política es Pitkin, Hanna F. *The Concept of Representation*. California University Press, California, 1972.

nunca es duradero, sino que pasa con el accidente que lo ha hecho nacer; parecía amarse la libertad, cuando en realidad no se hacía sino odiar al amo. Lo que odian los pueblos nacidos para ser libres es el mal mismo de la dependencia.

No creo tampoco que el genuino amor por la libertad jamás haya nacido de la sola perspectiva de los bienes materiales que procura, pues esa perspectiva se oscurece con frecuencia. Es desde luego cierto que a la larga la libertad termina conduciendo siempre, a quienes saben conservarla, a las comodidades, al bienestar y, a menudo, a la riqueza; pero hay ocasiones en las que ella perturba momentáneamente el uso de semejantes bienes. Y hay otras en las que sólo el despotismo procura su goce pasajero. Los hombres que sólo la quieren por tales bienes jamás la conservaron por largo tiempo.

Lo que en todo tiempo ha atraído hacia ella con fuerza el corazón de algunos hombres han sido sus propios atractivos, su peculiar encanto, con independencia de sus beneficios; es el placer de poder hablar, actuar, respirar sin constricción, bajo el solo gobierno de Dios y de las leyes. Quien busca en la libertad otra cosa que ella misma está hecho para servir.”²

Soy consciente de lo polémico de esta hipótesis inicial, pero confío en que su valor aparecerá encarando mi principal objetivo: mostrar cuán difícil es encontrar los diferentes fundamentos que se han otorgado para el bicameralismo en la regulación constitucional chilena.³

3.

El bicameralismo actual, aun con excepciones, responde a razones distintas de las invocadas para su creación.⁴ Aristóteles, en su *Política*, considera que la polis incluía una multiplicidad de intereses sociales. Si el gobierno es monopolizado por uno de ellos exclusivamente, entonces eventual y probablemente este degenerará en una forma de dominación ilegítima. Cuando el gobierno es monopolizado por una sola persona, la monarquía degenera en tiranía; cuando es monopolizado por algunos, la aristocracia degenera en oligarquía; cuando, por último, el gobierno de los comunes no considera los intereses del monarca ni de la aristocracia, la polis se enfrenta a una riesgosa democracia. Tiranía, oligarquía y democracia son tres formas de gobierno ilegítimo a causa de su insensibilidad y apatía con los intereses ajenos a los del gobernante.

El gobierno legítimo y estable, en consecuencia, requiere la presencia de al menos dos de los tres estamentos sociales (monarca, aristócratas y comunes) para evitar la tiranía, la oligarquía y la democracia demagógica. El gobierno mixto debe incluir a todos los grupos sociales. La representación mixta, al incluir a los mejores,

² Tocqueville, Alexis. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Madrid, Istmo, 2004, p. 218.

³ En lo que sigue me referiré indistintamente al Senado como Cámara Alta, o Cámara aristocrática; y a la Cámara de Diputados como Cámara Baja o Cámara de los comunes. Por segunda cámara (o cámara revisora) debe entenderse al Senado, en el contexto (general) de que él es el encargado de la segunda opinión legislativa. La denominación no responde, salvo comentario en contrario, a ningún contenido específico ni regulación particular.

⁴ En estricto rigor, no puede hablarse de creación del bicameralismo pues, como es obvio, las instituciones políticas no son creadas ex nihilo. El paradigma premoderno de legislatura dividida es el Senado y la Comitia Curiata romana. La primera legislatura bicameral, en un sentido moderno, es la inglesa. Véase Tsebelis, George / Money, Jeannette. *Bicameralism*. Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

propicia el florecimiento de la polis, de su gobierno y de su ley. La aristocracia y sus virtudes están al servicio de todos, no dejando al gobierno preso del apasionamiento y desenfreno populista de los comunes.

El surgimiento del bicameralismo moderno es el hallazgo de aquel buscado equilibrio entre representación y virtud aristocrática. Así la comunidad política obtiene estabilidad y calidad legislativa. El modelo bicameral inglés, exportado a buena parte de las legislaturas occidentales, pretende integrar las pretensiones democráticas (de la Cámara de los Comunes), con las aristocráticas (de la Cámara de los Lores) y monárquicas (con su poder de veto). La estructura del parlamento inglés responde, en consecuencia, a los principios del gobierno representativo de la forma concebida por Aristóteles.

Su fundamentación, sin embargo, no podía seguir los estreñimientos a los que respondía el pensamiento aristotélico. Montesquieu, quien era devoto de la estabilidad y ecuanimidad del modelo inglés, consideraba que la estructura bicameral era necesaria como forma de protección de los derechos tradicionales aristocráticos, pues sin una defensa adecuada de ellos, el gobierno del común afectaría irremediablemente sus intereses. De esta forma, la primera facultad de la Cámara Alta (aristocrática), debía ser la posibilidad de vetar propuestas legislativas particularmente inquietantes para sus derechos y privilegios. Del mismo modo, la Cámara Baja (de los comunes) debía tener la posibilidad de vetar aquellas propuestas que pretendieran perpetuar el privilegio oligárquico de forma ilegítima.

Las razones del pensamiento de Montesquieu son evidentes.⁵ La aristocracia, beneficiaria del status quo y la tradición, sólo puede legítimamente aspirar a mantener sus beneficios, pero nunca a acrecentarlos. Cuando mejora aún más su condición el componente aristocrático deviene en uno oligárquico. El principal resquemor contra la aristocracia es su arrogante elitismo; el principal beneficio que otorga al gobierno es su ilustrada virtud. El equilibrio entre ambos aspectos radica, para Montesquieu, en estabilizar y frenar el ardor de los comunes con la prudencia y sabiduría aristocráticas. Sería equivocado, en cambio, permitir que el ímpetu oligárquico se valiera de las herramientas de gobierno, pues entrañaría reemplazar un numeroso pero famélico adversario por otro minoritario, aunque influyente y poderoso.

4.

En condiciones políticas modernas estos fundamentos originarios son insostenibles. Sin embargo, tiñen nuestro pensamiento posterior de un modo contundente y definitivo.⁶ Actualmente sería impensado dividir la representación política considerando a la aristocracia como un grupo social con privativas aspiraciones legítimas. A partir de la revolución americana y francesa, la representación se divide y otorga por y para las personas, no para grupos o elites privilegiadas. El pueblo

⁵ Sobre su relación con el status quo y la estabilidad, véase Tsebelis, George. "Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism", en *British Journal of Political Science* 25 (3), 1995. Véase también infra VII in fine.

⁶ Véase Infra V y VII.

es representado como un todo, no dividido en castas, sino unificado a través de la ciudadanía. En estas nuevas condiciones, dividir la representación parlamentaria en dos cámaras es, en principio, problemático. El bicameralismo, sin embargo, sobrevive vigorosamente.

Su supervivencia se debe, en gran medida, a la adopción del modelo en Estados Unidos. En él, el interés popular es representado proporcionalmente en la Cámara Baja, mientras los diferentes estados federados son alojados igualitariamente en el Senado. James Madison es, quizá, el defensor más asertivo y lúcido del modelo bicameral estadounidense. En *The Federalist Papers* (1788), particularmente en el número 62, defiende el bicameralismo federal basándose en una serie de argumentos de distinta naturaleza. Los beneficios que otorgaría el trabajo en dos cámaras son, básicamente, su alta representatividad estatal y el aumento en la calidad y estabilidad de la legislación.

En un sistema federal, el interés estatal en muchas ocasiones difiere de aquel sostenido popularmente. Si sólo se atendiera a la representación popular, los Estados con más habitantes podrían imponer su voluntad sin limitaciones frente a los menos populosos. La igual repartición constitucional de la soberanía requiere, para Madison, una igual representación estatal con independencia de su población particular. Así, “ninguna ley o resolución puede ser promulgada sin la concurrencia, primero, de una mayoría de la población, y luego, de una mayoría de los Estados”. La mayoría de la población del Estado federal es insuficiente, en consecuencia, como manifestación de voluntad política⁷.

El Senado, para Madison, también mejora la calidad de la legislación. Una segunda revisión permite detectar errores, imprecisiones y ambigüedades inadvertidas en una primera deliberación. La sola existencia del Senado, independiente de su configuración normativa, provee de “una saludable revisión del gobierno”. Además, y más importante, esta segunda revisión tiene propiedades específicas derivadas de la particular integración senatorial. La Segunda Cámara integra políticos con mayor experiencia, pues tanto la edad exigida para el cargo como su duración son mayores. Su misión, afirma Madison, es contener la “propensión de todas y cada una de las asambleas numerosas a sucumbir al impulso de las pasiones súbitas y repentinas, y a ser seducidas por líderes facciosos hacia resoluciones desmedidas y perniciosas”. El Senado pretende ser una asamblea serena y prudente, menos voluble a la debilidad de la voluntad, la pasión y la manipulación.

Esto explica la funcionalidad de la segunda Cámara para mantener la estabilidad legislativa. “La mutabilidad de los concilios públicos surgida desde la rápida sucesión de nuevos miembros, sin perjuicio de cuan cualificados ellos puedan ser, indica, de una manera enérgica, la necesidad de alguna institución estable en el gobierno”. El hecho de que el Senado, a diferencia de la Cámara Baja, goce de elecciones periódicas

⁷ Los argumentos, como se verá, se aplican a la estructura federal estadounidense. Pero su extensión a cada uno de los estados federados es problemática. Véase Dippel, Horst. “The ambiguities of modern bicameralism: input- vs. output-oriented concepts in the American and French revolutions”, en *The Legal History Review* 71 (3 – 4), 2003, p- 417. La aplicación del modelo bicameral en la revolución americana primero se presentó en la mayoría de los estados federados. En ellos, la diferente integración entre ambas cámaras se debía al valor de la propiedad del candidato. “Lo desarrollado en las constituciones de los estados como un modelo orientado hacia afuera [out-put oriented model] para asegurar legislación en interés de la elite propietaria, fue adoptado por la Constitución Federal como su objetivo, dando al mismo tiempo al bicameralismo una nueva legitimación federal.

parciales y más distanciadas, hace que sea una institución menos vacilante ante vaivenes precederos y pulsiones radicales.

5.

La comprensión parcial de las consideraciones revisadas es el cemento de todo el desarrollo constitucional chileno. En la construcción de la Constitución Política de 1980/89 puede apreciarse su penetrante influencia.

El bicameralismo, inevitablemente, fue motivo de análisis para la comisión Ortúzar. Como consta en las actas de sesiones de la Comisión, algunos comisionados eran partidarios, en principio, de establecer un sistema unicameral en la nueva Constitución⁸. Sin embargo, en definitiva optaron por mantener el tradicional sistema bicameral. El primitivo convencimiento de lo problemático del bicameralismo, llevó a que en la discusión surgieran argumentos relevantes, aunque sostenidos tal vez con vulnerabilidad y precipitación⁹.

Dos argumentos fueron considerados: calidad legislativa y estabilidad. El primero dispone, al inicio, de atención preferente dentro de la Comisión. Según el comisionado Lorca, el Senado bajo la Constitución de 1925 tuvo una gran virtud que hay que reconocerla [sic] francamente: modificó mucha legislación, como correspondía, porque la Cámara, desgraciadamente, se dejaba llevar por las funciones políticas extremas y, por lo general, su legislación no era tan perfecta como debía serlo. La gran tradición del Senado en Chile fue rectificar, muy acertadamente la mayoría de las veces, la legislación que venía de la Cámara de origen, la Cámara de Diputados¹⁰.

Nótese cómo esta opinión vincula estabilidad política y calidad legislativa. El impulso de las pasiones súbitas y repentinas, irresistible según Madison para cualquier gran asamblea, genera no sólo inestabilidad en el marco normativo, sino deficiencias en su producto definitivo¹¹. Ambos problemas pueden enfrentarse mediante una legislatura bicameral centrada en la presencia de un Senado tradicional, virtuoso y menos numeroso.

Sin embargo, el insistente aspecto cualitativo una y otra vez fue considerado insuficiente. El comisionado Guzmán afirma que el doble estudio y el trabajo acucioso que debe tener siempre un proyecto de ley antes de ser despachado, no exige ni justifica la existencia de dos Cámaras, porque eso puede obtenerse sobre la base de otros mecanismos¹².

No se polemizó contra esta afirmación en la Comisión. Creo que, en lo central, ella es correcta y definitiva. Es inverosímil cualquier descripción del objetivo

⁸ Guzmán reconoce su convencimiento previo en la sesión N° 252 del 21 de Octubre de 1976.

⁹ La opinión dentro de la Comisión parte de la base (escéptica) del profesor Guzmán Dinator, Jorge. *Sistemas Unicameral y Bicameral: hacia una racionalización del poder legislativo*. Universo, Santiago de Chile, 1934. En su trabajo, Guzmán Dinator es escéptico respecto a la necesidad y utilidad del sistema bicameral. En su participación en la comisión, en cambio, considera necesario el bicameralismo en razón de la mejora cualitativa y correcciones que permite respecto de la cámara baja. Véase sesión N° 22 del 12 de Marzo de 1974.

¹⁰ Sesión N° 339 del 14 de marzo de 1978. Énfasis añadido.

¹¹ El comisionado Carmona afirma: "En principio, no [soy] partidario de la Cámara Única, porque [m]e parece que tiene que ser numerosa: tal vez de unas ciento cincuenta o doscientas personas. La legislación que sale de un conjunto tan numeroso es absoluta y totalmente deficiente y, por lo tanto, requiere una revisión más especializada, más cuerda: lo que comúnmente hizo el Senado en Chile.

¹² Sesión 323 del 23 de Octubre de 1977.

senatorial si reduce su valor representativo hasta convertirlo en un mero comité de calidad legislativa. Ello sería vulgarizar la dignidad y prestigio del Senado. En realidad, ello conllevaría un doble despropósito: reduciría el valor representativo del Senado y tacharía de diletante e incapaz la actividad de la Cámara de los Diputados. Por ambas vías se ataca al contenido representativo de las elecciones parlamentarias, considerando insuficiente la manifestación popular para el alcance de legislación digna, prudente y cualitativamente superior. Considerar al Senado un consejo de sabios mayores destinados a moderar nuestra impericia, sólo tiene sentido en un mundo cuya ilustración es precaria, cuyo conocimiento no se encuentra general e igualitariamente distribuido¹³.

Sin embargo, y como es evidente, no eran buenos tiempos para defender el gobierno popular ni el sufragio universal. Fíjese por favor en la opinión de Ortúzar:

“[Sé] que hablar contra del sufragio universal parece un sinsentido, pero, en verdad, [m]e preocupa que cuando el país ha salido de un caos tan profundo (...) se desemboque prácticamente en una lucha de tipo político, con un Parlamento que no sea suficientemente idóneo producto exclusivo del sufragio universal”¹⁴.

En este punto, al parecer, la idoneidad del Senado como mecanismo para una mejora cualitativa de la legislación, va perdiendo protagonismo frente al peso de la estabilidad. El caos tan profundo al que se refiere Ortúzar tiene diferentes causas, sobre las cuales puede discutirse fructíferamente. Pero no es una de ellas las deficiencias técnicas de la legislación del gobierno de Allende, el último democrático anterior al golpe de Estado. Él no se apoyó, ni mucho menos, en la ignorancia del legislativo y las deficiencias de su producto. Por lo demás, si así fuera, ello sería la demostración patente de la incapacidad del bicameralismo para proveer de calidad y estabilidad. La lucha de tipo político a la que se refiere Ortúzar, sin embargo, es el factor crucial para la regulación Constitucional. Póngase atención a lo señalado por Guzmán:

“Si se consagrara un Congreso bicameral, y el Senado tuviera una composición mixta en el futuro, en que un tercio de sus miembros lo fuese por derecho propio, o por designación presidencial de entre personas que hayan ocupado altas calidades en la vida republicana (...) sería más fácil alcanzar, por la vía del Senado, la existencia de ese cuerpo de alta jerarquía institucional y relativamente más desvinculado de las contingencias y luchas político-partidistas...”¹⁵

De la misma forma, Díez ve al Senado como moderador político, como frenador de la ley. En el fondo, un Senado conservador —no en el sentido político de la palabra, sino en el real—, y ojala lo más árbitro posible de la política y lo más separado posible de los debates políticos...¹⁶

¹³ Véase Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 95 – 101. Esta fundamentación epistémica de la autoridad bicameral, generalmente, se vincula a un componente aristocrático. En India, por ejemplo, la segunda cámara es elegida por miembros de las legislaturas estatales, entre aquellas “personas poseedoras de conocimiento especial o experiencia práctica respecto a materias como literatura, ciencia, arte, movimiento cooperativo o servicio social”. Véase Rusell, Meg. “What are Second Chambers for?”, en *Parliamentary Affairs* 54, 2001, pp. 45-6.

¹⁴ Sesión Nº 323, 26 de Octubre de 1977 (énfasis añadido). Esta idea acompaña a Ortúzar desde la primera sesión de la Comisión. Véase sesión Nº 1, del 24 de Septiembre de 1973.

¹⁵ Sesión Nº 322, 25 de Octubre de 1977. Énfasis añadido.

¹⁶ Sesión Nº 339, 14 de Marzo de 1978. Énfasis añadido.

A pesar de lo que cuesta diferenciar el conservadurismo político del real (pues ambos son tan políticos como reales), se vislumbra el ánimo que anudaba las consideraciones de los comisionados. En ese tenor, la visión del Senado sostenida por Guzmán terminó por imponerse:

[I]a parte no elegida [popularmente] de él no debe corresponder a una representación de intereses, y ni siquiera a una representación estricta de lo que se denomina el saber (...). Piens[o] que más debiera entenderse que esa parte no elegible del Senado debe estar constituida por personalidades de la vida nacional que hayan desempeñado altas responsabilidades republicanas; que lo que se quiere realmente expresar en el Senado (...) debe ser, justamente, la experiencia republicana, que debe ir adjunta a la expresión electoral del momento. [M]e parece que la representación propiamente de los intereses o del saber técnico debe radicarse solamente en las Comisiones del Congreso.¹⁷

La Comisión intenta, hábilmente, asociar calidad legislativa, estabilidad y representación. El Senado no es una institución privativa de sabios, aristócratas, o representantes regionales: la regionalización se obtiene por la igual (y desproporcionada) elección; la sabiduría por la experiencia de sus miembros por derecho propio; las elecciones pasadas, ganadas por algunos de ellos, provee de legitimidad representativa. Ella sólo es fuente de legitimidad mediata, sin embargo, para el caso de los senadores vitalicios (los ex Presidentes de la República). El resto de los miembros por derecho propio del Senado nunca necesitaron someterse al escrutinio popular.

Afortunadamente nuestra evolución institucional no finaliza con la aprobación del texto de la Constitución de 1980/89.

6.

Antes de proseguir con el desarrollo institucional, es necesario revisar en algún detalle el argumento de la calidad legislativa. Esta misión asignada al Senado es enigmática. Por ahora, aún asumiendo el carácter oscuro de la calidad legislativa, quiero mostrar algunas vías por las que usualmente se asigna al Senado tal objetivo. Con ello, aspiro ilustrar qué entienden por calidad legislativa quienes defienden el bicameralismo en Chile.

Esta defensa del bicameralismo se basa en dos puntos de vista.¹⁸ En primer lugar, el saber que posterior a la aprobación de una ley se revisarán sus disposiciones por una segunda cámara, invita preventivamente a una cuidadosa preparación y aprobación inicial. Además, y en segundo lugar, el bicameralismo permite el descubrimiento de errores legislativos antes de su promulgación definitiva: aquellas falencias inadvertidas en una primera aprobación, pueden ser subsanadas

¹⁷ Sesión Nº 349, del 15 de marzo de 1978. Énfasis añadido. La regulación constitucional definitiva incluía en el Senado a representantes regionales (uno por región salvo seis regiones con doble representación), además de ex Presidentes de la República, en carácter vitalicio; dos ex Ministros de la Corte Suprema; un Contralor de la República; un ex Comandante en Jefe del Ejército, otro de la Armada, uno de la Fuerza Aérea y un ex General Director de Carabineros; un ex Rector de universidad estatal o reconocida por este; y un ex Ministro de Estado. La expresión electoral del momento sólo puede ser argumento para el caso de los ex Presidentes.

¹⁸ Tsebelis, George /Money, Jeannette. Op. Cit., p. 40.

gracias a una segunda revisión. Una cámara revisora, en consecuencia, mejoraría cualitativamente la legislación de forma preventiva y correctiva; ya sea mediante su trabajo disuasivo o efectivo.

Se ha insistido en que la composición más estable del Senado permite un juicio más experimentado, lo que conduce a legislación libre de errores. Pero esta pretensión, dada su insuficiencia (detectada por Guzmán), no puede quedar sólo allí.¹⁹ En aquellos sistemas de gobierno parlamentario, la relación entre el Ejecutivo y la Cámara de los Comunes es estrecha e interdependiente, pues el Ejecutivo debe mantener la confianza de la Cámara Común frente a la posibilidad de una moción de censura; mientras que, al contrario, los comunes se encuentran sujetos a la posibilidad de que el ejecutivo disuelva la Cámara llamando a nuevas elecciones. El Senado, en cambio, no participa de esta amenaza mutua, tanto en aquellos sistemas cuya composición es definida menos popularmente (como Inglaterra, Austria y Francia), como en aquellos de composición directamente popular (como Australia, la República Checa y Japón).²⁰ Presuntamente, esto generaría mayor libertad de acción para el Senado, pues lo alejaría de la seductiva imagen de su mantención en el poder.

Desde luego, este fundamento no es aplicable a nuestro sistema presidencialista. Pero ilumina nuestra comprensión de la calidad legislativa. Su alejamiento del Ejecutivo, la mayor duración de los cargos, las elecciones parciales y su supuesta mayor experiencia, permiten presumir que el Senado aportará un juicio más independiente e imparcial respecto de la politizada Cámara de los Comunes. Como reflejan las opiniones de los comisionados chilenos, independencia y despolitización son características que hacen presumir mayor calidad. Los partidos políticos, por su parte, también influirán menos en la apreciación senatorial, pues su opinión se acoplará con mayor probabilidad a la sostenida por los senadores. William Heller (2007), asumiendo débiles condiciones formales, ha pretendido demostrar que el bicameralismo “fuerza a los miembros de un partido que valoran la claridad de sus etiquetas partidistas a adaptar su comportamiento (y sus reglas de partido) para prevenir desacuerdos públicos entre cámaras...”²¹ Esto es evidente: ningún partido pretende resolver sus desacuerdos a través de los medios de comunicación, ni dar una imagen de quiebre, caos y descoordinación a la opinión pública. Lo importante es cómo influye el bicameralismo en el funcionamiento y estabilidad de un partido y de un gobierno. Ante un dilema legislativo debe definirse una postura de partido, para lo que existe un rango abierto de respuestas posiblemente sostenidas por sus parlamentarios. Si ellos pertenecieran a una sola cámara, entonces llegarían a un consenso intrapartidario en igual pie negociador; si, en cambio, pertenecieran proporcionalmente (digamos uno de cada tres al Senado), quienes integren la Cámara Alta tendrán mayor independencia y poder negociador dentro del partido, pues su menor número significará mayor poder respecto de la tramitación legislativa.

Entonces, hablar de Senadores independientes de su partido es paradójico: lo que realmente ocurre es que los partidos no pueden ser lo suficientemente

¹⁹ Véase supra V (nota 12) respecto a lo opinado por Guzmán. Algo más propositivo, acaso suficiente, diré en infra IX.

²⁰ Al respecto, véase Russell, Meg. Op. Cit., pp. 446-9.

²¹ Heller, William. “Bicameralism, Parties, and Policy in Democratic Legislatures”, en *Annual Review of Political Science* 10, 2007, p. 264.

independientes de sus senadores. Piense, por ejemplo, que un partido tiene tres cursos de acción alternativos, pero se sabe que los senadores pertenecientes a él sólo aceptarían dos de ellos. Aun siendo minoría dentro del partido, no tendrá sentido considerar plausible la tercera alternativa si su futuro legislativo es el fracaso. La calidad de Senador, en consecuencia, significa institucionalmente el reconocimiento de liderazgo dentro de su partido.²² El partido, luego, apenas abogará por aquella respuesta legislativa lejana a los intereses de sus Senadores. Fruto del bicameralismo no es la independencia de los Senadores respecto de su partido, sino la falta de notoriedad de sus desavenencias.

7.

Independencia del ejecutivo, del electorado, de los partidos, de la cámara baja, de las pasiones súbitas. Independencia, en definitiva, de la política. A esto se aspira con el Senado. Y esto, según sus defensores, es lo que lleva a que sea una idónea institución para obtener calidad legislativa.

¿Por qué considerar que dicha independencia es un aspecto relevante para mejorar la calidad de la legislación? El razonamiento en este sentido es estándar. Una vez que veamos la forma que adquiere, podremos darnos cuenta que, además de ser regular en nuestra doctrina constitucional, el razonamiento es ilusorio, anacrónico, antidemocrático e infértil. Afortunadamente no es necesario detenerse mayormente en estos defectos pues, como veremos, la supuesta independencia del Senado quedó en entredicho con las reformas constitucionales del año 2005. Ello hace que la opción de fundamentar el bicameralismo a partir de la calidad legislativa sea inverosímil.

En un importante trabajo chileno sobre bicameralismo, Arturo Fernandois ha defendido lo que denomina la función conservadora de la cámara alta. No podemos más que agradecer su denominación. Para él, esta función conservadora es un rasgo indisoluble de la pretensión de mejoramiento de la calidad de la legislación. Afirma:

“El Senado debe ser, en este escenario, el lugar de la reflexión, del aporte técnico, frío y deseablemente despolitizado en la elaboración de las leyes. (...) La justificación más propia del Bicameralismo es (...) aquella que persigue el mejoramiento cualitativo de la legislación, mediante la participación en la función legislativa de una Cámara revisora de función conservadora, más especializada, de “enfriamiento político”, de reflexión y acuerdos”.²³

La imagen de la democracia en el trabajo de Fernandois es sombría: a contrario sensu, la Cámara de Diputados es aquel lugar de hervor político, donde las leyes son analizadas bajo la pasión que gobierna la política entendida como lucha por el poder, los intereses creados, los grupos de presión y el “lobby”. Creo que la posición de Fernandois es particularmente ilustrativa de una forma de entender el trabajo legislativo como “deseablemente despolitizado”, cuya fuente principal, como vimos,

²² Alberto Sepúlveda rescata de la cámara alta chilena su importante rol en la selección de los aspirantes a la presidencia de la república. Afirma que “a contar de 1940, la casi totalidad de los candidatos presidenciales eran Senadores.” No rescata, sin embargo, que después del retorno a la democracia, sólo en el caso de Eduardo Frei R. y de Arturo Alesandri Besa, se da dicha continuidad. Véase Sepúlveda, Alberto. Ensayos políticos. Editorial Universitaria de Viña del Mar, Viña del Mar, 2005, p. 47.

²³ Fernandois, Arturo. “El Senado en el derecho comparado”, en Revista Chilena de Derecho 24 (2), 1997, p. 288.

es la doctrina emanada de la comisión Ortúzar. Dicha despolitización permitiría que la Cámara Alta constituya una especie de comité de calidad legislativa protegido de la democracia.

A pesar del tinte conservador de esta postura ella es asumida, sorprendentemente y de forma algo precipitada, por un trabajo emanado de la Secretaría General de la Presidencia de los gobiernos de Lagos y Bachelet:

A juicio de la doctrina, se definió por hacer [sic] de la Cámara de Diputados un órgano claramente político, fiscalizador del gobierno, centro de las alternativas de poder y, por lo mismo, ampliamente representativo de las mayorías políticas y combinaciones políticas mayoritarias vigentes. En cambio, del Senado se espera que opere como moderador de los ímpetus políticos de la Cámara de Diputados y sea propenso a decidir con una visión más reposada y menos política sobre la convivencia nacional, por encima de las coyunturas políticas.²⁴

Esta imagen doctrinaria no operó, como veremos (Infra VIII), en las reformas hechas durante el gobierno de Lagos. Pero es patente y llamativa la similar lectura del funcionamiento bicameral entre Fernandois, la doctrina de Lagos y la Comisión Ortúzar. Parece cierto que existe un consenso profundo en la materia. El contenido de este consenso, la hosca visión de las funciones democráticas de ambas cámaras, me invita al escepticismo. Quizá el más importante se debe a que la gris y desolada imagen de la Cámara, y la soberbia comprensión del Senado, no pueden encarnar, por mucho, su actual configuración. Argumentaré al respecto más adelante. Primero quiero referirme, de forma algo más abstracta, al argumento de la independencia del Senado.

Una comprensión tan exigente e intrigante del Senado requiere de una fundamentación pública sólida. Cuando se le asigna una privilegiada independencia, en cambio, mucho queda convenientemente oculto tras una incauta comprensión. Es ilusorio considerar que el Senado goza de una excepcional imparcialidad cuyo fruto es legislación de calidad. Su aventajada posición es ilusoria porque la política no puede dejar de ser contingente y creativa. Ella no se somete a estándares previos: no hay normas comunes que diriman conflictos, ni regularidades inapelables que determinen sus resultados.²⁵ Toda opinión política, incluso aquella no perteneciente a partidos políticos, grupos de presión o diputados de la República, es opinión de primer nivel: compite y se evalúa en función de la contraria. No existe un punto arquimédico desde donde los Senadores puedan comunicarnos su punto de vista imparcial, ajeno a nuestra arraigada y provinciana comprensión.

Desde luego no creo que toda opinión política sea arbitraria.²⁶ Considero,

²⁴ Secretaría General de la Presidencia. La Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000 – 2006), Tomo II. Edición general Andrea Rojas y Guillermo Jiménez, LOM, Santiago, 2006, p 138. El texto en este fragmento cita al importante trabajo nacional de Thayer, William: El Senado en el Presidencialismo y el Parlamentarismo. Evolución institucional y Desafíos. Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2da edición, 1995, p. 57. Es crucial hacer notar, en justicia el trabajo de la SEGPRES, que en él no existe una defensa del modelo bicameral de la Comisión Ortúzar, sino sólo una descripción externa del detectado consenso doctrinario. No hay, en consecuencia, un compromiso con el bicameralismo de Fernandois, aunque tampoco hay un cuestionamiento de él.

²⁵ Para la debilidad de los modelos predictivos en ciencias sociales, véase MacIntyre, A. Tras la Virtud. Crítica, Barcelona, 2004, pp. 116 y ss.; Elster, Jon. Juicios Salomónicos. Las limitaciones de Racionalidad como principio de decisión. Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 148 y ss. Importante a este respecto es Dryzek, John S. Discursive Democracy. Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 57 y ss.

²⁶ Sobre la verdad política, véase los artículos de Atria, Fernando “La verdad y lo político” y, desde un punto de vista más escéptico, el de Ormeño, Juan “Objetivismo moral y político”, ambos en Derecho y Humanidades 15, 2009.

al contrario, que toda opinión política, o al menos toda opinión legislativa, ya sea sostenida por senadores o diputados, elegidos o designados, es igualmente imparcial.²⁷ No hay razones para considerar que el juicio senatorial, por el hecho de provenir de una fuente distinta a la legitimación democrática, es menos arbitrario o más imparcial que el de un diputado. Una demostración de esto (inevitable a mi juicio, pero extraña y reprochable para sus protagonistas) es el hecho de que varios senadores designados participaran de bancadas políticas dentro de su periodo senatorial. El ex senador (designado) Prat, opinaba que:

“[e]s lamentable que en algunas designaciones se haya privilegiado aspectos políticos, y que determinados senadores institucionales (...) hayan asumido una posición política y se hayan integrado a una bancada política, porque eso desnaturaliza la institución de los senadores designados”.²⁸

Lo que para Prat resultaba lamentable para mi es sinceridad inevitable. Es inevitable representar intereses, ya sea de un partido, de una corporación o de determinada rama de las fuerzas armadas. La cuestión relevante, como bien entendieron los reformadores, es que esos intereses y sus razones sean susceptibles de deliberación democrática, que ella desenmascare su apariencia de privilegiada imparcialidad y deje que sólo los argumentos puedan convencernos. Debemos confiar en que las elecciones democráticas remediarán, al largo plazo, el diletantismo legislativo.

Además de ilusoria, la independencia senatorial es anacrónica. La independencia de la política sólo es un valor allí donde la política no es tolerada.²⁹ Pero incluso para quienes, como Ortúzar, consideraban que la dictadura no era el mejor momento para defender la representación política, no es más que un temeroso anacronismo mantener su juicio en la actualidad. Nuestro temor a la política y a la representación partidista, felizmente, disminuye con soltura y regularidad.

La cámara conservadora es considerada de “enfriamiento político”. Cuesta entender cómo esto puede ser una virtud. Las sociedades democráticas deben enorgullecerse de tener un debate democrático acalorado, vigoroso y fructífero. Nuestro problema es el déficit de política, no su superávit.³⁰ Pero nótese cómo

²⁷ El uso de imparcial y arbitrario hasta aquí, sin embargo, es equívoco. Waldron, Op. Cit., p. 167 distingue tres sentidos en que una decisión puede ser considerada arbitraria: ella puede ser arbitraria por ser impredecible, por ser irracional o por considerarse ilegítima (esto es, carente de legitimación democrática). Quienes defienden la imparcialidad senatorial consideran que su carencia de legitimidad democrática permite un aumento en la racionalidad de sus decisiones. Esta, a mi juicio, es una conclusión apresurada. Mis puntos en contra son tres: (1) la carencia de legitimidad democrática del Senado no lo califica como “imparcial” en función de la racionalidad de sus creencias, pues el Senado no es un comité de expertos; (2) su carencia de legitimidad democrática nunca puede compensarse con la racionalidad de sus creencias, pues se confundirían imperativos de justicia con imperativos funcionales (véase supra II); (3) la carencia de legitimidad democrática del Senado hace que sus creencias sean menos imparciales en el sentido de “accountability” y conflicto de intereses, sobre todo considerando a la elección como mecanismo de ejercicio ciudadano de responsabilidad política. En este último sentido, si el Senado no le teme al proceso electoral, su opinión no será más imparcial, sino más arrojada e impredecible. Agradezco a Constanza Toro por sus ilustrativos comentarios a este respecto.

²⁸ Legislatura 345, sesión 18 del 18 de diciembre de 2001. Discusión en Sala.

²⁹ Fernando Mires se refiere al peligro de remilitarización de la democracia en América Latina. Considera que “cuando la ausencia de politicidad [sic] es manifiesta, o cuando las estructuras políticas han sido destruidas (a veces por los propios políticos), suele ocurrir, y ha ocurrido, y no sólo en América Latina, que poderes no políticos ocupen el lugar reservado al poder político. Ya establecidos en ese lugar, realizan, aunque sea una paradoja, una política de la antipolítica que es la que sin excepción caracteriza a todas las dictaduras en cualquier lugar del mundo. No obstante, como las dictaduras militares no pueden gobernar sólo de acuerdo con la lógica del poder militar, tienden a asociarse con otros poderes no políticos, en contra del enemigo común: la política y los políticos. (...) Generalmente, los dictadores han tendido a unirse con los llamados poderes económicos, ya sea nacionales o internacionales”. Véase Mires, Fernando. “Los diez peligros de la Democracia en América Latina”, en Cuadernos del Cendes v. 23 (61), 2006.

³⁰ Esta posición es sostenida por quienes defienden la denominada democracia radical. Véase Mouffe, Chantal. En torno a lo político.

se vincula el carácter conservador del Senado con la mantención del status quo. Precisamente, el punto defendido por Madison (*supra* IV *in fine*) es que la existencia del Senado, integrado permanentemente por miembros más experimentados, permite que la sucesión de cambios legislativos sea menos vertiginosa e insistente. Ello posibilita que el agente racional (con arreglo a fines) ejerza su acción estratégica en términos exitosos, esto es, ejerza una acción social a un bajo riesgo de alteraciones sobrevivientes no planificadas.³¹ Mientras menos leyes puedan dictarse, más estable es el panorama para quien desea ejercer su racionalidad estratégica.³² Desde luego, la existencia de dos cámaras dificulta la toma de decisiones legislativas, pues ellas son más costosas y requieren de dos mayorías en vez de una sola. Madison podía apoyar semejante pretensión del Senado en el hecho de su representatividad estatal: la razón por la que la mantención del status quo puede ser fundamento para el Senado estadounidense radica en el riesgo que representan las decisiones mayoritarias para la soberanía de los estados menos populosos.³³ Pero en nuestras condiciones es mucho más difícil defender la primacía del status quo frente a la posibilidad de cambio legislativo. Si el Senado estadounidense defiende el status quo soberano ¿qué status quo defienden los ex Comandantes de las Fuerzas Armadas y de Orden, los ex Ministros de la Corte Suprema, y los ex Presidentes de la República? Defender el status quo implica defender que una minoría privilegiada mantenga las condiciones de su privilegio, pues es necesaria una mayoría más dificultosa para modificar las condiciones sociales.³⁴ Esto es difícilmente justificable en nuestro país, donde las inequidades sociales son pétreas y escandalosas.

Esta opinión también surgió dentro de la reforma del 2005. El senador Ominami considera que el Senado (previo a la reforma) ha funcionado bien para el efecto que llevó a construirlo, que era bloquear los cambios. Esa es la verdad. Numerosos asuntos debieron haberse resuelto mucho antes, pero ello no fue posible porque se conocía la correlación de fuerzas existente.³⁵

Un Senado conservador también tiene un efecto disuasivo. Con esta comprensión conservadora hay dos posibilidades: o su voluntad se impone, o no hay nueva ley. Por ambos caminos el status quo perdura, junto con cualquier injusticia social vigente.³⁶

8.

No es necesario referirse latamente a las reformas del año 2005. En la materia que comento, lo relevante es la eliminación de los senadores designados y vitalicios

Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2007; Honig, Bonnie. "Difference, Dilemmas, and the Politics of Home", en *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, (ed. Seyla Benhabib), Princeton University Press, Princeton, 1996.

³¹ Fundamental Weber, Max. *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2005, pp. 5 y ss.

³² Quienes más célebremente han desarrollado una lectura conservadora de esta idea en política son Friederich Hayek y Michael Oakeshott. Véase Oakeshott, Michael. *El racionalismo en política y otros ensayos*. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2000. Para una crítica véase McCormick, Neil. "Orden Espontáneo e Imperio de la Ley", en *Doxa* 6, 1989.

³³ Desde un punto de vista crítico, véase Lee, Frances / Oppenheimer, Bruce. *Sizing up the Senate. The Unequal Consequences of Equal Representation*. Chicago University Press, Chicago, 1997.

³⁴ Véase Dahl, Robert. *Democracy and its Critics*. New Heaven, Yale University Press, 1989, pp. 135 y ss.

³⁵ Legislatura 352, sesión 3, del 6 de octubre de 2004. Discusión en sala.

³⁶ Esta idea requiere de un exhaustivo examen de los mecanismos de solución de controversia entre Cámaras, asunto que no puedo tratar con la profundidad correspondiente aquí. Agradezco a Valeria Lübbert sus discusiones al respecto.

de la Corporación. Desde ese entonces, la totalidad de sus miembros son elegidos democráticamente.

Algunos eran conscientes de la imagen del bicameralismo proveniente de la Comisión Ortúzar. El entonces senador Viera-Gallo, por ejemplo, afirmaba respecto a los senadores vitalicios y designados que[e]l problema es la institución. Nosotros siempre fuimos partidarios de un Senado plenamente elegido. En la concepción primitiva de la Carta de 1980, a nuestra Corporación se le asignaba una función rectificadora de la de la [sic] Cámara de Diputados, considerada política. La idea era que fuera un cuerpo elitista, poco democrático, que tuviera el poder de morigerar la acción de la otra rama legislativa. Ése era el fin.³⁷

Esta lectura de la intención de la Comisión es correcta, pues su pretensión explícita es que el Senado funcione como un comité de calidad lejano a la representación democrática. La respuesta razonable a esto, para un gobierno democrático, es la consecuente democratización de la institución. Con ese fin, a partir del año 2005 no existen más enclaves autoritarios en el Senado. Todos sus miembros son elegidos popularmente a base de circunscripciones senatoriales, muy similares a la división regional utilizada para la Cámara de Diputados.

La imagen sostenida por la Comisión Ortúzar, y avalada por Fernandois, fue extirpada de nuestra Constitución el año 2005. Aquejan a un Senado elegido democráticamente, como es evidente, los mismos males a los que tanto teme el conservadurismo antidemocrático de la comisión Ortúzar. Cuesta conceder ahora, cuando todos y todas sus integrantes son popularmente elegidos, que el Senado esté destinado a moderar el ímpetu político de la Cámara de Diputados, pues la integración de ambas Cámaras es fruto del mismo espíritu, y sus resoluciones cosechan similar pulcritud y arrebató. Todo lo bueno y malo de nuestra sociedad democrática está contenido, en igual forma, en el Senado y en la Cámara de Diputados. Ambas son instituciones representativas: en ambas el influjo democrático es similar.

La democratización del Senado es ciertamente una transformación ineludible y beneficiosa. Un aspecto de suma relevancia, sin embargo, fue prácticamente ignorado dentro del debate para la reforma. La influyente obra *Patterns of Democracy* de A. Lijphart contiene una clasificación entre sistemas bicamerales comparados de suma influencia en la literatura de análisis económico respecto al bicameralismo.³⁸ Lijphart diferencia entre bicameralismo fuerte, moderado y débil, dependiendo de cómo se conjugan dos criterios. Las cámaras son congruentes si su composición es en alto grado similar, es decir, si sus miembros dependen de los mismos mecanismos de elección, para las mismas personas y bajo los mismos criterios. Por otra parte, las cámaras son simétricas cuando ellas gozan de facultades legislativas y legitimación democrática similares.³⁹

³⁷ Legislatura 352, sesión 2, del 6 de octubre de 2004. Discusión en sala.

³⁸ Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in thirty-six countries*, Yale University Press, New Heaven, 1999.

³⁹ En principio es problemático que la legitimación democrática sea un criterio de (a)simetría en vez de uno de (in)congruencia. La razón de esto es que Lijphart entiende la democracia, en este fragmento, no como un método de elección, decisión y legitimación, sino como un mecanismo de influencia. Afirma (p. 206) que "[las] segundas cámaras que no son directamente elegidas carecen de legitimación democrática, y por lo tanto de la influencia política real que confieren las elecciones populares. Inversamente, la elección directa de la segunda cámara puede compensar hasta cierto punto sus limitados poderes".

	Incongruente	Congruente
Simétrico	Fuerte	Moderado
Asimétrico	Moderado	Débil

Un sistema bicameral débil, en consecuencia, es un sistema cuyas cámaras son congruentes y asimétricas, esto es, similares en composición y diferentes en atribuciones y legitimación. Desde el punto de vista de la congruencia esto es evidente: la función legislativa es una sola, por lo que distribuirla en dos ramas similares es totalmente innecesario e ineficiente. Ningún aporte cualitativo surge de revisar exhaustivamente dos veces un asunto bajo el mismo criterio, o por sujetos similares.⁴⁰ Se ahonda en su debilidad si el bicameralismo es asimétrico, pues las atribuciones y la legitimidad de una cámara son exiguas respecto de la otra, por lo que es incapaz de hacer alguna contribución significativa. Nótese el carácter de nuestra evolución bicameral ante esta nueva terminología: al eliminarse los enclaves autoritarios, se dio un paso hacia la simetría (pues se aumentó la legitimidad del Senado manteniendo sus similares atribuciones) pero se perdió mucho en incongruencia. Al ser ambas Cámaras un reflejo de la otra, todo enfrentamiento entre ellas es un desgaste repetitivo e innecesario.

9.

La importancia de la incongruencia no era desconocida para la comisión Ortúzar, pero fue extrañamente olvidada por el Senado reformador el 2005. Guzmán, en 1977, opinaba preliminarmente que: “Si el Congreso es bicameral es fundamental que las dos Cámaras no sean iguales, sino que, realmente, tengan, en su generación y es sus atribuciones, papeles diferentes”.⁴¹

No hay referencia a esta importante consideración en la reforma del 2005. Con la congruencia cae, en definitiva, el argumento de la calidad legislativa: si ambas cámaras son similares en composición, ambas, en consecuencia, sufren de las mismas afecciones y virtudes. El desenfreno populista y la prudente virtud aristocrática se encuentran diseminadas en ambas, brotan en nuestras leyes y gobiernan nuestras vidas.

Quiero hacer notar, finalizando mis líneas, cómo las deficiencias del bicameralismo en los dos momentos constitucionales discutidos son simétricamente

⁴⁰ Desde luego, esto se refiere al poder legislativo, no a otras funciones asignadas a las cámaras (como la fiscalizadora o la elección de autoridades). Cuando se consideran estas funciones usualmente se invierte el orden de los factores. Ellas no son relevantes como fundamento del sistema bicameral, pues nada impide dividir una sola cámara para efecto de cumplir diferentes funciones. Quienes pretenden fundamentar el bicameralismo arguyendo las diferentes funciones que cumplen ambas cámaras invierten la relación entre función y composición.

⁴¹ Sesión Nº 323 del 26 de Octubre de 1977.

contrarias. Cuando nuestro bicameralismo importó, dada su incongruencia, nuestra democracia latía lenta y agónicamente; cuando ella, en cambio, tomo cuerpo y fuerza, la figuración de nuestro bicameralismo disminuyó dramáticamente. Dicho de otro modo, quienes consideraron irrelevante la representación democrática, entendieron la relevancia del bicameralismo; quienes, al contrario, abogaron por una configuración senatorial representativa terminaron, acaso involuntariamente, sentenciando al Senado a ser un reflejo, culto y contradictorio, de la Cámara de Diputados. Esto sugiere, al menos provisoriamente, la tensa relación existente entre democracia y bicameralismo.

Mi hipótesis inicial (supra II) es que la democracia no es sacrificable por imperativos funcionales, como la estabilidad o la calidad de la legislación. Buscando una democracia maciza, debemos pagar el precio de la irrelevancia, como se hizo con la reforma Constitucional del 2005. Ella va en el camino correcto respecto a la democracia, pero no respecto del bicameralismo. Existe una amplia dimensión, no discutida aquí, en que puede justificarse razonablemente en un tono acorde con la democracia, al menos en Estados federados (como Alemania o Estados Unidos), parlamentaristas (como Inglaterra) o estados que cuentan con una diversidad de intereses: sociedades complejas, étnicamente diversas (como Canadá) o con pluralidad de lenguas (como Bélgica). En nuestro país, en cambio, ahora (como antes) el bicameralismo es incapaz de representar la multiplicidad de intereses existentes en nuestra sociedad. Responde, en consecuencia, a un concepto de representación estrecho. Su mantención y actual estructuración es un proyecto inconcluso; una tentativa exigua en el alcance de su real potencialidad. Sin embargo, como afirmé (en supra VII), este carácter incompleto es casi motivo de orgullo para buena parte de la doctrina constitucional. Su devoción es incorrecta al confundir dos planos: la representación política no puede estar al mismo nivel que la calidad legislativa.⁴²

Pero incluso si no se está de acuerdo con este criterio, cuesta entender cómo el homologar el procedimiento legislativo en dos instancias, con todos los costos que ello implica, puede ser una decisión racional cuando ambas cámaras son idénticas. Ya propuse, siguiendo a Guzmán, que la mejora cualitativa de la legislación no es fundamento suficiente para el bicameralismo (supra V), pues ella puede obtenerse por otros medios independientes del peso de una segunda cámara. No hay razones fuertes para considerar que el Senado es aquella cámara con la que se aspira a una radical mejora cualitativa de la legislación. Institucionalmente no es la cámara revisora, pues los proyectos de ley pueden iniciarse en cualquiera; la mayor edad exigida es una tenue diferencia, pues no reviste mayor mejora su exigua cuantía; y los

⁴² En su *Bicameralism*, George Tsebelis y Jeannette Money distinguen dos dimensiones de justificación para la estructura bicameral. Se pretende, apelando a la eficiencia, justificar el bicameralismo considerando que él puede contribuir a aumentar la calidad y estabilidad de la legislación, en dos sentidos: calidad sustantiva, que existe cuando el resultado legislativo es cercano al buscado por los legisladores y las legisladoras (y por sus representados y representadas) y calidad procedimental, que existe cuando el resultado legislativo es obtenido al menor costo posible. Por otra parte, y en contraste a la dimensión de eficiencia del bicameralismo, la dimensión política de justificación radica en la posibilidad y legitimidad de representar diversos intereses en las distintas Cámaras, de forma tal que el resultado legislativo manifieste la pluralidad de motivos e impresiones presentes en una democracia. Congruencia tiende hacia la mejora cualitativa; incongruencia tiende hacia la dimensión política. Esta agrupación de los fundamentos, creo, pervierte el sentido de cada uno de ellos. En consecuencia, la distinción entre dimensión de eficiencia y dimensión política debe tomarse con recelo. Su carácter engañoso radica en ubicar la dimensión de eficiencia al mismo nivel de la dimensión política. Véase Tsebelis, George / Money, Jeannette. Op. Cit., pp. 15-6.

candidatos surgen de los mismos partidos políticos, al alero de las mismas coaliciones y bajo los mismos criterios.⁴³ Mi intuición es que si se incluyera en una cámara a todos los miembros del Congreso, realizando las modificaciones constitucionales pertinentes para que resulte operativo, se ganaría en eficiencia y calidad mientras que no se perdería en representación. Las diferentes funciones de cada cámara podrían distribuirse entre los miembros del Congreso (tal vez mediante una elección interna), como se hace con la Presidencia y las comisiones de trabajo; y la doble revisión podría hacerse mediante un comité también elegido internamente, apoyado por grupo de profesionales y el trabajo de la Biblioteca del Congreso. En fin, mucho puede discutirse, con creatividad y racionalidad, al respecto.

Sin embargo, ese no es mi objetivo central. Quise discutir la equívoca evolución de nuestro bicameralismo. Cuando se entendía, evolucionó contra la democracia; cuando se entendió la democracia, se silenció al bicameralismo. Insisto: la labor de justificación es más compleja que la simple intención de mejora cualitativa de la legislación. Mapuches, rapanui, minorías sexuales y de género, inmigrantes; todos ellos y ellas cuentan con una escasa representación parlamentaria.⁴⁴ Si queremos hacer nuestro sistema inclusivo y democrático, el bicameralismo chileno puede y debe avanzar en una dirección distinta a la seguida en su evolución reciente: buscando simetría sin ceder incongruencia. De otra forma, como afirma Tocqueville, estamos hechos para servir.

⁴³ Para Lijphart, el menor número de senadores, su diferencia de edad y sus elecciones alternadas son aspectos de limitada relevancia para considerar fuerte un sistema bicameral. Lijphart, *Op. Cit.*, p. 205.

⁴⁴ Para un esbozo, véase Dallmayr, Fred. "Democracy and Multiculturalism", en *Democracy and Difference. Contesting the boundaries of the political*. Princeton University Press, New Jersey, 1996.

Bibliografía

- Atria, Fernando. "La Verdad y lo Político", en *Derecho y Humanidades* 15, 2009.
- Bottom, William / Eavey, Cheryl / Miller, Gary / Victor, Jennifer. "The Institutional Effect on Majority Rule Instability: Bicameralism in Spatial Policy Decision", en *American Journal of Political Science* 44 (3), 2000.
- Dahl, Robert A. *Democracy and its Critics*, Yale University Press, New Heaven, 1989.
- Dallmayr, Fred. "Democracy and Multiculturalism", en *Democracy and Difference. Contesting the boundaries of the political*. Princeton University Press, New Jersey, 1996.
- Dippel, Horst. "The ambiguities of modern bicameralism: input- vs. output-oriented concepts in the American and French revolutions", en *The Legal History Review* 71 (3-4), 2003.
- Druckman, James / Thies, Michael. "The Importance of Concurrence: The Importance of Bicameralism on Government Formation and Duration", en *American Journal of Political Science* 46 (4), 2002.
- Dryzek, John S. *Discursive Democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, 1994.
- Elster, Jon. *Juicios Salomónicos. Las limitaciones de Racionalidad como principio de decisión*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- Fernandois, Arturo. "El Senado en el derecho comparado", en *Revista Chilena de Derecho* 24 (2), 1997
- Heller, William. "Bicameralism, Parties, and Policy in Democratic Legislatures", en *Annual Review of Political Science* 10, 2007.
- Honig, Bonnie. "Difference, Dilemmas, and the Politics of Home", en *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, (ed. Seyla Benhabib), Princeton University Press, Princeton, 1996.
- Huber, John. *Rationalizing Parliament. Legislative Institutions and Party Politics in France*. Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- König, Thomas. "Bicameralism and Party Politics in Germany: an Empirical Social Choice Analysis", en *Political Studies* 49, 2001.
- Kornhauser, Lewis / Sager, Lawrence. "The Many as One: Integrity and Group Choice in Paradoxical Cases", en *Philosophy and Public Affairs* 32 (3), 2004.
- Lee, Frances / Oppenheimer, Bruce. *Sizing up the Senate. The Unequal Consequences of Equal Representation*, Chicago University Press, Chicago, 1997.
- Lehnert, Matthias / Linhart, Eric / Shikano, Susumu. "Never Say Never Again: Legislature Failure in German Bicameralism", en *German Politics* 17 (3), 2008.
- Lijphart, Arend. *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in thirty-six Countries*, Yale University Press, New Heaven, 1999.
- MacIntyre, Alasdair. *Tras la Virtud*. Barcelona, Crítica, 2004.
- Mires, F. "Los diez peligros de la Democracia en América Latina", en *Cuadernos del Cendes* 23 (61), 2006.
- Mouffe, Chantal. *En torno a lo político*. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2007.

- Ormeño, Juan. “Objetividad Moral y Política”, en *Derecho y Humanidades* 15, 2009.
- Pitkin, Hanna F. *The Concept of Representation*. University of California Press, California, 1972.
- Russell, Meg. “What are Second Chambers for?” en *Parliamentary Affairs* 54, 2001.
- Secretaría General de la Presidencia. *La Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000–2006)*, Tomo II. Edición general Andrea Rojas y Guillermo Jiménez, LOM, Santiago, 2006,
- Tsebelis, George / Money, Jeannette. *Bicameralism*. Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- Urbinati, Nadia / Warren, Mark. “The Concept of Representation in Contemporary Democratic Theory”, *Annual Review of Political Science* 11, 2008.
- Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, Oxford, 2004.

IV

Chile-Perú: una visión geopolítica de los últimos 40 años de relación bilateral

Lester Cabrera Toledo*

Resumen

La relación bilateral entre Chile y Perú durante los años 1970 y 2010, ha sido altamente influenciada por diferentes factores y variables, teniendo una especial relevancia los elementos que componen el hacer y el saber geopolítico entre ambos Estados. Siendo así, se pueden establecer diferentes divisiones en lo relativo a algunos acontecimientos que a su vez generan etapas que transcurren desde la cooperación hasta crisis prebélicas, tomando como común denominador para el necesario análisis, diversas herramientas conceptuales que otorgan los nuevos postulados teóricos de la geopolítica.

Abstract

The bilateral relationship between Chile and Peru, during the years 1970 and 2010, it has been highly influenced by different factors and variables, having a very special relevance the elements that imply making and geopolitical knowledge between both States. In this way, different divisions can settle down on some events that in turn generate stages that lapse since the cooperation until pre-war crisis, taking as common denominator for the necessary analysis, diverse conceptual tools that grant the new theoretical postulates of the geopolitics.

* Administrador Público con mención en Ciencia Política por la Universidad de Concepción. Diplomado en Estudios Políticos y Estratégicos, y Magíster en Seguridad y Defensa, mención Política de Defensa por la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos (ANEPE). Profesor de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad San Sebastián.

1. Introducción

¿Cuál ha sido el grado de influencia que ha tenido la variable geopolítica en la relación bilateral Chile-Perú desde los años 70 hasta nuestros días? El presente trabajo tiene por objetivo responder a la anterior interrogante, pero sin perjuicio de la amplitud de la misma, y por ende de su eventual respuesta, resulta conveniente establecer líneas generales sobre su desarrollo, de una forma netamente introductoria. La relación bilateral Chile-Perú ha tenido, desde tiempos que para algunos analistas datan de la época de la conquista de los territorios americanos por parte de colonos españoles, un factor emocional que sobresale y, por lo tanto, condiciona la forma de ver otros elementos que componen la totalidad de la relación, dentro de los cuales se incluye la variable geopolítica. Siendo así, y ubicándonos dentro del período de estudio establecido (1970-2010), se puede visualizar determinados elementos que, de alguna u otra forma, reafirman la anterior premisa, al tiempo que se establecen nuevos factores que influyen en el proceso de percepción mutua y, en consecuencia, en la política exterior que cada uno desea llevar con “el otro”.

En el presente trabajo se analizan fundamentalmente aspectos teóricos de cómo se ha desarrollado la relación bilateral entre Chile y Perú en los últimos cuarenta años, tomando con especial referencia aquellos “hitos” que, directa o indirectamente, afectaron en el cambio de percepción, ya sea en forma positiva o negativa. Así también, se da cuenta de que el elemento o factor geopolítico, tanto en la teoría como en la práctica, es una constante a la hora de buscar fundamentos para explicar un hecho en ambos países, pero con puntos de vista diferentes, similares, o bien directamente dispares y antagónicos.

El material estudiado da cuenta de un entorno bastante complejo, fundamentalmente por la escasa bibliografía acerca de la temática abordada con rigor académico y metodológico. En la mayor parte de los casos, la literatura sobrepasa la objetividad y tiende a atomizar la relación simplemente en hechos negativos, lo cual se muestra como una tendencia a lo largo de la historia. Además, se hace alusión a que si bien las relaciones bilaterales entre Chile y Perú son un tema cada vez más estudiado, aquello no se ve reflejado en los análisis académicos en décadas pasadas, tomando un especial auge a partir del nuevo siglo.

El objeto de estudio se enfoca en determinar los cambios en la forma de percibir, y por ende tratar “al otro” en la relación bilateral, relacionando los hechos más significativos o con mayor impacto mutuo, con los nuevos conceptos sobre geopolítica, utilizando para ello un enfoque basado fundamentalmente en los discursos oficial y académico, con base en los acontecimientos que efectivamente sucedieron a lo largo de estos cuarenta años de relación bilateral.

Se concluye que dentro de estos cuarenta años de relación bilateral, esta ha estado altamente influenciada por diferentes factores que explican en aristas distintas, la conflictividad que subyace en la relación, y que va más allá de un cambio gubernamental o una amplitud en temas económico-comerciales en la relación, tomando con especial énfasis el rol de la historia y las marcadas diferencias en la forma en cómo conducir y desarrollar la relación.

2. La geopolítica en el mundo, Sudamérica, Chile y Perú

La geopolítica es una de las más noveles áreas, reconocida como tal, dentro del complejo conjunto de disciplinas que abarcan las denominadas Ciencias Sociales. Sus primeros pasos teóricos, aunque no denominada propia y explícitamente como geopolítica, se aprecian con los postulados esbozados por científicos de origen alemán, como Alexander von Humboldt, Karl Ritter y Friedrich Ratzel, en la segunda mitad del siglo XIX, los cuales ya podían avizorar la influencia y la fuerte relación que poseía el suelo, el territorio, con la formación y posterior evolución del ser humano, al tiempo que también combinaban teorías y conceptos organicistas en sus análisis.¹ El concepto en sí se debe al profesor sueco Rudolf Kjellen, quien en su obra “El Estado como forma de vida”, expuso por vez primera el vocablo en forma explícita.

A partir de aquel momento, se comienza a visualizar una nueva forma de comprender y analizar los fenómenos que incluían, entre otros, el desarrollo y expansión, tanto industrial como territorial de los Estados. No obstante aquello, en la naciente geopolítica también se otorga un especial énfasis a los nexos que existen entre los habitantes de un territorio determinado, y la forma de como el medio geográfico influía en el comportamiento de los mismos, tanto al interior de la misma sociedad como en la relación con otros grupos humanos similares. En este plano, es posible comprender la necesidad tanto de recursos naturales y la cercanía o control de las vías de comunicación, como forma de mantener o aumentar el desarrollo del Estado, así como también buscar argumentos que establezcan una relación entre determinadas razas y sus niveles de desarrollo, sin perjuicio de que sean estos bajos o altos. Como se mencionó, estas ideas comenzaron a surgir con fuerza a fines del siglo XIX, pero se desarrollaron en forma más masiva, pero no más científica, durante la primera mitad del siglo XX.

Pero la geopolítica como tal, ha sufrido a lo largo de su historia y evolución una serie de ataques y estigmatizaciones, producto tanto de sus orígenes como de los usos que se le han hecho dentro de un período determinado de la historia de la humanidad, ligándola a proyectos totalitarios que, a través de las concepciones teóricas que planteaba la disciplina, buscaban fundamentos para las acciones que cometían y que deseaban cometer.² Siendo así, y luego de terminada la Segunda Guerra Mundial, dicha palabra y su conocimiento anexo fue tildado como una “pseudo ciencia”, y que “servía a los intereses del nazismo”.³ Sin perjuicio de lo anterior, y pese a que fue vilipendiada por los aliados vencedores en el anterior conflicto bélico, sus postulados originarios siguieron siendo fuente de inspiración para importantes *decision makers* en política exterior, tomando como marco de análisis el orden bipolar propio de la Guerra Fría.⁴ Nombres tales como George Kennan, Henry Kissinger y

¹ Al respecto, se consideran las denominadas “leyes de Ratzel”, las cuales buscan otorgar una base científica sobre la cual explicar el por qué los Estados (o en su defecto diferentes formas políticas dentro de la historia del hombre) crecen, se desarrollan o mueren, considerando siempre que la muerte o disolución de un Estado va en directo aumento de otro.

² La ideología nazi buscaba a través de los postulados geopolíticos, justificar su proyecto expansionista en el mundo, así como también sus políticas racistas. Al respecto véase O’Tuathail, Gerard. *Imperialist Geopolitics*. En: *The Geopolitics Reader*. Routledge, Oxon, 2006, pp. 16-32.

³ Para un mayor análisis de la historia de la geopolítica léase Agnew, John. *Geopolítica. Una re-visión de la política mundial*. Trama Editorial. Madrid, 2005.

⁴ O’Tuathail, Gerard. *Cold War Geopolitics*. En: *The Geopolitics Reader*. Routledge, Oxon, 2006, pp. 58-73.

Zbigniew Brzezinski, ocuparon cargos de importancia durante gran parte del período señalado, y establecieron diferentes doctrinas y postulados que tenían su origen en la forma de pensar que establecieron los padres fundadores de la geopolítica.⁵

La formulación de análisis y estructuras sobre los cuales se basa el raciocinio geopolítico durante gran parte del siglo XX, va de la mano con la concepción mental del Estado, la institución política fundamental, como un organismo viviente el cual se encuentra inmerso en una lógica de constante superación y supervivencia al interior de un entorno hostil. Lo anterior es explicable de dos formas: una explicación de carácter histórico-político, y otra de características ideológicas-teóricas. El primer gran motivo se genera por el momento de reordenamiento político que comenzaba a surgir en la Europa de fines del siglo XIX, tomando como marco de análisis un poderío británico a nivel mundial sobre las líneas de comunicación marítima, que la hacían tener un inmenso imperio colonial. Y en conjunto con ello, la aparición de otros países que empezaban a rivalizar con aquel orden, como por ejemplo Alemania, situación que a fin de cuentas desencadenó la Gran Guerra de 1914, y algunas de sus consecuencias dieron mayor realce a las teorías propugnadas por los fundadores de la geopolítica, como Ratzel, Kjellen, Mackinder, Mahan y Haushofer, como, por ejemplo, la creación y desaparición de Estados, la disminución de territorios y parte de su poder como consecuencia de aquello, y los elementos que influyeron en la victoria de la alianza.

El segundo gran motivo, que es de orden ideológico-teórico, va de la mano con los descubrimientos y teorías que explican la evolución de las especies, a través de los estudios organicistas de Darwin. Aquella forma de pensar la evolución, bajo el amparo de una constante evolución y adaptación al medio que está en constante cambio, se adaptó e influenció a diferentes áreas del saber. A raíz de lo anterior se generó en aquellos tiempos, un cambio de paradigma en la forma de cómo interpretar la política⁶, y que repercutió a su vez en el prisma mental de explicar por qué los Estados hacían lo que hacían. Por lo tanto, la posesión de minerales y recursos estratégicos, el control de los estrechos, el acceso al mar y el control de las rutas oceánicas, y la cantidad de territorio proporcional a la cantidad de población, fueron elementos que se consideraron en generar un marco conceptual sobre los elementos que rodeaban e influían en el desarrollo del Estado y, por ende, en el mayor poder que se tenía por sobre sus similares. Es decir, el Estado también se podía concebir como un ser viviente con todas las características que lo identifican como tal.

⁵ Kissinger ha utilizado en varias de sus obras el concepto geopolítica, como una forma de explicar algunos acontecimientos y decisiones tomadas en la política exterior de Estados Unidos. George Kennan desarrolló la famosa teoría de la “contención” hacia la URSS bajo el supuesto de un eventual “efecto dominó”, sobre el cual se estipulaba, a grandes rasgos, que si un Estado caía bajo el comunismo, se produciría lo mismo en países contiguos o cercanos. Finalmente, Brzezinski a mediados de los 90’ estipuló una serie de conceptos geopolíticos, tomando como base algunos de los postulados esgrimidos por algunos de los “fundadores” de la disciplina, como por ejemplo Mackinder.

⁶ Por ejemplo, Marx se vio altamente influenciado en la forma de cómo Darwin interpretaba, a su juicio, la política europea de aquellos años, e incluso se señala que los planteamientos de Darwin fueron fuente de inspiración para Marx con respecto a la naturaleza de capitalismo (entorno hostil) y la necesidad de la clase obrera de hacer un cambio con respecto a la clase burguesa (evolución). Véase al respecto Tort, Patrick. Darwin, eslabón perdido y encontrado del materialismo de Marx. En: Asclepio, Vol. LVI, Nº 1. Centro de Ciencias Humanas y Sociales, Madrid, 2004, pp. 209-218.

A mediados de la década de 1980, comenzó a surgir una nueva visión sobre lo que abarcaba la geopolítica o, en su defecto, sobre los elementos mentales que la componían. Es así como, por ejemplo, se comienzan a percibir los elementos clásicos que componen el Estado de un nuevo punto de vista, según el cual el valor de los mismos varía, así como también su alcance y en la forma como los actores estatales influyen con su poder y sus herramientas para manifestar el mismo.⁷ Lo anterior da muestra de la evolución del pensamiento geopolítico, centrado hoy por hoy, en el análisis del valor de los discursos (y su des-construcción) y representar, de una forma más amplia, a los diversos elementos que son parte integral (o mental) del Estado. Pero a pesar de lo esbozado, las anteriores líneas de pensamiento se han producido y desarrollado en aquellos países principalmente de habla inglesa o ubicados en el hemisferio norte, y no necesariamente son el reflejo de las percepciones y usos que se le otorga a la geopolítica en Sudamérica.

Uno de los principales estudiosos de temas geopolíticos en Sudamérica es John Child. Dicho autor señala que existen algunos países de Sudamérica con una determinada línea de pensamiento geopolítico desarrollado, destacando los casos de Brasil, Argentina, Chile y Perú, los cuales poseen diferencias que van de acuerdo tanto a sus propias realidades geográficas, como a la historia de la construcción de sus naciones y Estados. Pero a su vez, mantienen como elemento común la influencia de la geopolítica de características ratzelianas de origen germano, adquiriendo esta última una especial relevancia en el período de Guerra Fría.⁸ Considerando lo anterior, Farid Kahhat establece que dicho pensamiento, analizado sobre una base de comportamiento dentro de la lógica evolución del Estado-nación, así como también de una constante supervivencia en relación al entorno que tanto la geografía como su ubicación espacio-temporal le imponía con otros actores internacionales, ocasionó una dinámica conflictiva que se refleja tanto en discursos como en hechos concretos de política exterior. Esto último tomó forma especialmente en la década de 1970, ligando lo anterior a que la conducción política de gran parte de los Estados de Sudamérica en aquellos años estaba bajo control militar.⁹

A partir, entonces, de las principales características del pensamiento geopolítico sudamericano, es decir la influencia de conceptos germanos sobre el Estado y las características tanto geográficas y políticas de cada uno de los países señalados, se establecieron “escuelas geopolíticas”. Al respecto se establece, y de acuerdo a la literatura y los especialistas en materias geopolíticas de cada país, la existencia de sólo dos escuelas definidas como tales: la brasileña y la argentina, siguiendo en cuanto a prolijidad en la materia, Chile y Perú respectivamente.¹⁰

⁷ “La geopolítica satura la vida cotidiana de Estados y naciones. Sus lugares de producción son múltiples y penetrantes, considerando aspectos 'relevantes' (como un memorando sobre seguridad nacional) y 'de baja prioridad' (como el título de una noticia en un diario), visuales (como las imágenes que impulsan a los Estados a actuar) y discursivos (como el discurso que justifica acciones militares), tradicionales (como la religión influye en el discurso de las relaciones exteriores) y postmoderno (como la gestión de la información y la guerra cibernética)”. O’Tuathail, Gerard. Introduction: Rethinking Geopolitics, towards a critical geopolitics. En: *Rethinking Geopolitics*. Routledge, London, 1998, p. 5.

⁸ Child, John. *Geopolitical Thinking in Latin America*. En: *Latin American Research Review*, Vol. 14, Nº 2. John Hopkins University Press, Washington, 1979, pp. 89-111.

⁹ Kahhat, Farid. *Tras la Guerra Fría*. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2007.

¹⁰ Diferentes autores militares sobre la geopolítica del período de Guerra Fría opinan en forma similar, no importando en este aspecto su nacionalidad.

En Chile, la influencia de la escuela geopolítica alemana es más fuerte y notoria que en otros países de la región, factor que no puede considerarse como algo sorprendente, sino como una consecuencia de los flujos migratorios alemanes al país en un sentido amplio, y la misión militar que envió Prusia a fines del siglo XIX en un aspecto más restringido. Siendo así, los autores sobre geopolítica en Chile citan recurrentemente a Ratzel para referirse a un concepto orgánico sobre el Estado, sus problemas, y las oportunidades que le deparan las condiciones geográficas para el futuro, como el norte minero y el Océano Pacífico. En este plano se destacan principalmente autores ligados a las Fuerzas Armadas, como por ejemplo Augusto Pinochet, Julio von Christmar, y Ramón Cañas Montalva.¹¹

En Perú se puede visualizar que los principales lineamientos geopolíticos indican que la visión del país se encuentra enfocada tanto en las perspectivas que otorga la selva amazónica, en cuanto a fuente de recursos naturales como también la problemática fronteriza con Ecuador, y las consecuencias que históricamente genera la Guerra del Pacífico. Y de manera similar a lo que sucede con Chile, los principales teóricos peruanos de geopolítica están vinculados a la Defensa nacional, recayendo en la persona de Edgardo Mercado Jarrín, el título de ser el principal ideólogo de la disciplina, influido también por las concepciones ratzelianas sobre la evolución, crecimiento y muerte de los Estados.¹²

El anterior panorama se basa principalmente en autores y literatura propia de la década de 1970 y 1980. Pero dadas las condiciones imperantes en el sistema internacional desde la década de los 90' y las propias realidades de cada uno de los dos países, el discurso propio de una geopolítica clásica se fue diluyendo, dando paso a otros elementos en los cuales el factor económico comenzó a tomar un auge cada vez mayor, tanto en la región como en el resto del mundo, situación que se mantiene hasta nuestros días.¹³

3. Percepciones y geopolítica en la relación bilateral

La concepción moderna de la geopolítica implica entonces el establecimiento de nuevos parámetros cognoscitivos sobre los cuales se pretende analizar, de una forma más amplia y objetiva, la composición del Estado y de sus diferentes áreas, no siendo la política exterior una excepción. Por lo tanto, la relación bilateral Chile-Perú entre los años 1970 y 2010 puede estar sometida bajo el análisis geopolítico, a través de los diferentes factores que intervienen en aquel mapa mental. Siendo así, conviene hacer una breve aproximación conceptual sobre algunos términos que dicho enfoque analítico desarrolla.

La percepción mutua entre dos países depende de una variada gama de factores y variables, dentro de las cuales es posible mencionar la historia común, la cultura, la aproximación geográfica, la evolución política y el modelo de desarrollo económico implementado, por mencionar algunas de las más relevantes.¹⁴ Pero

¹¹ Child, John. Ob. Cit., p. 103.

¹² Child, John. Ob. Cit., p. 106.

¹³ Taylor, Peter y Flint, Colin. Geografía Política. Economía mundo, Estado-Nación y Localidad. Trama Editorial, Madrid, 2002, pp. 45-89.

¹⁴ En la literatura anglosajona la temática de las percepciones dentro de la disciplina de las Relaciones Internacionales se encuentra

sin perjuicio de lo anterior, existen dentro del lenguaje de la moderna geopolítica¹⁵ otros elementos que, de alguna u otra forma, intervienen en la conformación de la señalada percepción “del otro”, como por ejemplo la propia percepción que puedan poseer los *decision-makers* sobre un punto determinado de la relación bilateral, o en su defecto la imagen que mantiene la población en general sobre una temática en particular. En este caso, y siguiendo lo señalado por algunos de los postulados básicos de la Geopolítica Crítica¹⁶, la acción política derivada de los discursos, o bien por la des-construcción de los mismos, varía dependiendo del emisor del mismo. Es así como es posible encontrar una geopolítica práctica (de los discursos oficiales), una geopolítica formal (proveniente de los discursos académicos), y una geopolítica popular (a través de los medios de comunicación masivos). Estos tres enfoques en forma complementaria y no excluyente, dan como resultado una representación geopolítica de uno mismo y de “los otros”, lo cual se traduce en una representación e interpretación cognoscitiva de un determinado hecho u acontecimiento, a través de un discurso.¹⁷

Siendo así, la imagen geopolítica de un Estado es producto de la actividad mental producida por los discursos, dentro de las áreas mencionadas. Pero el discurso es, a su vez, producto de la interpretación de un proceso o acontecimiento, en el cual se aprecia el objeto en discusión, siendo en este caso la percepción entre Chile y Perú. Sobre aquella base es posible determinar grupos de sucesos o acontecimientos que determinan o influyen, directa o indirectamente, en el proceso de percepción mutua.

A modo entonces de clasificar las diferentes variables o factores que intervienen en la construcción de la relación bilateral señalada, tanto o más allá del período en que se enfoca el presente trabajo, se debe tener en cuenta la naturaleza de los mismos. En primer lugar, se pueden considerar los denominados factores del tipo estructural o histórico, los cuales dicen relación con aquellos acontecimientos o hitos que han marcado y generado una visión, ya sea negativa o positiva “del otro”, a través de varias generaciones y sin importar grupo social alguno, y que a la vez involucran un “sentimiento” en el colectivo nacional. Dentro de estos hechos o hitos históricos, el que sin lugar a dudas ha marcado a múltiples generaciones de chilenos y peruanos, y que significa un punto de inflexión en la relación bilateral, es la Guerra del Pacífico o la Guerra del Salitre.¹⁸

En segundo lugar, están los factores considerados como coyunturales, debido a que ellos ocurren ya sea por un mal entendido o falta de comprensión de una de las partes, de un hecho que, dentro de la esfera interna de los Estados, genera repercusiones en la otra parte; o bien, pueden corresponder a actos de autoridades investidas de poder, en contra de uno de los países objeto de estudio. Por ende, si

debidamente trabajada y analizada, desde diversas perspectivas teóricas. Al respecto destacan autores tales como Kenneth Waltz, Robert Jervis, Jack Levy, Ole Holsti y Alexander Wendt, por mencionar los más influyentes y/o relevantes.

¹⁵ Dentro de la expresión Geopolítica Moderna, se busca ampliar el rango del concepto, y no enfocarse en una de las múltiples aristas que posee la disciplina. Al respecto véase Cairo, Heriberto. Los enfoques actuales de la Geografía Política. En: *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, Vol. 3, Nº 9. UNAM, Ciudad de México, 1997, pp. 49-71.

¹⁶ O’Tuathail, Gerard. *Ob. Cit.*, 1998, pp. 1-15.

¹⁷ *Ibidem*, p. 5.

¹⁸ Milet, Paz. Chile-Perú: las raíces de una difícil relación. En: *Estudios Internacionales*, Nº 150. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, Santiago, 2005, p. 61-63.

bien los factores coyunturales por sí mismos constituyen un aumento dentro de la lógica conflictiva, también constituyen un aumento en la mala (o buena) percepción hacia el otro. Pero dichos factores se producen en realidad bajo la lógica de un proceso conflictivo mayor, que por lo general corresponde a un hecho catalogado como estructural.

Y, en tercer lugar, están los denominados factores psico-culturales, dentro de los cuales podemos encontrar las llamadas “percepciones de amenaza” hacia la integridad nacional o territorial; como también aquellos que se relacionan directamente con la eventual pérdida del patrimonio cultural de uno, en directo beneficio del otro.

Los anteriores grupos de factores no pueden considerarse a sí mismos como un conjunto único y exclusivo *per se* de elementos que intervienen en la percepción mutua, sino que operan dentro de una lógica de interdependencia entre los mismos. Por ejemplo, muchas veces un acontecimiento que parece a primera vista como coyuntural, su tratamiento por las autoridades responde a una lógica más estructural, puesto que se considera que el hecho está dentro de un marco clásico de la animosidad negativa de la relación, o bien se mezcla con otro tipo de percepción más psicocultural. Entonces, la forma de percibirse a través de un determinado código geopolítico¹⁹ en la relación bilateral chileno-peruana, cambia de acuerdo a la forma en que se presenten los anteriores grupos de factores en las constantes interrelaciones, como puede evidenciarse en múltiples casos en los últimos cuarenta años de relación.

3.1. 1970-1973: discurso e ideología

En 1968, un golpe de Estado llevó al poder al entonces General Juan Velasco Alvarado, derrocando al Presidente elegido en forma democrática Fernando Belaúnde Terry. El uniformado, en forma inmediata estableció una Junta de Gobierno de carácter “revolucionario”, muy cercana a la órbita de la Unión Soviética, pero de mayor forma a la Cuba de Fidel Castro, y por ende dicho esquema y planteamiento teórico lo colocaba en contra de los intereses de EE.UU., tomando en consideración la lógica conflictiva que predominaba en aquellos años.

Y en el año 1970 asume por vías democráticas la presidencia de Chile Salvador Allende, candidato de la denominada Unidad Popular, que aglutinaba a una serie de partidos políticos y movimientos que, a grandes rasgos, tenía en común ideas de marcada tendencia socialista/marxista. Por lo tanto, y de acuerdo a los hechos que se vislumbraron tanto en la política interna como internacional, el gobierno de Allende si bien fue cercano a la órbita soviética, se ajustaba más a las corrientes socialdemócratas de Europa, y a nivel latinoamericano con Cuba.

La cercanía entre los gobiernos de Chile y Perú por aquellos años fue palpable en variados aspectos, centrando sus visiones en la “ideología común” que poseían ambos gobernantes, dejando en un segundo plano las características

¹⁹ Se entiende por código geopolítico el conjunto de supuestos estratégicos que elabora un Gobierno sobre otros Estados para orientar su política exterior. Véase Taylor, Peter y Flint, Colin. Ob. Cit., p. 99.

institucionales que cada uno podía poseer en lo que respecta a la forma en que se encontraban en el poder en su propio país.²⁰ Ambos tenían como discurso común un marcado antiimperialismo, con tendencias tercermundistas, y que propugnaban el socialismo como estilo de gobierno.²¹ Pero aquello no se manifestó en políticas y hechos concretos bilaterales, sino que netamente, y enmarcado dentro de un plano ideológico, en un discurso en el cual ambos países, y más específicamente sus gobernantes, se veían como aliados frente a un enemigo común: el imperialismo norteamericano.

Pero como se mencionó, este discurso fue solamente como tal un discurso y no pasó a ser parte de hechos concretos e incluso se vislumbraron fuertes contradicciones. Por ejemplo, conocida es la compra por parte del gobierno peruano a la Unión Soviética de material militar, de avanzada generación para la región y en grandes cantidades, que sobrepasaban con creces las necesidades de defensa del país, destacándose, además, el carácter ofensivo del mismo material; y en su contraparte, la Unión Soviética le ofrecía al gobierno de Allende batallones motorizados y armas antitanque. Siendo así, se puede extraer que si bien la conducta y el discurso hacía visualizar que ambos países eran aliados, y que por ende no se encontraban dentro de la respectiva agenda bilateral puntos discordantes, había un *ethos* geopolítico más fuerte, y que estaba en aquel momento en un segundo plano por las fuerzas ideológicas que primaban en aquel entonces en el concierto bilateral. Y como quedó claramente demostrado en el siguiente período, primaron la influencia de la geopolítica y de los factores emocionales que subyacen en la relación bilateral.

3.2. Los años de los geopolíticos en el poder

El quiebre de la democracia en Chile llevó al país a vivir un proceso de “aislamiento” internacional, producto tanto de la naturaleza del nuevo Gobierno (militar y autoritario), como de los hechos que realizaba en contra de los opositores al nuevo régimen (Derechos Humanos)²², de lo cual la relación con Perú no fue la excepción. Pero fue la caracterización político-ideológica del régimen lo que, a juicio de José Rodríguez Elizondo, “encendió las alarmas en Lima”²³, estableciendo con ello la incompatibilidad ideológica entre el Gobierno militar peruano, de tendencia marxista y cercano en aquellos años a la Cuba castrista y a la URSS, versus el Gobierno Militar chileno, con una Junta de Gobierno que en sus cimientos se declaraba abiertamente antimarxista.²⁴

²⁰ En la literatura de Relaciones Internacionales, se habla profusamente de que la forma en cómo se relacionan los Estados, depende en gran parte de la naturaleza de los mismos, por ejemplo entre regímenes democráticos o entre uno democrático y otro autoritario. Al respecto véase Lasagna, Marcelo. Cambio Institucional y Política Exterior: un modelo explicativo. En: CIDOB D'Afers Internacional, Nº 32. Fundación CIDOB, Barcelona, 1996, pp. 45-64.

²¹ Un buen análisis al respecto se puede leer en Fermandois, Joaquín. Mundo y fin de Mundo. Chile en la política mundial 1900-2004. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005; y en Salgado, Juan Carlos e Izurieta, Óscar. Las relaciones bilaterales Chileno-Peruanas contemporáneas: un enfoque realista. Biblioteca Militar, Santiago, 1992.

²² Véase por ejemplo la clásica obra de Muñoz, Herald. Las Relaciones Exteriores del Gobierno Militar Chileno. PROPEL-CERC Ediciones del Ornitorrinco, Santiago, 1986; o la parte introductoria de la obra de Ross, César. Chile y Japón 1973-1989. De la incertidumbre a la alianza estratégica. LOM Ediciones - Universidad de Santiago, Santiago, 2007.

²³ Rodríguez Elizondo, José. Chile-Perú: el siglo que vivimos en peligro. Ediciones La Tercera Mondadori, Santiago, 2004.

²⁴ Al respecto, conviene recordar el discurso de juramento de cada uno de los Comandantes en Jefe e integrantes de la Junta Militar de

Como se dieron los acontecimientos, la colisión era realmente inminente, al punto de que se barajaron eventuales enfrentamientos bélicos, y de acuerdo a diversos autores, principalmente dentro de los años 1974-75.²⁵ Sin embargo, y sin ánimo de ahondar en los acontecimientos que efectivamente se presentaron y que hacían prever una hipótesis bélica en la zona de Tarapacá, lo importante fueron los motivos, las causas reales y aparentes que desencadenaron “de la nada”, barajar entre ambas cúpulas gubernamentales el enfrentamiento bélico como una opción real y posible, partiendo de la base de que a comienzos de la década las relaciones eran de una gran sintonía y cordialidad, como se analizó en su momento.

Uno de los elementos que dieron cabida a una eventual resolución del conflicto por la vía del uso de las armas, radica en la percepción que se tenían de cada una de las cúpulas gubernamentales del momento, y de la influencia de acontecimientos externos derivados por aquel entonces de la lógica bipolar. De acuerdo al primer factor, es decir la percepción entre los gobernantes, Pinochet era visto no solamente como un declarado antimarxista por las FF.AA. del Perú, sino que también se destacaba el hecho de ser un estudioso de la geopolítica y admirador de autores alemanes ligados a la teoría del *lebensraum*²⁶; mientras que Velasco, por su contraparte chilena era apreciado como el líder de la Revolución peruana y con grandes aspiraciones a recuperar los territorios perdidos en la Guerra de 1879, considerando como argumento la cercanía del centenario de aquel conflicto. Y de acuerdo al segundo factor, un elemento que no puede dejarse de analizar es el eventual rol que cada uno de los países jugaba en el “tablero ideológico” de la Guerra Fría, y el papel de las potencias hegemónicas del momento con respecto al rol que cada uno de los dos países debía cumplir en el eventual conflicto.

Como se mencionó en el rol de los gobernantes, bastaba entonces el cambio de uno para que la percepción sobre la eventual hipótesis bélica cambiara, y fue aquello lo que aconteció por el lado peruano. A mediados del año 1975 el General Francisco Morales Bermúdez desplaza del poder a Velasco Alvarado, disminuyendo de forma inmediata las tensiones prebélicas con Chile, tanto por el hecho mismo del cambio en el poder, así como también por la activación y creación de mecanismos que permitiesen una mayor y más fluida comunicación entre las instancias políticas y militares de ambos países.

Tres hechos dieron por terminado este breve período de distensión. En primer lugar, y como se señaló en su momento, se acercaba el centenario de la Guerra del Pacífico, generando como consecuencia normal actos y homenajes a los diferentes héroes de aquel acontecimiento. Pero, y retomando el tema de los discursos oficiales durante este período pre centenario, se escucharon los más encendidos discursos y proclamas haciendo directa alusión a Chile y a la recuperación de los territorios usurpados.²⁷ En segundo lugar, se barajaba por aquellos años una real hipótesis de conflicto bélico con Argentina por las islas Picton, Nueva y Lennox, lo que hacía que

Gobierno el 11 de septiembre de 1973, así como también la Declaración de Principios del Gobierno Militar el año 1974.

²⁵ Al respecto se señala que había una fecha clara y exacta para la reconquista de Arica por parte del Perú de Velasco Alvarado, durante los primeros días de agosto del año 1975. Véase Rodríguez Elizondo, José, Ob. Cit., p. 70.

²⁶ Interesante resulta al respecto el análisis que realiza Kahhat, Farid. Ob. Cit., 2007.

²⁷ Léase al respecto Salgado, Juan Carlos e Izurieta, Oscar, Ob. Cit., p. 102.

gran parte del potencial y recursos bélicos de Chile estuvieran enfocados en la zona más austral del territorio, dejando el teatro de operaciones norte en un segundo plano.²⁸ Y en tercer lugar, y en un hecho que si bien puede ser catalogado como coyuntural, trajo serias consecuencias políticas y militares, fue la acusación de espionaje por parte del gobierno del Perú hacia Chile a fines del año 1978, actividad en la cual estuvieron presuntamente involucrados oficiales de las FF.AA. y personal acreditado en la Embajada de este último país. Las consecuencias más visibles de aquel presunto hecho hacia la opinión pública, se materializaron en la declaración de persona *non grata* por parte del gobierno peruano al embajador chileno Francisco Bulnes, y en el fusilamiento de un Oficial peruano por traición a la patria, acusado de haber participado en el eventual espionaje.²⁹

Los acontecimientos mencionados dieron nuevamente la base para percibir un estado prebélico entre los dos países. Pero fueron dos procesos evidenciados a fines de la década, los que a su vez descartan dicho enfrentamiento. En primer lugar, se vislumbró por parte de Chile un cambio en hacer diplomacia, más centrada en el pragmatismo civil, y en contra del conocimiento en geopolítica de los militares que llevaban la gestión de la Cancillería. Esto propició una mejoría en las relaciones y en la forma de relacionarse entre las partes. Y en segundo lugar, Perú estaba en franco proceso de recuperación de la democracia, por lo que la relevancia y el énfasis gubernamental estaba centrado en lo interno, y no en producir o estimular un hecho bélico que alterara la planificación propuesta por Morales Bermúdez.

3.3. Pragmatismo, civilidad y militares

A comienzos de la década de los 80' Perú retoma el camino de la democracia de la mano del Presidente Fernando Belaúnde Terry, el mismo que fue depuesto mediante un golpe de Estado el año 1968 por el General Velasco Alvarado. Con ello se da que en menos de 10 años nuevamente existe una relación cívico-militar entre los gobiernos de Perú y Chile, como sucedió entre Allende y el mencionado General peruano. Este suceso otorgó de inmediato, y como también sucedió en el ejemplo anterior en la relación Allende-Velasco, un giro en la relación, lo cual no sólo se explica por el cambio de régimen de gobierno, sino que también por una serie de elementos que se fueron configurando desde fines de la década de los 70' en ambos países.

Por el lado chileno, a partir de la fecha mencionada se comienza a vislumbrar un cambio en la manera de hacer diplomacia, tanto en la forma como en el fondo. La forma está referida a un retorno del estamento civil a la Cancillería; y en cuanto al fondo, se evidencia un cambio en el objetivo principal de la diplomacia. Y como se puede visualizar a fines de la década de los 70', Chile comienza un proceso de

²⁸ Como antecedente no menor, se debe señalar que en el año 1978 Bolivia nuevamente rompe relaciones diplomáticas con Chile. Si bien es cierto que el caso de Bolivia es una excepción a la regla, en el lenguaje propio de la diplomacia y el Derecho Internacional Público, la ruptura de relaciones diplomáticas es considerado como uno de los últimos pasos antes de escalar bélicamente un conflicto.

²⁹ El Embajador Bulnes fue declarado persona non grata en enero de 1979, y a partir de aquel momento, las relaciones diplomáticas fueron suspendidas a nivel de embajadores, manteniéndose sólo el rango de "Encargado de Negocios", por cerca de dos años. Sin embargo, se destaca que pese a las consecuencias mencionadas del supuesto espionaje, el gobierno peruano desechó la ruptura de relaciones diplomáticas que, analizado en términos de política internacional, es el paso previo a un enfrentamiento armado declarado.

apertura a la economía mundial, adoptando el modelo de libre mercado implantado por economistas ligados a la Universidad de Chicago y a los postulados teóricos de Milton Friedman. Por lo tanto, y dado el proceso de “aislamiento” político que vivía el país, la solución “diplomática” del régimen de Pinochet fue una mayor interacción económica con el resto del mundo, por lo que los nexos económico-comerciales fueron la principal premisa a partir de esa fecha en la diplomacia chilena.³⁰

La asunción de Belaúnde trajo consigo, además de la democracia como forma de gobierno al Perú, una gran distensión en las relaciones bilaterales con Chile, no sólo porque se dejaba en un segundo plano la ideología, sino que se esperaba una complementación en materias de interés mutuo, teniendo como principal elemento el comercio internacional.³¹ Pero durante la administración del mandatario señalado, reaparecieron dos problemas para el país del Rímac: uno interno ligado a la aparición de grupos terroristas; y otro de carácter externo relacionado con reclamos limítrofes de Ecuador. Estos dos elementos explican, aunque en forma indirecta, que se buscara la distensión y cooperación con Chile, pese a que existieron declaraciones cruzadas pero que no pasaron más allá de un tema discursivo y coyuntural.³²

Durante la primera administración de Alan García a mediados de la década de los 80', se comenzó con buenas perspectivas hacia Chile, mostrando iniciativas tendientes a resolver los problemas derivados del Tratado de Lima de 1929, así como también establecer Medidas de Confianza Mutua. Pero nuevamente hechos internos en Perú no propiciaron efectos concretos en las buenas intenciones iniciales.³³

3.4. Compartiendo en “democracia”

El retorno a la democracia en Chile a través de la elección de Patricio Aylwin, trajo consigo nuevos aires y enfoques en diversas materias que corresponden a la administración del Estado, dentro de las cuales está en un nivel esencial y primordial, la política exterior del mismo y sus relaciones con el resto de los actores del sistema internacional. Y luego del “aislamiento” político que vivió el anterior gobierno, se buscó recomponer los lazos rotos a través de diversos planteamientos teóricos, que buscaron ser llevados a la práctica, como por ejemplo la conceptualización de una “reinserción” de Chile en las principales arenas y foros internacionales y la búsqueda de un regionalismo abierto con el ámbito vecinal y paravecinal, de forma preferencial. Y de manera paralela, Perú comenzaba a superar el período de la mala gestión gubernamental realizada por Alan García, a través de un mejor

³⁰ Dicha premisa puede considerarse como una “vía alternativa”, dado que los caminos políticos de entendimientos, tanto en forma bilateral como multilateral, estaban bloqueados tanto por la naturaleza del régimen, como también por los hechos que habían ocurrido una vez instalada la Junta Militar de Gobierno en el poder (Derechos Humanos, exiliados, atentados a antiguos hombres de Estado de Allende, etc.).

³¹ Un hecho no menor es que a la ceremonia de toma de mando del Presidente Belaúnde, asistió el Ministro de Hacienda de la época, en vez de un funcionario de Cancillería.

³² Pinochet supuestamente calificó de “democracia sin apellido” a Perú en el año 1983, y la respuesta del Presidente peruano señaló que “un gobierno militar no estaría calificado para emitir ese tipo de juicios”. Véase Salgado, Juan Carlos e Izurieta, Oscar, Ob. Cit., pp. 90-92.

³³ Según Rodríguez Elizondo, la presentación de un memorándum enviado al Canciller chileno Jaime del Valle, a través del embajador de Perú en Chile Juan Miguel Bákula sobre la inexistencia de una delimitación marítima en la frontera norte, significó un cambio en la estrategia peruana hacia Chile. Esta hipótesis se desarrolla en Rodríguez Elizondo, José. De Charaña a la Haya. Chile, entre la aspiración marítima de Bolivia y la demanda marítima de Perú. La Tercera Ediciones, Santiago, 2009, pp. 85-94.

manejo macroeconómico en los primeros años de la nueva administración de Alberto Fujimori. Pero sin perjuicio de aquello, el mencionado mandatario generó las condiciones adecuadas para un auto-golpe de Estado, el cual contaba con el apoyo de las Fuerzas Armadas, pero no de un importante sector de la clase política peruana. Pese a eso, Fujimori gobernó hasta fines de la década de los 90.

Si bien en el papel ambos países se encontraban bajo regímenes “democráticos”, no puede dejarse de mencionar las diferencias entre cada uno de ellos, tanto a comienzos como a fines de la década. Tomando en primer lugar el caso peruano, se puede observar que si bien se comenzaba a retomar un orden institucional, este se quedó en buenas intenciones después del autogolpe de Fujimori. Y como consecuencia, el país estuvo gran parte de la década bajo un planteamiento de seguridad interna, relacionado con el combate a grupos terroristas que operaban al interior del territorio. Mientras que en el caso chileno, la administración Aylwin fue un período de transición, dejando las tareas de consolidación democrática a la gestión de Frei Ruiz-Tagle. Lo anterior generó como consecuencia una normalización político-institucional durante la primera administración, mientras que en la segunda gestión se procuró una ampliación del modelo económico, privilegiando las relaciones comerciales con el mundo como forma de posicionar a Chile en el sistema internacional.

En esta etapa es posible identificar una serie de acontecimientos que, de alguna u otra forma, ayudarían a establecer un nuevo código geopolítico entre ambos países, al tiempo que la percepción mutua como un eventual adversario, subyace en ciertos aspectos bajo los discursos conjuntos y las iniciativas comerciales establecidas por ambos gobiernos. En este plano, se destaca en primer lugar la concepción democrática de ambos gobiernos, estableciendo con ello un mayor marco de cooperación formal entre las partes, situación que no se generaba en las décadas anteriores. En segundo lugar, se comienza a tener una conciencia sobre la importancia de la interdependencia entre ambos países, con motivo de un desarrollo y aumento constante de comercio internacional, y en forma más específica con el área del Asia-Pacífico. Es en este plano donde comienzan a tener auge diversas posturas teóricas relativas a establecer estrategias en la política exterior hacia el área geográfica señalada, y los procesos de integración sudamericanos, como por ejemplo Mercosur.³⁴ Y en tercer lugar, ambos países dieron pasos importantes en lo que respecta a gestos y acciones hacia el otro, con el fin de poner fin a una historia cargada de antagonismos y desconfianzas. En este ámbito se destaca en primer término la visita del entonces Presidente Fujimori a Chile, convirtiéndose en el primer Presidente de aquel país en tocar suelo chileno en una visita oficial en la historia bilateral; y la firma de las denominadas Actas de Ejecución, las cuales se encargaban de solucionar en forma pacífica las cláusulas pendientes entre ambos países, derivadas del Tratado de Lima de 1929 y su Protocolo Complementario.³⁵

³⁴ Durante la década de 1990 se comienzan a esbozar estrategias en política exterior relativas a potenciar la ubicación de cada uno de los dos países con respecto tanto a Sudamérica como a la región del Asia Pacífico. Es así como por el lado chileno se proyecta una imagen de “país puente”; y por el lado peruano de “país pivote”, desarrollándose en la siguiente década.

³⁵ Al respecto, algunos personeros de Gobierno de ambos países señalaron que, a través de la firma de las mencionadas Actas, “se daban por terminados y solucionados todos los asuntos pendientes entre Chile y Perú”, bajo el contexto de los puntos aún no resuel-

Finalmente y no por ello menos importante, cabe señalar que durante la década señalada, Perú y Ecuador vivieron enfrentamientos armados que llevaron a un conflicto bélico no declarado en la zona del Cénepa a mediados de la década de los 90. Chile, además de ser uno de los cuatro países garantes del Protocolo de Río de Janeiro, en conjunto con Brasil, Argentina y EE.UU., cooperó en su momento enviando observadores a la zona en disputa entre ambos países, señal en aquellos tiempos inequívoca sobre las confianzas mutuas que se manejaban.³⁶

No obstante, hay que considerar en este aspecto el rol que jugaron los mandatarios y sus respectivos gobiernos de cada una de las partes, en lo referente a la percepción mutua. Por el lado chileno Aylwin y Frei, si bien no mantuvieron una concepción homogénea del rol internacional que debía jugar Chile, realizaron diversas gestiones para “exportar” el denominado “modelo chileno”, conjugando la democracia con las políticas propias del libre mercado heredadas del Gobierno militar³⁷, situación que se buscó imitar en Perú. Siendo así, la relación durante la década de los 90 estuvo marcada por el movimiento de capitales y la forma de ampliar la cooperación económica, dejando en un plano rezagado los aspectos histórico-políticos, y que han sido históricamente parte de la agenda bilateral. Y por el lado peruano, Fujimori contaba con el apoyo de parte de las Fuerzas Armadas, pero no así de las diversas fuerzas políticas del Perú, motivo por el cual, y a raíz del avance de movimientos terroristas en el país, lo llevaron a ejecutar un autogolpe de Estado el año 1992. A partir de ese año, la política exterior de Fujimori hacia Chile estuvo siempre marcada por una agenda económica, y no por una política, dejando a un lado incluso a profesionales de Torre Tagle. Esta situación se da sin cambios ni modificaciones hasta el abrupto fin de su administración.³⁸

3.5. Nuevo milenio, ¿nuevos problemas?

La controvertida salida del poder de Fujimori trajo violentas repercusiones políticas en Perú, tanto por la Presidencia vacante como por la revelación a la luz pública de una serie de hechos negativos que se desarrollaron en su administración, y que apuntaban tanto a él como a uno de sus asesores más cercanos, Vladimiro Montecinos. Y dentro de aquellos sucesos negativos, algunos repercutieron negativamente en la relación bilateral. Dentro de los denominados “Vladivideos”, se encontraba uno en especial en el cual un “lobbista” de la empresa chilena Luchetti urgía al mencionado asesor a solucionar problemas judiciales que afectaban directamente a su empresa, pero haciendo alusiones acerca de política exterior.

tos derivados de la Guerra del Pacífico.

³⁶ Puede también considerarse el hecho de que con un conflicto interno (terrorismo) y uno externo (Ecuador), Perú no podría conducir un tercer conflicto, considerando como un posible tercer elemento conflictivo Chile. Es por ello, probablemente, que Fujimori no estableció parámetros históricos sobre los cuales conducir la relación bilateral con Chile.

³⁷ Al respecto conviene revisar Witker, Iván. La política exterior de Chile frente a la Teoría de las Relaciones Internacionales. 1990-1999. Bicentenario, Revista de Historia de Chile y América, Vol. 4 N° 1. Centro de Estudios Bicentenario Editores, Santiago, 2005, pp. 49-63; y Fermandois, Joaquín Ob. Cit., pp. 512-515.

³⁸ Conviene destacar que en el asunto y gestión de las denominadas “Convenciones”, y que dieron como resultado final la firma de las antes señaladas Actas de Ejecución, se señala que el rol de Fujimori fue crucial, fundamentalmente porque sin él, “no hubieran existido las Convenciones”, por el simple hecho de que el Presidente “no tenía antepasados enterrados en suelo peruano”. Véase Rodríguez Elizondo, José. El Ajedrez de las Convenciones. En: Caretas, N° 1397. Lima, 1997 [en línea]. Extraído el 17 de diciembre de: <http://www.caretas.com.pe/1397/elizondo/elizondo.html>

Este conflicto, el cual nuevamente ponía en la palestra temas altamente sensibles para la opinión pública peruana, fue el primer gran aviso de que pese al cambio de gobierno en ambos países³⁹ y las buenas intenciones de los mandatarios, el peso de la geopolítica era más fuerte. Y al mismo tiempo, se señalaba que la estrategia comercial de Chile en Perú podía pasar de algo macro y teóricamente positivo a tener ribetes políticos altamente negativos.

Sin perjuicio de aquel conflicto y otros hechos que empañaron la agenda bilateral⁴⁰, la administración de Toledo realizó un acontecimiento que, sin lugar a dudas, tensionó y subordinó la agenda bilateral hasta el presente: la modificación unilateral de la línea que delimita la frontera marítima entre ambos países. Esto marcó un distanciamiento enorme entre ambas administraciones, y condicionó la forma en que las posteriores gestiones tendrían que conducir aquella controversia, pese al cambio de mandatarios y los auspiciosos deseos de cooperación entre la Presidenta de Chile Michelle Bachelet y el nuevamente Presidente del Perú Alan García.⁴¹

La decisión y concreción por parte de Lima de llevar a la Corte Internacional de La Haya, a comienzos del año 2009, la controversia por el límite marítimo en contra de Chile, sepultaron aquellos discursos que propugnaban una mayor cooperación. Sin embargo, en ambos países se buscaron soluciones eclécticas, conformando una agenda de “cuerdas separadas” o “inteligente”, señalando como común denominador la idea de seguir con la cooperación económica por un lado y con la controversia marítima por otro. Pero considerando el peso de la historia, la inercia conflictiva desde el período Lagos-Toledo, y los elementos estructurales que subyacen y emergen constantemente, la relación bilateral en general se ha empañado, con claros hechos que demostrarían en un principio, que se estaría en presencia de una crisis bilateral.⁴²

Dada la contingencia de este tema, y su clara vinculación con la forma cómo se perciben los actores involucrados en la presente investigación, conviene señalar los elementos que producen la motivación de la demanda peruana en el mencionado tribunal internacional, y la lógica respuesta chilena.

Vistos en primer término los puntos de vista esbozados por el Perú, se pueden extraer algunos aspectos que son relevantes y van más allá de una

³⁹ Ricardo Lagos sucedió a Eduardo Frei en Chile, mientras que Valentín Paniagua (Gobierno de transición) y Alejandro Toledo a Fujimori en el Perú.

⁴⁰ Hechos como la suspensión de vuelos desde y hacia Chile, de la empresa peruana Aerocontinente; la mantención de las condenas por “traición a la patria” a los militantes chilenos del Movimiento Revolucionario Tupac Amaru; la demolición de la torre de “enfilariento” luminoso (destruida por un terremoto), destinada a señalar a los navegantes la frontera marítima desde el lado peruano; la denuncia del congresista Ronnie Jurado, sobre el desplazamiento de una caseta de observación de esa misma fuerza hacia la frontera peruana; los micrófonos descubiertos en la embajada de Chile; el baleo con resultado de muerte de un indocumentado peruano que cruzó la frontera chilena de manera furtiva; el proceso judicial contra dos estudiantes chilenos que ensuciaron con grafitos un muro incaico en la ciudad de Cuzco; un video que denigraba al Perú, exhibido en los aviones de LAN; y el conflicto sobre la venta de armas de Chile a Ecuador durante el conflicto del Cénepa. Al respecto véase Rodríguez Elizondo, José. *Las crisis vecinales del gobierno de Lagos*. Editorial Random House Mondadori, Santiago, 2006, pp. 161-250.

⁴¹ Destaca la primera visita del Presidente electo del Perú a Chile, y la invitación que cursó en su momento para asistir a una Parada Militar en Lima.

⁴² Desde noviembre del año 2008, se han evidenciado acontecimientos que han deteriorado en forma constante y creciente la relación, como por ejemplo las declaraciones del General Donayre, la demanda en La Haya, compras de armas por parte de Chile, declaración de carrera armamentista hacia Chile por parte del Perú, ejercicios militares cercanos a la frontera común, declaraciones cruzadas de autoridades gubernamentales, acusaciones de espionaje, por mencionar algunos.

posición netamente jurídica. En primer lugar, y considerando el tiempo transcurrido desde el primer planteamiento oficial del Estado peruano con respecto al tema y la oficialización de la demanda en La Haya, el argumento posee un elemento crucial que radica en el cambio en el sistema internacional y en la forma en como los países se desenvuelven en él. En este sentido, se establece en la reclamación que, y sin perjuicio de que no existen Tratados suscritos tácitamente sobre límites marítimos, sino que acuerdos de orden pesquero suscritos en los años 1952 y 1954, las condiciones de seguridad del Perú han evolucionado, sosteniendo con ello que la delimitación sobre la base de la línea del paralelo, no se ajusta a los nuevos requerimientos del país.⁴³ Y en segundo lugar, se aprecia que a lo largo de la historia del Derecho Internacional Público, y en forma más específica en lo que concierne a las regulaciones que establece con respecto a la estructura jurídica de los dominios marítimos estipulados en la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar en el año 1982, ha existido una constante jurídica dirigida a establecer que la equidistancia es el concepto que prevalece para dirimir disputas entre Estados que posean costas adyacentes. Siendo así, el argumento del Perú no sólo se basa en una nueva conceptualización de la seguridad para el normal desarrollo del país, sino que también busca establecer la primacía de la equidistancia⁴⁴ por sobre acuerdos que, siendo además de orden pesquero, no se aplicarían en esta controversia.

Los argumentos chilenos, al verse enfrentados a la lógica de la respuesta en esta controversia, basan su peso netamente en aspectos jurídicos, dejando en otro plano distintas consideraciones de seguridad nacional o económicas. En primer lugar, Chile establece que efectivamente se suscribieron Tratados internacionales⁴⁵ que establecían, entre otras cosas, una clara delimitación marítima entre ambos países, señalando explícitamente que sería el paralelo geográfico el elemento que otorga la frontera entre las partes. Y en segundo lugar, Chile basa su posición en dos elementos jurídicos extras y totalmente complementarios: la costumbre y los actos unilaterales de cada uno de los actores comprometidos directamente en la problemática. Al respecto, cabe señalar que han sido cerca de 50 años en los cuales ambos países, a través de hechos constantes y declaraciones soberanas, han reafirmado la posición de que efectivamente existe una frontera marítima establecida y aceptada por las partes. En este sentido conviene señalar que dentro del período establecido, han sido apresadas embarcaciones pesqueras de bandera peruana por violación inocente de frontera, hecho que ha sido penado por las autoridades chilenas competentes

⁴³ Cabrera Toledo, Lester. Antecedentes jurídicos de la controversia por la delimitación marítima entre Chile y Perú. En: Revista electrónica PARINAS, Vol. IV. Universidad Arturo Prat, Iquique, 2008.

⁴⁴ Conviene señalar al respecto que en los discursos, tanto académicos como oficiales, los conceptos más reiterados por personeros peruanos dicen relación con la "justicia" y la "equidad" entre las partes. La delimitación que defiende Chile no cumpliría, desde su posición, con ninguno de aquellos ideales.

⁴⁵ Al respecto, conviene señalar que la que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como fuentes del Derecho Internacional Público "1) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; 2) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; 3) los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y 4) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59" [El artículo 59 señala que "la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido]. Y por Tratado Internacional se entiende "un acuerdo celebrado entre dos o más Estados, regido por el derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos. El tratado es un modo plenamente voluntario de creación de normas" Véase Benadava, Santiago. Derecho Internacional Público. Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, p. 22-23.

con multas, situación que no ha sido reclamada formalmente por el Perú. Por lo tanto, se fortalece la postura chilena, ya que el Perú ha reconocido mediante actos y omisiones la existencia de una frontera por un largo período.⁴⁶

4. Reflexiones finales

¿Es un problema Chile para Perú y viceversa? La respuesta a dicho cuestionamiento resulta clave para entender el fondo de la relación bilateral entre ambos países, así como también el comportamiento de los actores que componen la relación, no importando en este sentido la ubicación o posición de los mismos en la sociedad. En este plano, se puede deducir que existen elementos que sobrepasan tanto la coyuntura que puede generar un determinado gobierno, así como también a las estructuras que componen la sociedad en su conjunto. Y dentro de esos elementos, hoy existe una percepción oficial sobre temas de complementariedad basados netamente en el aspecto comercial y económico; y por otro una “agenda de divergencias”, con trasfondo histórico-político, que subyace en la relación, y es precisamente el fondo conflictivo en la totalidad de la misma.

Esta “agenda de divergencias”, como se ha podido corroborar a través de los sucesos acontecidos, ocupa un lugar prioritario dentro de la conciencia colectiva de las comunidades nacionales de ambos países, reflejado en diversas encuestas de opinión pública. No obstante, cabe señalar que dicha agenda, a lo largo del nuevo siglo, se ha sobrepuesto e incluso transformado en la agenda de complementación económico-comercial, generando percepciones negativas principalmente del lado peruano hacia la inversión de capitales chilenos. Aquello no es culpa de los inversionistas chilenos ni tampoco de la ciudadanía peruana, sino que la responsabilidad radica en la forma en cómo conducir la relación bilateral, a través de décadas, en un estado de parsimonia histórica e ignorando los retos y desafíos políticos que ello implica.

A partir del período analizado, se ha podido establecer que pese al acercamiento entre los gobiernos de turno en Chile y Perú, y no importando en este aspecto si el acercamiento es ideológico, político o meramente parte de un discurso, la relación pasa siempre por establecer la forma en cómo gestionar la denominada agenda de divergencias. Teniendo entonces este elemento estructural, que data de más de cien años, y considerando los acontecimientos coyunturales como psicoculturales, se establece una inercia, fundamentalmente en este último tiempo gracias a la masividad de los medios de comunicación, a maximizar lo negativo y a minimizar lo positivo en la relación bilateral, inclinando la balanza de acuerdo a los sucesos que ocurran y la orientación geopolítica de los determinados gobiernos de turno.

Considerando aquello, los gobiernos de turno se han enfocado en propugnar y maximizar los beneficios que la complementariedad económica trae para cada uno de los nacionales de ambos países, al tiempo que se aplaza la agenda de divergencias señalada. Este ha sido el principal pecado institucional de ambos Estados: no encarar

⁴⁶ Además de lo anterior, conviene señalar que ambos países han dictado leyes y resoluciones tendientes a mejorar o establecer, por ejemplo, un sistema en el cual señale a las embarcaciones que no posean los medios tecnológicos suficientes, la frontera marítima entre ambos países. Un ejemplo de aquello fue la instalación de un faro en la costa de ambos países.

los temas sensibles, con soluciones duraderas, realistas y pragmáticas de una relación en la cual la conflictividad es la normalidad *per se*. Y para muestra un botón: no más de 500 ejemplares de una iniciativa destinada a escribir una historia conjunta sobre la Guerra del Pacífico, que tenían como fin limar asperezas del pasado.

Y para responder a la interrogante que encabeza estas reflexiones, nuevamente hay dos respuestas oficiales: si en el lado político-histórico y no por el lado económico. Lastimosamente, los sucesos actuales eclipsan la segunda y la tiñen de los aspectos negativos de la primera. ¿Qué falta? Tiempo y voluntad. Tiempo, porque la solución no nace de un hecho ni tampoco de la noche a la mañana. Es camino de largo plazo. Y voluntad, porque como se ha visto a lo largo de los últimos cuarenta años de relación bilateral, los hechos contradicen a los dichos. Es preferible menos palabras y más acción, para abrir espacios de verdadera confianza que van más allá del dinero, las armas, y una guerra que sucedió hace más de 100 años. Es tiempo de mirarnos a los ojos sin hipocresía. Muy difícil en los actuales momentos, pero se lleva esperando más de cien años.

Bibliografía

- Agnew, John. Geopolítica. Una re-visión de la política mundial. Trama Editorial. Madrid, 2005.
- Benadava, Santiago. Derecho Internacional Público. Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.
- Cabrera Toledo, Lester. Antecedentes jurídicos de la controversia por la delimitación marítima entre Chile y Perú. En: Revista electrónica PARINAS, Vol. IV. Universidad Arturo Prat, Iquique, 2008 [en línea]. Extraído el 03 de febrero de 2010 de: <http://www.scribd.com/doc/16723616/Antecedentes-juridicos-de-la-controversia-por-la-delimitacion-maritima-entre-Chile-y-Peru>.
- Cairo, Heriberto. Los enfoques actuales de la Geografía Política. En: Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad, Vol. 3, Nº 9. UNAM, Ciudad de México, 1997, pp. 49-71.
- Child, John. Geopolitical Thinking in Latin America. En: Latin American Research Review, Vol. 14, Nº 2. John Hopkins University Press, Washington, 1979, pp. 89-111.
- Fernandois, Joaquín Mundo y fin de Mundo. Chile en la política mundial 1900-2004. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- Kahhat, Farid. Tras la Guerra Fría. Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2007.
- Lasagna, Marcelo. Cambio Institucional y Política Exterior: un modelo explicativo. En: CIDOB D'Afers Internacional, Nº 32. Fundación CIDOB, Barcelona, 1996, pp. 45-64.
- Milet, Paz. Chile-Perú: las raíces de una difícil relación. En: Estudios Internacionales, Nº 150. Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, Santiago, 2005, pp. 59-73.
- Muñoz, Heraldo. Las Relaciones Exteriores del Gobierno Militar Chileno. PROPEL-- - CERC Ediciones del Ornitorrinco, Santiago, 1986.
- O'Tuathail, Gerard. Introduction: Rethinking Geopolitics, towards a critical geopolitics. En: Rethinking Geopolitics. Routledge, London, 1998, pp. 1-15.
- O'Tuathail, Gerard. Imperialist Geopolitics. En: The Geopolitics Reader. Routledge, Oxon, 2006, pp. 16-32.
- O'Tuathail, Gerard. Cold War Geopolitics. En: The Geopolitics Reader. Routledge, Oxon, 2006, pp. 58-73.
- Rodríguez Elizondo, José. El Ajedrez de las Convenciones. En: Caretas, Nº 1397. Lima, 1997 [en línea]. Extraído el 17 de diciembre de 2009 de: <http://www.caretas.com.pe/1397/elizondo/elizondo.html>
- Rodríguez Elizondo, José. Chile-Perú: el siglo que vivimos en peligro. Ediciones La Tercera Mondadori, Santiago, 2004.
- Rodríguez Elizondo, José. Las crisis vecinales del gobierno de Lagos. Editorial Random House Mondadori, Santiago, 2006.
- Rodríguez Elizondo, José. De Charaña a la Haya. Chile, entre la aspiración marítima de Bolivia y la demanda marítima de Perú. La Tercera Ediciones, Santiago, 2009.
- Ross, César. Chile y Japón 1973-1989. De la incertidumbre a la alianza estratégica. LOM Ediciones - Universidad de Santiago, Santiago, 2007.
- Salgado, Juan Carlos e Izurieta, Oscar. Las relaciones bilaterales Chileno-Peruanas

contemporáneas: un enfoque realista. Biblioteca Militar, Santiago, 1992.

- Taylor, Peter y Flint, Colin. Geografía Política. Economía mundo, Estado-Nación y Localidad. Trama Editorial, Madrid, 2002.

- Tort, Patrick. Darwin, eslabón perdido y encontrado del materialismo de Marx. En: Asclepio, Vol. LVI, Nº 1. Centro de Ciencias Humanas y Sociales, Madrid, 2004, pp. 209-218.

- Witker, Iván. La política exterior de Chile frente a la Teoría de las Relaciones Internacionales. 1990-1999. En: Bicentenario, Revista de Historia de Chile y América, Vol. 4 Nº 1. Centro de Estudios Bicentenario Editores, Santiago, 2005, pp. 49-63.



Un canal del sector público al servicio de la ciudadanía: la oportunidad que ofrece la televisión digital a la modernización del Estado

Juan Veglia Quintana*

Resumen

La Cámara de Diputados y el Senado de Chile han impulsado desde mediados de los 90 una política pública en materia de información y comunicación política, expresada en sus respectivos canales de televisión parlamentaria por cable. El advenimiento de la TV digital en el país brinda la oportunidad para redefinir este esfuerzo en el marco de una política pública de largo plazo, que comprometa al Estado en su conjunto, orientada a elevar la calidad del debate ciudadano, mediante un canal de televisión del Sector Público que llegue a todos los hogares chilenos, a través de una señal digital de acceso gratuito. La experiencia internacional brinda parámetros para evaluar la factibilidad de esta propuesta, así como su impacto en la discusión de los “asuntos públicos” y sobre un sistema político crecientemente orientado a la transparencia y al pleno acceso a la información pública, como resultado de más de una década del Proceso de Reforma y Modernización del Estado (PRYME).

Abstract

The Chilean Chamber of Deputies and the Senate have developed TV networks focused on parliamentary affairs, as a part of a public policy on information and political communication, since the '90s. The beginning of Digital Television in the country, offers the opportunity for redesign these institutional efforts as a part of a long term public policy, wich engages the State as a whole, through a Public Sector Television Network, covering the whole country with a free digital television signal. There exists international experience on the matter, which provides parameters to evaluate both factibility and impact of such proposal, considering their significance over the discussion of Public Affairs as well as a political system increasingly oriented to the Transparency and the full access for the public information, as a result of implementation for a decade of the Reform Programme of the Chilean State (PRYME).

* Periodista, diplomado en Comunicación Social por la Universidad Católica de Lovaina de Bélgica, magíster en Dirección Pública por la Universidad Católica de Valparaíso. Es el jefe de Comunicación Institucional de la Dirección de Comunicaciones de la Cámara de Diputados.

1. Introducción

Cada vez se hace más imprescindible en el mundo conquistar a la ciudadanía para la política. La modernidad, y los valores que lleva consigo, han atenuado la mística que algún día tuvo la ciudadanía. La ausencia de paradigmas ha desencantado a los jóvenes que, a su vez, han ido perdiendo canales de participación. Esto es grave porque no hay democracia sin política y no hay política sin participación.

En Chile, tanto la Cámara de Diputados como el Senado han impulsado una política pública orientada a mejorar la calidad de la comunicación política mediante el desarrollo de sendos canales de TV por cable, financiados con recursos públicos. El esquema adoptado por ambas instituciones se ajusta tanto a una lógica de información pública y de comunicación corporativa como al desarrollo tecnológico que supone el complejo cable-satélite de la TV de pago.

Sin embargo, con la irrupción de la Televisión Digital Terrestre (TDT) el escenario se modifica radicalmente, pudiendo plantearse un uso más eficiente de los recursos públicos. Con todo, el desafío no es puramente tecnológico. Exige reformular la concepción de los canales de TV de ambas cámaras, para superar su lógica de posicionamiento corporativo, dominante en su configuración actual, y establecer alianzas estratégicas con otros organismos del Estado interesados en desarrollar canales de televisión institucionales, a fin de converger en un único canal de TV, conforme a la norma de TDT recientemente adoptada, que cubra los principales eventos políticos que tienen lugar cotidianamente y los ponga al alcance de todos los telespectadores del país bajo el principio “en directo, sin cortes y sin edición”.

Esta formulación, un único canal de transmisión y múltiples centros de generación de contenidos o programas, potencia las capacidades ya instaladas por ambas cámaras y da una pauta para el desarrollo de esquemas de TV en otras instituciones públicas. Por otra parte, la experiencia de ambas cámaras demuestra que es posible administrar eficiente y creativamente una parrilla programática bajo el criterio rector de la proporcionalidad en la representación y el cuidado de los equilibrios políticos, modelo que puede ser extrapolado a una cobertura institucional más amplia, como la propuesta.

Por otra parte, la televisión digital permite la integración de los contenidos generados por ella en la plataforma multimedia que proporciona internet, ampliando los horizontes de la comunicación política tanto en el plano de la interactividad – llamada “web 2.0”–, como en el terreno de una mayor eficiencia y eficacia en el uso de los recursos públicos, por cuanto el complejo tecnológico TV Digital-Internet permite obtener niveles de cobertura y de alcance hasta ahora impensados.

2. Estado, sociedad y comunicación política

Las nuevas ideas y tecnologías han producido una verdadera revolución en la sociedad y en la relación del Estado con la sociedad civil, donde destacan los Parlamentos o Congresos Nacionales, al utilizar la televisión, internet y otras alternativas tecnológicas para informar a la ciudadanía acerca de sus actividades.

Este desarrollo ha sido más o menos profundo, atendiendo la mayor o menor centralidad del Estado en la vida pública de cada país, es decir, del grado de autonomía política con que se constituye la “*esfera pública*” en cada sociedad (Habermas, 1994).

Estas “prácticas comunicativas” institucionales han dado lugar a experiencias diversas. En Europa, la televisión pública cubre privilegiadamente la actividad parlamentaria. En América Latina, hay canales exclusivamente parlamentarios financiados íntegramente por las ramas de cada congreso o asamblea. En EEUU, consorcios privados de televisión proporcionan a los ciudadanos acceso a la labor legislativa y política, bajo el esquema de “un servicio público ofrecido por privados” (C-SPAN).

En Chile, se encuentra en proceso de instalación una concepción del Estado radicalmente diferente a la tradición desarrollista criolla, marcada por un protagonismo casi exclusivo del Estado en el ámbito de “lo público”. Esta nueva concepción, en lo relativo a las relaciones del Estado con los ciudadanos, aspira a conformar nuevas dinámicas inspiradas en maneras muy distintas de comprender y valorar “lo público”.

En ese marco cobran validez experiencias como la de C-SPAN que reflejan que una manera diferente de concebir los asuntos de interés público puede otorgar un nuevo rol a los agentes privados, reduciendo una presión crecientemente significativa sobre el presupuesto estatal y evitando, de paso, las tentaciones dirigistas y hasta propagandistas en las que tan frecuentemente han caído las experiencias de televisión pública en América Latina. Dicha experiencia y otras en la región plantean, igualmente, una forma distinta de encarar las concesiones de bienes públicos a agentes privados, como el ancho de banda, fijando exigencias de bien común que van más allá de la noción clásica de que la televisión debe “informar, educar y entretener”.

La actual reforma y modernización del Estado chileno tiene lugar en una sociedad ampliamente “mediatizada”, donde la política ha perdido centralidad como principio articulador de la vida social frente a los medios de comunicación masiva, y en donde la democracia representativa y sus instituciones clásicas, el Parlamento y la prensa, no se constituyen como los espacios privilegiados del debate público. Los medios de comunicación mercantilizados han configurado un “nuevo espacio público” en el cual la opinión pública se manifiesta como “climas de opinión”, psicosocialmente influidos por los medios, por sobre una elección racional frente a alternativas ponderadas en un debate informado (Touraine, 1998).

Las instituciones del Estado han percibido esta transformación y desarrollado estrategias de inserción en este nuevo entorno social. La “comunicación estratégica” es una de las herramientas más recientes, incorporando a la gestión de todo tipo de “organizaciones”, el manejo instrumental de su dimensión comunicacional, entendida ésta como su inserción en un entorno social mediatizado. Procura dirigir dicha inserción según las prioridades estratégicas de la organización con objetivos definidamente corporativos, en un sentido que recuerda la noción de “*publicidad representativa*” de Habermas; se apunta más a proyectar una imagen instrumental de la organización hacia sus diferentes públicos objetivos, que a posibilitar el debate

público acerca de las opciones que dicha organización –y el público- enfrentan. Los autores chilenos Tironi y Cavallo conciben la comunicación estratégica como “*la práctica que tiene como objetivo convertir el vínculo de las organizaciones con su entorno cultural, social y político en una relación armoniosa y positiva desde el punto de vista de sus intereses u objetivos*” (Tironi, 2004).

Con todo, la noción de “comunicación estratégica” no surge en cualquier contexto, sino en sociedades capitalistas globalizadas -“donde conviven un sistema político democrático y una economía abierta de mercado”-, en las que convergen diferentes procesos, como “la disminución del poder del Estado y la multiplicación de centros de poder” en el seno de una misma sociedad; “la centralidad de los medios de comunicación” y “la importancia atribuida a la opinión pública”, así como a la “transparencia” en el acceso a la información concerniente a todos los ámbitos de la vida social; el “protagonismo de la empresa privada” y la “aceleración y globalización de la competencia” por los mercados, con la consiguiente “multiplicación de los conflictos y las crisis”. Todo ello en el seno de una sociedad definida como de consumidores: “en el espacio público de hoy el centro de gravedad no lo ocupan ni la producción ni el trabajo, sino el consumo” (Tironi, 2004).

3. Lógicas comunicacionales en la reforma del Estado

La reforma al Estado que se desarrolla desde los ‘90 en nuestro país, se inspira, entre otras, en la idea de aplicar a la gestión pública herramientas típicas de la gestión privada, de administración de empresas insertas en un mercado competitivo. La principal de ellas es el “gerente público”, nuevo administrador del Estado dotado de atribuciones y características propias de un gerente de empresas, para orientar la gestión del Estado según parámetros de eficiencia y eficacia, en el seno de una sociedad vista, también, como un mercado, en que el público es el “cliente” del Estado.

Pero el gerente público no solo está en una organización, que continúa siendo guiada por los parámetros estatales tradicionales, ni en un entorno inmodificado, sino que dispone de herramientas de mercado para procurar su meta de creación de “valor público” como resultado de su gestión.

Esta tarea debe acometerla en relación a personas y actores sociales que tienen intereses y que actúan consistentemente en su consecución. Para la “teoría de la opción racional” (*rational choice theory*), que brinda el principal sustento teórico para los modelos de reforma neo-gerencialista del Estado, la racionalidad que preside los actos de los individuos en la sociedad es ante todo una económica e instrumental. Los individuos, concientes de sus propios intereses, adoptan decisiones buscando maximizar los beneficios obtenidos en función de sus intereses, incluyendo su accionar individual en el ámbito público (Behn, 2001).

Así, para promover y realizar sus políticas y objetivos, el Estado debe apelar a la dimensión “racional” de los individuos, aplicando una combinación de incentivos y desincentivos en relación a las conductas sociales que le interesa promover o evitar, lo que requiere ser conocido por los actores sociales en un marco de máximo acceso

a la información y transparencia. Esta última condición apunta a los equilibrios del sistema: el ciudadano informado actúa a la vez como “cliente” de las políticas del Estado y como eficiente controlador de éste.

El ciudadano que requiere el Estado reformado es uno informado, que toma decisiones basado en sus propios intereses y buscando siempre su beneficio. Este ciudadano participará del espacio público con una perspectiva utilitaria, dinámica que es reforzada por la acción estatal que utiliza las herramientas del mercado para promover sus políticas y objetivos.

Son individuos que actúan “racionalmente” en la prosecución de sus propios intereses, que interactúan con el Estado y que participarán de las políticas que éste impulse en función de un cálculo costo-beneficio. Con el objeto de cautelar sus intereses, este individuo llegará incluso a controlar, fundamentalmente a través de demandas de información, la actividad de los órganos del Estado. Es decir, no sólo es un “cliente” de los servicios estatales, sino también un “accionista” del Estado, a través del pago de impuestos, que participa activamente en los espacios de control de la gestión pública.

Pueden imaginarse así tres lógicas posibles a las que sirve toda práctica comunicativa emprendida del Estado:

- Una **lógica del debate crítico**, que constituye a sus interlocutores en seres racionales interesados en participar de un debate en torno a las grandes cuestiones de interés público, con el norte del bien común. Los ciudadanos constituyen un *continuum* con el Estado y sus instituciones clásicas (Parlamento).

- Una **lógica de comunicación instrumental o estratégica**, que privilegia el posicionamiento del Estado y sus instituciones –igual que cualquier gran corporación privada - en un entorno dinámico y competitivo, enfrentando las crisis y proyectando una imagen determinada en función de sus prioridades corporativas. Los ciudadanos constituyen un componente más del entorno institucional.

- Una **lógica de la información pública**, más reciente, para la cual la información es un elemento constitutivo de las políticas públicas y no una mera herramienta de imagen. El ciudadano es activo en función de sus intereses, capaz de demandar información y participar de la función de control de los actos del Estado. Esta lógica es característica del paradigma de la nueva gerencia pública (*new public Management o NPM*).

En la actualidad nos resulta casi natural que las instituciones públicas adopten prácticas comunicacionales típicas de la empresa privada, como la “comunicación estratégica”, partiendo en las relaciones públicas e incluyendo hasta el “lobby”. Sin embargo, la reforma del Estado en Chile y otros países, apunta a algo más que controlar con precisión la imagen institucional que se desea proyectar o a limitar los impactos no deseados de tal o cual política entre un público determinado. Esta dimensión, aunque presente, no es la única ni debiera ser la dominante para el nuevo paradigma de reforma, sino que debiera seguirle una concepción de la comunicación pública que, sin apuntar exclusivamente a un público racionante e interesado en las grandes cuestiones del bien público -a la manera un tanto nostálgica de la vida de los cafés europeos que conformaron alguna vez la “esfera pública” de Habermas-

identifique también en los ciudadanos a co-actores de las políticas públicas, que participan de ellas, demandan información sobre ellas e incluso pueden actuar como contrapesos activos del Estado, practicando las numerosas formas de control societal del Estado que el paradigma del NPM no sólo reconoce, sino que estimula y alienta como dimensiones indispensables de su propio funcionamiento. El Estado de hoy no sólo imagina a ciudadanos no pasivos ante su actuar, sino que sabe que sin ellos no podría existir.

4. La TV parlamentaria en Chile

En Chile se han desarrollado experiencias de acercamiento entre el telespectador y el Congreso Nacional, a través de dos canales de la televisión de cable, uno del Senado y otro de la Cámara de Diputados. En éstos se emiten sesiones de las respectivas Salas y algunas Comisiones o entrevistas a parlamentarios, así como una gama de programas culturales y, más recientemente, diversos formatos de discusión entre los parlamentarios (Veglia, 2005).

El Canal de Televisión de la Cámara de Diputados (CDTV) representa la primera experiencia de televisión parlamentaria en Chile y una de las pioneras en América Latina. Durante más de 15 años, la Corporación ha desarrollado un proyecto de medio de comunicación seguido con interés por otros Congresos de la región, en lo que es una experiencia pionera.

En un trabajo anterior (Veglia, 2005) comparamos detalladamente la forma en que las experiencias de la televisión parlamentaria chilena se relacionan con las “buenas prácticas” en dicha materia desarrolladas por el *Cable and Satellite Public Affaire Network (C-SPAN)*, de los Estados Unidos, considerando su misión institucional: dependencia y financiamiento; estructura administrativa y modalidad de toma de decisiones; criterios editoriales, programación y contenidos; grado de integración multimedia y audiencias, valiéndose de la información cuantitativa disponible (*people meter*) y de la arrojada por instrumentos cualitativos, (encuestas y estudios de audiencia), encargados por los propios canales o las instituciones que los respaldan.

Si bien las diferencias de contexto y de recursos entre las experiencias de TV parlamentaria desarrollada en Chile y los Estados Unidos son enormes, pueden obtenerse conclusiones teniendo en perspectiva la forma en que ellas se articulaban con sus respectivos sistemas de televisión, marco normativo e institucional, y con las distintas lógicas comunicacionales privilegiadas en una u otra experiencia.

La primera considera que instalar la televisión digital en Chile puede acarrear una fuerte presión sobre el espectro de frecuencias que compiten para ser incluidas en los sistemas de transmisión, incluido el complejo satélite-cable, los que requieren crecientes anchos de banda. Esta presión afectará de manera particularmente negativa a las señales con baja audiencia y sin protección legal. Con todo, no existe una televisión local o regional que deba ser protegida frente a los grandes consorcios, ya que por norma general, ellas han nacido ligadas a las empresas de cable que han alentado su surgimiento o difundido señales preexistentes ligadas a universidades u

otras instituciones relevantes en cada región.

Con todo, al diseñar políticas públicas sostenibles en materia de televisión parlamentaria y del sector público chileno cabe tener presente su “precariedad institucional”. No existe normativa –ni relación contractual- que ampare a la televisión parlamentaria frente a las empresas distribuidoras de su señal por cable que, en la mayor parte del territorio nacional, se refiere a la única empresa que cuenta, a través de sus filiales, con cobertura nacional (Veglia, 2005).

En la actualidad, ambos canales sólo cuentan con convenios o contratos suscritos con las empresas operadoras de cable, de telecomunicaciones y de producción televisiva que les prestan servicio. Al no contar con un estatuto legal propio, sólo están cubiertos por la protección que brinda la égida de sus instituciones madre. Así, frente a eventuales restricciones de acceso al ancho de banda de transmisión en el complejo cable-satélite, entre otras materias que pueden afectar su desarrollo. Evidentemente, si se aborda el ámbito de la TV digital terrestre con un canal del conjunto del sector público, la definición del marco legal es crucial.

Esta cuestión, y la de los objetivos de la TV parlamentaria, han sido abordadas por dos iniciativas legislativas recientes que, pese a su diferente sello y alcance, convergen en el diagnóstico de precariedad institucional de los canales parlamentarios.

5. Televisión digital, televisión pública y televisión parlamentaria¹

Chile se prepara para recibir en agosto 2010 la Televisión Digital, cuya norma será la japonesa que usa Brasil. Debido a ello, el Congreso Nacional ha discutido profundamente dos proyectos.

El primero de ellos es el proyecto de ley boletín N° 6.191-19, cuyo objetivo es reforzar las exigencias de neutralidad, transparencia y calidad de Televisión Nacional de Chile, modificando el actual estatuto de TVN (ley N° 19.132, de 1992), que ya cumplió su ciclo, pues surgió en un momento político distinto: término del gobierno militar, inicio de la democracia e incremento sin precedentes en el consumo de medios audiovisuales.

La discusión desarrollada en la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara fue muy rica, especialmente en lo relativo a asegurar la eficacia de la gestión de Televisión Nacional y la satisfacción del bien común. Sin embargo, la Sala de la Cámara de Diputados rechazó la indicación que posibilitaba que hubiese un canal de televisión abierta (digital) del Congreso Nacional.

La indicación, propuesta por el Diputado Raúl Súnico, fue la siguiente:

“Impone a Televisión Nacional de Chile la obligación de portar la señal del canal de televisión del Congreso Nacional.

1º El Congreso Nacional, y cada una sus ramas, requieren comunicar directamente a la ciudadanía las funciones legislativas, de fiscalización y representación de los ciudadanos que cumplen, por medio de la televisión, aumentando sus ventanas

¹ Esta sección y la siguiente están basadas en la versión de la discusión sostenida por la respectiva Comisión Legislativa, que en cada caso se indica, y consideran el significativo aporte de Alicia Gariazzo.

de difusión.

Actualmente las señales de los canales de la Cámara de Diputados y del Senado son portadas por los distribuidores de televisión por cable, cuya audiencia es muy reducida, llegando a 32,1% en diciembre de 2008², en comparación a prácticamente el 100% de los hogares que cuentan con televisor y son potenciales receptores de las señales de la televisión abierta.

Las señales de ambas ramas del Congreso Nacional sólo son portadas por las empresas distribuidoras de televisión por cable y satelital (servicios limitados de televisión) que voluntariamente desean hacerlo³, ya que no existe norma que les obligue a hacerlo. Las distribuidoras que portan sus señales dentro de su parrilla de canales lo hacen en frecuencias alejadas de las que ocupan las señales de los canales nacionales de libre recepción que portan, lo que dificulta su localización a la teleaudiencia. Por último, sus señales son transmitidas con baja calidad técnica, impidiendo su adecuada recepción y bajando su sintonía.

Para conseguir que la señal del canal de la Cámara de Diputados sea vista, especialmente en localidades apartadas de los grandes centros urbanos, éste debe subir su señal a un satélite, destinando a ello aproximadamente un tercio de su presupuesto anual, y proporcionar gratuitamente cajas decodificadoras a los canales regionales o locales para que bajen dicha señal desde el satélite y puedan difundirla a sus teleaudiencias.

2º Por las razones señaladas, la señal de los canales de televisión del Congreso Nacional debería ser transmitida por televisión abierta, para aumentar su cobertura televisiva y, consecuentemente, su sintonía.

3º Debido al alto costo de montar una red de antenas propias, los canales parlamentarios deberían difundir su señal por medio de una red de antenas ajena.

4º Ambas ramas del Congreso Nacional deberían emitir una señal de televisión digital conjunta para la televisión abierta.

Podría crearse un “Canal Parlamentario” cuya prioridad sea la transmisión de las sesiones de trabajo en la Sala y en Comisiones de ambas corporaciones, en forma paritaria y equilibrada; así como de programas informativos, de entrevistas, de debates relacionados con el quehacer parlamentario que se desarrolla en ellas, y de formación cívica, que los actuales canales de televisión de la Cámara de Diputados y del Senado produzcan, separada o conjuntamente, sin perjuicio de la transmisión de programas producidos por terceros.

La gestión superior del canal parlamentario que se cree podría estar a cargo de una Comisión Bicameral, siguiendo el modelo francés y mexicano.

5º El cambio desde el actual sistema de televisión análoga a uno de televisión digital es una oportunidad para que el Congreso Nacional cuente con un canal de televisión cuya señal sea transmitida por la televisión abierta, debido al incremento en el número de canales que ello significará, cualquiera sea la norma de televisión digital que se adopte (estadounidense, europea o japonesa).

² Datos publicados por Subtel en su portal web.

³ Telefónica (cable), Telmex (cable) y Direct-TV (televisión satelital) se han negado a transmitir la señal del canal de la Cámara de Diputados. VTR lo hace, pero en una frecuencia muy distante de los canales nacionales de señal abierta.

De manera que, cada uno de los canales podrá portar más de una señal en su concesión, así su propia señal televisiva, una de datos, telefonía, u otras señales de televisión.

6º Televisión Nacional de Chile como empresa estatal y canal de televisión nacional y en el marco del explícito “servicio del bien común” que el proyecto de ley en estudio le asigna, debería, además de postular a una concesión para la transmisión de una señal de televisión abierta digital, en reemplazo de su actual concesión análoga, hacerlo a una concesión de servicios intermedios que le permita ser portadora de señales adicionales a la suya propia de televisión dentro de dicha concesión, pudiendo portar, entre otras, la señal del canal parlamentario que el Congreso Nacional cree.

Considerando las razones expuestas, vengo en proponer la siguiente indicación para que se incorpore como nuevo inciso 3º al artículo 3º del proyecto de ley que modifica la Ley Nº 19.132 de Televisión Nacional de Chile: “Televisión Nacional de Chile deberá portar la señal del canal de televisión perteneciente al Congreso Nacional dentro del espectro correspondiente a su concesión de televisión digital terrestre.”

En la discusión pública, algunos medios de comunicación presentaron esta indicación como un intento de control político sobre los contenidos editoriales de Televisión Nacional, desconociendo que su pertinencia arranca, justamente, de apuntar a regular las nuevas formas que deberá adoptar la modalidad de “Televisión Pública” que hemos desarrollado en Chile, a partir de la entrada en vigencia de la TV digital.

La reacción frente a este planteamiento revela el predominio de una lógica corporativa en el seno de TVN y su escasa disposición a discutir en un marco más amplio una redefinición fundamental de la forma de abordar el rol de la televisión pública, discusión que evidentemente compete a más actores que al solo directorio de esa empresa.

De la misma manera en que parte importante de la programación de C-SPAN se define a partir de la selección del público (a qué eventos políticos y de entidades públicas dar cobertura), cabría imaginarse un plebiscito nacional sobre qué temáticas debiera destinar TVN a las nuevas frecuencias a las que tendrá acceso en el marco de la TV Digital.

Si ya hubo amplio interés público y mediático en torno a la selección de la norma técnica de transmisión y de su impacto respecto de los equipos disponibles en cada hogar, ¿no cabe esperar un interés público aún más amplio al discutir qué tipo de contenidos quisiéramos ver en la televisión pública 2.0?

6. TV digital y canales de televisión abierta

El segundo, es el proyecto de ley boletín N° 6.190-19, cuyo objetivo es permitir la digitalización de las señales televisivas en el menor tiempo y con la mayor cobertura y calidad posibles.

La televisión digital terrestre reúne todas las cualidades deseables para desarrollar la comunicación de la política con la ciudadanía: llegará por señal abierta, libre de pago, a todos los hogares del país y permitirá la interactividad, lo que

junto a la masificación de los servicios de telecomunicaciones producirá igualdad de oportunidades por el “dividendo digital” que se obtendrá con la migración desde la banda VHF a la UHF.

En la actualidad, los canales de televisión son entidades integradas, porque la concesión de televisión está vinculada a la concesión de uso de un ancho de banda determinado en el espectro radioeléctrico, que sólo puede emplearse con ese propósito y sólo permite la emisión de una señal de televisión abierta. La ley prohíbe administrar más de un canal, lo que se justifica en el contexto de la televisión analógica, pero no ante las nuevas posibilidades tecnológicas.

Ello, pues la tecnología digital permite destinar el ancho de banda asignado a la transmisión de múltiples señales de televisión distintas y a la prestación de otros servicios como televisión digital móvil, servicios de datos, etc., lo que propicia mayor flexibilidad en el modelo de negocios. Por ejemplo, los operadores de redes pueden no emitir señales propias, sino arrendar espacio en su frecuencia y/o infraestructura (antenas) a terceros, o ceder a terceros su capacidad de transmisión remanente.

Se contempla como reserva mínima que 40 por ciento de las frecuencias radioeléctricas sea asignada a concesiones regionales, locales y comunitarias o a concesiones nacionales que el Consejo califique como culturales, permitiendo contar con transmisiones de alcance nacional de contenido educativo-cultural como alternativa a las de corte generalista.

Se refuerzan y amplían las causales de aporte del Estado para financiar o subsidiar la producción, transmisión y difusión de programas para las zonas fronterizas, extremas o apartadas y para casos en que por razones de alto costo o inexistencia de interés comercial no haya financiamiento privado, estableciéndose, al mismo tiempo, preferencia para los concesionarios de tipo local y comunitario.

Se contempla la posibilidad de imponer condiciones en relación a la publicidad que puede emitirse en la transmisión de programas subsidiados, como la transmisión gratuita de campañas de utilidad o interés público, mecanismo que equilibra la necesidad pública y la carga económica para los concesionarios, su autonomía editorial y la participación del Consejo, que puede dar garantías de imparcialidad.

Pese al rechazo de la indicación del diputado Súnico, la regulación de la TV digital ofrece una oportunidad única para aunar esfuerzos de todas las instituciones del Estado, para que no sólo los debates del Congreso Nacional se transmitan a todos los chilenos, sino también la actividad desarrollada por sus restantes instituciones, pues, probablemente concite mayor apoyo la idea de un canal dedicado a los “Asuntos Públicos” en sentido amplio.

La TV digital permite implementar esta idea a bajo costo, puesto que se incrementará la cantidad de canales por ancho de banda de uno a cuatro estaciones por operador. El costo de un canal de este tipo es bajo, y más aún si se consideran sus ventajas, siendo lo más complicado la dependencia, coordinación y representación del conjunto de instituciones.

Es imprescindible iniciar esta discusión, pues utilizar todas las posibilidades que permite la tecnología para mejorar la relación del Estado con la ciudadanía y de ésta con la política no sólo es una obligación cívica y política, sino también ética.

Un canal que vincule al Estado de manera interactiva con la ciudadanía, es una herramienta indispensable en el desarrollo democrático.

Así, la discusión legislativa debe referirse a la forma en que los concesionarios deben cumplir las exigencias de bien público que el Estado fije para estas nuevas concesiones. Al respecto, surgen varias preguntas: ¿Tiene sentido la gratuidad de las concesiones si los concesionarios dejaron de ser únicamente las universidades y el Estado? ¿O que las concesiones sean indefinidas atendida la rapidez de los cambios tecnológicos? ¿O asignar una concesión televisiva a un determinado actor económico sólo para que “informe, eduque y entretenga” cuando las posibilidades de los medios actuales se han multiplicado? ¿O que las opciones que adopte TVN frente a la TV digital –cuántas señales transmitir, qué temáticas abordar en cada una, incluir o no una señal en alta definición - sólo sean discutidas por sus ejecutivos y Directorio? ¿Debieran ser objeto de una discusión pública más amplia?

Estas preguntas superan con creces el marco legal que debiera darse a la TV digital en el país y más bien se entrecruzan con el recorrido que ha tenido en el país la discusión sobre la “televisión pública”.

7. Hacia una agenda modernizadora en la TV pública chilena

Antes de plantearse expandir el modelo de los canales de TV parlamentaria en Chile hacia los demás órganos del Estado, cabe preguntarse si representa la teledifusión de los debates parlamentarios un aporte a su comprensión, en términos de favorecer un debate racional –en el sentido de Habermas- y la formación de una conciencia crítica, ¿Se limitan estos canales a constituir una estrategia de posicionamiento institucional o “relaciones públicas”, como tipo de “comunicación estratégica”? ¿O poseen un alcance distinto, al considerar a los ciudadanos como actores que demandan información en cuanto ésta es un elemento constitutivo y no meramente instrumental de las políticas públicas y el acceso a ella, una herramienta de participación y control ciudadano?

En Chile la noción de televisión parlamentaria, y más ampliamente, la “televisión pública”, se asocia directamente a la acción del Estado, por la génesis histórica de la TV en Chile (Fuenzalida, 2000). Durante el siglo XX, la participación en asuntos públicos estuvo prácticamente monopolizada por los partidos políticos y sólo muy recientemente se habla de “sociedad civil”, en torno a la cual el Estado se encuentra con los ciudadanos configurando el espacio de “lo público”.

Para algunos estudiosos de la televisión en Chile, parte importante de las recomendaciones de políticas debieran integrarse en una “Agenda para el Desarrollo de la Televisión del Sector Público Chileno”, que contemple dimensiones político-institucionales, asuntos de temática o contenido y tratamiento, y consideraciones referidas a las enormes posibilidades abiertas para la difusión televisiva de las temáticas constitutivas de los “Asuntos Públicos” y del quehacer de las instituciones del “sector público”.

Fuenzalida (2000) propone una verdadera “Agenda de Modernización de la TV pública latinoamericana” orientada a la construcción de “*un modelo*

latinoamericano de televisión pública” que supere la atávica tendencia criolla a imitar descontextualizadamente los aportes del “racionalismo-iluminista” europeo. Tal agenda debe abordar, entre otros aspectos, la evaluación de la experiencia regional en TV pública, la utilización del “lenguaje semiótico particular de la TV”, el “carácter industrial” de la empresa televisiva, la percepción de la TV pública por parte de su audiencia, la tendencia hacia la convergencia multimedia y, muy característicamente, las condiciones para una efectiva “autonomía política” de la televisión pública. Ello, al considerar que asistimos a “un momento histórico de bifurcación: reforma modernizadora profunda o privatización”.

8. Televisión parlamentaria y esfera pública

Como hemos señalado, pueden imaginarse tres lógicas posibles a las que sirve toda práctica comunicativa emprendida desde el Estado: una que privilegia el debate racional por parte de un público informado; otra, el posicionamiento estratégico de las instituciones a la que sirve; y una tercera, más reciente y alineada con los ejes del proceso de reforma y modernización del Estado, que ve a la información como un componente constitutivo de un sistema público que requiere de ciudadanos informados y activos para alcanzar su equilibrio.

Como lo arrojará nuestro trabajo de *Benchmarking*, “parece haber un correlato entre el predominio de una lógica de representación institucional, característica de la denominada “Comunicación Estratégica” (Chile), o de la lógica del acceso a la información pública, característica de los sistemas políticos que otorgan una alta importancia los mecanismos de “*Accountability*” entre los actores del sistema (EUA), y el grado de incidencia de los canales parlamentarios en el debate político y social de cada país. Es decir, más allá de la obvia disparidad de recursos, las lógicas orientadoras de cada experiencia parecen determinar significativamente su impacto en la comunidad a la que se integran. Más específicamente, parece determinante la consistencia entre las lógicas dominantes en cada una de las diferentes prácticas de comunicación política, respecto de los principios articuladores de su respectivo sistema político” (Veglia, 2005).

En ese mismo trabajo formulábamos una alerta que encuentra aún mayor validez si lo que se intenta encarar es un proyecto de televisión para el conjunto del sector público: “el predominio de los criterios representativos de la “proporcionalidad parlamentaria” en la estructuración de la oferta programática de los canales de la Cámara de Diputados y el Senado en Chile, los hace aparecer como bastante alejados de las nuevas lógicas que a partir del proceso de reforma y modernización del Estado han ido desarrollándose en el país, fundamentalmente en lo que se refiere a la relación de este último con los ciudadanos (...) Más ampliamente, en el seno de una sociedad globalizada y en la que los medios de comunicación constituyen un factor omnipresente, la lógica puramente institucional resulta insuficiente para estructurar un discurso convocante y atractivo para una audiencia amplia” (Veglia, 2005).

No menos importante es considerar “la perspectiva de la audiencia”, para la cual es difícil distinguir un canal parlamentario de otro (se aproxima al Congreso

Nacional como unidad, sin diferenciar entre las Cámaras); y cuyo interés parece centrarse más en conocer cómo son tratadas las materias que le afectan que en obtener información detallada sobre las particularidades de cada cámara o los méritos de cada parlamentario; o la dependencia institucional y el financiamiento necesario para sustentar en el largo plazo un canal de televisión dedicado a la información del sector público chileno.

Sobre el financiamiento, entre el puramente estatal (Chile) y el exclusivamente privado (EEUU), se han desarrollado alternativas intermedias. Así, en la Asamblea Nacional de Québec (Canadá), las actividades de comunicación y extensión son financiadas por la Fundación de Comunicaciones de la Asamblea Nacional, dirigida por la Asamblea, pero financiada principalmente por aportes privados. En este aspecto, lo central es tener una visión integradora sobre esta nueva actividad del Estado.

Los treinta años de C-SPAN en los Estados Unidos se sostienen no solo por un mayor nivel de recursos, sino fundamentalmente en la concepción del rol de la “publicidad política” en la conformación de una sociedad integrada, en la que sus diferentes actores son activos en demandar información, como forma de jugar a cabalidad sus papeles en la organización social. La tarea de poner al alcance de todos la información relativa a los “asuntos de interés público”, es considerado un bien del conjunto de la sociedad. Así, resulta natural en un sistema político como el norteamericano que un consorcio privado, representante de todas las empresas de TV por cable del país, sea responsable de difundir tal información en condiciones que garanticen la imparcialidad y la expresión de los distintos puntos de vista y sin fines de lucro. Al parecer, a los norteamericanos esta opción les resulta más confiable que dejarla en manos del propio Congreso, como en Chile.

La lógica que prevalece en el caso de C-SPAN es la de la información pública entendida como elemento constitutivo del sistema político. Sin una plena y libre circulación de aquella, éste simplemente no puede funcionar. De allí la centralidad que en ese país se otorga a las libertades de expresión y de prensa. Es destacable la forma en que el desarrollo tecnológico ha sido visto como un elemento que contribuye a redefinir constantemente las formas que aborda una misma misión institucional, centrada en su contribución a la “esfera pública”, adecuándola a un entorno cambiante y sus nuevas exigencias. Ello ha permitido un fuerte dinamismo que ha incorporado modalidades nuevas de participación de los ciudadanos en la definición de los eventos que serán transmitidos por C-SPAN, desarrollar ofertas específicas de contenidos y medios para diferentes segmentos de público, así como una fuerte integración multimedia que ha llevado a su director a señalar que el medio del futuro es la internet más que la televisión como la conocemos hoy.

9. TV digital e integración multimedia

Es necesario evaluar si los canales parlamentarios chilenos incorporan elementos que contribuyan sistémicamente a hacer posible el acceso ciudadano a la información pública y a favorecer el desarrollo de una discusión pública de

mejor nivel. En este desafío tan importante como lo que se desarrolle en materia de televisión, es proyectarlo, vía integración multimedia, en la internet, asumiendo su característica distintiva: la interactividad. Se trata de abordar las “comunicaciones” de una forma radicalmente diferente, que permita incorporar en forma activa a los ciudadanos en la propia gestión de las entidades públicas, como han hecho una serie de servicios públicos nacionales, al aplicar exitosamente los principios de la reforma del Estado. Las políticas editoriales debieran tomarlos en cuenta al concebir nuevos programas y su forma de realización, y alentar a sus responsables a usar la tecnología del presente –el trabajo en red- en una forma que favorezca el desarrollo de secciones de opinión del público, la votación u otros mecanismos de participación e interactividad con la televisión parlamentaria, en lugar de concebirla como un mero medio de posicionamiento institucional, una “cuestión de imagen”.

La experiencia de C-SPAN demuestra que el desarrollo de una amplia gama de herramientas multimedia, definidas en función de segmentos específicos de audiencia y concebidas a partir de la propia demanda de sus usuarios, no se contradice con una definición nítida del “núcleo del negocio”: la transmisión directa, sin edición y minuto a minuto de las sesiones de la Cámara de Representantes y el Senado. La integración apunta a permitir el acceso pleno a una información que, por su naturaleza, es del interés potencial de todos los ciudadanos –los debates legislativos-, y a favorecer el desarrollo de un amplio debate ciudadano, en función de la diversidad de perspectivas que nacen en la propia audiencia.

Un primer paso en esta dirección sería la reformulación de las páginas web de los canales parlamentarios, orientándolas a convertirse en una herramienta multimedia de interacción y participación de sus audiencias, en lugar de simples portales de información. El servicio de distribución de copias de video, entregado hasta hace poco por medios físicos, hoy se entrega virtualmente bajo la modalidad *video on-demand*.

Modalidades de participación en programas en desarrollo, vía correo electrónico por ejemplo, o en la definición de programas o contenidos por desarrollar a través de encuestas en línea, son herramientas de uso habitual en los medios de hoy, que fácilmente podrían incorporarse a nuestra televisión parlamentaria.

Para que estas iniciativas puedan ser exitosas requieren, además y hasta previamente, estar apoyadas en estudios de audiencia y de impacto de los medios de comunicación de las Cámaras. El fenómeno de pérdida de la centralidad de la política ha sido acompañado de un desinterés relativo del mundo académico por este ámbito, en beneficio de campos como la economía, por ejemplo. Esta pérdida de interés afecta de manera muy marcada al subsector Poder Legislativo dentro de las Ciencias Políticas. Existen pocos centros de estudio que sigan en forma sistemática las discusiones legislativas, el comportamiento de sus actores o evalúen sus instituciones. Lo que se traduce también, en un bajo interés académico por las experiencias comunicacionales desarrolladas en el Congreso.

Una política de mayor envergadura en este ámbito debe estar dada, entonces, por el estímulo a la investigación académica sobre el Congreso Nacional en todas sus áreas, incluyendo la ligada al ámbito de la comunicación política. El subdesarrollo

relativo de ésta no se condice con las tendencias mundiales, que muestran una centralidad cada vez más alta de las comunicaciones en la política, como nos recuerda Sartori con su tesis de la “video-política”. Resulta imperativo acordar una alta prioridad a los estudios acerca de la percepción de las instituciones públicas y, en particular, a los que aborden el análisis de la audiencia de los medios de comunicación de organismos estatales, como los canales de televisión parlamentaria.

Como ha quedado en evidencia al comparar la escasa información disponible respecto de estos últimos en relación a su símil norteamericano, resultan necesarios estudios cuantitativos y cualitativos de audiencia.

10. Acceso a la información pública: un principio articulador

La aplicación en los órganos del Estado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, recientemente aprobada, ha ofrecido una nueva oportunidad para constituir la lógica de la información pública en una de los ejes de la acción comunicacional del Estado, yendo más allá de la pura concepción instrumental o estratégica del “posicionamiento institucional”.

Ya en la etapa de discusión parlamentaria, al establecer que la información en poder de los organismos públicos será pública como norma general y establecer que las excepciones a la publicidad deban ser establecidas por ley y no por simple decreto administrativo, se estaba atacando el núcleo duro de “la cultura del secretismo” de la Administración Pública y del propio Congreso Nacional (Veglia, 2005).

Tanto el debate legislativo como el proceso de aplicación de esta ley demostraron que no se trataba sólo de una cuestión de procedimientos, sino fundamentalmente de modificar la cultura organizacional de las reparticiones estatales. La incorporación de esta nueva lógica de la información pública posibilita un cambio no menor, pues es plenamente consistente con las orientaciones principales del Pryme.

Estas consideraciones requieren formulaciones específicas para transformarse en orientaciones para los canales parlamentarios y otros que se anuncian, por ejemplo, desde el Poder Judicial. Se trata de que los órganos y las autoridades que cumplen la función editorial en ellos, incorporen las prioridades y temáticas de la lógica de acceso a la información pública, con la misma fuerza que abordaron el posicionamiento institucional.

Un desarrollo sostenido de las políticas editoriales en esta materia, así como de las rutinas informativas asociadas (Sant’Anna, 2009), debiera contribuir a lograr una articulación más eficiente entre las prácticas comunicativas del Poder Legislativo y los principios inspiradores del proceso de reforma del Estado.

En el caso norteamericano, justamente la mayor consistencia o integración a una lógica común genera importantes sinergias para el cumplimiento de la misión institucional, la de C-SPAN, semejante, en términos formales, a la que se han autoasignado los canales parlamentarios chilenos.

Finalmente, debemos insistir en la prioridad que debe asignarse a una política pública que apunta a mejorar la calidad de la información y la discusión política en el país, en el actual marco del desarrollo democrático chileno. El complejo TV digital-

Internet ofrece una oportunidad enorme para acceder a las nuevas generaciones que, más que estar desinteresadas por los asuntos públicos, no se identifican con los estilos y formas actuales de la comunicación política.

Aprisionada en un sistema de medios que orientado exclusivamente por el mercado y que sirve muy deficientemente las prioridades públicas en el ámbito de la política y los asuntos públicos, nuestra televisión ha demostrado ser muy insuficiente como instrumento articulador de la vida colectiva, más allá de las repetitivas campañas de cada invierno o un reducido espacio programático para las creaciones culturales nacionales. De no mediar las elecciones, la política y sus temáticas de más largo alcance serían casi inexistentes en nuestra televisión y cabe preguntarse si la “franja de propaganda política” es realmente la mejor forma de representar la centralidad que la política adquiere cada cuatro años.

Las consideraciones precedentes pudieran contribuir, entonces, al diseño de una agenda de modernización de la televisión pública chilena y, probablemente, tengan un alcance mayor si se miran como una pequeña parte de un esfuerzo semejante. El dinamismo del cambio tecnológico, sumado a la flexibilidad que ha demostrado el Congreso Nacional para albergar dos pequeñas pero ambiciosas experiencias televisivas, pudiera conjugarse para abordar la pregunta de fondo que ha recorrido este trabajo: ¿Cómo contribuir a un mejor conocimiento de lo que discuten los parlamentarios en el Congreso por parte de los ciudadanos, a través de un canal de televisión?

Esa misma pregunta puede extenderse al conocimiento y la cercanía de los ciudadanos respecto del conjunto de las instituciones públicas. ¿Cuánto podría contribuir a ello el contar con un “Canal de Televisión del Sector Público” chileno, operado con estándares similares a los de C-SPAN y con un directorio de integración plural, como son ambas cámaras del Congreso? La televisión digital bien podría posibilitar una perspectiva semejante y sólo restaría integrar recursos y perspectivas. El desafío es mantener el norte en el ciudadano y sus demandas y no meramente en la lógica autorreferente de las instituciones.

Bibliografía

- Behn, R. *“Rethinking Democratic Accountability”*, Brooking Institution Press, Washington D.C., 2001.
- Consejo Nacional de Televisión, *“Televisión Regional: Televisión con Identidad”*, en CNTV, publicación del Consejo Nacional de Televisión, Santiago, julio 2005.
- Ferry, Jean-Marc, *“Las Transformaciones de la Publicidad Política”*, en *“El Nuevo Espacio Público”*, GEDISA Editorial, Barcelona, España, 1998.
- Fuenzalida, Valerio, *“La Televisión Pública en América Latina: Reforma o Privatización”*, Fondo de Cultura Económica, Santiago, Chile, 2000.
- Godoy, Sergio, *“¿Públicamente Rentable? Evaluación de la TV Chilena Orientada al Mercado”*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2000.
- Habermas, Jurgen, *“Historia y Crítica de la Opinión Pública. La Transformación Estructural de la Vida Pública”*, Ediciones Gustavo Gili, Barcelona, España, 1994.
- Noëlle-Neumann, Elizabeth, *“La Espiral del Silencio. Una Teoría de la Opinión Pública”*, en *“El Nuevo Espacio Público”*, GEDISA Editorial, Barcelona, España, 1998.
- Sartori, Giovanni, *“Homo Videns: La Sociedad Teledirigida”*, Editorial Taurus, Colección Pensamiento, Madrid, España 2003.
- Sitton, John, *“Habermas y la Sociedad Contemporánea”*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- Sant’Anna, Francisco, *“¿Quién hace la noticia en el Parlamento brasileño? Análisis comparativo de las rutinas de los newsmakers del Senado Federal.”* Revista Nueva Época Nº 12, Departamento de Estudios de la Comunicación Social, Universidad de Guadalajara, México, 2009.
- Tironi, Eugenio y Cavallo, Ascanio, *“Comunicación Estratégica: Vivir en un Mundo de Señales”*, Editorial Taurus, Santiago, Chile 2004.
- Thompson, John B., *“La Teoría de la Esfera Pública”*, tomado de *“Voces y Cultura Nº 10”*, Barcelona, España, 1996.
- Touraine, Alain. *“Comunicación Política y Crisis de la Representatividad”*, en *“El Nuevo Espacio Público”*, GEDISA Editorial, Barcelona, España, 1998.
- Veglia, Juan, *“Benchmarking entre los Canales de Televisión de la Cámara de Diputados y el Senado de Chile y la Red de Difusión de los Asuntos Públicos, C-SPAN, en EE.UU.: la noción de Lo Público en el Debate Político e Institucional”*. Tesis para optar al grado de Magíster, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2005.

Competencias del Tribunal Constitucional

VI

Modificaciones a la ley orgánica del Tribunal Constitucional introducidas por la ley

N° 20.381*

Carlos Carmona Santander**

Con la ley 20.381 se puso término a una etapa que se extendió desde el 11 de marzo de 2006 hasta la entrada en vigencia de esa norma. Durante ese período el Tribunal Constitucional decidió conocer y ejercer las facultades que le había otorgado la reforma constitucional de 2005, a pesar de que por entonces no existió una ley orgánica que las regulara, lo cual se convierte en una situación muy particular, pues el Tribunal aplicó directamente la Carta Fundamental.

En uno de los fallos más significativos en la materia (Rol N° 499), el Tribunal expresó que estaba regido por el principio de inexcusabilidad, en el sentido de que lo medular de sus facultades se encontraba regulado en la Constitución; y que la protección de los derechos que podían quedar sin cobertura justificaba el ejercicio de las facultades que le otorgaba la reforma de 2005, a pesar de que no se aprobara aún la modificación a su ley orgánica.

Durante ese período dictó una gran cantidad de sentencias de inaplicabilidad y, como se indicará posteriormente, de esa época datan los tres casos de derogación de leyes que presenta el Tribunal Constitucional.

* Artículo basado en la exposición desarrollada en el Seminario sobre Tribunal Constitucional, realizado por la Academia Parlamentaria el día 26 de abril de 2010, en la sede del Congreso Nacional.

** Abogado, profesor de derecho administrativo en la Universidad de Chile y en los magísteres de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica y de la Universidad Diego Portales. Es ministro del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, la ley 20.381 termina con un período, que se extiende prácticamente por tres años, en que el Tribunal aplica directamente la Constitución y ejerce las facultades que le entregó la reforma de 2005, sin ley orgánica Constitucional. A partir de la puesta en vigencia de esa legislación, el Tribunal está regulado en sus atribuciones básicamente por normas de procedimiento.

En estos cuatro años, de 2006 a 2009, se observan ciertas tendencias que es posible destacar. La primera de ellas es que el Tribunal Constitucional se ha convertido en un tribunal de inaplicabilidades. Casi el 87 por ciento de su trabajo se relaciona con esta atribución, y excepcionalmente con el resto.

En segundo lugar, la facultad del Tribunal de derogar preceptos legales por ser contrarios a la Constitución, cuando antes han sido declarados inaplicables, ha sido ejercida sólo en tres oportunidades. De ella, dos las ejerció de oficio y en la otra, a petición de una corte de apelaciones. Ha rechazado tres derogaciones, incluida la de este año, relacionada con la ley de isapres, y una ha sido declarada inadmisibles.

Las tres derogaciones han sido precedidas de varias inaplicabilidades: la del N°116, del Código Tributario, fue precedida de 32 inaplicabilidades por la situación especial de la delegación de facultades que hacía el director regional para resolver conflictos; la del N° 171, del Código Sanitario, esto es, la facultad de consignar para poder reclamar fue precedida de 6 inaplicabilidades; y la del N° 595 del Código Orgánico, o sea, la gratuidad para que los abogados de turno ejerzan esa carga pública, fue precedida de 2 inaplicabilidades.

En esas tres sentencias, el Tribunal delineó los criterios interpretativos conforme a los cuales trataría de resolver esas derogaciones, y que son los siguientes:

1. El Tribunal sostiene que declarar inconstitucional una ley y, por tanto, derogarla, es la última ratio del sistema y, por ende, sólo es posible que el Tribunal haga esa declaración si no es posible encontrar una interpretación armonizadora entre la Constitución y el precepto legal que se examina.

2. El Tribunal ha declarado que debe evaluar el vacío que significa la nocividad, los efectos que produce la derogación del precepto legal, antes de tomar una decisión en la materia.

3. El Tribunal ha señalado que aquello constituye una facultad y no un deber. Sobre todo porque la ley orgánica vincula muy claramente las inaplicabilidades con la acción de inconstitucionalidad y el Tribunal ha manifestado que la inconstitucionalidad debe serlo en todo evento y modalidad de aplicación. En cambio, la inaplicabilidad basta que sea en un solo caso.

4. El Tribunal ha sostenido que la existencia de varias inaplicabilidades previas, o de sólo una, es una causal, pero no obliga al Tribunal a declarar la derogación respectiva. Esto es importante, porque gran parte de los casos pendientes que hoy mantiene el Tribunal se concentran en determinadas áreas. Una de ellas tiene que ver con las isapres; es decir, la impugnación de la tabla de factores, donde debe haber alrededor de 120 inaplicabilidades pendientes por parte del Tribunal Constitucional, es decir, la gran mayoría. Cualquier decisión que pueda tomar el Tribunal en esta materia estará precedida por estos criterios.

La tercera característica que se observa dice relación con un tribunal de inaplicabilidad con muy pocas veces haciendo uso de la facultad de derogación, debido a que hay muchísimos menos requerimientos de parlamentarios objetando proyectos de ley. En el pasado hubo muchos más, hoy sólo los tres casos mencionados.

No es clara la razón que explica esto, pero sin duda una de ellas puede ser la viabilidad que se presta para las inaplicabilidades. Es decir, la posibilidad de que una norma entre en vigencia no deja en la indefensión a la persona, pues puede recurrir al Tribunal por la vía de la inaplicabilidad, en la que hay particularismos. Muchos ciudadanos comunes recurren al Tribunal Constitucional y sobre todo hay muchos requerimientos de inaplicabilidad que buscan la suspensión del procedimiento que constituye la gestión judicial pendiente que establece la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

La ley 20.381, por otra parte, lleva a efecto la reforma de 2005, pero tiene varias e importantes innovaciones en la materia. La ley orgánica del Tribunal tenía muy pocas modificaciones previas; de hecho, son sólo cuatro y muy específicas. Por lo tanto, con la nueva norma se produce la gran reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional.

El examen de la ley le significó al Tribunal prácticamente un año de trabajo. Es la ley que más se ha demorado en control preventivo y la que cuenta con la sentencia más extensa. En la actualidad, tras la reforma se dispone de plazos muy perentorios. Presenta un número importante de prevenciones y disidencias, por lo que es bastante difícil asimilar y comprender qué quiso decir el Tribunal, dada su considerable dificultad técnica.

Las innovaciones en regulaciones que hace la ley orgánica del Tribunal Constitucional, son de tres tipos. En primer lugar, innovaciones que podríamos llamar sustantivas, que tienen que ver con la inconstitucionalidad; en segundo lugar, con aspectos procedimentales y, en tercer lugar, con aspectos orgánicos del Tribunal.

En los aspectos sustantivos, la gran innovación de la ley orgánica corre por dos vías. Por una parte, y que es lo más novedoso, si bien desarrolla los preceptos que están en la Constitución, que en cierto sentido los define y ubica en el momento del examen que debe hacer el Tribunal Constitucional, hace de la inconstitucionalidad un asunto más complejo de lo que se pudiera creer. Normalmente, se tiende a pensar que basta alegar la contradicción de la norma con la Constitución, pero a través de una serie de normas la Ley Orgánica se encarga de establecer requisitos adicionales a la mera infracción.

Por ejemplo, la Ley Orgánica exige que el precepto tenga relevancia en la decisión a tomar, lo cual implica hacer una proyección de si la norma tendrá o no impacto en la gestión respectiva.

Por otra parte, establece que toda objeción de constitucionalidad necesita de una debida fundamentación. Por lo tanto, implica establecer un test del fundamento plausible.

Ahora bien, el fundamento plausible es un estándar que obliga a quien alega la inconstitucionalidad a justificar las razones por las que la presunción de

constitucionalidad no se da en el caso concreto que alega. Por lo tanto, implica razonar para romper la presunción y, en tal sentido, radica en él la carga de la prueba.

En consecuencia, el requerimiento ante el Tribunal Constitucional no es una mera denuncia en que el afectado comunica al Tribunal una infracción. Es algo más que eso; es comprobar, no intentar convencer en una primera instancia, que existe un vicio y un razonamiento para construir el vicio de inconstitucionalidad. No es como el recurso de protección en que se comunica al Tribunal y se le pide ciertas gestiones. Por lo tanto, implica un cambio en la concepción de la inconstitucionalidad; no es una mera infracción, sino que además debe fundarse adecuadamente.

La ley orgánica establece otro requisito adicional, cual es que, por la armonía que debe haber entre los controles preventivos y represivos de constitucionalidad de distintos preceptos, despejada la objeción de constitucionalidad en el control preventivo, no se puede volver a discutir el asunto.

Lo complejo de este requisito es que el Tribunal tiene el criterio de considerar que la inaplicabilidad es un control concreto, mientras que el control preventivo, obligatorio, facultativo, es un control abstracto. Surge entonces la pregunta ¿de qué manera algunos vicios, que fueron despejados en el control preventivo, se materializan en el control concreto?, situación que obliga al Tribunal a ser bastante transparente al momento de configurar o despejar los vicios de constitucionalidad, de modo que no se preste para ambigüedades más tarde, cuando conozca de posibles inaplicabilidades y, posteriormente, de acciones de inconstitucionalidad

Lo mismo sucede cuando la Ley Orgánica vincula, con claridad, la inaplicabilidad con la acción de inconstitucionalidad, en que exige que la derogación por parte del Tribunal, deba fundarse en los mismos vicios que, en su momento, tuvo para declarar una o más inaplicabilidades que la precedieron.

Otro aspecto sustantivo que aborda la ley orgánica, además de esta complejización de la inconstitucionalidad, son los efectos de las sentencias.

Si bien hay efectos que están regulados en la propia Constitución y que se refieren al efecto inmediato de su sentencia (por ejemplo, si objeta una norma legal en el control preventivo, ésta nunca se convertirá en ley, por causa de la derogación), hay aspectos que son, en cierto sentido, algo oscuros.

Hay elementos que están regulados en la Constitución. Así, la Carta Fundamental establece que si el Tribunal acoge un requerimiento que impugna un decreto supremo, éste queda derogado de pleno derecho. El punto es que la expresión “de pleno derecho” es utilizada por primera vez en la Constitución, en todo su articulado, y es el efecto de lo que podríamos denominar “la nulidad de derecho público”; es decir, que la norma nunca existió.

En cambio, tratándose de los autos acordados de los decretos con fuerza de ley y de las leyes que son derogados por el Tribunal, éste produce efectos hacia el futuro, no son retroactivos.

Pero, ¿cómo opera tal derogación, por ejemplo, si el Tribunal derogara una normativa en materia de tabla de factores de las Isapres? ¿Qué pasaría con los contratos vigentes? ¿Rige *in actum* y, por tanto, se entiende modificado inmediatamente el contrato respectivo o es inmune ante la derogación, hasta que termine su vigencia?

Ése es el punto que no está bien zanjado ni en la Constitución ni en la ley.

La lógica que hay detrás es evitar que se afecten situaciones consolidadas, lo cual implica rechazar tal ley de inmunidad respecto de situaciones en curso. Pero salvo ese criterio básico, que se aprende a partir de la regla de efecto retroactivo de las leyes, cuya aplicación en materias constitucionales es discutible, no hay otro elemento de análisis que proporcione el ordenamiento en la actualidad. Por lo mismo, deja su establecimiento entregado a la configuración de las sentencias del Tribunal.

En los aspectos procedimentales es donde la Ley Orgánica del Tribunal innova más sustantivamente.

En primer lugar, en materia de procedimiento, la Ley Orgánica establece la posibilidad de que ciertos asuntos sean conocidos en Sala y otros en Pleno. Hasta antes de la vigencia de la reforma, el Tribunal conocía todos los asuntos en Pleno.

En la actualidad existen dos salas, compuestas por cinco ministros. Entre otras funciones, a la sala corresponde admitir a trámite, declarar las inadmisibilidades y decretar las suspensiones. Los otros asuntos son, en general, tratados en Pleno.

Una segunda innovación que introduce la Ley Orgánica del Tribunal, son dos controles previos al examen de fondo de la inconstitucionalidad que pueda ser planteada. Por una parte, la admisión a trámite y, por otra, el examen de admisibilidad. Ambos trámites están regulados en prácticamente todas las objeciones, con muy pocas excepciones establecidas por la Ley Orgánica. Por ejemplo, estos dos trámites respecto de la impugnación de autos acordados, de requerimiento de leyes y tratados, de decretos con fuerza de ley, de plebiscitos, de inaplicabilidades, de acción de inconstitucionalidad, de inhabilidades, etcétera.

¿Cuál es la diferencia básica entre estos dos controles del Tribunal, separados temporalmente?

En general, la admisión a trámite tiene que ver con que se acompañen documentos que exige la ley para cada impugnación y, luego, con la exigencia de un relato que demuestre la inconstitucionalidad. O sea, que se señalen el vicio y la forma en que esto se configura. En cambio, el examen de admisibilidad tiene que ver con requisitos un poco más complejos que, en general, son casi todos lo mismo: la legitimidad, si ha requerido la persona facultada para hacerlo, el órgano constitucionalmente facultado, la oportunidad para hacerlo y si se encuentra o no frente al control previo. Es decir, si el tribunal ya dictó una sentencia que despejara el vicio de una vez y para siempre.

Estos trámites son innovaciones que hace la ley orgánica antes de que el Tribunal comience a conocer el fondo del asunto.

Un tercer aspecto innovador que es importante destacar, se relaciona con las medidas cautelares. El Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que sucedía antes, quedó facultado de manera amplia, en el artículo 30 bis de la Ley Orgánica y en algunas normas particulares, respecto de ciertos recursos. Por ejemplo, respecto de la inaplicabilidad en el 47 G y de las contiendas de competencia en el 50 C, para decretar medidas cautelares. Éstas no están definidas, salvo que la Ley Orgánica señale que una de ellas es la suspensión, pero es por vía ejemplar. Por lo tanto, el

Tribunal puede configurar alguna medida cautelar destinada a paralizar o a asegurar los resultados del juicio.

Hasta ahora el Tribunal se ha limitado a decretar la suspensión, pero no está excluido que en el futuro pueda adoptar alguna otra medida.

Estas medidas, como todas las cautelares, son provisionales porque pueden ser dejadas sin efecto en cualquier momento y reponerse después. Pueden ser solicitadas vía oficio o a iniciativa del particular o del órgano afectado.

La única exigencia que formula la Ley Orgánica es que el Tribunal las disponga por resolución fundada. Incluso, el Tribunal las puede decretar antes de admitir a trámite la acción correspondiente. O sea, aquí hay un poder bastante especial que dio la ley, que es una excepción al principio de pasividad con que el Tribunal actúa y que está por explorarse como, en definitiva, se configura. Por ahora es meramente suspensión.

En seguida, en el artículo 30 la Ley Orgánica también faculta al Tribunal Constitucional, como otra excepción a esta pasividad, para dictar medidas para mejor resolver. Éstas son definidas por el Tribunal Constitucional y, normalmente, las pide para que se acompañen ciertos documentos que permiten ilustrar mejor o para que se acompañen expedientes, etcétera. Pero tampoco están acotadas. Son medidas para mejor resolver.

Asimismo, se incorporan ciertas instituciones que antes no estaban reguladas, que habían sido aceptadas por el Tribunal a través de distintas jurisprudencias, como el abandono del procedimiento, el retiro de las firmas de los requerimientos, el desistimiento y también otra institución, que es fallar por una razón distinta a la que se estableció en los respectivos requerimientos.

La Ley Orgánica del Tribunal sujeta esta posibilidad a ciertos requisitos. Uno de ellos es que el Tribunal tiene que advertir a las partes que hará uso de esa facultad, lo que permite que quede liberado de las razones originales que se tuvieron en cuenta al momento de presentar la respectiva objeción.

Otros aspectos vinculados al procedimiento que es importante destacar se refieren a los siguientes puntos.

- En primer lugar, el procedimiento se ha vuelto más reglado. Se observa que prácticamente todos los procedimientos tienen una secuencia de trámites bastante parecidos. Esa secuencia comienza con la presentación del requerimiento; luego se da cuenta a la Sala o, en el caso que corresponde, al Pleno; se examina si corresponde admitirlo a trámite; luego de admitido a trámite, si cabe la admisibilidad, autos en relación, alegatos y sentencia.

Los plazos que tiene cada una de las normas que pueden ser objeto de impugnación son variables. Así, hay plazos distintos para requerir autoacordados, requerimientos contra leyes, de DFL, de plebiscitos, etcétera. En general, los plazos son de días corridos y el más extenso es para decreto supremo, de 30 días de publicado.

Hay impugnaciones que no tienen plazo. Es el caso de la derogación de preceptos legales por inconstitucionalidad, que se puede pedir en cualquier fecha desde la inaplicabilidad.

Originariamente, en el proyecto que despachó el Congreso existía un plazo, pero el Tribunal consideró que aquello era restringir las facultades de las personas para impugnar.

Del mismo modo, así como existe plazo para requerir, existen también plazos para resolver. El control obligatorio, por ejemplo, tiene 30 días, más 15; el autoacordado tiene 30 días, más 15; para proyectos y tratados, 10 más 10; para DFL, 30 más 15; inaplicabilidad, 30 más 15; las acciones de inconstitucionalidad, 15 más 15. Hay un grado de flexibilidad porque es la oportunidad de la cual se cuenta ese respectivo plazo. En el fondo, queda entregado al momento en que el Tribunal así lo establezca.

Junto al hecho de que está reglada la secuencia, incluidos los plazos para requerir y los plazos para resolver, otro punto relevante es que el procedimiento reglado por la Ley Orgánica ha incrementado la posibilidad que tienen todos los afectados de defenderse. Y por eso la ley orgánica estableció expresamente el trámite del traslado para cada una de las impugnaciones. El traslado, evidentemente, es para la contraparte en el caso de que haya juicio o para los órganos constitucionalmente interesados en el resto de los casos o para los órganos en conflicto, tratándose de una contienda de competencia.

En general, los plazos son relativamente breves, alcanzando 10 días. En algunos casos llegan a 20 y el más corto se refiere a los traslados que se hacen a los órganos constitucionales cuando se objeta un tratado o un proyecto de ley, que es de 5 días. Por ejemplo, para autoacordados el plazo es de 10 días; para requerimiento de tratados y de leyes, 5 días; DFL, 10 días; inaplicabilidad, 20 días; acciones de inconstitucionalidad, 20 días, etcétera. Por lo tanto, está reglada con claridad la manera en que se hace contradictorio el procedimiento.

- En segundo lugar, la ley orgánica también se encarga de regular con claridad la legitimidad; a saber, quiénes pueden objetar una determinada norma o actuación ante el Tribunal Constitucional.

Esta materia es importante, porque como se indicó previamente, el examen de legitimidad corresponde efectuarlo al Tribunal en el momento de declarar admisible el respectivo requerimiento. Para cada una de las normas existe, entonces, una legitimidad acotada. Sólo en acciones muy específicas, como la derogación de preceptos legales o la declaración de inconstitucionalidad de movimientos o partidos, puede haber acción popular. En todos los demás, son los órganos constitucionales, el Presidente, la Cámara de Diputados o el Senado, o bien un porcentaje de diputados, senadores o las partes, quienes pueden requerir. O bien el juez, en el caso de la inaplicabilidad. Por lo tanto, se encuentra regulada la legitimidad.

La ley orgánica también introduce una dosis de transparencia mayor porque regula, por una parte, los alegatos y, luego, también la publicación de sus sentencias.

En lo relativo a los alegatos, la ley orgánica estableció alegatos obligatorios y en todos los demás casos en que aquello no opere, es facultativo para el Tribunal decretar su ejecución. Prácticamente, en todas las impugnaciones, salvo excepciones, existe la alternativa de pedir alegatos tanto en materias sustantivas como en el trámite de inadmisibilidad.

Cuando se efectúan alegatos, el artículo 32-B de la ley orgánica se encarga de precisar que la relación que se haga de la causa es pública. Por lo tanto, todas las personas pueden acceder a ella.

- En tercer lugar, la ley orgánica se preocupó, complementando en algunos aspectos a la Constitución, de regular la publicación de sus resoluciones.

La publicación de sus sentencias se hace de dos maneras: mostrando íntegramente en la página “web” todas sus resoluciones y a través del Diario Oficial. Allí la ley distingue las publicaciones in extenso, completas, de los extractos.

Los extractos son la excepción y tienen que ver, por ejemplo, con el control preventivo obligatorio. En cambio, las que se publican in extenso son, en general, normativas que el Tribunal puede declarar derogadas, eliminadas del ordenamiento jurídico. Por ello, la ley obliga a publicar íntegramente la sentencia que acoge la resolución de impugnación de un auto acordado, la de un DFL, la derogación de leyes y de decretos supremos.

A partir de allí, la Constitución establece el efecto de la sentencia. Por ejemplo, la norma que se ha derogado, desde el momento de su publicación ya no produce efecto alguno hacia el futuro, puesto que su aplicación en el pasado es una materia resuelta en la Constitución.

Observamos así que en materia de procedimientos se concentra la mayor parte de de las innovaciones que establece la ley orgánica.

- Cuarto aspecto. En aspectos sustantivos y de procedimientos la ley orgánica del Tribunal innova en lo que podríamos denominar como materias orgánicas, esto es, aspectos internos del Tribunal. Evidentemente, algunos de esos cambios producen efectos hacia el exterior porque es un tribunal. Hay varios aspectos importantes en esta materia.

En primer lugar, la ley orgánica faculta al Tribunal para dictar autos acordados, los que tienen por objeto la buena administración y funcionamiento del Tribunal Constitucional. La norma que lo regula, el artículo 25-A, establece ciertos requisitos, algunos formales y otros sustantivos.

Los requisitos formales disponen que la aprobación del autoacordado se debe dictar en pleno especialmente convocado en sesión especial. El requisito sustantivo es que el autoacordado no puede invadir el ámbito legal.

Desde la publicación de la ley se han dictado tres autoacordados: uno, para regular el concurso de suplentes; otro, para regular las sesiones del Tribunal Constitucional, y un tercero para regular los ingresos y la formación de tablas y vistas de las causas.

En este último está regulado el tiempo de duración de los alegatos de los abogados y la forma en que se suspende una causa.

En segundo lugar, la ley se encarga de regular el quórum, junto con algunos aspectos que están establecidos en la Constitución. Así, es distinto según estemos en pleno o en sala, pues el quórum de funcionamiento del pleno es de ocho ministros. Ocho asistentes de diez en total, es un quórum bastante alto.

Para tomar acuerdos, por regla general, el quórum es de mayoría. Pero respecto de algunas normas, por ejemplo, la derogación de leyes, se exigen ocho ministros.

En sala, el quórum de funcionamiento es de cuatro ministros, y el quórum para tomar acuerdos es la mayoría. En caso de empates, dirime el presidente, salvo en materia de inaplicabilidad y derogación, en que no existe norma.

Los suplentes de ministros pueden integrar salas o plenos. Las salas pueden ser también integradas con ministros de la sala contigua.

Este es un problema no menor. Por ejemplo, en el Congreso se está discutiendo el aumento de las causales de implicancia, lo que impactará directamente con los quórum tan elevados que exige la Constitución. No hay manera de salvar la situación. Para derogar se requieren ocho ministros y si se empieza a implicar a los ministros, se quedan sin Tribunal y, por lo tanto, sin adoptar la decisión.

En síntesis, los quórum que establecieron la Constitución y la ley son muy altos para el Tribunal; no son menores y genera un pequeño problema para efectos de las implicancias.

Un tercer aspecto orgánico relevante tiene que ver con los suplentes de ministros, como los denominó la ley, que en este caso no utiliza la expresión “abogados integrantes”.

Sus funciones son reemplazar a los ministros del pleno o sala cuando estos no puedan concurrir, a lo que la ley adiciona una función genérica, señalando “las demás funciones que le encomiende el Tribunal Constitucional”.

El procedimiento para nominar a los suplentes de ministros consta de tres etapas. En la primera, le corresponde al Tribunal llamar a concurso público de antecedentes y elegir una nómina de siete personas. En una segunda fase, esa nómina se envía al Presidente de la República, quien elige a dos personas. Y posteriormente, el Presidente de la República los propone al Senado, debiendo ser ratificados por los dos tercios de sus miembros. La duración de los suplentes de ministros es de tres años, mientras que los requisitos para ser nombrado son los mismos exigidos que para ser ministro del Tribunal Constitucional.

El nombramiento de un suplente de ministro produce ciertos efectos. Primero, tiene las mismas prohibiciones, obligaciones o inhabilidades que los ministros titulares, pero con una excepción: no se les aplica el tope de las horas docentes, es decir, es compatible.

En la práctica, el sistema está diseñado para que permanezca media jornada. Y de allí proviene un segundo efecto, su remuneración es la mitad de la que recibe un ministro titular. Asimismo, el ministro suplente tiene una regla especial, a diferencia de todos los demás: no cesa al cumplir 75 años.

A través de distintas normativas, la Ley Orgánica estableció una suerte de dedicación exclusiva de los ministros. Es así que dispone que no pueden: a) ejercer como abogados; b) celebrar o caucionar contratos con el Estado; c) tener juicios contra el fisco; d) ser agentes en gestiones administrativas; e) actuar en la provisión de empleos, consejerías o funciones; f) ser directores de bancos, sociedades anónimas o cargos semejantes. Además, el cargo es incompatible con el de diputado o senador, con el de empleo retribuido con fondos públicos y con el cargo de director o consejero de entidades públicas.

A estas prohibiciones expresas señaladas en el artículo 12 bis, deben adicionarse incompatibilidades o inhabilidades relacionadas con el régimen remuneratorio.

La Ley Orgánica dice que los ministros están sujetos a la ley 19.863, que trata de las funciones críticas. Eso implica que no pueden iniciar nuevos negocios, limitándose a administrar el patrimonio que posean.

En consecuencia, el sistema, por la vía de la regulación directa, artículo 12 bis, o por la vía del régimen remuneratorio, establece dedicación exclusiva para los ministros del Tribunal Constitucional.

En definitiva, las principales innovaciones en la Ley Orgánica, se sintetizan en aspectos sobre la concepción de inconstitucionalidad, en materia procedimental y en normativas orgánicas.

¿Qué pasa con la operatividad directa de la Constitución? Considerando que la Ley Orgánica, para presentar ciertos requerimientos, como inconstitucionalidad u otros, establece mayores requisitos que la propia Constitución, por tanto, estaría restringiendo, desde mi punto de vista, o, por lo menos, aumentando dichos requisitos, la Carta Fundamental en sí misma estaría quedando un poco anulada.

En lo relativo a los mayores requisitos que establece la Ley Orgánica frente a lo dispuesto en la Constitución Política, existen dos criterios: uno general y otro particular. La Carta Magna, cuando establece en el artículo 6° su mandato directo, señala que la Constitución obliga a los órganos del Estado a someterse a las normas dictadas conforme a ella. Es decir, el mandato de vinculación no es solamente de la Constitución, sino también de las normas dictadas conforme a ella. Y la Ley Orgánica es una ley de la República. De hecho, los ministros no juran respetar la Constitución, sino respetar la Constitución y las leyes.

Adicionalmente, la Constitución encarga expresamente a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la tarea de regular una serie de aspectos en materia procedimental. Por lo tanto, no se puede considerar que la Ley Orgánica sea, por ese solo hecho, excesiva o que contravenga las normas de la Constitución. De hecho, para evitar que excedan o contravengan la Constitución, las leyes orgánicas se someten a control preventivo de constitucionalidad. Lo particular en este caso es que el propio órgano llamado a ejercer ese control tiene que hacerlo respecto de su propia ley Orgánica.

Ocurre que el control está diseñado para las leyes orgánicas y no para la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y si se hubiere cambiado el órgano, se habría generado un sistema bastante sui géneris. Sin embargo, no se observa en qué parte se podría considerar que ha sido excesivo o contradictorio, ya que en general las leyes orgánicas lo que hacen es complementar o desarrollar lo que establece la Constitución, dentro de un ámbito de materias que el propio constituyente señala.

En relación con la facultad derogatoria que posee el Tribunal Constitucional, respecto de preceptos legales declarados inadmisibles, lo primero que se debe señalar es que si hay inaplicabilidad, no hay efecto derogatorio. La inaplicabilidad produce efecto sólo al caso concreto. Por lo tanto, el Tribunal puede resolver de manera distinta el caso siguiente, aunque fuere semejante, ya que se produce cosa juzgada formal. Esto es, solamente en casos específicos. Sin embargo, los criterios

pueden ser ilustrativos o relevantes para que el propio Tribunal resuelva de nuevo, y también para que los tribunales ordinarios los evalúen en la resolución de sus asuntos. Así, si hay inaplicabilidad no hay derogación, la que constituye un caso particular que, como requisito, necesita que antes se haya declarado inaplicabilidad. Es un procedimiento particular que requiere una acción específica, que puede ser iniciada de oficio por el tribunal o a través de acción popular.

Ahora bien, si se produjera el efecto derogatorio, es muy probable que el afectado invoque el principio *in dubio pro reo*, sosteniendo que aquello que antes era considerado delito, ya no lo es. Allí el tribunal tendrá que evaluar.

VII

El control correctivo de constitucionalidad de la ley* Lautaro Ríos Álvarez**

En la segunda mitad del siglo XVIII, Sir William Blackstone, un brillante profesor de derecho Político de la Universidad de Oxford, autor de la obra “Las leyes de Inglaterra”, y de mucha influencia en el ámbito político británico de la época, sostuvo que el Parlamento tiene un poder soberano. El Parlamento puede hacer la ley, puede modificar la ley, puede suspender la ley, puede derogar la ley, puede hacer revivir la ley. Lo que hace el Parlamento, ningún poder sobre la tierra es capaz de deshacerlo.

De esta forma categórica y vigorosa, estaba sentando una premisa que era un dogma en el ámbito político europeo, relativa a la soberanía del Parlamento.

En 1789 se proclamó la conocida Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Se recordará que el artículo 16 de esa declaración decía que aquella sociedad en la que no estén declarados los derechos fundamentales, y no esté establecida la separación de los poderes, carece de Constitución.

Ahí estaba entonces, consagrado, de una manera muy clara, el segundo dogma constitucional europeo: la separación de los poderes.

* Artículo basado en la exposición desarrollada en el Seminario sobre Tribunal Constitucional, realizado por la Academia Parlamentaria el día 26 de abril de 2010, en la sede del Congreso Nacional.

** Abogado y magister en Derecho Administrativo por la Universidad de Chile, doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Es profesor de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso y Presidente del Departamento de Derecho Público de la misma.

Lo anterior tenía dos significados. En primer lugar, que lo que dictaba el Parlamento, nadie podía modificarlo. Y en segundo lugar, que ningún poder podía inmiscuirse en las atribuciones de otro poder.

Estos dos dogmas, impedían de manera rigurosa cualquiera posibilidad de que existiera un control de constitucionalidad de las leyes.

Será en 1803 que nace ese principio de control en Norteamérica, a raíz del famoso fallo *Marbury versus Madison*, elaborado por la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, redactado por el juez John Marshall, y en el que el Poder Judicial reclama para todo el Poder Judicial, y no sólo para su cúpula, la facultad de declarar inconstitucional, es decir, no aplicar una ley que sea contraria a la Constitución.

El raciocinio es muy simple. Marshall afirma en su fallo que es facultad esencial de todo juez declarar qué es la ley y, por lo tanto, elegir cuáles son las normas que aplicará al caso que debe resolver.

Si entre esas normas se cuentan una ley y la Constitución, y existe oposición entre ellas, deberá decidir cuál de las dos normas aplicará.

Si consideramos que la Constitución es la fuente de todas las normas y, por lo tanto, las leyes se dictan en virtud de la Constitución, el juez debe aplicar la Constitución y dejar sin aplicación la ley que la contradice.

Esta construcción, sintetizada al extremo, pero extraordinariamente bien asentada en el fallo, envuelve en una malla indestructible los dos dogmas anteriores, es decir, se sobrepone a ellos y es la base de todo el constitucionalismo moderno.

Hay quienes sostienen que había precedentes. Algunos hablan del juez Edward Coke, en la Inglaterra de 1610, en el caso del doctor Bonham. Sin embargo, fueron intentos aislados que no llegaron a consagrarse.

También está el caso de Alexander Hamilton, gran padre de la Constitución norteamericana, quien en la Convención de Filadelfia, en 1787, proclamó la necesidad de que los tribunales tuviesen la facultad de declarar inconstitucionales las normas que fuesen contrarias a la Constitución. También lo señaló en el *Federalist*.

Pero estas ideas no cuajaron hasta que se produjo este fallo maravilloso, de una energía y valentía extraordinarias, que rompe la soberanía del Parlamento, en la forma entendida por Blackstone y todos los europeos, y quiebra la absoluta separación de los poderes porque permite al Poder Judicial, precisamente, inmiscuirse en una función indebidamente ejercida por el Parlamento al dictar una ley contraria a la Constitución. Desde allí, entonces, tenemos este principio que impregna todo el constitucionalismo moderno.

Sin embargo, debe observarse que esta idea tan potente y llena de lógica, recién desembarca en Europa un siglo después, en 1920, cuando gracias al genio y filósofo jurídico Hans Kelsen, creador de la pirámide de las normas de acuerdo a su jerarquía, introduce en la Constitución austríaca de 1920, no solamente la idea, sino sobre todo el órgano destinado a ejercitar el control de la Constitución.

No podía ser de otra manera porque en Europa, por ejemplo, en tiempos de la Revolución Francesa, se motejaba a los jueces como la nobleza de toga, manera bastante desdorosa de designar a un poder del Estado. Además de eso, en general, la judicatura estaba sometida a la letra de la ley. Al respecto, debe recordarse lo que

disponen nuestras normas sobre interpretación de la ley, dictadas en el siglo XIX.

Por lo tanto, no había otra manera, porque habría sido imposible en Europa entregar el control de la constitucionalidad y la leyes a un tribunal, así fuese el Tribunal Supremo, sino mediante el establecimiento, por virtud de la fuerza de la propia Constitución, de un órgano especial, distinto del Poder Judicial, para controlar esa constitucionalidad; es decir, el Tribunal Constitucional.

Entonces, así como a comienzos del siglo XIX nace en Norteamérica el principio de supremacía de la Constitución, a través de la inaplicabilidad del precepto contrario a ella -inaplicabilidad que se aplica inter partes, deja vigente por tanto la ley declarada inconstitucional- en Europa nace la otra gran fuente del control de constitucionalidad, a través de un tribunal que puede expulsar del ordenamiento jurídico, es decir, declarar nula aquella ley dictada en contradicción con la Constitución, con efectos *erga omnes*, con efectos generales y, por lo tanto, borrar del ordenamiento aquella ley.

Por alguna razón Chile tiene la mala suerte de llegar tarde a los grandes acontecimientos de la historia. En 1803, cuando se dictaba en Norteamérica este gran fallo, Chile era una colonia española que ni siquiera soñaba con su independencia. Cuando, gracias al genio de la Escuela de Viena, se dicta en 1920, la Constitución austríaca –y el Tribunal Constitucional se crea en 1926-, Chile estaba en un proceso en que reinaba un tremendo temor de entregarle a cualquier órgano, ya fuese solamente la Corte Suprema, la posibilidad de declarar la nulidad de una ley.

Se decía que con esto se le entregaba al Poder Judicial, especialmente a la Corte Suprema, un poder superior –y lo decía Arturo Alessandri Palma, que presidía la Comisión Revisora de la Constitución- al del Presidente y al del Congreso. Por lo tanto, por ningún motivo se aplicaría.

Como una gran obra, se establece por primera vez en nuestro país el recurso de inaplicabilidad, redactado originalmente por don José Maza, pero que lamentablemente tuvo una trayectoria bastante pobre, no sólo porque hay muchos estudios, tanto académicos como estadísticos, que demuestran la ineficacia casi total del recurso, sino principalmente por el hecho de que la Excelentísima Corte Suprema no supo nunca entender, o no quiso entender, el sentido de la inaplicabilidad. Entonces, la tesis básica de todos los fallos de la Corte era señalar que siendo así, que esa Corte debía declarar inaplicable al caso o la gestión en la cual se interpusiera el recurso todo precepto legal contrario a la Constitución. Esto significaba que debía hacerse un cotejo entre la norma solicitada de inaplicabilidad y la Constitución; compararlas *in abstracto* y solamente si la norma era inconstitucional *per se*, o sea, por sí misma, sin necesidad de identificar en qué forma influía en el caso que había que resolver, podía declararse la inconstitucionalidad. Por supuesto, eso no ocurría casi nunca y de ahí que el resultado fue bastante pobre.

La Excelentísima Corte Suprema nunca se percató que inaplicabilidad significa simplemente dejar sin aplicación una determinada norma en un caso particular, porque resulta contraria a la Constitución en cuanto a la aplicación en ese caso y no en su generalidad, y que la norma continúa vigente con toda su fuerza legal para todos los demás casos. Eso no se entendió jamás.

La reforma de la ley 20.050 tiene dos enormes méritos. La podemos llamar la gran reforma constitucional chilena. Nunca en la historia constitucional de Chile alguien se había atrevido a proponer dos medidas tan potentes como las que ahora tiene el Tribunal Constitucional en su arsenal de medidas de defensa de la supremacía de la Constitución. El recurso de inaplicabilidad está ahora en sus manos y con las características que se indicarán a continuación. Además, está el arma potentísima de declarar la inconstitucionalidad a un precepto legal contrario a la Constitución con efecto derogatorio de la norma, como lo dispone la propia Constitución.

Esta positiva modificación, tratando el recurso de inaplicabilidad, comienza por cambiar la sede del recurso, de la Excelentísima Corte Suprema, que es muy prestigiosa, con un gran conocimiento jurídico de sus miembros, pero que están formados fundamentalmente en una tradición *iusprivatista*. Recién en la actualidad están comenzando a introducirse en el ámbito del derecho público, y orientándose hacia un tribunal especializado en derecho público que, además, en todo el derecho comparado es el que tiene en sus manos el control tanto preventivo como correctivo de constitucionalidad de la ley. Era ilógico tener una duplicidad de órganos: el Tribunal Constitucional para el control preventivo y la Corte Suprema para el control correctivo, en circunstancias de que lo obvio era poner ambos recursos en una sola mano, con un solo criterio y, por ello, con una sola línea en sus decisiones. Ese es el primer gran mérito.

El segundo gran mérito es haber cambiado la redacción. En realidad, no habría sido necesario el cambio. Desgraciadamente, nuestros jueces son demasiado literalitas, pues siguen al pie de la letra el contenido literal de las normas, sin darse cuenta de que lo más importante es su espíritu, su finalidad, el propósito para el cual fueron creadas. Sin embargo, mucho mejor fue redactar de otra manera el recurso de inaplicabilidad en la forma que actualmente lo considera el artículo 93, número 6, que dispone que el recurso procede en relación con una norma cuya aplicación en el caso concreto en el cual se le somete, resulte contrario a la Constitución. Esto obliga al Tribunal a nuevas consideraciones, a diferencia del criterio anterior, que sólo comparaba un elemento abstracto, como es la ley, con otro elemento abstracto, como es la Constitución, y ni siquiera atendía el caso en que debía aplicarse. Con la modificación se obliga al Tribunal a contemplar tres elementos de cotejo: la ley, por una parte; la Constitución, por otra, y la aplicación de la ley en el caso concreto en el cual esa norma tendrá aplicación. De tal manera que si el resultado es contrario a la Constitución, rechazará el recurso. Pero si el resultado contraría el sentido de la norma constitucional, simplemente declarará la inaplicabilidad, como siempre, para ese sólo caso, con efectos interpartes con la supervivencia de la norma, que podrá ser aplicada en otros casos, y con la libertad del Tribunal de volver a examinar el asunto si el requerimiento se plantea por un vicio distinto, puesto que si se plantea por el mismo vicio evidentemente se aplica la cosa juzgada formal.

Ahora bien, además de la vigencia posterior de la norma declarada inaplicable, los titulares legitimados para interponer la acción son aquellas personas que son parte en el asunto en el cual se pretende aplicar la norma impugnada, esto es, las partes en el proceso. Pero la reforma, considerando una disposición contenida

en el artículo 163 de la Constitución española, con las naturales diferencias, también permite la titularidad al juez de la causa. Es decir, cuando un juez tiene dudas de la constitucionalidad de la ley que se está invocando para aplicarla en el caso que debe resolver, tiene la facultad – y se pone énfasis en la expresión- de dirigirse al Tribunal Constitucional. Ello, porque es preciso conciliar la disposición pertinente del artículo 93, inciso undécimo, con el artículo 6º de la Constitución, ya que un tribunal es un órgano del Estado y su acción es el ejercicio de su jurisdicción; por lo tanto, debe interpretarse dicho artículo como que todo juez debe ejercer su jurisdicción conforme a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. O sea, si el juez se encuentra con una norma dictada en contra de la Constitución, no sólo tiene la facultad de no aplicarla, sino el deber de no hacerlo, porque está obligado por una norma directamente vinculante, como es el artículo 6º, que le obliga a aplicar solamente la Constitución y las normas dictadas conforme a ella.

Por lo tanto, el juez puede encontrarse en dos situaciones. Si no tiene ninguna duda de que la norma es contraria a la Constitución y debe dejar de aplicarla, sin recurso y sin ningún otro trámite y sin tener que hacer una suspensión del procedimiento y todas las demás consecuencias prácticas de la acción de inconstitucionalidad. Pero si tiene una razonable duda o un irrazonable temor de afectar lo normalmente aceptado -porque desgraciadamente la tradición en Chile pesa mucho y tradicionalmente los jueces nunca dejan de aplicar la ley, aunque sea contraria a la Constitución- tiene la facultad de dirigirse al Tribunal Constitucional en procura de una definición a este respecto.

Hay una materia extraordinariamente interesante, relacionada con el control preventivo de la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aplicada en la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 47-B y 47-G del proyecto de reforma, que se referían a la inaplicabilidad de algún precepto de un tratado internacional.

En esta materia hubo dos posiciones. Una fue la del fallo, que prevalece, por la cual estas normas se declararon inconstitucionales y quedaron eliminados dos textos. Uno de ellos señalaba lo siguiente: “De conformidad con el número 1, del artículo N° 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” Esa norma fue declarada inconstitucional y, por lo tanto, borrada del proyecto. El otro texto forma parte de la disposición consecucional N° 47-G, que establecía lo siguiente: “Procederá declarar la inadmisibilidad -del recurso de inaplicabilidad- cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente.” El Tribunal Constitucional consideró que ambas normas eran inconstitucionales y las eliminó. Así, de acuerdo con ese criterio, en la actualidad es posible entablar un requerimiento de inaplicabilidad del precepto de un tratado internacional. El voto disidente, suscrito por el presidente del Tribunal de la época, Juan Colombo Campbell, por la ministra Marisol Peña Torres y el ministro José Luis Cea Egaña, fue opuesto a ese criterio y estuvo por declarar constitucionales ambas normas.

En lo relativo a la acción pública de inconstitucionalidad y su declaración de oficio, en toda la historia constitucional de Chile nunca nadie se había atrevido a plantear semejante potestad de organismos cualesquiera, fuese la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, como la de admitir a tramitación y pronunciarse en un recurso tan potente, como es la acción de inconstitucionalidad.

Como se sabe, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal produce una ablación, una supresión o, como se ha dicho gráficamente, una expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada inconstitucional con efecto *erga omnes*. Incluso, nuestra Constitución le asigna un mérito derogatorio, o sea, la ley queda como si estuviese derogada, por lo tanto deja de regir desde el momento de la publicación en el Diario Oficial. Además, la innovación de la ley 20.050 permitió la declaración de oficio e inconstitucionalidad por el propio Tribunal Constitucional. Es decir, dicho órgano elabora una declaración en la cual, cumpliéndose los requisitos de procedencia del requerimiento de inconstitucionalidad, inicia un proceso para declarar la inconstitucionalidad de una norma de rango legal. Precisamente, la primera sentencia de inconstitucionalidad que se dictó en Chile, que tal vez es la más trascendente porque había que elaborar toda una doctrina procesal respecto de la procedencia, también fue redactada por la distinguida ministra Marisol Peña.

Los requisitos de la inconstitucionalidad son muy simples. En primer lugar, debe impugnarse una norma legal, por ser contraria *in abstracto*, o sea, en su generalidad; lo que quiere decir que es sin referencia a ningún caso concreto. En segundo lugar, que dicha norma legal haya sido previamente declarada inaplicable por el mismo Tribunal Constitucional. En tercer lugar, que la impugnación en que se funda el requerimiento sea por el mismo motivo por el cual la norma fue declarada inaplicable. Y en cuarto lugar, que la declaración de inconstitucionalidad sea requerida por una persona capaz de comparecer en juicio, sin perjuicio de la facultad del Tribunal para declararla de oficio. Esta última es una señal potente de la acción de inconstitucionalidad. Cualquier ciudadano o cualquiera persona, sólo estando en capacidad para comparecer en juicio, puede requerir al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal.

Por otra parte, existen dos flancos débiles que, no obstante su enorme potencia, presenta la acción de inconstitucionalidad. Dichos flancos son, en primer lugar, el requisito previo de declaración de inaplicabilidad y, en segundo lugar, el efecto derogatorio de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, que es un tema más académico que práctico.

La inaplicabilidad es una declaración que, en un determinado asunto particular entre partes, la norma aplicada o que correspondería aplicar puede producir un resultado contrario a la Constitución. Es un caso de particularismo, por lo que la acción de inaplicabilidad pertenece a la órbita del control concreto de constitucionalidad, que se refiere a una norma y a ningún otro caso especial, que deja vigente la ley y que tiene efecto inter partes. Sin embargo, dicha acción y todas esas características se aplican a una acción de otro mundo, como es la acción de inconstitucionalidad, que tiene efecto *erga omnes*, que tiene por objeto no aplicar la norma en un caso, sino que expulsarla del ordenamiento, suprimirla definitivamente,

y que, por lo tanto, pertenece al mundo del control abstracto de constitucionalidad. Entonces, a mi modesto juicio, resulta absurdo mostrar un ancho camino para que cualquiera pueda requerir la inconstitucionalidad de la ley, pero anteponer a dicho camino un estrecho pasillo por el que no cabe nadie, porque primero debe pasar por la prueba de una acción que no corresponde ni tiene congruencia respecto de la otra, la acción de inaplicabilidad respecto de la acción de inconstitucionalidad, respectivamente. A esa restricción que, a mi juicio, es desdorosa para la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad, se añade otro aspecto que ha sido poco analizado.

La inconstitucionalidad de una ley, por ser contraria a la Constitución, abarca todos los ámbitos, todo el territorio jurídico y no solamente el ámbito judicial. Sin embargo, por esta necesidad de pasar por la prueba de la declaración de inaplicabilidad, se está obligando a judicializar el caso como asunto previo. Imaginemos a un funcionario público de alta categoría, como puede ser el contralor general de la República, que todos los días debe aplicar una ley contraria a la Constitución, pero que se refiere a un aspecto orgánico de un servicio. Sin duda, será muy difícil judicializar, porque los asuntos que se judicializan generalmente conciernen derechos subjetivos.

Entonces, este funcionario va a tener que pasar toda su vida sin poder reclamar de alguna manera la inconstitucionalidad de la norma, porque el caso no puede y es muy difícil judicializarlo para obtener una declaración previa de inaplicabilidad.

Se ha utilizado un método inadecuado como requisito para obtener la declaración de inconstitucionalidad. Si se examinan en el derecho comparado las constituciones europeas, como las de Austria, Alemania, Italia, Portugal, España y otras en ninguna de ellas se exige como requisito una declaración previa de inaplicabilidad, porque no corresponde.

Si se revisan las constituciones de otros cuatro países que cuentan con Tribunal Constitucional: Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador, se observará que en ninguno de esos casos se exigen tales requisitos. La entrada a las instituciones es un ingreso limpio; no está contaminado con ningún requisito extraño a la naturaleza de la inconstitucionalidad.

Se podrá argumentar que si se eliminan todos esos elementos, el Tribunal quedaría atiborrado de acciones de inconstitucionalidad. Es por ello que deben indicarse requisitos que sean coherentes con el objetivo de la acción y también con la racionalidad del ingreso de esa acción. Por ejemplo, estamos estableciendo situaciones que no hacen todos los países: una acción pública. No sería adecuado dejar sin efecto la acción pública, pero países como Perú exigen que haya cinco mil ciudadanos que firmen el requerimiento de inconstitucionalidad; Ecuador exige mil ciudadanos y, en la generalidad de los casos, la legitimación activa está entregada a determinados titulares de alta jerarquía: presidentes de la República o las cámaras legislativas. En casos como el de Ecuador, la legitimación está entregada a ciertos órganos como los colegios profesionales y cuando se trata de una ley que afecta al respectivo colegio y a la profesión. Pero los requisitos, tal como están estipulados en el caso chileno, son absurdos.

En cuanto al efecto derogatorio, una Constitución debe ser muy rigurosa con el lenguaje que emplea. Desde el Derecho Romano, la derogación es una institución legislativa. Los romanos distinguieron como *abrogacio*, lo que hoy llamamos derogación; la *derogacio*, que era una derogación parcial, y la *obrogacio*, que era una modificación de la ley. Las tres tienen la posibilidad de alterar la vigencia de la ley, aunque todas en el ámbito legislativo.

Si se examinan los artículos 52 y 53 que se encuentran en el título preliminar de nuestro Código Civil y que se refieren a la derogación, se observa claramente que se trata de un acto legislativo. Luis Claro Solar, uno de los grandes autores en Derecho Civil, dice: “La derogación es una actividad esencial y exclusivamente legislativa.”

Por su parte, Segundo Linares Quintana, uno de los grandes autores del derecho argentino, autor del libro “El tratado sobre las ciencias de Derecho Político”, afirma que la derogación pertenece, única y exclusivamente al ámbito de la ciencia legislativa y cita al padre de la Constitución argentina, Juan Bautista Alberdi, quien señalaba: “Derogar es legislar”, porque la derogación siempre ocurre cuando una ley deja sin efecto la vigencia de otra ley. “Las cosas en el derecho se deshacen de la misma manera en que se hacen” dice un viejo aforismo. Entonces, decir que el efecto de una ley declarada inconstitucional es un efecto derogatorio es una impropiedad, porque, en primer lugar, ningún tribunal tiene facultades legislativas ni mucho menos la facultad de derogar una ley. En segundo lugar, porque las consecuencias entre la derogación y la nulidad, que es el efecto propio de la declaración de inconstitucionalidad, son muy diferentes.

La ley derogatoria tiene un efecto *ex nunc*; es decir, rige hacia adelante, al futuro; en general, desde el momento que se publica, porque puede estar sujeta a un plazo de vigencia. Es voluntad absoluta del Poder Legislativo señalar cuando deja de regir. En cambio, la nulidad es una sanción que debe dictarse por una decisión jurisdiccional motivada. Para dictar una sanción de nulidad es preciso motivar la decisión, sea que el hecho es contrario al ordenamiento jurídico, o sea que el hecho adolece de un vicio esencial que afecta la validez del acto. Esto es elemental en el derecho comparado universal. Hay una gran diferencia entre una institución y la otra.

Si nos preguntamos cuál es el efecto de la nulidad, que viene del latín *nullum*, que entre los romanos significaba la nada, se concluye que el acto no existe y no ha existido jamás. Por lo tanto, el efecto se extingue desde el origen o desde que se manifiesta el acto.

Evidentemente, alguien puede hacerse la pregunta sobre qué pasa con los derechos adquiridos durante la vigencia de la ley que lo estuvo por mucho tiempo y que recién ha sido anulada por la declaración de inconstitucionalidad. ¿Qué pasa con las sentencias ejecutoriadas dictadas en el tiempo intermedio en conformidad con esa ley? Hay muchas situaciones que es preciso resolver.

En el derecho comparado, esta solución la entrega, por ejemplo, la Constitución alemana. Incluso, faculta al mismo Tribunal Constitucional para señalar los efectos de su declaratoria de inconstitucionalidad cuando anula una ley. Está incluso pormenorizado en el derecho constitucional portugués. La Constitución de Portugal tiene un listado de posibilidades con las cuales entrega una solución a distintos casos

que puedan presentarse como consecuencia de la anulación de la ley.

En lo relativo a los artículos 47-B y 47-G, referidos a los tratados, que fueron declarados inconstitucionales, debe observarse que la sentencia del Tribunal Constitucional no es muy económica en materia de redacción, ya que tiene 176 carillas. La decisión de declarar inconstitucional estos dos preceptos consta en los considerandos N° 35 al 72, o sea, 38 considerandos. La posición disidente está contenida en 26 considerandos. De manera que si se suman, se alcanza a 64 considerandos sólo referidos a ese tema. Por lo tanto, es difícil referirse a una posición o a la otra *in extenso*.

En resumen, las razones por las que el Tribunal Constitucional estimó inconstitucionales las disposiciones que impedían recurrir de inaplicabilidad respecto de las disposiciones de un tratado internacional, básicamente son tres. En primer lugar, que estas disposiciones restringen las facultades del Tribunal. Éste cree tener facultad para examinar, en el caso concreto, la inaplicabilidad de los preceptos de un tratado y, por lo tanto, de ciertas normas prohibitivas que restringen indebidamente sus atribuciones. Esas atribuciones están en la Constitución y una ley, por orgánica que sea, no puede restringirlas.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional puede controlar la constitucionalidad de los tratados de dos maneras. Una, de acuerdo con el artículo 93, N° 1, de la Constitución. La reforma, el artículo 93, N° 1, que se refiere al control obligatorio y preventivo, introdujo también los tratados que tuvieran preceptos referidos a leyes orgánicas constitucionales. También, por el N° 93, N° 6, puede examinar la inaplicabilidad de un tratado por cuanto éste, en el derecho interno, tendría rango legal.

Y en tercer lugar, se extiende mucho en explicar por qué considera que los tratados, en el derecho interno, tienen rango legal. Señala que en el derecho interno los preceptos de un tratado son normas legales y, además, agrega que su inaplicabilidad no altera la vigencia del tratado en su generalidad. Simplemente deja de aplicarlo en este caso, pero el tratado queda vigente e incólume en toda su integridad.

La disidencia sostiene, en primer lugar, que por la distinta naturaleza y origen de la ley y del tratado hay una evidente incompatibilidad entre una y otra al momento de aplicar el recurso de inaplicabilidad. En resumen, afirma que la ley es un producto del régimen interno de un Estado. Por lo tanto, es consecuencia del ejercicio de su soberanía interna. En cambio, el tratado es un acuerdo entre Estados y, por lo tanto, es el producto del acuerdo de dos o más soberanías, en el caso de los tratados multilaterales, y como compromete a varias soberanías, ninguna de ellas individualmente puede dejar de aplicar el tratado por su propia voluntad.

En segundo lugar, la disidencia se detiene en el mérito: el artículo 54, N° 1 de la Constitución, que es la disposición invocada por la norma que quedó sin efecto, y de su historia. Se cita la intervención de la ministra de Relaciones Exteriores de la época, Soledad Alvear y del senador Chadwick, de existir prohibición implícita de derogar, modificar o suspender las disposiciones de un tratado, salvo en conformidad a sus propias normas, las del propio tratado o en su defecto, de las normas del derecho

internacional, especialmente la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, artículos 26 y 27, principalmente.

La imposibilidad de derogar, modificar o suspender las disposiciones de un tratado, están expresamente indicadas en el artículo 54, N° 1 de la Constitución, cuando se refiere a las facultades exclusivas del Congreso.

En tercer lugar, la disidencia señala la responsabilidad internacional que ello acarrearía. Si un órgano cualquiera, como la Corte Suprema de Justicia, la Contraloría o el Tribunal Constitucional, deja de aplicar el precepto de un tratado, está cometiendo un ilícito internacional que es imputable, no a ese órgano en particular, sino que al Estado como persona jurídica internacional. Y esto, agrega, está explícitamente señalado en el fallo sobre “La última tentación de Cristo”, en el cual se hace esta imputación especial.

Sin embargo, el autor de esta exposición se inclina por la posición disidente, debido a dos razones adicionales de su exclusiva responsabilidad.

Si se revisa la vigencia del resto del texto, es decir, la parte que no fue suprimida, en el N° 4° del artículo se dice: “Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: “4°. Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal”. Es decir, por imperio de la propia ley orgánica del Tribunal Constitucional que quedó vigente, el Tribunal debería declarar la inadmisibilidad del requerimiento, precisamente en virtud del artículo 47 F, N° 4 porque, evidentemente, un tratado no tiene rango legal.

Ahora bien, si se extrema la posición, supóngase que al tratado internacional le fuese reconocido en el fallo en el cual se pronuncie de inaplicabilidad el rango legal, por todas las razones que dio el Tribunal cuando aceptó esta posición en su sentencia. El tratado tiene rango legal y una de sus disposiciones afecta a una persona en su aplicación, por lo tanto, se declara inaplicable. En ese caso comienza automáticamente a regir el artículo 93, N° 7. Es decir, el precepto de ese tratado es susceptible de declaración de inconstitucionalidad porque uno de sus requerimientos es que haya sido previamente declarado inaplicable. Si fue declarado inaplicable puede solicitarse, cumpliéndose los demás requisitos, la declaración de inconstitucionalidad.

¿Puede el Tribunal Constitucional chileno derogar las normas de un tratado? Evidentemente que no. En primer lugar porque el artículo 54, N° 1 de la propia Constitución se lo prohíbe y, en segundo lugar, porque esta derogación está sujeta a normas del propio tratado o del derecho internacional y no a las normas del derecho interno del Estado chileno.

En cuanto a la armonía que debe existir entre la declaración preventiva de inconstitucionalidad de una norma legal con el control correctivo posterior, se ha tratado de demostrar que la tesis respecto de la imposibilidad, o más bien dicho lo absurdo de poner como requisito de requerimiento de inconstitucionalidad la declaración previa de inaplicabilidad, simplemente no se debe a una cuestión de armonía de normas, sino al hecho clarísimo de que se trata de dos mundos distintos de control de constitucionalidad.

En un caso, está imperando el control concreto, que, desde los tiempos que fue inventado en Norteamérica, tiene tres particularidades: en primer lugar, que se refiere a un caso particular que está en discusión frente a un tribunal, vale decir, un caso judicializado; en segundo lugar, que dice que los efectos del fallo son interpartes, y nada más que entre ellos, y en tercer lugar, que la ley o el precepto legal que se declare inaplicable, continúa vigente en toda su fuerza vinculante para todos los demás casos.

En cambio, no ocurre lo mismo en el caso del control abstracto, que es el propio de la acción de inconstitucionalidad, por cuanto, en tal situación, se trata de un control entre la abstracción propia de la ley y la abstracción propia de la Constitución, que es una abstracción mayor aún.

De este cotejo, nace la declaración o el rechazo de la inconstitucionalidad, y si se acoge esto tiene efectos *erga omnes* y la disposición queda eliminada del campo normativo.

En consecuencia, es otra la argumentación por la cual se estima que no es procedente colocar como requisito de la inconstitucionalidad la declaración previa de inaplicabilidad.

En materia de las competencias actuales del Tribunal Constitucional con el que se propuso en 1970 y con el que fue creado mediante la Constitución de 1980, y como ocurre a menudo en nuestra historia política, las cosas cambian en forma muy distinta a la voluntad de sus creadores originales.

Cuando el Presidente Frei Montalva envió al Congreso Nacional el mensaje para la creación del Tribunal Constitucional, lo hizo poniendo especial énfasis en la solución de los conflictos de poderes, o sea, las contiendas de competencia, conflictos de competencia entre poderes, y lo hizo con una visión premonitoria. Debe recordarse que poco tiempo después, finalizada la Presidencia de Eduardo Frei Montalva, viene el gran problema, en el gobierno de Salvador Allende, del conflicto entre el Congreso Nacional y la Presidencia respecto de la promulgación de la ley de las tres áreas de la economía, y el Tribunal se declara incompetente, sin facultades para dirimir la situación. O sea, el objetivo fundamental que tuvo Frei para crear el Tribunal Constitucional es el que justamente se frustra.

Y hay otras facultades importantes, pero que no alcanzan demasiado desarrollo, debido a que el Tribunal se crea en 1970, comienza a regir en 1971 y es abolido en 1973. Es decir, apenas permanece dos años.

Deviene la Constitución de 1980 y se produce una situación muy curiosa. Un viejo adagio dice: todo poder tiende a mantener su poder y a adquirir más poder. En el caso de la Constitución de 1980, estaba a cargo de la comisión que estudió todos estos temas el entonces presidente de la Corte Suprema, José María Eyzaguirre Echeverría, quien, de alguna manera, defendió la posición de poder de la Corte. Por lo tanto, no quiso desprenderse del recurso de inaplicabilidad, con lo que se produjo una bifurcación rarísima, ya que, por un lado, había un tribunal competente para conocer el control preventivo de constitucionalidad: el Tribunal Constitucional, y, por otro, uno para conocer el control represivo, y todavía más limitado al caso particular: la Corte Suprema.

Aquello fue un desastre. Un criterio netamente *juspublicista* en el Tribunal Constitucional, y un criterio no muy *juspublicista* en la Corte Suprema, que produjo todo este resultado desastroso del recurso de inaplicabilidad. Siguió produciendo el mismo resultado que había tenido siempre. Por eso, la reforma de la ley 20.050 de 2005, produce un encuentro formidable.

En primer lugar, se toman las dos raíces históricas, la de Estados Unidos y la de Europa; se reúnen en un solo tribunal, se hace una concentración que apunta en favor de la unidad de jurisdicción.

Esto último, la unidad de jurisdicción, es un tema extraordinariamente importante, porque es el que otorga seguridad jurídica, certeza, en cuanto a la línea que sigue el tribunal respecto de la aplicación de las normas. Ése es uno de los grandes méritos de la reforma: haber reunido, en un solo tribunal, en el más competente, en el más capaz para esto, el Tribunal Constitucional, los dos tipos de control, y, enseguida, no sólo entregarle el conocimiento del recurso de inaplicabilidad, sino la poderosa herramienta que es la acción de inconstitucionalidad y su declaración de oficio, que es un poder propio del Tribunal. Entonces, aquel puede estimarse, con toda propiedad, el guardián de la Constitución, porque tiene a su cargo todo el arsenal de normas destinado a defenderla.

Por otra parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la improcedencia de la acción de inaplicabilidad respecto de tratados internacionales, se declaró también que ciertas normas debían entenderse como interpretativas de la Constitución. Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional es definir cuidadosamente en qué casos se puede actuar declarando la inconstitucionalidad de la norma, y cuáles son los medios por los cuales debe intentar evitar esa declaración, cuando ello es posible, por cuanto, en este caso, el Tribunal está materializando la definición de Kelsen, en el sentido del legislador negativo: simplemente, está dejando sin efecto una declaración de voluntad soberana del Congreso Nacional. Debe tenerse mucho cuidado al actuar así, entre otras cosas, porque el Congreso Nacional tiene respaldo democrático y el Tribunal Constitucional tiene respaldo jurídico, que está en la motivación de cada uno de los fallos que pronuncia. Ahí está su legitimidad, no en otra parte, y por ello debe actuar con mucha prudencia, pues de lo contrario se puede deslegitimar. En el fallo redactado por la ministra Marisol Peña se observa un decálogo de normas que el Tribunal debe seguir antes de pronunciarse definitivamente.

En el artículo "Control difuso de constitucionalidad en el derecho chileno y en el de otros países latinoamericanos", aparecido en la revista Gaceta Jurídica, se precisa una serie bastante extensa de casos en los cuales principalmente la ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha aplicado directamente la Constitución en los casos en que ha habido pugna entre la norma constitucional y la norma legal.

Adicionalmente, existen varias constituciones, entre ellas la del Perú y la de Colombia, que señalan que cuando un juez encuentre la existencia de una pugna entre la Constitución y una norma legal, debe preferir la primera sobre la segunda, lo que es una manifestación clara del principio de supremacía de la Constitución.

En el caso chileno, la supremacía de la Constitución está magistralmente expuesta en el artículo 6º. Y la calificamos de magistral porque está incluso mejor

que el texto de la constitución norteamericana que sirvió de base al juez Marshall para dictar el fallo *Marbury versus Madison*.

Si compara ambas redacciones, en el caso de la constitución norteamericana se refiere a la Constitución y las leyes dictadas en virtud de ella. La nuestra señala que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. O sea, es de una precisión magistral. Esto significa que obliga al juez por el propio ministerio de su labor.

El recurso de inaplicabilidad o la acción de inaplicabilidad es una acción especial que obliga a presentarse ante otro tribunal, en otro procedimiento que no suspende el curso del proceso que se está llevando a cabo. Por lo tanto, está hecho especialmente para los casos de dudas respecto de la constitucionalidad.

Lo mismo dice el artículo 93, inciso decimoprimer, en que se le entrega como facultad al juez recurrir al Tribunal Constitucional. No es como el caso de la constitución española, que obliga al juez a recurrir al Tribunal Constitucional frente a cualquier duda.

Entonces, aquí hay dos caminos distintos. Uno, que constituye un deber ministerial de todo juez, quien cuando jura su cargo, jura respetar la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella.

Esto está indicando claramente que ninguna relación tiene el deber ministerial de todo juez (artículo 6º), con una acción que le permite a las partes o al mismo tribunal recurrir al Tribunal Constitucional cuando existe una razonable duda respecto de si una norma legal debe o no debe aplicarse a un caso.

VIII

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sus efectos en la actividad legislativa*

Marisol Peña Torres**

Los tópicos del derecho público referidos a la relación entre la justicia constitucional y la actividad del legislador son los más difíciles de abordar. Y lo es, pues está en el corazón del principio democrático.

La pregunta obvia que surge ante este tipo de materia es, cómo un órgano que no se origina en la elección popular y que, sin embargo, tiene un tremendo poder, incluso de expulsar una norma del ordenamiento jurídico, puede controlar la actividad del legislador, que es generado, precisamente, a partir del principio democrático de la elección popular.

Este es un tema que podemos atender en función de los siguientes aspectos principales.

En primer lugar, se hará una introducción referida al origen del control de constitucionalidad de la ley, recordando muy especialmente el pensamiento de Hans Kelsen, en su obra magistral en esta materia, La Garantía Jurisdiccional de la Constitución.

* Artículo basado en la exposición desarrollada en el Seminario sobre Tribunal Constitucional, realizado por la Academia Parlamentaria el día 26 de abril de 2010, en la sede del Congreso Nacional.

** Abogada por la Pontificia Universidad Católica de Chile y magíster en Estudios Internacionales por la Universidad de Chile. Es profesora de Derecho Constitucional y Directora del Departamento de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es ministra del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, se explicará por qué la sentencia constitucional, la que emana de los tribunales constitucionales, tiene una característica tan peculiar, a diferencia de las sentencias que provienen de los tribunales ordinarios, y cuáles son sus efectos generales.

Posteriormente, se tratarán los efectos de las sentencias constitucionales en las principales competencias del Tribunal Constitucional. Esto se refiere al control preventivo y obligatorio de la constitucionalidad de la ley, artículo 93 número 1; al control facultativo y preventivo del artículo 93 número 3, y, también, en lo que respecta al ejercicio de la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 93 número 7 de la Constitución.

Se ha experimentado un importante cambio de paradigma en el estado de derecho en todo el mundo. Efectivamente, el constitucionalismo ha transitado entre dos ejes muy importantes de reconocer. Uno, el del estado liberal de derecho y, otro, el eje del estado constitucional de derecho, que es el estadio de desarrollo del constitucionalismo en el cual nos encontramos actualmente.

El estado liberal de derecho, en general, sin perjuicio de profundizar en seguida sus características más importantes, tenía como rasgo básico el predominio absoluto de la ley y la primacía del Parlamento, tal como lo señalaba Blackstone.

El estado constitucional de derecho representa un paradigma distinto porque postula la idea de la Constitución como una norma jurídica directamente vinculante y, al mismo tiempo, difunde por todo el mundo el control, ya sea difuso o concentrado, de la constitucionalidad de la ley.

¿Qué acontece, profundizando la idea del estado liberal de derecho?

La ley, como lo leemos hasta hoy en el artículo 1° del Código Civil, era concebida fundamentalmente como la expresión de la voluntad soberana de la nación.

Naturalmente, hay allí una influencia indiscutible del pensamiento roussoniano. Rousseau, que pertenece a esta doctrina, conocida en la teoría política como la escuela de los contractualistas, postulaba que la sociedad se genera a partir de un pacto o contrato que los hombres celebran voluntariamente entre sí, en virtud del cual cada persona pasa a adquirir la doble calidad de soberano y de súbdito. Soberano, porque con su voluntad concurre a producir, a generar la voluntad general, y súbdito, en cuanto queda atado por las decisiones que emanan de la voluntad general, identificada básicamente con la voluntad de la mayoría.

Pero Rousseau no termina aquí su análisis de la voluntad general, sino que le asigna un apellido. Señala que la voluntad general es soberana, y al ser soberana es infalible. Es decir, la expresión de la voluntad soberana nunca se puede equivocar.

Allí es donde encontramos la médula del predominio absoluto que la ley, la actividad del legislador, tuvo durante tanto tiempo.

Se entendió, precisamente, que a partir de las tesis roussonianas, contenidas en el contrato social, la ley era una expresión de voluntad infalible que no podía errar. Los jueces, tal como lo había señalado Montesquieu, eran solamente la boca que pronunciaba las palabras de la ley, como si aplicáramos literalmente aquella regla contenida en el artículo 19 del Código Civil, respecto de la interpretación de la ley.

El juez, básicamente, debía atenerse al tenor literal de la ley y aplicarla en ese sentido.

Por lo tanto, bajo esa óptica, propia del estado liberal de derecho, el Parlamento era el único que podía ejercer el control sobre sus actos, el control sobre su propia obra, que era, precisamente, la actividad legislativa.

Entonces, el único control concebible o imaginable durante la vigencia del estado liberal de derecho era el control político de una eventual inconstitucionalidad de la ley. Eso es, el control que estaba encomendado al propio Parlamento.

¿Cómo cambia esa situación, bajo la óptica del estado constitucional de derecho, en que nos encontramos actualmente?

En primer lugar, cambia la concepción de la propia Constitución. La Carta Fundamental deja de ser, como tradicionalmente lo fue en los inicios, en los gérmenes del proceso constitucionalista, un mero freno, un mero límite, un mero control frente al ejercicio del poder.

Como no recordar la clásica tesis de Karl Loewenstein, en su obra la Teoría de la Constitución, cuando dice que el *telos* o la finalidad de toda Constitución es, precisamente, el control en el ejercicio del poder.

Digo que cambia esa óptica, porque ahora se pone el acento en el contenido de la Constitución. Y el contenido original de la Constitución era aquel que se definió en el artículo 16 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Un Estado que no tiene separadas sus funciones ni asegurados los derechos de sus ciudadanos, no tiene Constitución.

Por lo tanto, la idea del contenido de la Constitución con un aspecto orgánico y dogmático, referido a la garantía de los derechos fundamentales de las personas, marcará la irrupción de un nuevo pensamiento del constitucionalismo donde la Constitución se erige verdaderamente en la norma suprema del ordenamiento jurídico positivo, y no sólo en la norma suprema, sino que en una norma jurídica directamente vinculante.

Es, efectivamente, el juicio *Marbury* con *Madison*, fallado por el juez John Marshall en 1803, en realidad por la Suprema Corte y redactado por él, aquel en el cual se desarrolla la idea de la Constitución como norma directamente vinculante y que prima sobre las leyes. Por eso es que el fallo "*Marbury versus Madison*" le dice al juez: "Si usted encuentra un conflicto o una pugna entre una ley común y la Constitución, no tenga dudas de aplicar siempre la Constitución". Y ya no la aplicará como un instrumento político, como una carta de navegación que simplemente marca las reglas del juego por las cuales la sociedad se va regir, sino que la aplicará como la primera y fundamental de las normas del ordenamiento jurídico positivo.

Esa idea trascendente contenida en ese juicio y en la sentencia que lo falla, se unirá a un cambio de concepción en los derechos fundamentales, puesto que éstos dejan de ser concebidos como meras facultades subjetivas de su titular que le permiten dar, hacer o no hacer alguna cosa, para erigirse verdaderamente en una concepción objetiva y como la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico positivo. Por lo tanto, son los derechos fundamentales, que la Constitución recoge y reconoce, aquellos que se irradian o proyectan su influencia sobre todo

al resto del ordenamiento jurídico positivo a partir del reconocimiento del valor de la dignidad humana. Es aquí donde sostenemos, junto a García de Enterría, que la Constitución definitivamente deja de ser una norma jurídica indicadora de un compromiso fundamental de la sociedad, para constituirse en la norma fundamental del ordenamiento jurídico, caracterizada básicamente por el contenido valórico que podemos observar en ella.

Fue Hans Kelsen, a partir de 1920 y gracias a la experiencia que le otorgó el haberse desempeñado como magistrado del primer Tribunal Constitucional de Austria, quien sintetiza magistralmente el pensamiento acerca de la importancia que tiene la jurisdicción constitucional, como contralora de la constitucionalidad de la ley. Él plantea en su magistral obra "La garantía jurisdiccional de la Constitución", que la justicia constitucional es parte del sistema de medios técnicos que apuntan a asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales.

Si esa idea básica de Kelsen la trasladáramos a nuestros días, diríamos entonces que la justicia constitucional constituye uno de los resortes básicos para que el Estado de Derecho funcione eficazmente. Ahora, es evidente, agregaba Kelsen, que si esa garantía se hace residir en el propio legislador, es decir, en el propio controlado, difícilmente se podrá cumplir el objetivo de garantizar eficazmente la supremacía de la Constitución. Es por eso que la garantía jurisdiccional de la Constitución ha de encomendarse a un órgano de una jerarquía especial, distinto del legislador y del resto de los órganos del Estado y que funcione en forma absolutamente independiente del resto de las magistraturas. Es así como nace precisamente la idea del control concentrado de la constitucionalidad de la ley, radicado en un tribunal constitucional.

¿Qué es lo que hace el Tribunal Constitucional cuando examina la obra del legislador? Lo que hace, señalaba Kelsen, es anular un acto que hasta su pronunciamiento se presumía válido. Esto es muy importante de entender, porque la forma cómo el juez constitucional juzga o controla la actividad del legislador no es partiendo de la base de que la norma es inconstitucional *per se*, sino todo lo contrario, partiendo de la base de que el legislador ha actuado conforme a la Constitución. Y sólo en esa óptica será posible declarar la inconstitucionalidad del acto controlado, es decir de la ley, cuando efectivamente se compruebe de forma fehaciente que existe una pugna entre la ley y la Carta Fundamental.

Por tanto, los efectos en el pensamiento kelseniano de la anulación de la ley, esto es de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, son precisamente los de expulsar la norma del ordenamiento jurídico con efectos hacia el futuro, aún cuando, sostenía Kelsen, hay muchos casos en los cuales debe reconocérsele a la declaración de nulidad de la ley, o de inconstitucionalidad, un efecto retroactivo.

El acto de anulación de la ley es, en consecuencia, un acto legislativo, en el sentido de que el Tribunal Constitucional contribuye, al igual que el legislador, a la obra de creación del derecho, dice Kelsen, pero en un sentido negativo. Es decir, si el legislador creó la norma, el Tribunal Constitucional la saca del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, crea una situación jurídica distinta, en virtud de la cual, la norma originalmente vigente ya no lo está dentro del ordenamiento jurídico. Ese es exactamente el significado de la frase que hemos escuchado tantas veces, que el

Tribunal Constitucional es un legislador negativo.

¿Se contradice esta idea con el principio de separación de poderes?, se preguntaba Kelsen. Y se contesta que la verdad es que no, porque la idea de la garantía constitucional o de la justicia constitucional significa, en el fondo, que la justicia constitucional está repartida entre dos órganos diferentes: uno es el Poder legislativo o los órganos colegisladores, en nuestros modernos estados de derecho, y el otro, el Tribunal Constitucional. En este ejercicio compartido de la función legislativa, sucede que un órgano, el Tribunal Constitucional, fiscaliza o controla al otro órgano, que es el órgano legislativo, o a los órganos colegisladores.

Me he detenido en las ideas originales del pensamiento de Kelsen, para demostrarles que están permanentemente presentes en la actuación y labor que desempeña el Tribunal Constitucional de Chile. Tan presentes están, que esta idea de los frenos y contrapesos está justamente desarrollada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, precisamente en la sentencia que declaró por primera vez la inconstitucionalidad de un precepto legal, del artículo 116 del Código Tributario, expulsándolo definitivamente del ordenamiento jurídico chileno.

Me he permitido consignar el considerando en el cual se recoge la idea que vengo explicando, para que puedan ustedes apreciar realmente cómo hay una especie de congruencia plena entre la forma en que el Tribunal Constitucional entiende su labor de declarar la inconstitucionalidad de la ley y los postulados originales de Kelsen.

Se dice en la sentencia Rol 681, que la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante en los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos de Estado en forma compatible con aquella división de funciones previstas en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

Por lo tanto, esta idea que está consignada en un considerando de la sentencia recaída en el Rol 681, de declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, perfectamente podría haber estado incluida en el texto de Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, puesto que apunta a la misma idea: la colaboración que existe entre la justicia constitucional y la función legislativa para depurar el ordenamiento jurídico positivo de todos aquellos elementos que puedan conspirar o ir en contra de la plena supremacía constitucional.

Con estas aclaraciones previas, creo que podríamos referirnos a las dos grandes características que tiene una sentencia constitucional y que la diferencian ciertamente de las sentencias que dictan los tribunales ordinarios. Esto es muy importante, porque no podemos concebir los efectos de la sentencia si no entendemos las características de la sentencia en sí misma.

En primer lugar, la sentencia constitucional, a diferencia de la sentencia proveniente de la jurisdicción ordinaria, no se limita, como esta última, a resolver un conflicto de intereses de carácter intersubjetivo, un conflicto jurídico que pone en contraposición a dos partes ante el juez. La sentencia constitucional, en cambio, lo

que asegura propiamente es la vigencia de la supremacía constitucional y del Estado de Derecho. Esa es la razón de ser de la sentencia constitucional.

Además, la sentencia constitucional trabaja exclusivamente con las normas jurídicas. ¿Qué es lo que hace un juez ordinario? Como lo establecía claramente Carl Schmitt en sus textos, un juez ordinario subsume unos hechos concretos, una situación fáctica determinada, en una norma, para ver cómo ésta, que le resulta aplicable, resuelve ese conflicto fáctico.

El Tribunal Constitucional, por regla general trabaja solamente con las normas jurídicas y no con los hechos. La excepción a esta afirmación está constituida precisamente por lo que muy bien señaló el profesor Lautaro Ríos anteriormente: el ejercicio actual de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad obliga al Tribunal Constitucional no solamente a considerar la Constitución -la ley- sino que además la circunstancia del caso concreto.

En este caso es muy importante traer a colación la situación del artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar.

Cuando uno no entiende que en la acción de inaplicabilidad se consideran los hechos del caso concreto, no podría entender entonces por qué en algunos casos, como es el caso de Antuco, fue rechazada la acción de inaplicabilidad del artículo 299, número 3 del Código de Justicia Militar, mientras que en otro caso, referido a un Carabinero, el señor Pablo Silva, fue acogida la acción de inaplicabilidad respecto del mismo precepto.

¿Cuál es la explicación de esta dicotomía? Exclusivamente que cada proceso constitucional de inaplicabilidad se examina en conformidad a los hechos que le sirven de sustento. Eso es lo que permite entender por qué en unos casos se acoge la inaplicabilidad de una norma y en otros se rechaza.

¿Cuáles son los efectos generales que tiene la sentencia constitucional?

Tres son los efectos generales que en doctrina se le atribuyen a una sentencia constitucional.

El primero es el efecto vinculante respecto de todos los demás órganos y poderes del Estado.

El segundo es el precedente, como parámetro normativo, que vincula al propio Tribunal Constitucional respecto de sus pronunciamientos futuros.

El tercero es el de la cosa juzgada, que naturalmente tiende a mantener la coherencia del ordenamiento jurídico, impidiendo que se revean situaciones que ya fueron decididas desde el punto de vista de su constitucionalidad.

¿Qué es lo que pasa en Chile con estos tres efectos?

Es necesario recordar que en el proyecto de la ley orgánica modificatoria de la que entonces era la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, ley 17.997, que se empieza a tramitar precisamente en la Cámara de Diputados, inmediatamente después de la Reforma de 2005, estaba incluido un artículo 31 de redacción ligeramente distinta a la que hoy encontramos en la ley vigente. En ese artículo 31 se decía, por una parte, que la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional produce efectos y obligaciones respecto de todos los órganos del Estado.

Además se decía que el Tribunal Constitucional queda obligado por sus precedentes, pero que si el Tribunal estima del caso cambiar la forma como ha fallado un asunto previo, es necesario que consigne muy detallada y pormenorizadamente las razones. En este último caso, se refería al precedente.

¿Qué pasó con esas dos disposiciones incluidas en el artículo 31 original?

Por lo menos, en el mensaje de su Excelencia la Presidenta de la República, esas normas fueron eliminadas en la Cámara de Diputados, en la discusión respectiva.

Respecto del efecto vinculante, la razón que se dio para eliminar la norma que obligaba a todos los órganos del Estado a acatar lo decidido por el Tribunal Constitucional, es una obviedad. Es decir, que no era necesario escribir o consignar en un texto expreso que las sentencias del Tribunal Constitucional eran obligatorias para todos porque ello formaba parte de los principios generales del derecho público.

Por lo tanto, la norma desapareció y hoy no la encontramos en la ley actualmente vigente. Algo parecido sucedió con el precedente.

Ahora, en esta parte relativa al efecto vinculante, nos apartamos al eliminar esta norma del proyecto de ley de la regla general del derecho comparado. Si ustedes examinan la ley orgánica del Tribunal Constitucional de España, la ley orgánica Constitucional Federal de Alemania, el Código Procesal Constitucional del Perú, todos estos cuerpos normativos del derecho comparado consignan expresamente el efecto vinculante de las sentencias constitucionales.

Por lo tanto, el silencio que tiene nuestro ordenamiento jurídico en esta materia se aparta de la tendencia general del derecho comparado.

Lo más importante en lo que refiere al efecto vinculante es preguntarse qué es lo que vincula de la sentencia constitucional.

Una primera aproximación podría llevar a sostener que lo único que vincula es la *decisum*; es decir, la decisión con que finaliza la sentencia. Se declara inaplicable, se declara constitucional o inconstitucional.

Sin embargo, lo cierto es que la doctrina constitucional ha dicho que la decisión es inescindible, inseparable de la *ratio decidendi*; es decir, de la razón principal que justifica la decisión contenida en la sentencia.

Por lo tanto, si ustedes han seguido la jurisprudencia, en el Tribunal Constitucional actual se ha producido un cambio bien interesante en las sentencias del Control Preventivo Obligatorio.

Cuando el Tribunal dicta una sentencia interpretativa, señalando que una norma es constitucional en el entendido que se indica en la sentencia, el entendido no solamente está reproducido en el considerando respectivo, sino también en la parte decisoria.

Como una forma de llamar la atención a la comunidad jurídica, no basta la declaración, sino que lo más importante aquí es la razón de la declaración.

Al respecto hay mucho material de sentencias dictadas en ejercicio de este control preventivo, con el entendido que dicen claramente en qué sentido, si la norma se aplicara tal y como llega al Tribunal Constitucional. Después de salir de las cámaras, podría pugnar con algún aspecto de la Constitución y, sin embargo, con esta nueva interpretación que le da el Tribunal Constitucional, se salva su inconstitucionalidad.

Por lo tanto, claramente, lo que obliga a todos los órganos del Estado en la sentencia constitucional es tanto la *decisum* como la *ratio decidendi*.

Como expresé anteriormente, la actual ley orgánica no contempla normas sobre el precedente. El Tribunal Constitucional ha cambiado efectivamente precedente, por ejemplo, en la línea de los *solve et repete*; es decir, paga y después reclama, contenidos en normas diversas como en el Código Sanitario, en el Código del Trabajo y otros.

El tribunal ha cambiado el precedente porque en jurisprudencia antigua fue partidario de la constitucionalidad de esas normas, pero el nuevo Tribunal –del 2005 en adelante– ha sido partidario de la inconstitucionalidad de esas normas, e incluso ha llegado a declararlo en un caso con efectos generales: el del artículo 171 del Código Sanitario, consignando expresamente las razones que lo llevan a cambiar la mirada o el punto de vista que había sostenido anteriormente.

Con estas consideraciones de carácter general, vamos ahora a aspectos de la jurisprudencia que me parece que son los que a la Academia Parlamentaria le interesaba poner de relevancia en esta exposición.

En lo que se refiere a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, muy poco nos indican las normas vigentes.

El inciso segundo del artículo 94 de la Constitución, en lo que se refiere al control preventivo de constitucionalidad de la ley, señala que las disposiciones que el tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto de que se trate.

Por lo tanto, estas sentencias estimatorias de constitucionalidad obligan a los órganos colegisladores a prescindir de la norma que fue declarada inconstitucional; es decir, no puede el Congreso Nacional volver a discutir esa norma y, obviamente, el Presidente de la República tampoco podría reponerla en el proyecto al momento que estuviera promulgándolo y, ciertamente, publicándolo.

Existen ciertas alternativas que son muy interesantes, que si bien no están consignadas como efectos propios, han sido modeladas por la jurisprudencia constitucional para salvar aquello que Kelsen ya había avizorado: la presunción de constitucional de la ley. Esto es que la ley siempre es constitucional, a menos que el juez constitucional detecte y declare su inconstitucionalidad flagrante.

¿Cuáles son estas dos formas de modelar las sentencias constitucionales?

Unas son las sentencias interpretativas y otras son las sentencias exhortativas.

¿Qué significan las sentencias interpretativas?

Aplicando el principio de constitucionalidad de la ley y de interpretación conforme a la Constitución, la sentencia constitucional indica que la norma, tal y como viene redactada, debe ser entendida de la forma que se indica en la sentencia. De esa forma se salva, se supera, la posible inconstitucionalidad que pudiera afectar esta norma.

Hay varios casos de sentencias interpretativas. He mencionado algunos roles para alguno de ustedes que quiera hacer un seguimiento, y obviamente tengo los considerandos respectivos por si ustedes quisieran profundizarlos en la etapa de las preguntas.

También hay una segunda forma en que la jurisprudencia constitucional en el control preventivo ha modelado los efectos de una posible inconstitucionalidad, que es dictando sentencias exhortativas al legislador. Es decir, sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional claramente le dice al legislador que es necesario que haga algo que no ha hecho. Y al no hacerlo está produciendo una situación que sería susceptible de inconstitucionalidad. Uno de los casos, tal vez, más relevante del último tiempo se refiere al control preventivo obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley sobre bosque nativo, donde se insta, precisamente, a los poderes colegisladores a dictar el reglamento complementario de la ley que haga plenamente aplicable las normas, sobre todo desde el punto de vista del debido proceso legal.

Como se puede observar, desde el punto de vista de la jurisprudencia siempre está la posibilidad de modelar las normas.

En ese sentido, ¿cuáles son los efectos (que no impactan tanto al legislador como al juzgador pero que no se pueden omitir) de la sentencia constitucional en el control concreto y posterior de constitucionalidad de la ley, que es el que se ejerce por la vía de la inaplicabilidad? Básicamente, el Tribunal ha dicho que la declaración de inaplicabilidad para un caso concreto de un precepto legal produce un efecto negativo y un efecto positivo.

El negativo, dicho expresamente en los roles 588 y 596, consiste en que declarado inaplicable un precepto legal, el juez debe prescindir de ese precepto en la resolución del asunto. En consecuencia, deberá buscar en todo el resto del horizonte de normas que le quedan con cuál resuelve el asunto, pero no puede utilizar aquella que el Tribunal declaró inaplicable.

El positivo, consiste en que rechazada la inconstitucionalidad en una sentencia desestimatoria de inaplicabilidad, el juez recupera plenamente su libertad para resolver el asunto concreto sometido a su conocimiento con arreglo a cualquier norma, incluso, aquella que fue impugnada de inaplicabilidad.

Como ven, es un efecto que atañe más al juzgador que al legislador. Pero, en todo caso, es una jurisprudencia interesante, porque a partir de esto el legislador puede tomar ciertos criterios que lo lleven a modificar normas legales para afianzar, a lo mejor, una situación de constitucionalidad que en algún minuto pudo estar cuestionada.

Ahora, ¿cuáles son los efectos de la sentencia constitucional en el control abstracto y posterior de la constitucionalidad de la ley? A este tema se ha referido ampliamente el profesor Lautaro Ríos, en cuanto al efecto derogatorio del precepto legal declarado inconstitucional y su expulsión del ordenamiento jurídico positivo desde el momento que se publica la sentencia en el Diario Oficial que acoge el reclamo.

En esta situación, claramente, hay que decirlo, se produce un impacto tremendo en el sistema de fuentes del derecho. Éste es el mejor ejemplo para decir que hoy la sentencia constitucional es una nueva fuente del derecho, porque supone romper con la vieja tradición jurídica de que las cosas en derecho se deshacen de la misma forma que se hacen, porque si una ley se genera como consecuencia de la voluntad de los órganos colegisladores, esta vez la ley va a ser dejada sin efecto,

ya no en virtud de la decisión de los órganos colegisladores, sino que en virtud de la decisión del Tribunal Constitucional y por medio de la sentencia constitucional.

Por lo tanto, dado que estamos un poco sensibilizados por el terremoto y sus réplicas, este es un verdadero terremoto grado 8 en el sistema de fuentes del derecho, porque es muy inusual que una sentencia constitucional pueda dejar sin efecto un precepto legal.

La declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo, lo cual genera una cantidad de problemas, en el sentido de que hay que verlo en el caso concreto. Podemos referirnos a todo lo que sucedió en la historia del artículo 116 del Código Tributario después de su derogación y hasta que la sala constitucional de la Corte Suprema determinó que lo que había en los procesos ordinarios era un vicio de carácter procesal, consistente en que quien había obrado en un reclamo tributario era un no juez y ello llevaba, en definitiva, a declarar la nulidad procesal retrotrayendo la situación de las causas judiciales pendientes hasta el momento mismo en que ellas se iniciaron. Pero esto que ahora parece bastante claro, fue objeto de muchos meses de un ir y venir de opiniones recíprocas, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema.

Ahora bien, es importante, sobre todo desde el punto de vista de los efectos en la obra del legislador, hacer presente los criterios fundamentales con los cuales actúa el Tribunal Constitucional frente a la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En otras palabras, aquellos criterios que los órganos colegisladores han de tener presente al momento en que aprueban o modifican una ley, con vistas a una futura y eventual inconstitucionalidad de esa misma norma.

El primer criterio ya mencionado es la presunción de constitucionalidad de la ley e interpretación conforme a la Constitución. Ello significa que para el Tribunal Constitucional un precepto legal no puede ser declarado inconstitucional con efectos *erga omnes*, de acuerdo al artículo 93, número 7, si existe, al menos una interpretación o punto de vista que permita conciliar la norma con la Constitución. Esta es la razón precisa por la cual se rechazó la acción pública de inconstitucionalidad deducida en contra del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal, una norma que se refiere al desafuero de los parlamentarios. Se dedujo, después de algunas acciones de inaplicabilidad deducidas precisamente por parlamentarios, una acción pública de inconstitucionalidad y el Tribunal la rechazó, porque le señaló al juez ordinario que mirando el contexto de las normas del Código Procesal Penal, puede realizar una interpretación en virtud de la cual se entienda que no solamente al admitir la querrela a trámite, sólo con esos argumentos, podría decidir el desafuero. Además, le señaló que dentro del Código Procesal Penal tiene otras normas que mirar para cumplir el principio del debido proceso legal, que era el impugnado en este caso, porque se estimaba que el parlamentario, cuyo desafuero se estaba solicitando, no tenía posibilidades de defensa, si se interpretaba literalmente el artículo 416, inciso tercero.

Por lo tanto, cada vez que se interponga una acción pública de inconstitucionalidad o cuando el tribunal abra de oficio un proceso de inconstitucionalidad, el resultado sólo será positivo si el Tribunal llega a la íntima

convicción de que no hay ninguna mirada, ningún punto de vista posible que permita armonizar la norma con la Constitución haciendo excepción, entonces, a esta presunción de constitucionalidad de la ley.

El segundo criterio, muy relevante, es que la inconstitucionalidad, ha declarado el Tribunal, considera un juicio abstracto sin que se tengan presentes las situaciones específicas, por mucho que la inconstitucionalidad se genere a partir de declaraciones previas de inaplicabilidad. En otras palabras, la óptica del Tribunal Constitucional cuando declara la inconstitucionalidad de un precepto legal es no circunscribirse en ninguna situación concreta, sino que en el mero control o contraste abstracto entre el precepto legal cuestionado y la Constitución.

Pero hay otros dos criterios que también son muy importantes de considerar en el tema que estamos tratando. El primero, es el criterio que la doctrina ha denominado de prudencia y que se refiere a los efectos, eventualmente, más nocivos que pueda tener la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal. Ello, pues podría solicitarse la declaración de inconstitucional de un precepto declarado previamente inaplicable, y si dicho precepto se declarara efectivamente inconstitucional, el vacío que se generaría en el ordenamiento jurídico podría ser más perjudicial que la situación que se trató de resolver. Por ejemplo, una persona puede quedar sin tribunal que resuelva su reclamación. Este ejemplo es el que tuvo presente el Tribunal, precisamente, en la sentencia recaída en el Rol 616, cuando rechazó la declaración de inaplicabilidad del artículo 115 del Código Tributario, que es el que ha permitido hasta hoy, sin tribunales tributarios, ciertamente, al director regional del Servicio de Impuestos Internos conocer y fallar reclamaciones tributarias. El Tribunal rechazó declarar la sola inaplicabilidad para el caso concreto. Con mayor razón lo habría hecho en una inconstitucionalidad teniendo presente que si se declaraba inaplicable esa norma, el contribuyente se quedaría sin tribunal que le resolviera el asunto. Allí la autora estuvo en un voto de minoría, con el ministro Raúl Bertelsen, pues plantearon que si se hubiera adoptado la inaplicabilidad del artículo 115 del Código Tributario, de lo que eran partidarios, el afectado no quedaba sin tribunal porque correspondía aplicar el artículo 38, inciso 2° de la Constitución: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por un acto de la administración puede recurrir a los tribunales que establece la ley" Por lo tanto, los tribunales naturales para conocer en defecto del juez tributario habrían sido los ordinarios.

En los roles 616 y 1.173 se establece la declaración de inconstitucionalidad del artículo 464, inciso tercero, del Código del Trabajo, referido a un *solvo et repete*, que también fue rechazado como declaración de inconstitucionalidad. En ese caso también se puede encontrar el argumento de prudencia. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional está llamado a sopesar el impacto que produce el hecho de que la norma legal quede definitivamente sin aplicación en el ordenamiento jurídico.

Debe tenerse presente que, como ha sido señalado uniformemente por la doctrina, los tribunales constitucionales son órganos jurisdiccionales, pero también políticos, no porque se lo propongan, sino porque la naturaleza de los asuntos que deciden tienen que ver con las bases más profundas del compromiso que está consignado en la Constitución. Por lo tanto, cada vez que se declara una

inconstitucionalidad y se revisa el actuar del legislador acerca de si está conforme con la Constitución, también se revisa ese compromiso, y evidentemente ahí allí consideraciones políticas.

El criterio de prudencia siempre tiende a mezclar lo jurídico con lo político. En algunos casos, eso es más evidente como cuando se declara la inconstitucionalidad de un acto del Poder Ejecutivo que se refiere al contenido de una política pública. Por ejemplo, en la declaración de inconstitucionalidad de ciertas normas contenidas en el decreto supremo que aprobaba las normas chilenas sobre regulación de la fertilidad. Es evidente que en ese caso el Tribunal Constitucional tiene presente que la declaración de inconstitucionalidad, por mucho que se razone jurídicamente, provoca un impacto en una política pública y así será en la mayoría de las materias. A juicio de la autora, y su experiencia de cuatro años en el Tribunal Constitucional, no existe asunto que sea jurídicamente puro y todo tiene que ver con el actuar de la sociedad. Evidentemente, el criterio de prudencia, al considerar la situación en que quedarán los administrados y la reducción de potestades que tendrán los órganos del Estado, indudablemente involucra una consideración que va más allá de criterios estrictamente jurídicos.

Un último criterio relevante, de cara a la actividad que realiza el legislador, es que el Tribunal Constitucional ha sido tradicionalmente muy respetuoso de las denominadas “decisiones de mérito del legislador”, especialmente en materias penales. Cuando a dicho Tribunal se le ha solicitado una declaración de inaplicabilidad sobre normas que establecen escalas de penas o cuando se ha impugnado, por ejemplo, el artículo 454, inciso primero, del Código Penal, que permite sancionar ciertos delitos de particular gravedad en grado de tentativa como si fueran delitos consumados, dicho órgano ha tenido presente que, cuando el legislador establece escalas de penas o actúa por razones de política criminal, ese es un juicio de mérito muy especial que le corresponde al legislador y que consecuentemente no le compete revisar al Tribunal Constitucional, a menos que se produzca una infracción flagrante de principios constitucionales.

En consecuencia, el respeto a las decisiones de mérito del legislador ha marcado fuertemente la jurisprudencia constitucional antigua del control preventivo obligatorio de constitucionalidad, pero también la jurisprudencia más reciente, posterior a 2005, en la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Un último tema que, a juicio de la autora, constituye el problema más delicado al que se enfrenta la sentencia constitucional desde el punto de vista de sus efectos, puede formularse a través de la pregunta: ¿Puede el Tribunal Constitucional suplir el vacío legal que provoca la derogación de un precepto a través de la declaración de inconstitucionalidad? Evidentemente, ese órgano tiene conciencia de producirá tal vacío. Aquí es donde podemos constatar la mezquindad que hasta ahora ha tenido nuestro ordenamiento jurídico constitucional y legal, pues, a diferencia del derecho comparado, no le otorga al Tribunal Constitucional ninguna posibilidad de modelar los efectos de las sentencias inconstitucionales. Hago énfasis en ello, porque existen ordenamientos constitucionales, como el alemán, en el cual el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad y diferirla durante un periodo

para dar al Congreso Nacional la posibilidad de que apruebe la ley que suplirá el vacío legal y, por consiguiente, el impacto jurídico se aminora. Tampoco podemos hacer lo que establecen las constituciones de Portugal y Brasil en caso de inconstitucionalidad por omisión, que acontece cuando el legislador se sitúa en una situación de vulnerar la Constitución por no establecer una norma que debía dictar. Nada es posible hacer en la materia. En cambio, en esos otros ordenamientos también puede haber una sentencia constitucional exhortativa que, incluso, confiera plazo al legislador para dictar la norma y éste se ubique en una situación de conformidad con la Constitución.

En consecuencia, ¿qué ocurría en Chile cuando se clamaba ante el Tribunal Constitucional, como en la situación de la derogación del artículo 116 del Código Tributario? ¿Por qué dicho Tribunal no dice lo que debe hacerse ahora? La respuesta única y posible se encuentra en el artículo 7º, inciso segundo, de la Constitución Política, que establece que los órganos del Estado sólo pueden ejercer competencias que le han sido expresamente conferidas por la Constitución y la ley. En Chile no hay *implicit powers*, como en Estados Unidos, donde los órganos del Estado pueden hacer todo lo necesario para el cumplimiento de la función, aunque no esté escriturado. Lamentablemente, y este es un vacío del ordenamiento jurídico chileno, si se compara el Tribunal Constitucional chileno con otros ordenamientos normativos, el nuestro se limita a declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero no puede declarar en la sentencia qué sucederá ni reemplazar en aquella lo que exclusivamente sería resorte del legislador. Si lo hiciera, el Tribunal Constitucional claramente se estaría situando en una condición de infracción del referido artículo 7º, inciso segundo, y reemplazando la labor que única y exclusivamente compete al legislador. Por lo tanto, la consecuencia no es otra que la responsabilidad recaer íntegramente en el legislador respecto de los efectos de una declaración de inconstitucionalidad.

En opinión de la autora, esa responsabilidad ha sido entendida muy bien en Chile, porque, una vez que se derogó el artículo 116 del Código Tributario, pudo observarse la expedición con que se aprobó en el Congreso Nacional el proyecto de ley que instituía la nueva jurisdicción tributaria, con lo cual claramente el legislador daba una señal de colaboración con la justicia constitucional y de armonizar las competencias de cada uno.

La suspensión de un procedimiento judicial está concebida en la ley orgánica constitucional del Tribunal como una medida de carácter cautelar. Eso significa que el Tribunal decretará la suspensión del procedimiento cada vez que tenga temor de que el desarrollo del mismo procedimiento, en forma coetánea o paralela a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pudiera llegar a frustrar la defensa de la supremacía constitucional.

Hay que pensar que la mayoría de las inaplicabilidades se deducen, además, porque las infracciones constitucionales que se denuncian son infracciones al estatuto de los derechos de las personas. Por lo tanto, desde ese punto de vista, las inaplicabilidades se parecen mucho a un amparo constitucional. Por lo tanto, el Tribunal va a decretar la suspensión del procedimiento cada vez que tema que la continuación del procedimiento ocasionará una situación que será imposible de salvar.

Muchas veces se ha podido observar que los propios requirentes, es decir, la propia comunidad jurídica, deducen acciones de inaplicabilidad precisamente como una forma de paralizar el procedimiento penal. Ello ha sido particularmente evidente en aquellos casos en que lo único que faltaba para terminar el proceso penal era la lectura de la sentencia del juicio oral. En ese instante parece casi absurdo deducir la acción de inaplicabilidad, porque el abogado de la parte requirente no pudo darse cuenta durante toda la tramitación del proceso penal de que la aplicación de una determinada norma podía producir resultados contrarios a la Constitución.

Hay casos en que es evidente que la acción de inaplicabilidad se utiliza como un instrumento, pero es muy delicado para el Tribunal Constitucional ejercer ese juicio, ya que si lo ejerciera como argumento para inhibirse de conocer, podría estar infringiendo su deber de inexcusabilidad o frustrando también el acceso a la justicia. De tal manera que prefieren, en virtud de un principio pro requirente, admitir el asunto y decretar cuando es procedente la suspensión del procedimiento.

IX

El régimen de protección de los derechos económicos y sociales en Chile

Francisco Fernández Fredes*

1. El sistema chileno de protección de los derechos fundamentales

1.1. El recurso de protección

La tutela judicial de los derechos fundamentales en Chile está entregada principalmente a las Cortes de Apelaciones (primera instancia) y a la Corte Suprema (segunda instancia), las que pueden conocer de denuncias por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales, mediante un Recurso de Protección (art. 20 CPE).¹ El objetivo de este recurso es lograr el restablecimiento del derecho injustamente vulnerado y asegurar la debida protección del afectado.

Pero esta acción constitucional de protección presenta algunos problemas. La propia Constitución priva de tutela a las garantías constitucionales que fueron consideradas por sus redactores como no idóneas para una protección jurisdiccional

* Abogado por la Universidad de Chile. Ministro del Tribunal Constitucional.

¹ Sin embargo, una reciente reforma legal ha otorgado facultades a tribunales especiales con competencia laboral, para conocer de vulneraciones a derechos fundamentales. La ley 20.022 (30.05.2005), que modificó sustancialmente el procedimiento judicial en materia laboral, instituyó un juicio especial de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores cuando tales derechos sean vulnerados por el ejercicio de facultades del empleador. Este juicio procede cuando son vulnerados algunos de los siguientes derechos fundamentales de los trabajadores: integridad física y psíquica, respeto de la vida íntima y la honra, inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, libertad de trabajo, libertad de conciencia y de opinión, principio de no discriminación en el trabajo y libertad sindical.

inmediata y expedita contra un sujeto determinado, en el entendido que el respeto de tales garantías constitucionales involucra en realidad a toda la colectividad.² En efecto, no existe la posibilidad de recurrir de protección si se afectan el derecho a la educación (art. 19 número 10) o el derecho a la seguridad social (art. 19 número 18). El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 19 número 8) es cubierto por el Recurso de Protección cuando es afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada (art. 20, inciso segundo).³

Por añadidura, la orientación principal de la Constitución chilena al instituir garantías constitucionales fue privilegiar la protección de las libertades individuales que se reflejan en el reconocimiento del desempeño individual de las personas y la libre elección entre distintos regímenes de prestación de servicios básicos, en vez de garantizar la responsabilidad del Estado de proveer el acceso a las prestaciones económicas y sociales esenciales. Precisamente por ello, el Recurso de Protección no garantiza el derecho a la protección de la salud, pero sí la libertad de elegir ser beneficiario del sistema público o privado de salud previsional (art. 19 número 9). Tampoco protege el derecho a la educación, pero sí la libertad de enseñanza, que incluye el derecho a escoger el establecimiento de enseñanza para los hijos (art. 19 número 11). Esto queda aún más claro respecto del derecho al trabajo. La Constitución chilena no menciona tal derecho, pero sí garantiza la libertad de trabajo y de su contratación. Asimismo, el Recurso de Protección protege la libre contratación de trabajo, pero no cubre el derecho a una justa retribución que la propia Constitución establece.

A lo anterior se agrega que la Constitución chilena abraza el ideario liberal de que las experiencias asociativas son severos peligros a la libertad individual, por lo que debe garantizarse que siempre primen las decisiones individuales por sobre las colectivas. Por ello, los derechos de acción colectiva emblemáticos como la negociación colectiva (art. 19 número 16, inciso quinto) y la huelga (art. 19 número 16, inciso sexto) están débilmente reconocidos en el texto constitucional y carecen del Recurso de Protección.

En suma, el Recurso de Protección instituido en la Constitución chilena no cubre todas las garantías constitucionales: Privilegia la libertad individual para acogerse a sistemas públicos o privados de prestaciones esenciales como la salud, la educación y la previsión, antes que el acceso efectivo a esas prestaciones, y desconfía de las experiencias asociativas como amenazas a la autonomía individual.

A este esquema en extremo liberal del reconocimiento constitucional chileno de derechos fundamentales se suma una arraigada doctrina de *propietarización*

² Acta de sesión 194 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, cit. en EVANS, Enrique: Los derechos constitucionales, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 217 y ss.

Para la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, si bien nunca explícita la distinción teórica entre derechos "negativos" (que instituyen obligaciones de simple abstención, como no impedir el ejercicio de determinadas libertades) y "positivos" (que demandan acciones efectivas para otorgar determinadas prestaciones), era evidente la diferencia entre unos y otros, según el criterio de que los recursos consagrados a garantizar su ejercicio eran suficientes en los derechos "negativos" y variables en los derechos "positivos", conforme a la capacidad económica del Estado y las manifestaciones de la vida económica y social, por lo que los derechos económicos y sociales no podían ser más que una aspiración programática, realizable políticamente, pero no mediante tutela judicial efectiva.

³ El texto original de la Constitución de 1980 restringía el Recurso de Protección a los casos en que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación fuera afectado por un acto arbitrario e ilegal. La Ley de Reforma Constitucional 20.050 (26.08.2005) estableció el actual texto del artículo 19 número 20, inciso segundo, haciendo aplicable el Recurso de Protección cuando el derecho fuera afectado por acciones u omisiones ilegales.

de tales derechos, que considera al derecho de propiedad como especialmente relevante a la hora de obtener protección constitucional. La práctica forense y la jurisprudencia se han inclinado a concebir el derecho de propiedad como una garantía constitucional que da amplia cobertura a la defensa de derechos fundamentales de difícil protección jurídica en la Constitución. Para esta visión, el derecho de propiedad sería una garantía constitucional jurídicamente *fuerte*, ante otras de contenido jurídico *débil*. Esto ha promovido una tendencia forense a argüir violaciones al derecho de propiedad para justificar Recursos de Protección, antes que otras garantías de aplicación general como el derecho a la igualdad, sobre todo para defender derechos fundamentales que en la Constitución chilena carecen de acción que los proteja. Esta práctica ha tenido acogida judicial: las Cortes se han inclinado por *propietarizar* derechos fundamentales sobre la base de defender la propiedad sobre bienes incorpóreos. Así, se han acogido Recursos de Protección para proteger la propiedad sobre los beneficios de salud emanados de un contrato de salud, que impide que la Isapre suba los precios convenidos según una tabla de factores que incluyen el sexo y la edad de los asegurados. También se han acogido Recursos de Protección declarando el derecho de propiedad emanado de un contrato de prestación de servicios educacionales para defender la permanencia de alumnos en un colegio, reconociendo el derecho de propiedad del presidente de un sindicato sobre su cargo, el derecho de propiedad del estudiante sobre sus logros académicos y el derecho de propiedad que incluye el reajuste sobre una pensión de jubilación. También se ha otorgado protección a requirentes declarando que la negativa injustificada de conceder una pensión de invalidez afecta el derecho de propiedad del peticionario.⁴

En suma, la acción constitucional chilena de protección tiene una escasa cobertura al no cubrir garantías constitucionales de primera necesidad para las personas. A eso se suma la excesiva valorización que ha hecho la jurisprudencia del derecho de propiedad, como privilegiado para ejercer la acción de protección, lo que le ha restado eficacia a la tutela judicial de los derechos fundamentales, desprotegiendo especialmente a los llamados derechos económicos y sociales.

1.2. La acción constitucional de inaplicabilidad

La Reforma Constitucional de 2005⁵ entregó la acción de inaplicabilidad de normas legales por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, estableciendo un procedimiento más expedito para su tramitación. Antes, dicha acción debía ejercerse ante la Corte Suprema. Con esta innovación, el reclamo de inaplicabilidad se convirtió en un medio procesal más accesible para defender los derechos fundamentales. De hecho, su ejercicio se ha incrementado notablemente desde la entrada en vigor de la reforma: según datos del propio Tribunal Constitucional, 206 requerimientos de inaplicabilidad ingresaron en 2006, 286 en 2007 y 235 en 2008.⁶

⁴ Una descripción de estos y otros Recursos de Protección acogidos en defensa del derecho de propiedad, en NAVARRO, Enrique: "El Recurso de Protección. Análisis cuantitativo jurisprudencial" en Revista Derecho Mayor. N° 6, Año VI. Octubre 2007. Santiago.

⁵ Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 (26.08.2005).

⁶ Memoria del Tribunal Constitucional. 2007-2008. Santiago, p. 45.

La nueva acción de inaplicabilidad que ahora es de competencia del Tribunal Constitucional, no está limitada a sólo algunas garantías constitucionales, como sí lo está el Recurso de Protección, por lo que puede servir para otorgar tutela eficaz a los derechos fundamentales desprotegidos. De este modo, el debate acerca de la eficacia de la tutela sobre los derechos económicos y sociales ya no está determinado por la ausencia de recursos constitucionales para su defensa, sino debe analizarse si es posible brindarles protección jurídica efectiva mediante la nueva acción de inaplicabilidad.

Sin embargo, es preciso aclarar que la acción de inaplicabilidad no afecta a los actos administrativos, a las resoluciones judiciales ni a las cláusulas de contratos entre particulares. Es un control represivo y concreto de constitucionalidad sobre las leyes. La parte que invoca la acción de inaplicabilidad busca impedir la aplicación de un precepto legal que pudiera contrariar la Constitución, en un caso concreto del que conoce un tribunal. Así lo establece la Constitución al instituir como requisito de admisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad, que con él se cuestione la aplicación de un precepto legal en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, por ser contraria a la Constitución (art. 93 número 6).⁷ No se trata, pues, de un recurso que tenga por finalidad impugnar resoluciones administrativas o judiciales o perseguir la no aplicación de cláusulas libremente convenidas. En consecuencia, la tutela que puede brindar a los derechos fundamentales es indirecta, pero efectiva: es un medio institucional para otorgar protección a los derechos fundamentales en gestiones pendientes de carácter judicial y ante la administración jurisdiccional, mediante la exclusión de la aplicación de normas legales que los vulneren.

En efecto, el control concreto de constitucionalidad de las leyes que ejerce el Tribunal Constitucional mediante la acción de inaplicabilidad, permite reforzar la idea de que los derechos fundamentales no deben ser considerados sólo como protectores de una esfera individual determinada de quienes los ostentan, sino que pasan a adquirir una dimensión más amplia como parámetro de control constitucional que cubre a todo el ordenamiento jurídico.⁸ Esto se logra no sólo mediante la acción de inaplicabilidad, (control concreto) sino mediante la acción de inconstitucionalidad (control abstracto) que también es competencia del Tribunal Constitucional.

⁷ El Tribunal Constitucional ha precisado que los preceptos legales cuestionados en un recurso de inaplicabilidad pueden ser leyes propiamente tales, legislación delegada por el Legislativo al Ejecutivo y legislación irregular en general. (Roles 626/2006, 944/2007 y 1212/2008). También ha aceptado que se requieran de inaplicabilidad tratados internacionales ratificados, válidamente promulgados (Rol 1288/2008). Por su parte, la exigencia de que el precepto cuestionado se aplique en una gestión judicial que se encuentre pendiente, ha sido interpretada de manera amplia por el Tribunal Constitucional, incluyendo gestiones ante órganos administrativos, en la medida que efectivamente actúen ejerciendo funciones jurisdiccionales, esto es, la llamada "administración jurisdiccional", pero excluyendo a órganos de la Administración del Estado que instruyan procedimientos administrativos sumariales en ejercicio de su potestad administrativa (Rol 1477/2009).

⁸ FERRADA, Juan Carlos: "Los derechos fundamentales y el control constitucional" en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile. Vol. XVII, diciembre 2004, p.128).

2. Hacia una tutela fortalecida de los derechos económicos y sociales

2.1. Recursos de protección y derechos económicos y sociales

Ya dijimos que el Recurso de Protección sólo excepcionalmente cubre derechos económicos y sociales: el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación cuando sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada, está bajo la tutela del Recurso de Protección; la libertad de elegir ser beneficiario del sistema público o privado de salud previsual y la libertad para escoger un establecimiento público o privado de enseñanza para los hijos, son las únicas expresiones del derecho a la salud y el derecho a la educación que también están bajo la tutela del Recurso de Protección.

Sin embargo, y a pesar de la tendencia jurisprudencial a *propietarizar* los derechos fundamentales, la debilitada eficacia de los derechos económicos y sociales ha sido algunas veces corregida por las Cortes, acogiendo Recursos de Protección en casos en que se ha resuelto que los contratos celebrados entre proveedores privados que prestan a sus clientes servicios de salud, educación o servicios sanitarios, no pueden afectar el derecho constitucional de los usuarios a esas prestaciones esenciales.

En efecto, se han acogido Recursos de Protección reconociendo que una empresa de servicios sanitarios que realiza el tratamiento de aguas servidas sin medidas herméticas suficientes para que no escapen malos olores, puede vulnerar el derecho de los vecinos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (Corte Suprema, Rol 3535/2007; Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 404/2007). Asimismo, se ha resuelto que la cancelación de la matrícula de un escolar puede ser arbitraria y vulnerar su derecho constitucional a la educación (Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 76/2007) y que también puede vulnerar el derecho constitucional a la educación condicionar la continuidad de matrícula a la no aprobación del curso por parte del alumno (Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 693/2007). Una Isapre que se niegue a cubrir los costos de hospitalización domiciliaria de un asegurado para disminuir el costo de las prestaciones que debe cubrir, pero poniendo en riesgo la vida y salud del paciente, puede vulnerar su derecho constitucional a la vida y a la integridad física o síquica y a la protección de la salud (Corte Suprema, Rol 5628/2007). Asimismo, la Isapre que se niega a dar cobertura a la prestación de salud que aprovechó un asegurado por no constar aquélla en su arancel de prestaciones, también puede vulnerar el derecho de propiedad del asegurado sobre la cobertura inherente a su contrato de salud y su derecho constitucional a la salud (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 6136/2005).

En todos estos casos, la judicialización de derechos económicos y sociales ha operado de forma vigorosa: los jueces pueden modificar decisiones de proveedores privados de servicios esenciales que mediante cláusulas impuestas a sus clientes en contratos de adhesión, limitan o impiden el derecho a la protección de salud, el derecho a la educación o a vivir en un ambiente libre de contaminación, entre otros. Pero, aquí, los derechos económicos y sociales, más que derechos a prestaciones

efectivas exigibles directamente al proveedor público que las financia u otorga, se han comportado como responsabilidades legales de contratantes privados, operando como estándares de acceso y calidad que los proveedores que ofrecen servicios esenciales a cambio de un precio, deben respetar. En realidad, esta judicialización ha cambiado la naturaleza jurídica de los derechos protegidos, recibiendo una protección efectiva ya no como derechos a prestaciones universales basados en la solidaridad de la comunidad representada por el Estado, sino como exigencias específicas que se imponen a contratantes del mercado de bienes y servicios, y que operan como defensas jurídicas de clientes de empresas privadas.

Esta jurisprudencia exige conceptualizar de una forma más precisa lo que hasta ahora hemos entendido como derechos económicos y sociales: en realidad, es posible que sean entendidos no sólo como exigencias a la autoridad pública para obtener prestaciones básicas, sino también como deberes constitucionales que rigen las relaciones contractuales en el mercado de bienes y servicios básicos, provistos por las empresas a cambio de un precio. En tales casos, los derechos económicos y sociales no operan como un deber de solidaridad pública para garantizar mínimos de bienestar indispensables, sino como contenidos de orden público que rigen en los contratos de provisión de servicios esenciales como la educación, la salud y el suministro de electricidad y agua potable, entre otros, auxiliando a quienes los contratan con las empresas que los proveen cobrando un precio, y que difícilmente pueden negociar las condiciones de contratación que les imponen esas empresas.

2.2. Acción de inaplicabilidad y derechos económicos y sociales

Ya mencionamos que al declarar inaplicable un precepto legal en una gestión judicial concreta, el Tribunal Constitucional puede hacerlo porque tal aplicación vulneraría un derecho constitucional, aun cuando tal derecho no esté protegido por el Recurso de Protección. Se trata de un promisorio medio constitucional que podría reforzar la debilidad endémica de los derechos económicos y sociales en la Constitución chilena.

Precisamente, ello ha ocurrido recientemente con la acogida por parte del Tribunal Constitucional de cuatro acciones de inaplicabilidad presentadas para impedir la aplicación en gestiones judiciales del precepto legal que autoriza a las Isapres a incrementar el precio de los planes de salud que comercializan, según una tabla de factores que consideran el sexo y la edad de los asegurados (Roles 1218/2009, 1273/2010, 1287/2009 y 1348/2010). En estos fallos, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable la ley que permite a las Isapres multiplicar los precios a sus asegurados mujeres y ancianos, en atención a que con ello se vulnera el derecho a la igualdad, el derecho a la protección de salud y el derecho a la seguridad social. Estas dos últimas garantías constitucionales están entre los derechos económicos y sociales emblemáticos y, por cierto, carecen de Recurso de Protección.

Estos cuatro fallos son interesantes porque en ellos se ha destacado que el deber de respetar los derechos fundamentales también rige respecto de los contratos celebrados entre privados que pudieran vulnerar garantías constitucionales:

“No es admisible que, en base al principio de la autonomía de la voluntad manifestada contractualmente, derechos consustanciales de la persona humana sean menoscabados, renunciados ni afectados en su esencia” (Rol 1218/2009, Considerando 53). Esta doctrina es especialmente relevante porque se refiere a derechos económicos y sociales emblemáticos, como el de salud y el de seguridad social, que habitualmente se han entendido únicamente como prerrogativas para exigir que el Estado financie o provea tales prestaciones. Estos fallos afirman que tales derechos también tienen eficacia directa sobre los contratos que celebran clientes y empresas de servicios que proveen prestaciones de salud y previsionales.

Los alcances de esta doctrina son, pues, importantes para la aplicación de tutela efectiva sobre derechos económicos y sociales: tales derechos pueden operar como requisitos de calidad y suficiencia en el mercado de bienes y servicios esenciales, impidiendo que las prestaciones que se reciban a cambio de un precio, sean inferiores a lo que exige la esencia de los derechos constitucionales: “El contrato privado de salud debe siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección a la salud”. (Rol 1273/2010, Considerando 76°).⁹

De esta forma, la acción de inaplicabilidad puede otorgarle a los derechos económicos y sociales una *eficacia horizontal*, como deberes de orden público que cobran vigencia en el financiamiento y provisión privada de servicios esenciales a cambio de un precio. Esto exige considerar una nueva perspectiva de los derechos económicos y sociales, diferenciando aquellos que se resuelven en una exigencia de solidaridad a la autoridad estatal (*derechos de bienestar*) de aquellos que incorporan como exigencia de orden público a los contratos libremente celebrados, el respeto de las garantías constitucionales que promueven condiciones de vida indispensables, y que logran equilibrar la desigual posición que ocupan los contratantes que adhieren a contratos ofrecidos por empresas de servicios esenciales (*derechos de igualdad*).¹⁰

Es posible que los recientes fallos de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional de los que hemos hablado, estén mostrando que existen modalidades diferenciadas de protección jurídica sobre los derechos económicos y sociales. Una de ellas consiste en la protección administrativa, basada en la aplicación de políticas públicas gubernamentales para financiar y proveer prestaciones sociales a quienes las necesiten. La otra es una protección específicamente jurídica y se refiere a resguardar derechos que garantizan a los individuos condiciones de igualdad y suficiencia cuando operan en el mercado de bienes y servicios esenciales. La primera protección se refleja en la obtención efectiva de prestaciones esenciales por parte del Estado (*eficacia vertical*). La segunda se satisface con la vigencia de estándares de satisfacción social en los contratos de prestación de bienes y servicios esenciales y con la corrección de la desigualdad que afecta a la mayoría de los individuos cuando

⁹ Los alcances de la intervención del Tribunal Constitucional sobre el mercado de bienes y servicios esenciales como la salud y la educación, recién se están conociendo. Actualmente está en tramitación un proceso de oficio ante el Tribunal Constitucional, para declarar inconstitucional el precepto legal que autoriza a las Isapres a aumentar el precio que cobran a sus asegurados, mediante la aplicación de una tabla de factores que considera la edad y el sexo de los individuos. De aprobarse la inconstitucionalidad, este precepto sería derogado y transformaría por completo el mercado de la salud previsual privada. Sería un gran paso en el rol del Tribunal Constitucional como protector de garantías constitucionales mediante el control de constitucionalidad de las leyes.

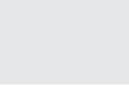
¹⁰ La distinción entre derechos de bienestar y derechos de igualdad se encuentra en López, Diego: Los derechos de las personas. La Fuerza de la democracia. Ediciones Universidad Alberto Hurtado. Santiago, 2009.

buscan proveerse medios de subsistencia y prosperidad (*eficacia horizontal*).

Esta distinción entre derechos a prestaciones financiadas o proveídas por el Estado y derechos que imponen deberes de orden público en el mercado de bienes y servicios esenciales, también puede ser útil para precisar la intervención de la tutela judicial efectiva sobre estos derechos. El control judicial sobre las políticas gubernamentales orientadas a otorgar prestaciones de bienestar, será más eficaz operando dentro del principio de igualdad y no discriminación: toda vez que una ley reconoce a las personas derecho a prestaciones de bienestar, los destinatarios no pueden ser excluidos arbitrariamente de ellas ni se puede sujetar el acceso a tales prestaciones a condiciones discriminatorias. La iniciativa de reclamo judicial, en estos casos, corresponderá a usuarios de servicios públicos o a beneficiarios de prestaciones sociales.

El control judicial sobre deberes indisponibles para las partes de contratos de bienes y servicios esenciales, en cambio, puede efectuarse mediante la jurisdicción constitucional (recursos de protección o acciones de inaplicabilidad), cuando se considere que se vulneran derechos fundamentales que se refieren a condiciones sociales y económicas esenciales que deben protegerse en las relaciones contractuales. En tales casos, la iniciativa del reclamo judicial corresponderá a trabajadores, consumidores, pacientes, pensionados o asegurados, entre otros.

**Fiscalización de los actos del Gobierno
por la Cámara de Diputados**





Informe de la Comisión Investigadora del estado de la institucionalidad en relación a su capacidad de respuesta frente a desastres naturales (extracto)*

1. Introducción

A las 03:34:17 del 27 de febrero de 2010, un sismo magnitud 8,8° Richter sacudió el territorio nacional por aproximadamente dos minutos y 45 segundos, siendo percibido en ciudades como Ica, Buenos Aires o São Paulo.

Las regiones más afectadas fueron las de Valparaíso, Metropolitana de Santiago, O'Higgins, Maule, Biobío y La Araucanía, donde habitan más de 13 millones de personas que representan cerca del 80% de la población del país. En el Maule y el Biobío, el terremoto tuvo intensidad IX en la escala de Mercalli, arrasando con gran parte de las ciudades de Constitución, Concepción, Cobquecura y el puerto de Talcahuano. En la Araucanía, O'Higgins y Metropolitana fue intensidad VIII, provocando importante destrucción en Santiago, Rancagua y en las localidades rurales.

Consecuencia del fuerte sismo, un tsunami impactó la costa destruyendo varias localidades ya devastadas por el terremoto. En Juan Fernández, las marejadas arrasaron con su único poblado, San Juan Bautista. La alerta de tsunami generada para el océano Pacífico se extendió a 53 países de su cuenca.

Cifras oficiales indican 521 muertos, 56 desaparecidos¹, y cerca de 2 millones de damnificados. Más de 500 mil viviendas sufrieron daño severo y se estima en US\$30mil MM (treinta mil millones de dólares) el daño patrimonial ocurrido², en la peor tragedia natural en Chile desde 1960.

* Extracto elaborado por Cristián Ortiz Moreno, abogado de Comisiones de la Cámara de Diputados.

¹ <http://www.interior.cl/index.html>, (25 de agosto de 2010).

² Larraín B., Felipe. "Plan de Reconstrucción, Programa de Gobierno y Financiamiento 2010-2013". Ponencia en Centro de Estudios Públicos, 29 de abril de 2010. Lámina 8. De ellos, US\$21mil MM corresponden a infraestructura, siendo US\$10.600 MM el daño en infraestructura pública, el cual, descontados los seguros comprometidos, ascendería a US\$9.300 MM.

2. La Comisión

El 9 de marzo de 2010, la Cámara de Diputados acordó por unanimidad *“la creación de una Comisión Especial Investigadora que, en el plazo de noventa días, se aboque a investigar el estado actual de nuestra institucionalidad en relación a su capacidad de respuesta, a partir del megaterremoto y tsunami que azotaron a varias regiones del país el pasado 27 de febrero, considerando los nuevos instrumentos tecnológicos disponibles en la actualidad”*.³

La Comisión celebró 22 sesiones, recibió a 28 expositores⁴ y despachó más de 220 oficios requiriendo información. Con ella, la Comisión conoció la institucionalidad vigente en la materia de su mandato (punto 3), permitiéndole comprender lo ocurrido tal día y arribar a las conclusiones y proposiciones rechazadas (punto 4) y aprobadas (punto 5) al final de su investigación.

3. Institucionalidad vigente

3.1. Sistema Nacional de Protección Civil

La Constitución Política de la República dispone como deber del Estado *dar protección a la población y a la familia*⁵.

Este mandato se manifiesta en el Sistema Nacional de Protección Civil (en adelante, ‘el Sistema’), creado mediante Decreto 156/2002, del Ministerio del Interior, *Aprueba el Plan Nacional de Protección Civil* (en adelante ‘el Plan’), que busca *lograr la efectiva participación de toda la nación para mejorar las capacidades de prevención y respuesta frente a eventos destructivos o potencialmente destructivos, de variado origen y manifestaciones*⁶.

3.2. Comité de Protección Civil – Comité de Operaciones de Emergencia

Este sistema se concreta en diversos niveles territoriales mediante los Comités de Protección Civil, debiendo haber tantos Comités como Municipalidades, Provincias

³ Sesión 124ª, período legislativo 2006-2010.

⁴ Dichos expositores, en orden de asistencia, fueron los siguientes: Vicente Núñez Pinochet, Director Nacional de la Oficina Nacional de Emergencia (Onemi). Rodrigo Hinzpeter Kirberg, Ministro del Interior. Edmundo González Robles, Almirante, Comandante en Jefe de la Armada de Chile. Carmen Fernández Gibbs, Ex Directora Nacional de la Oficina Nacional de Emergencia. Patricio Rosende Lynch, Ex Subsecretario del Interior. Mariano Rojas Bustos, Ex Director del Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada. Roberto Macchiavello Marcelli, CA, Comandante en Jefe de la II Zona Naval. Osvaldo Malfanti, Jefe de turno Onemi el 27/02/10. Rafael López, Operador de radio en turno del 27/02/10. Jaime Tohá González, Ex Intendente de la VIII Región del Biobío. Mario Andina Medina, Teniente 1° de la Armada de Chile, Jefe de Turno del Shoa el 27/02/10. Cristián Le Dantec Gallardo, General de División, Jefe del Estado Mayor Conjunto. Francisco Vidal Salinas, Ex Ministro de Defensa Nacional. Ricardo Ortega Perrier, General del Aire, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea. Juan Miguel Fuente-Alba Poblete, General de Ejército, Comandante en Jefe del Ejército. Rodrigo Jerez Salvo, Ex Jefe CAT Metropolitana. Víctor Barrientos Mancilla, Ex funcionario Onemi. Alfonso Campusano, Oceanógrafo, Ex Director Shoa. Sergio Sepúlveda Valenzuela, Geólogo, Depto. Geología U. de Chile. Sofía Rebolledo Lemus, Geóloga, Depto. Geología U. de Chile. Ricardo Thiele Cartagena, Geólogo, Depto. Geología U. de Chile. Gabriel Contesse, Gerente General Motorola Chile S.A. Sergio Barrientos E., Sismólogo, Director de Sismología U. de Chile. Jaime Campos, Sismólogo. Jorge Atton Palma, Subsecretario de Telecomunicaciones. Jorge Molina, Asesor, Subsecretaría de Telecomunicaciones. Chao-Shing Lee, Sismólogo, National Taiwan Ocean University. Víctor Ariel Gallardo, Oceanógrafo, Profesor e Investigador Asociado, Universidad de Concepción, Vice Chair, International Scientific Steering Committee.

⁵ Artículo 1° inciso 5, Constitución Política de la República.

⁶ II. Antecedentes/Decreto Supremo N°156, Ministerio del Interior, 2002, establece Plan Nacional de Emergencia.

y Regiones existan, a la vez que existe un Comité de carácter nacional.

Cada uno de estos Comités debe integrarse por todos aquellos organismos públicos o privados que puedan aportar a la protección civil (Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Bomberos, Cruz Roja, Defensa Civil, etc.), y deben analizar, en función de su propia realidad geográfica, los riesgos que padecen, elaborando planes de emergencia sobre el particular.

Ante la ocurrencia de un evento adverso o destructivo, ya sea emergencia, desastre o catástrofe, los Comités de Protección Civil de la respectiva jurisdicción se constituyen en *Comités* de Operaciones de Emergencia en los *Centros* de Operaciones de Emergencia.⁷

En la dirección o mando de los Comités se distinguen el mando *Técnico*, asociado a una organización o sector con especialidad en el tipo de evento; el mando de *Coordinación*, radicado en los Directores de Protección Civil y Emergencia, y el mando de *Autoridad*, radicado en las Autoridades de Gobierno Interior (Alcalde, Gobernador, Intendente, Ministro del Interior). En torno al Mando Técnico actúan diferentes organizaciones en su respectivo ámbito operativo, que necesitan trabajar coordinadamente para superar la situación adversa, generándose así un Mando Conjunto, donde las instituciones que apoyan al Mando Técnico tienen una instancia de intercambio de ideas y visiones, ya que sus distintas estrategias deben ser canalizadas hacia un objetivo común.

En el Sistema todas las organizaciones participantes tienen y obedecen a sus propios jefes, no existiendo una subordinación formal, pero reconociendo tácitamente un mando superior representado en el Mando Técnico.

A nivel nacional, la coordinación es responsabilidad de la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior (Onemi); a nivel regional, provincial y comunal es responsabilidad de los Directores de Protección Civil y Emergencia respectivos.

3.3. Oficina Nacional de Emergencia (Onemi)

El decreto ley 369, de 1974, creó la Oficina Nacional de Emergencia (Onemi), con el carácter de servicio público centralizado dependiente del Ministerio del Interior, cuya misión es la planificación, coordinación y ejecución de las acciones destinadas a prevenir o solucionar los problemas derivados de sismos o catástrofes.

En la prevención de desastres, la Onemi ha desarrollado un Centro de Alerta Temprana (CAT), cuya misión fundamental es vigilar permanente y sistemáticamente los distintos escenarios de riesgo en cualquier lugar del país o del extranjero para recabar, evaluar y difundir, tan pronto como sea posible, la información disponible sobre la potencial o real ocurrencia de un evento destructivo calificable como emergencia de impacto social o desastre.

A través de la coordinación que le corresponde ejecutar, el Ministerio del Interior adopta las medidas tendientes a obtener la integral y oportuna aplicación del

⁷ Lugar o espacio físico que debe ser habilitado por la respectiva Autoridad Regional, Provincial y Comunal, para que se constituyan en él, en su oportunidad, las personas encargadas de administrar las emergencias o desastres que se produzcan y de adoptar o proponer, según proceda, las medidas de solución que de tales eventos se deriven.

Plan Nacional de Protección Civil. En busca de una mejor aplicación de este Plan, en el Ministerio del Interior se preparó un anteproyecto de Ley General de Protección Civil que iba a ser presentado al Congreso Nacional el año 2008.

El objetivo de tal proyecto era otorgar sustentabilidad al proceso de desarrollo y modernización que se estaba llevando adelante en la Onemi, fortaleciendo su estructura nacional en prevención y manejo de emergencias, constituyéndola en una Dirección Nacional de Protección Civil. Asimismo, proveer las bases para su permanente evolución enfatizando la gestión preventiva; modernizar conceptualmente esta área, enfocándola hacia la gestión integral de manejo de riesgos; institucionalizar a nivel de ley el Sistema Nacional de Protección Civil para una acción integrada y coordinada; reconocer el rol formador, educador y capacitador de Onemi; dotarla de facultades reguladoras y controladoras de la gestión del riesgo; instituir y regular el Sistema Nacional de Alerta Temprana; reconocer el concepto “desastre”, como situación intermedia entre la emergencia y la catástrofe, lo que facilita procedimientos específicos; regular a los “expertos ocasionales”, entre otras variadas medidas generales y específicas.

Por motivos no especificados, el anteproyecto no fue ingresado al Congreso para su tramitación.

3.4. Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada (Shoa)

La principal misión del Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada, Shoa, es otorgar información, herramientas y asistencia técnica para dar seguridad a la navegación, mar territorial y en la alta mar contigua al litoral chileno. Además, es el organismo oficial en materia de hidrografía, elaboración y publicación de cartas de navegación, entrega de datos sobre mareas, corrientes y maremotos, señales horarias oficiales, entre otros.

3.5. Sistema de alertas

Los integrantes y recursos del Sistema de Protección Civil, ante la presencia o posible ocurrencia de una emergencia o desastre, se ponen en sobre aviso mediante una señal de alerta, la que determina una acción conjunta, bajo una coordinación superior orientada por los principios de *ayuda mutua* y *empleo escalonado de los recursos*.

Los tipos de alerta existentes son los siguientes:

–Alerta Verde o instancia primaria, implica la vigilancia permanente de las distintas áreas y escenarios de riesgos.

–Alerta Amarilla, cuando una amenaza crece en extensión y severidad, lo que supone que no podrá controlarse con los recursos locales habituales, debiendo alistarse los recursos necesarios para intervenir de acuerdo a la evolución del evento destructivo.

–Alerta Roja, cuando una amenaza crece en extensión y severidad, requiriéndose la movilización de todos los recursos necesarios y disponibles para la

atención y control del evento destructivo. De acuerdo al tipo de evento destructivo, podrá establecerse inmediatamente sin mediar una Alerta Amarilla.

La *alerta* es solicitada por los organismos técnicos a través de los Directores de Protección Civil o Emergencia a la Autoridad del nivel que corresponda, quien la calificará y establecerá con la amplitud y cobertura necesarias. También puede ser solicitada a la Autoridad por estos Directores, de acuerdo a la evaluación que efectúen de los antecedentes que los organismos técnicos y/u operativos le proporcionen.

El protocolo de activación y los procedimientos posteriores, son los siguientes:

– Un evento destructivo de gran impacto sobre la población o bienes materiales e infraestructura, constituye una base de juicio suficiente para activar el Comité de Operaciones de Emergencia y el Centro de Operaciones de Emergencia (COE)

– En caso de eventos destructivos de gran severidad y extensión, como por ejemplo un terremoto, la señal o alerta es el evento mismo, generando una autoconvocatoria a los miembros del Comité de Operaciones de Emergencia en el Centro de Operaciones de Emergencia (COE).

– Los miembros del Comité de Operaciones de Emergencia integrados en el COE, durante las primeras horas posteriores al impacto o convocatoria centralizan la recolección de información, con el propósito de evaluar los peligros que afectan a la población y su sistema social, determinando los daños más significativos, identificando las necesidades y movilizando los recursos locales de respuesta.

3.6. Flujos de Información

La información debe fluir rápida, oportuna, concisa y confiablemente entre los niveles de decisión y operación considerados en el Sistema de Protección Civil.

Para la administración de la información de emergencia, el Sistema cuenta con el *Sistema de Evaluación de Daños y Necesidades en Situaciones de Emergencia y Desastre o Plan Dedo\$ de Onemi*, aplicado desde el nivel local (administración municipal).

Todo mensaje generado a partir de una emergencia o desastre que contenga información útil para la toma de decisiones e información pública, se denomina Informe de Emergencia.

Los Informes de Emergencia, en la medida que lo permita la claridad y consistencia de la información disponible, deben ser:

– Oportunos: entregado a tiempo y sin demoras innecesarias.

– Concisos: breve en el modo de explicar los hechos.

– Confiables: coincidir en lo esencial de su contenido con la misma información que pueda recibirse desde otras fuentes.

4. Conclusiones y proposiciones rechazadas por la Comisión⁸

4.1. Institucionalidad del sistema de protección civil

Corresponde al Ministerio del Interior adoptar las medidas tendientes a obtener la íntegra y oportuna aplicación del Plan Nacional de Protección Civil por medio de la Oficina Nacional de Emergencias (Onemi), la cual actúa de acuerdo a las directrices que entrega el Plan aprobado por decreto supremo 156/2002, constituyendo un marco global para la gestión permanente del Sistema Nacional de Protección Civil entregando una planificación multisectorial en materia de protección civil.

Este plan cuenta con suficiente material e instructivo para implementarlo en los distintos niveles. No obstante, posee evidentes problemas para su aplicación efectiva, como falta de personal calificado, priorización en la actividad de la autoridad, elaboración de planes de emergencia o su actualización, adecuados sistemas de comunicación, lo que hace necesario una nueva institucionalidad.

4.2. Comunicaciones

Tanto la Onemi como el Shoa no tenían capacidad de comunicar a tiempo a quienes lo necesitaban ni un llamado de alerta ni su cancelación. Sus frágiles sistemas de comunicación estaban prácticamente en el suelo, hecho gravísimo dada la centralidad de ambas instituciones en la reacción del conjunto de la institucionalidad ante esta catástrofe.

4.3. Autoridades regionales

La lección evidente es que deben tener mando sobre todas las instituciones públicas en la región, incluidas las Fuerzas Armadas; atribuciones para decretar los distintos estados de emergencia, etc. Ello permite asegurar que, a pesar de la pérdida de comunicación y de las dificultades naturales para apreciar la situación desde el gobierno central, las autoridades regionales tomen las medidas adecuadas en tiempo oportuno.

4.4. Responsabilidad de instituciones en el manejo de la catástrofe del 27 de febrero

4.4.1. Presidencia de la República

Protagonista desde primera hora de ocurrido el terremoto, destaca su presencia en la Onemi, su insistencia frente a quienes no aportaban la información que se requería, su disposición inmediata para trasladarse a la zona del epicentro y su capacidad para hacerle sentir a los afectados la presencia solidaria de un país conmovido hasta sus cimientos por la catástrofe. Asimismo, el que a las 6 AM del

⁸ Conclusiones y proposiciones formuladas por los Diputados señores Auth, don Pepe; Campos, don Cristián; Díaz, don Marcelo; Ortiz, don José Miguel; Rincón, don Ricardo y Teillier, don Guillermo. Sometidas a votación obtuvieron 6 votos a favor y 7 en contra.

sábado 27 de febrero firmara el decreto de Zona de Catástrofe para las regiones del Maule y del Biobío.

4.4.2. Ministerio del Interior

Que el sistema de comunicaciones no estuviese habilitado adecuadamente y no hubiese una fluida información, es su responsabilidad.

4.4.3. Oficina Nacional de Emergencia (Onemi)

– Al ser el directamente responsable de mantener la red de comunicaciones en caso de emergencia, resulta inexcusable que el centro de alerta temprana estuviere incomunicado de las zonas afectadas durante largas horas, sin poder recibir ni emitir información, sin perjuicio de que durante la vigencia de la alerta dada por el Shoa, la deficiencia en materia de comunicaciones desde las oficinas de la Onemi y de recepción en las zonas afectadas habría impedido cualquier comunicación efectiva que limitara los daños a personas.

– Fue un error imperdonable de Carmen Fernández, el no asumir como verdadero e incuestionable el FAX con título *Alerta de Tsunami*, ni ejercer la conducción de la emergencia que se espera de la cabeza de este organismo.

4.4.4. Armada

– Resulta criticable la ruptura de comunicaciones entre sus diversas instalaciones y autoridades, más aún cuando uno de sus servicios dependientes (Shoa) es el que debe dar la alarma ante un maremoto.

– Constituye un grave error haber cancelado la Alerta de Tsunami. Autoridades e instituciones actuaban las primeras horas basadas en el error de que no lo habría, cuando ya había ocurrido en parte importante del país y al tiempo que organismos especializados de otros países reportaban su ocurrencia en nuestras costas.

– Es un error que el Comandante en Jefe de la II Zona Naval, con los conocimientos que se espera de dicha investidura, no reconociera la ocurrencia del maremoto al ver ingresar el mar varios metros en la ciudad y prefiriera ceñirse a la información del Shoa, ni asumiera el rol de máximo representante de las Fuerzas Armadas en el Comité de Emergencia regional junto a la jefatura civil, concentrándose exclusivamente en resolver los problemas locales de la Armada.

– Destacamos de su Comandante en Jefe la hidalguía en reconocer inmediatamente el error del Shoa, instruir sin titubear un sumario y destituir al oficial responsable.

– Felicitamos el rol de la Armada en el proceso posterior de enfrentamiento de la emergencia y de asistencia a los afectados, particularmente en las zonas costeras.

4.4.5. Fuerza Aérea

Es criticable la falta de operatividad de sus helicópteros al momento de la emergencia por falta de pilotos disponibles para su operación. No es tolerable que una institución a cargo de la defensa del país tenga este tipo de falencias en un momento crítico como el del 27 de febrero.

4.4.6. Ejército

–Su participación resulta destacada. Mantuvo operativa su red de comunicaciones internas y desde un primer momento colaboró en las labores de restablecimiento de la calma mediante acciones de carácter humanitario y, posteriormente, durante la reconstrucción.

–Dictado el estado de catástrofe, su participación en labores de mantenimiento del orden público y seguridad, tal como lo reconoció su comandante en jefe, fue obstaculizada por la mala conectividad para trasladar las tropas necesarias y por la preparación que debían recibir para realizar procedimientos de contención de los desbordes de sectores de la sociedad civil.

–Merece reparo el no haber dispuesto su red de comunicaciones a la autoridad civil en la Región del Biobío.

–Al igual que las demás instituciones armadas y, en general, los servicios e instituciones públicas, durante el verano el contingente disponible se reduce más allá de lo conveniente y razonable para enfrentar adecuadamente una catástrofe como la ocurrida el 27 de febrero.

4.4.7. Organismos de la red de protección civil

–Se reconoce la gran labor cumplida por instituciones como Carabineros, Bomberos y personal de emergencia de los servicios de salud desde el momento inmediatamente posterior al terremoto. Asumiendo su rol en los momentos críticos, demostraron gran compromiso de palabra y obra con sus funciones institucionales, redundando en que no hubiese mayor pérdida de vidas en el desastre.

4.4.8. Instituciones de la sociedad civil

–Se destaca la labor cumplida por las instituciones del voluntariado en la contención de los efectos del siniestro, en la organización de la ayuda a los damnificados y posterior apoyo para mantenerlos en condiciones seguras y dignas.

–Mención de reconocimiento merecen las radioemisoras que transmitieron a pocos minutos de sucedida la catástrofe, manteniendo informada a la población y a las autoridades y a familiares entre sí, en momentos en que toda el área afectada sufría serios problemas de comunicación.

4.4.9. Conclusión final

El país y sus instituciones no están adecuadamente preparados para enfrentar un cataclismo natural.

Es evidente que la institucionalidad, los recursos, la tecnología de comunicaciones, el desarrollo científico, la información ciudadana, los procedimientos preestablecidos, la fortaleza de las instituciones públicas y su coordinación distan del desarrollo necesario para enfrentar adecuadamente un cataclismo como el ocurrido el 27 de febrero, cuyas dimensiones territoriales y de población afectada no tienen precedentes en nuestra historia.

Deben realizarse esfuerzos urgentes para superar las falencias mostradas en esta emergencia.

Permanentemente expuestos a catástrofes naturales, que llegan sin previo aviso ni pronóstico cierto, nuestra misión principal es tener las 24 horas del día, los 365 días del año, un dispositivo eficiente y eficaz que responda rápida, oportuna y útilmente a las necesidades de protección de nuestra población ante la ocurrencia de cataclismos como el del pasado 27 de febrero de 2010.

5. Conclusiones y proposiciones aprobadas por la Comisión⁹

5.1. Fase previa al 27 de febrero del 2010

5.1.1. Antecedentes normativos de la institucionalidad de la Oficina Nacional de Emergencia (Onemi)

Resulta esencial definir y comprender la lógica institucional y normativa que regula a la Onemi. Esta nos permitirá explicar muchas de las deficiencias observadas durante el transcurso y posterior reacción al terremoto del pasado 27 de febrero.

De acuerdo al decreto ley 369, de 1974, la Onemi es el servicio encargado de planificar, coordinar y ejecutar las actividades destinadas a prevenir o solucionar los problemas derivados de sismos o catástrofes. Asimismo, debe coordinar el trabajo de todas las instituciones públicas que cumplan un rol importante en situaciones de catástrofe, asumiendo un rol protagónico dentro del proceso ejecutor del Estado ante estos eventos.

En tal sentido, una simple lectura de los deberes y atribuciones del Director Nacional de la Onemi da cuenta de que el marco normativo sólo entrega conceptos básicos de lo que debe realizar. Parte de los déficit en el actuar de las autoridades se explica por la inexistencia de una institucionalidad que sustente y exija un funcionamiento eficaz y una composición esencialmente técnica de este organismo.

5.1.2. Programa de fortalecimiento institucional

Las insuficientes facultades legales de la Onemi y la obsolescencia de su normativa para una efectiva coordinación sectorial y territorial de las acciones pertinentes a todas las fases y etapas del ciclo del riesgo en prevención y manejo de emergencias, desastres y catástrofes, entre otras, justifican crear un programa de modernización de esta oficina. Asimismo, esto evita el paralelismo de mandos, políticas y estrategias al interior del Estado.

Este programa se centra en modernizar la Onemi mediante:

- La creación de una Dirección en cada región;
- La instalación de bodegas zonales para contar con abastecimientos varios en caso de emergencias;
- La adquisición de tres centros móviles de operaciones de emergencia, habilitados para movilizar equipos y enfrentar catástrofes en terreno;
- El aumento de recurso humano especializado, para contar con capacidades

⁹ Conclusiones y proposiciones formuladas por los Diputados señores Bauer, don Eugenio; García-Huidobro, don Alejandro; Hasbún, don Gustavo; Monckeberg, don Cristián; Sauerbaum, don Frank; Ulloa, don Jorge y Van Rysselberghe, don Enrique. Sometidas a votación fueron aprobadas por 7 votos a favor y 6 en contra.

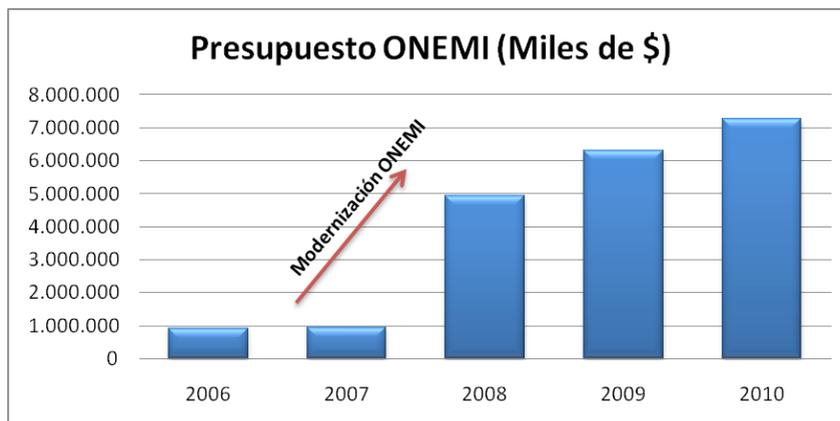
técnicas, de estudios de riesgo y alerta temprana; y

- El fortalecimiento y modernización del Centro Nacional de Alerta Temprana, para un funcionamiento “24x7”.

Importante para lograr tales objetivos es la implementación de la Red Sismológica Nacional (RSN), cuyo inicio queda plasmado en el presupuesto 2008 de la Onemi. Tal como plantean los requerimientos de la Onemi, los objetivos de la RSN son:

- Establecer la *Red País*, que expande la red de observación actual y establece un centro de procesamiento de datos e información sísmica de fácil acceso, oportuno, de calidad y con cobertura nacional;
 - Registrar la actividad sísmica del país de manera uniforme;
 - Informar a las instituciones nacionales pertinentes cada evento sísmico de magnitud igual o mayor a 4,7°;
 - Asesorar técnicamente a las autoridades frente a eventuales peligros asociados a la sismicidad y sus efectos secundarios;
 - Proveer de información sísmica al Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada (Shoa) para su Sistema Nacional de Alarma de Maremotos (SNAM); y
 - Vigilar y proveer información sísmica asociada a 19 volcanes indicados por el Servicio Nacional de Geología y Minería (SERNAGEOMIN).

Lo anterior, sumado a otros procesos de modernización explican parcialmente el aumento exponencial que tuvo el presupuesto de la Onemi entre los años 2007 y 2008, presentando una variación cercana al 500% de uno a otro año al considerar la implementación de la RSN.



El presupuesto asignado a personal el año 2006 (\$587.385.000.-) representa el 65% de su presupuesto anual. Es manifiesto que éste pudo administrarse de mejor manera debiendo focalizarse en incorporar en mayor proporción personal calificado, como un organismo técnico de esta naturaleza lo requiere.

Resulta cuestionable la manera en que se utilizaron los recursos asignados a la Red Sismológica Nacional. En los últimos tres años sólo se ha firmado un convenio con el Instituto Sismológico de la Universidad de Chile, sin que esto haya materializado

avances reales en la implementación de la Red. Así, la inclusión de una nueva glosa en 2010 podría interpretarse en que sólo desde el presente año existía la certeza que este sistema podría comenzar a ser funcional.

5.1.3. Ley general de protección civil

Este proyecto crea la Dirección Nacional de Protección Civil. En abril de 2007, Carmen Fernández presentó el Proyecto de Ley Marco de Protección Civil y en mayo, tras una segunda revisión, se remite al Ministerio del Interior y a la Secretaría General de la Presidencia, donde nunca se le dio curso.

Había conciencia de la insuficiencia del sistema y la necesidad de realizar modificaciones como las del citado proyecto. Ella consta en múltiples archivos de prensa y en las declaraciones de Fernández al afirmar que tanto Interior como otros estamentos políticos sabían de la necesidad de una nueva institucionalidad en materia de protección civil.

Aun así, no se le dio prioridad o no con la suficiente energía.

5.1.4. Plan de protección civil

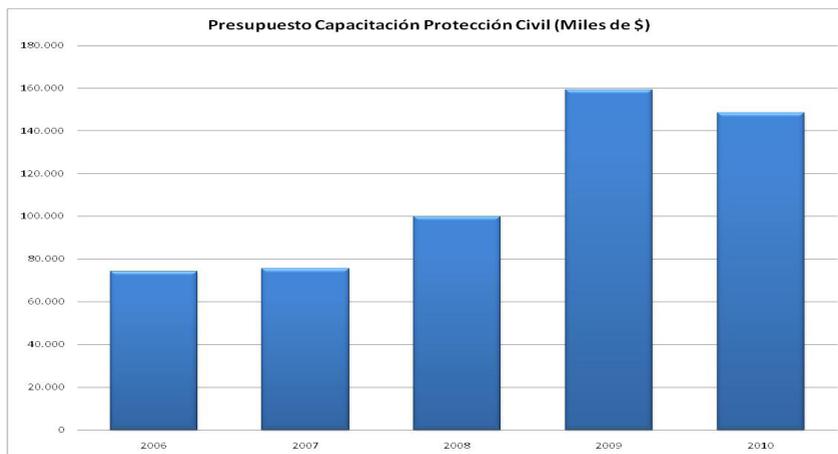
- Resulta inapropiado que el plan de emergencia nacional y todas las instancias que él implica, sea un documento con escaso valor en la pirámide normativa, lo cual se traduce en las escasas implicancias administrativas y judiciales que éste puede traer consigo.

- Supone la creación de diversas instancias territoriales (comité nacional, regional, provincial, comunal) encargadas del manejo de las situaciones de emergencia. A la fecha, no se observa mayor institucionalidad al respecto.

- El tema presupuestario resulta fundamental. Al no haber un marco legal que le dé forma ni un servicio fuerte a cargo de su coordinación, muchos comités funcionan sin presupuesto, lo que merma su actividad.

- Toda campaña de educación y prevención del Plan de Protección Civil parece fundamental. Sin embargo, los esfuerzos realizados en torno a ello son absolutamente insatisfactorios. En una encuesta realizada semanas después del terremoto, solo un 3,1% de los encuestados dice haber recibido información estatal sobre cómo reaccionar ante terremotos o de cómo opera el sistema. Con todo, destaca que la Onemi, el Shoa, la Armada y algunos municipios sí abordaron, aunque insuficientemente, campañas educativas que permitieran a la población de zonas costeras tener mejor preparación. Ello se refleja en que los fallecidos preferentemente corresponden a veraneantes o turistas.

- Los presupuestos de la Onemi en el período analizado (2006-2010) incluyen un ítem de capacitación en protección civil. Como podemos observar en el siguiente gráfico, estos fondos presentan un aumento constante y sólo una leve disminución el año 2010.



Lo anterior plantea un cuestionamiento frente a la utilización de estos recursos. Tal como señaló la Contraloría General de la República en un informe del año 2006, subsisten debilidades en la implementación de los Planes de Protección Civil.

- Limita el rol de las Fuerzas Armadas. Bajo este decreto, las Fuerzas Armadas se someten directamente a Onemi, que depende de Interior. Así, no tienen ningún rol directivo en una situación de catástrofe, cuestión inapropiada a la luz de la experiencia vivida y consensuada por quienes han visitado la Comisión.

5.1.5. Comunicaciones

- Gran parte de la inoperancia del sistema se debió a la falla presentada en las comunicaciones ese día. Fue un error privilegiar la fibra óptica y la telefonía celular en desmedro de otras tecnologías que habían demostrado su eficacia en catástrofes similares.

Las Naciones Unidas recomiendan un sistema de comunicaciones en materia de emergencias que combine los equipos radiales de UHF y VHF con los equipos satelitales. Ni Onemi ni el resto de las Fuerzas Armadas (excepto el Ejército) parecen contar con unidades repetidoras o una red útil para un escenario como el vivido la madrugada del 27 de Febrero.⁸

- Parece imperativo incorporar a los radioaficionados en un proceso claramente normado, a la red nacional de emergencias.

- Onemi no cuenta con un sistema de comunicaciones propio, similar al de las Fuerzas Armadas, ni con una frecuencia radioeléctrica reservada para comunicaciones de emergencia. La SUBTEL no presenta ninguna solicitud de la Onemi relativo a un ancho de banda exclusivo en el espectro radioeléctrico, como tienen todas las entidades que operan en escenarios de emergencia.

- No se adoptaron ni prepararon los protocolos de comunicación en emergencias de la ONU del año 2000 (última revisión), y que han sido probados en desastres civiles y naturales en otros lugares. Este es un piso, sin gran costo, que va desde el "walkie talkie" o megáfono, hasta los equipos de alta frecuencia o satelitales.

5.1.6. Decreto exento N° 760

- Fue un error del gobierno de la ex Presidenta Bachelet firmar el decreto exento 760 del 2010, que continúa la política iniciada con el decreto supremo N° 156 de mermar las facultades de las Fuerzas Armadas en desmedro de la Onemi.

La participación de las Fuerzas Armadas ha demostrado ser fundamental en este tipo de situaciones. Limitarlas al traslado de hombres y pertrechos parece imprudente e inapropiado, tal como señaló públicamente el ex Ministro Vidal, al afirmar que nunca debió firmar dicho documento y que, sin lugar a duda, fue un gran error.

- El General Fuente-Alba declaró no saber de su dictación, enterándose del mismo sólo por la prensa, cuestión relevante toda vez que él se desempeñaba durante su elaboración como Jefe del Estado Mayor General del Ejército, por lo que parecía prudente y razonable solicitar su opinión o al menos comunicarle esta situación.

- Este decreto supone una serie de instancias de coordinación y dirección que no existían al momento de entrar en vigencia. La nueva institucionalidad que suponía no estaba en funcionamiento práctico, cuestión inaceptable, pues un gobierno impulsa políticas, entrega marcos legales, pero sólo se preocupa de su funcionamiento concreto una vez que éste ya está vigente.

5.1.7. Situación de Onemi

Onemi no presenta un nivel de competencias adecuado para enfrentar una catástrofe de esta magnitud.

- No existe una institucionalidad con origen legal, lo que implica la necesidad de crear una Dirección Nacional, descentralizada y con patrimonio propio. Esto permitiría mayor libertad presupuestaria y la posibilidad de contar con una planta con dedicación exclusiva, lo que podría redundar en mayores competencias instructivas y mejor capacitación de la población civil y de quienes trabajan en el sector público.

- Existen limitaciones funcionales, toda vez que el personal mayoritario no es de planta y no tienen dedicación exclusiva. Sólo 40% de las oficinas regionales de Onemi, trabajan con turnos las 24 horas. Esto hace discontinua la gestión operacional del servicio, con el peligro que representa que ocurran situaciones de alerta en horario inhábil.

Asimismo, tienen una dotación que no permite dar respuesta eficiente a las necesidades que se presentan en una eventual emergencia. Por ejemplo, en Antofagasta sólo hay dos funcionarios, y cuatro en la región del Bío Bío. Esto es francamente impresentable, considerando que de los funcionarios presentes en cada oficina los que poseen conocimientos profesionales son una proporción menor.

- No existen comunicaciones de emergencia o críticas interoperables ni redundantes para las distintas agencias o servicios de emergencias.

No hay telefonía fija con celdas exclusivas a Onemi en escenarios de emergencia. Parece impresentable no estimar en su magnitud la importancia de los equipos UHF y VHF, lo que quedó de manifestado en la utilidad que mostraron estas comunicaciones el 27 de febrero. Sólo 53% de los equipamientos de telecomunicaciones de que dispone

Onemi son propios, y no se instruyó a quienes debían operar estos equipos en la medida necesaria. Según fuentes de Onemi, a la fecha del terremoto sólo 47% de los radio operadores del servicio, a nivel nacional, estaban capacitados para manejar equipos UHF y VHF.

- La telefonía e internet colapsan fácilmente, lo que impide informar a la población civil y otros servicios. No se dispone de internet satelital, herramienta fundamental para comunicarse con otros organismos nacionales o internacionales, como el Pacific Tsunami Warning Center.

- No hay tecnología que permita grabar las conversaciones telefónicas, lo que impide llevar un registro para fiscalizar el cumplimiento de los protocolos y procedimientos establecidos. Parece fundamental llevar un registro de las comunicaciones más importantes.

- No existen protocolos de coordinación con otras organizaciones privadas o gubernamentales. No hay coordinación con la red nacional de radioaficionados ni planes de contingencia con instituciones como la Subtel o el Ministerio de Energía.

Estimamos que de haber contado con una estructura institucional distinta, estas deficiencias podrían haber sido superadas.

5.2. 27 de febrero de 2010

5.2.1. Desconocimiento de los protocolos

Gran parte de las pérdidas humanas se debieron al insuficiente conocimiento de los protocolos de emergencia, tanto por la autoridad político-administrativa (Onemi y comités de protección civil) como por la población civil.

- Para el protocolo de respuesta ante tsunamis basta que ocurra un sismo local de gran intensidad que impida a las personas mantenerse en pie, que haga caer muros, derrumbe torres y logre desplazar algunas casas de madera para declarar la alerta roja. Esto de manera natural activa el sistema de protección civil y ordena la evacuación hacia zonas seguras en no más de 15 minutos.

Dicho protocolo se basa en que ordinariamente las personas no poseen instrumentos que determinen si el sismo tiene magnitud suficiente o cuál es su epicentro, para provocar un tsunami, y que la llamada *zona de sacrificio* puede quedar inundada en los siguientes 15 minutos. Por ello, los protocolos internacionales y Accemar prescinden de datos o cifras y *suponen* alerta roja con la sola ocurrencia de dicha hipótesis.

Y esta ocasión, claramente, era de magnitud suficiente para activar el sistema.

- El Sistema debe activarse automáticamente, sin perjuicio de señales que la autoridad debe entregar inmediatamente:

- bengalas con paracaídas para alertar y alumbrar las zonas costeras;
- sirenas con ruidos distintivos; o
- funcionarios con megáfonos alertando a la población.

Lamentablemente, ninguna de estas señales alertaron a la población, y más preocupante, no existían los medios ni los funcionarios encargados para emitir dichas señales. Además, la población no habría conocido su significado.

Hay una fuerte responsabilidad de los municipios, gobernaciones e intendencias en esto, ya que son los encargados de implementar y coordinar los comités comunales. Tanto quienes conforman los comités como la población de comunas costeras presentan desconocimiento del protocolo. Y esto es fundamental, pues de haberse impulsado políticas de educación, sin lugar a dudas más vidas se habrían salvado, sin desconocer que en determinados sectores o comunas el trabajo de educación e información se hizo y ello colaboró en la disminución de pérdidas de vidas.

- La discusión acerca del formato del fax del Shoa es un punto fundamental, toda vez que en la Onemi alegan imprecisión en dicha comunicación. Sin embargo, en palabras de ministros que visitaron la Comisión y de expertos en la materia, el fax responde a un formato tipo en este tipo de circunstancias, que no deja margen a la interpretación.

Independiente del error del Shoa al levantar la alerta, durante su vigencia no fue comunicada a la población como corresponde ni entregada a la ex Presidenta de la República. Tanto Carmen Fernández como el jefe de turno del Centro de Alerta Temprana cometen un error imperdonable al no alertar a la población, con un fax cuyo asunto dijera claramente "ALERTA DE TSUNAMI"; cuestión incomprensible, considerando que Carmen Fernández fue directora del departamento de protección civil el año 2002, por lo que conocía los procedimientos del plan de protección civil, siendo parte fundamental en su elaboración.

- No existía una clara asignación de las funciones al interior del Comité Nacional de Protección Civil ni su coordinación. Sin perjuicio de la investidura del Presidente de la República, corresponde la dirección superior del comité al Ministro del Interior y la coordinación nacional a la directora de Onemi. Ninguno de los dos asumió tales responsabilidades en plenitud, limitándose a dar respuesta a lo que les consultaba la ex Presidenta, quien de facto ejerció una función que en ese momento y dadas las circunstancias, por protocolo no le correspondía.

5.2.2. Desempeño de la Oficina nacional de Emergencia (Onemi)

Las falencias evidenciadas por la Institucionalidad en materia de protección civil, se deben en gran medida a la incapacidad que tuvo la Oficina Nacional de Emergencias para afrontar la situación.

- Falta de idoneidad profesional de quienes se encontraban esa madrugada en la Onemi. Nadie con conocimientos de oceanografía o sismología. Y su Directora (periodista), se permitió cuestionar un fax de alerta claro, alegando la existencia de epicentro en tierra.

- Existe una falta de inquietud imperdonable por parte de Onemi ante una presunta incoherencia en la información entregada por el Shoa. Es francamente incomprensible por qué no se solicitan más confirmaciones o aclaraciones. Si existía duda acerca de si el fax encerraba una alerta, debió insistirse para que el Shoa lo ratificara.

- La deficiencia en materia de comunicaciones presentada en la Onemi mermó las posibilidades de dicha oficina para cumplir sus funciones en un escenario de

emergencia. La planta telefónica colapsó, no había respaldo satelital para internet y las comunicaciones con radio solo cubrían dos regiones, las cuales no sufrieron las olas más devastadoras.

5.2.3. Desempeño del Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada (Shoa)

- Tuvo un desempeño completamente ineficiente, donde solo se rescata la actuación del Teniente Sr. Andina al dar la alerta de tsunami, vigente durante una hora y cinco minutos y bajada por la incorrecta actuación de su director. Ello produjo resultados dañinos y perjudiciales para Chile y probablemente vidas que pudieron salvarse.

- Resulta difícil entender que a pesar de lo contundente de la información del boletín N° 002 del PTWC (4:44 am), el Shoa decidiera levantar la alerta de tsunami a las 4:56, comunicándolo a la Onemi vía HF, y a las 5:10 a las unidades navales vía Genmercalli, y que gran parte de su defensa gire en torno a la *consideración* que se tiene de los criterios del PTWC.

5.2.4. Informaciones contradictorias

Parte del trágico desenlace que tuvieron los sucesos de la madrugada del 27 de febrero, fue provocado por las informaciones contradictorias que emanaban tanto de las oficinas del Shoa como de la Onemi.

Si bien hay coincidencia en que la asesoría recibida por la ex Presidenta fue incorrecta, errada y poco certera, la población civil recibía señales erráticas de la máxima autoridad de la nación, producto de aquello y de una instancia supuestamente informada. Resulta incomprensible que no se diera la alerta instantáneamente y se siguiera solicitando confirmaciones cuando se trataba de minutos fundamentales.

5.2.5. Estallido social

Se actuó con demora en la declaración de Estado de Excepción en las zonas afectadas. Mediaron 36 horas para asumir una decisión.

Según el ex Intendente de la Región del Biobío, previo a la visita del subsecretario Rosende a la zona, él informó el estallido social que se vivía y el General Le Dantec señaló que advirtió al Ministro Vidal de la necesidad de decretar dicho estado, pues generalmente tras este tipo de fenómenos se producen alteraciones del orden público que es necesario prevenir.

- Si bien Vidal firmó el mismo día un documento que facilitaba la ayuda humanitaria ejecutada por las Fuerzas Armadas, las facultades coercitivas solo les fueron entregadas durante la tarde del domingo, con la consecuente pérdida de propiedad pública y privada, y dejando una sensación de caos moral en una nación profundamente conmocionada.

5.2.6. Cifra de muertos

Errores de coordinación significaron una falla en la cifra de muertos y desaparecidos comunicada por la autoridad. En un momento, la cifra oficial de

muertos casi llegó a los 1.000, con el consecuente efecto desmoralizador en un país que aun no asimilaba la catástrofe. Luego que se detectara un error en la cifra de fallecidos de la Región del Maule, se entregó una nómina con las víctimas fatales cuya identidad pudo ser confirmada, la que se redujo, por esos días, de 587 a 316. Luego se reduciría aún más.

5.3. Desempeño de las instituciones y autoridades como respuesta ante la catástrofe

5.3.1. Michelle Bachelet Jeria, ex Presidenta de la República

A pesar de observar personalmente los saqueos y robos en Constitución y contar con vasta información sobre las distintas situaciones de desorden social en las regiones afectadas, postergó sin razón explicable la decisión de decretar el estado de excepción constitucional, habiéndole sido representado al Ministro de Defensa la posibilidad inminente de estallido social, que suele suceder ante una catástrofe de esta naturaleza y magnitud.

Esta responsabilidad sólo cabe al Jefe de Estado, pues no existe otra autoridad en el país que tenga la facultad de decretar dicha situación.

Las revueltas y saqueos que siguieron al terremoto y que en pocas horas produjeron pérdidas millonarias para el Estado y particulares, comenzaron a contenerse sólo el día domingo cuando se decretó tal estado, permitiendo la salida de militares a la calle con facultades de imponer por la fuerza el orden requerido, situación distinta a la salida a la calle por razones humanitarias.

5.3.2. Edmundo Pérez Yoma, ex Ministro del Interior

- Debió velar por el cumplimiento de políticas de educación a nivel país destinadas a fortalecer el plan nacional de emergencias.

- No se preocupó de impulsar el proyecto de ley que estuvo en su cartera, habiendo sido representada su importancia por la Directora de Onemi, oficina dentro de la orgánica de su Ministerio.

- Nunca asumió en propiedad su papel de autoridad en el Comité Nacional de Protección Civil. Actuó con desidia, sin capacidad de liderazgo y estuvo absolutamente al margen de la catástrofe, pese a que la Onemi estaba bajo su tutela, lo que fue fundamental en el pésimo desempeño de esa repartición pública.

- Resulta incomprensible que el Jefe del Estado Mayor Conjunto haya debido coordinarse con el Jefe de Gabinete de la ex Presidenta, en circunstancias de que dicha función le corresponde al Ministro del Interior.

- Concurrió firmando el decreto exento 760, desconociendo si el sistema que éste pondría en vigencia se encontraba en situación práctica de funcionar, y relegando a las Fuerzas Armadas a una condición de transportista de bienes y personas, decisión desafortunada en voz de diversos invitados a esta comisión, incluido el ex Ministro de Defensa señor Vidal.

5.3.3. Francisco Vidal Salinas, ex Ministro de Defensa

- Debió haber insistido con mayor tenacidad ante la ex Presidenta para que decretara el estado de excepción constitucional, y velar por el buen estado del sistema de comunicaciones de las Fuerzas Armadas y de la capacidad de éstas para reaccionar frente a emergencias.

5.3.4. Patricio Rosende Lynch, ex Subsecretario del Interior

- Debió velar por la implementación, educación, y difusión de los planes de emergencia, así como por el cumplimiento de las medidas preventivas para salvaguardar a la población civil en caso de catástrofe, siendo inexcusable que no impulsara el proyecto de Ley General de Protección Civil.

- Concurrió firmando el decreto exento 760.

- Cabe resaltar que fue el primer personero de gobierno que se presentó en la Onemi minutos después del terremoto y tuvo una participación destacada durante las horas y días posteriores al mismo.

5.3.5. Carmen Fernández, ex Directora Nacional de la Onemi

- Sorprende su desconocimiento de los procedimientos, no asumiendo en plenitud sus funciones como coordinadora nacional del sistema de protección civil, mostrando desconocimiento, inoperancia y falta de preparación para el cargo. Cedió ante la imagen de la autoridad presidencial, desatendiendo su papel fundamental en la catástrofe de acuerdo a lo dispuesto en Plan Nacional de Protección Civil.

- No procedió a dar la alerta, cuando por sus afirmaciones tenía certeza de la magnitud del sismo, desconociendo el fax enviado por el Shoa por poco claro.

- Si bien presentó a sus superiores la necesidad de cambiar el marco regulatorio en lo relativo a protección civil, en todo lo concerniente a prevención y educación de la población tuvo un desempeño deficiente.

- Impulsó mediante el decreto supremo 156 y el decreto exento 760, el debilitamiento de las funciones de las Fuerzas Armadas en escenarios de catástrofe.

5.3.6. Osvaldo Malfanti, jefe de turno de la Onemi

- Manifiesta desconocimiento absoluto de los protocolos, discutiendo e interpretando la claridad de un fax que responde a protocolos universales en la materia, manifestando incongruencias de carácter técnico, tomando decisiones erradas bajo supuestos científicos inexistentes, como la relevancia del epicentro cuando el organismo técnico había emitido una alerta de tsunami.

- No cumplió con su deber, pues si tenía dudas sobre la claridad del fax, debió insistir con el Shoa hasta obtener una respuesta que le permitiera despejarlas.

5.3.7. CN Mariano Rojas, ex Director del Shoa

- Demostró ineficiencia, imprudencia y poco criterio al bajar la alerta de tsunami, desconociendo las variables empíricas que se le presentaron. Cabeza del organismo que debía prestar asesoría a los diversos comités de protección civil, esta fue errónea, imprecisa y con resultados desastrosos y lamentables.

- Se reconoce el asumir la responsabilidad en las decisiones que tomó y que resultaron erróneas y equívocas.

5.3.8. Intendencias Regionales

- No hicieron hincapié en la prevención que supone el plan de protección civil, impulsando como cabezas de sus respectivos comités regionales una labor educacional que informara a la población civil. Debieron dar a esta tarea la prioridad que corresponde, fiscalizando que se instalaran las señales y que se informara del plan Accemar tanto a instituciones públicas como privadas. Asimismo, tenían la función de coordinar sus respectivos comités, los que nunca cumplieron una función preventiva, sino sólo reactiva a emergencias.

- Si carecían de recursos para implementar los planes de respuesta, principalmente en relación a maremotos, debieron representar dicha necesidad a la autoridad central.

- Cabe hacer especial referencia a la situación observada en la VIII Región con el Intendente Tohá. Si bien le son imputables los déficit antes descritos, se reconocen sus intentos por ceñirse a lo dispuesto en el Plan de Emergencia y constantes representaciones a la autoridad central de la situación caótica que allí se vivía.

5.3.9. Gobernaciones Provinciales

- No desempeñaron el rol que les asigna el plan nacional de protección civil, sesionando en escasas oportunidades y generalmente sólo como reacción ante alguna emergencia.

- No se preocuparon de coordinar los comités en la medida necesaria para reaccionar de mejor forma ante una calamidad como la vivida el 27 de febrero pasado.

- No desarrollaron mayores esfuerzos en educación de la población civil ni se representó con la suficiente energía al nivel central la necesidad de destinar fondos para realizar labores de coordinación de los comités provinciales.

5.3.10. Alcaldes de las comunas costeras afectadas

- En algunas comunas, ya sea por falta de interés o presupuesto, no funcionaban los comités de protección civil.

- En las comunas costeras la responsabilidad es aún mayor, pues debieron crear planes de respuesta ante tsunami en base al protocolo Accemar. En muchas de ellas no se implementaron en lo absoluto dichas directrices ni mucho menos se educó a la comunidad sobre cómo reaccionar frente a una catástrofe de esta magnitud. De hecho, en algunas comunas no obstante estar las cartas de inundación disponibles, ni siquiera se señalaron vías de evacuación a zonas seguras. Ejemplo de lo anterior es la crítica situación en la comuna de Talcahuano, donde no existía ningún protocolo de emergencia que permitiera actuar coordinadamente en situaciones de catástrofe ni señalización sobre vías de evacuación hacia zonas seguras, a pesar de que las cartas de inundación que elabora el Shoa estaban a disposición del alcalde.

- Conociendo las cartas de inundación, las Direcciones de Obras Municipales debieron establecer políticas de la construcción o representar los riesgos de edificar en zonas inundables.

- Con todo, resulta necesario destacar la responsabilidad de algunos municipios que sí implementaron hojas de inundación y Planes de Protección Civil, que permitieron evitar mayores pérdidas humanas y materiales en las zonas afectadas.

5.3.11. Armada de Chile

- La decisión de bajar la alarma, junto a las afirmaciones erráticas que emanaban del Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada (Shoa), fueron determinantes en la situación final.

- Es preocupante la falla en las comunicaciones de una institución que debe velar por la seguridad interior y exterior del Estado.

- Es preocupante lo ocurrido en la II Zona Naval, con el cruce de declaraciones entre el Intendente regional y el Comandante en Jefe de la misma. No conociéndose antecedentes suficientes para determinar responsabilidades individuales en relación a los hechos de la madrugada del 27 de febrero, no se emite pronunciamiento y se espera el resultado de la investigación que conduce el Ministerio Público.

- Es aconsejable que la Institución inicie un sumario administrativo a fin de esclarecer completamente lo ocurrido la madrugada del 27 de febrero en el Archipiélago de Juan Fernández, para determinar si hubo faltas al servicio de parte de sus integrantes destinados en dicha zona.

- Sevaloray destaca que fue la única institución que reconoció responsabilidades respecto del Shoa, efectuando una investigación sumaria y decretando sanciones a los responsables.

5.3.12. Fuerza Aérea

Es indispensable que la Fuerza Aérea disponga una solución inmediata a la falta de habitabilidad en sus bases, que permita una constante permanencia de pilotos para la operatividad del helicóptero presidencial.

5.3.13. Onemi

- La institución encargada de la protección civil, fue paradójicamente la que presentó mayores deficiencias al momento de las evaluaciones. Desde su directora al jefe de turno, demostraron escaso nivel de preparación y resolución.

- Punto fundamental para establecer su responsabilidad fue su inexcusable decisión de no emitir una alerta, la que debió darse de manera instantánea en las localidades costeras en atención a la magnitud del terremoto. Aún más impresentable es que previo a muchas de las olas que asolaron nuestro litoral, Onemi recibió confirmaciones técnicas tanto del Shoa como del PTWC relativas a que se decretara una alerta de tsunami, que bastaban para proceder a evacuar a la población civil hacia zonas seguras.

- El plan de emergencias y el protocolo Accemar suponen fuertes campañas de educación de la población civil y de servicios públicos, las que nunca se desarrollaron en la medida de las necesidades.

- Las fallas estructurales que presentó en materia de telecomunicaciones, como a las competencias profesionales y técnicas de quienes estaban trabajando en el servicio, fueron determinantes en la cifra de muertos que debemos lamentar como país.

- Resulta incomprensible que pese a su situación, ni su directora ni autoridad alguna solicitara un sumario por los hechos acaecidos.

5.3.14. Dirección de Presupuestos

Sería responsable al negociar o comprometer indicadores que, debiendo ser de mayor exigencia para la Onemi atendido el aumento presupuestario que se había realizado, plantearan exigencias bastante básicas en los indicadores de desempeño.

5.3.15. Contraloría General de la República

Es considerada corresponsable de ciertas irregularidades e ineficiencias al interior de la Onemi, Intendencias, Gobernaciones y Municipios en lo referido a implementación y ejecución de los Planes de Protección Civil, al no actuar más rigurosamente, ya fuera ejecutando más fiscalizaciones, ordenando sumarios internos, solicitando informes, etc.

5.4. Actos, personas e instituciones destacables

El actuar valiente, desinteresado e incluso heroico de muchos compatriotas quienes en ocasiones, arriesgando su propia vida fueron al rescate de la ajena. Como un recuerdo que Chile no debe olvidar consignamos algunos casos dignos de destacar, en el entendido de que son solo algunos.

Así, Martina Maturana, José Fuentes, Fresia Reyes, Porfirio Guerrero Pavez, Altidoro Garrido Cartes, Subteniente de Carabineros Pablo Javier Alegría del Río, Luis Andrés Fregonara Molina, Pedro Muñoz Concha y Osvaldo Gómez, Luis Gatica, Carlos Letelier, Gonzalo Hermosilla Lizana, e instituciones como Bomberos, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería, Fuerzas armadas y los integrantes del Voluntariado.

5.5. Propuestas de mejora

Existe clara evidencia en la necesidad de generar un conjunto de cambios en el sistema de emergencia nacional que permitan modernizar los protocolos existentes y con esto, responder de manera rápida y eficiente a las distintas emergencias que surjan. Así, debiesen adoptarse las siguientes medidas con el objeto de modernizar y perfeccionar el sistema de emergencia nacional.

1. Modernización de la Onemi: Resulta evidente la necesidad de modernizar, reestructurar y generar una *Agencia para las Emergencias*, dotándola de facultades

de planificación, organización, ejecución, coordinación y control, que asuma responsabilidades totales, con los presupuestos que las emergencias ameriten y responsable ante la autoridad política.

Sumado a lo anterior, consideramos absolutamente necesario un nuevo marco normativo que rija tal organismo orientándolo hacia un sistema acorde a las nuevas tecnologías, la nueva institucionalidad existente y los nuevos desafíos en emergencias. De esta manera, creemos necesario reemplazar los protocolos existentes por un marco normativo formal donde puedan atribuirse funciones, responsabilidades y sanciones a quienes integren el sistema nacional de emergencia.

Creemos necesario profundizar el perfil técnico de esta institución, exigiendo al Director Nacional una formación acorde a las exigencias de la nueva estructura, sin que ésta se deje llevar por cuoteos políticos o cuestionables nepotismos. Debe tenerse en cuenta la imperiosa necesidad de contar con indicadores de desempeño especiales para este tipo de institución, generándose un estatus especial para servicios como éste, que permita a la Dirección de Presupuesto generar indicadores con mayor exigencia y sanciones en caso de incumplimiento.

Por último, se hace necesario generar un sistema articulado que logre definir jerarquías, responsabilidades y funciones entre las distintas reparticiones del Estado y su respectivo vínculo con la ciudadanía.

2. Red de comunicaciones: Ha quedado en evidencia que uno de los principales puntos críticos durante el terremoto fue el sistema de comunicaciones. La caída de redes celulares o el mal funcionamiento de la telefonía fija, entre otros, hicieron que el 27 de febrero y los días posteriores fuese casi imposible comunicarse en las regiones afectadas. Así, tanto el sistema de emergencia nacional como la mayoría de los chilenos no pudimos contar con un sistema de comunicaciones que nos permitiera obtener información relevante y poder actuar de manera coordinada.

De esta manera, siguiendo los ejemplos norteamericano y japonés, Chile puede aprovechar los recursos de que disponemos y establecer, ya sea vía protocolo o normativo, que Carabineros sea la entidad que encabece el sistema comunicacional de emergencia, considerando que esta institución cuenta con la mayor red de comunicaciones a lo largo del país, y posee certificación internacional (P25), lo que significa el más alto estándar en calidad de comunicaciones, lo que permite entablar comunicaciones en casos de emergencia en todo el territorio.

Sumado a esto, se hace necesario generar un sistema de comunicaciones críticas interoperables, donde exista una conexión segura y directa entre los distintos actores del sistema de emergencia, y redundante, para no depender sólo de una alternativa. Para el desarrollo de esta red, la autoridad de telecomunicaciones debe establecer obligatoriamente espacios radioeléctricos entre las distintas agencias que atienden emergencias, asegurando una separación, cuando las circunstancias así lo exijan, que permita que celulares determinados tengan prioridad sobre otros.

Finalmente, se debe estudiar la necesidad de establecer, si es necesario por ley, un porcentaje de banda ancha móvil para comunicaciones críticas, que puede ser de hasta 30% en la banda de 700.

3. Inclusión de las Fuerzas Armadas en los protocolos de emergencia. Fue un error excluirlas de los protocolos de emergencia. La evidencia de los días posteriores al terremoto demostró el importante rol de estas instituciones durante situaciones de emergencia. Resulta evidente la necesidad de reincorporar a las Fuerzas Armadas y de Orden dentro de estos protocolos, destacando su rol de coordinación y ejecución en distintos procesos, particularmente en el establecimiento del orden público, evacuación, logística y transporte.

4. Intendencias, gobernaciones y municipios: Creemos necesario entregar mayores responsabilidades y sanciones a aquellas intendencias o gobernaciones que no fiscalicen la implementación y ejecución de Planes de Protección Civil en las comunas que de ellas dependan.

En este punto podemos evidenciar la necesidad de entregar un mayor peso legal a los protocolos de emergencia y a todo plan o programa vinculados a éstos. Sólo así podrá explicitarse la obligatoriedad de su implementación y, cuando sea necesario, sancionarse a aquellas comunas, gobernaciones e intendencias que no cumplan con el mandato.

5. Autonomía tecnológica del Servicio Hidrográfico y Oceanográfico de la Armada: parte del lento y mal proceso de información entregado por el Shoa se debió a la escasa autonomía tecnológica que poseía. Parte de la lenta y confusa respuesta que tuvo frente a la determinación de alerta de tsunami fue la falta de información técnica para realizar estimaciones teóricas correctas.

El Shoa recibe la información de intensidad del terremoto por parte de la Onemi, quien a su vez recibe la información desde el Instituto Sismológico de la Universidad de Chile, y con esto, establece la alerta de tsunami. Este proceso de obtención de información es bastante lento, ya que considera a tres actores para llegar a conclusiones teóricas.

Todo esto nos permite vislumbrar la necesidad de otorgar mayor autonomía tecnológica al Shoa, la cual permita procesar la información de manera más rápida y, a su vez, evitar *cortes* en el proceso producto de fallas comunicacionales. Resulta evidente que el servicio sismológico debe contar con comunicación segura y redundante, directa con el Shoa y Onemi simultáneamente.

6. El Servicio Sismológico dependiente de la Universidad de Chile debe contar con presupuesto directo del Estado y no a través de la Universidad de Chile. La burocracia impidió que los recursos asignados el año 2008 para estos efectos no llegaran sino el 2010, evitando contar con la red sismológica necesaria. Se debe permitir que existan funcionarios las 24 horas del día en este servicio, y la continuidad del programa "Riesgo Sísmico" de la Universidad de Chile.

7. Autonomía energética: toda catástrofe natural trae consigo la potencialidad de interrumpir los servicios básicos, lo cual incrementa las distintas dificultades que este tipo de fenómenos acarrea a la ciudadanía. En las regiones afectadas, gran parte de los servicios básicos fueron interrumpidos por varios días e incluso semanas, trayendo consigo el desabastecimiento observado durante las primeras semanas y la dificultad para poder iniciar un proceso de reparación rápida y eficientemente. Ejemplo de lo anterior fue la supuesta escasez de bencina observada durante esos

días, la que no se debía a falta de combustible sino a la imposibilidad de poder extraerlo de los pozos, al no contarse con electricidad para hacer funcionar las bombas.

Con todo, resulta lógico plantearse la necesidad de exigir legalmente la tenencia de generadores en toda institución pública y en aquellas privadas que sean determinantes en el proceso de reacción tras una catástrofe. De esta manera, por ejemplo, se evitaría la tardanza en la puesta en marcha de los sistemas de emergencia de hospitales y, con esto, responder de manera eficiente a las demandas sociales en situaciones de catástrofe.

8. Modificación Constitucional. Es necesario dotar a la autoridad política regional o provincial de atribuciones para disponer de las Fuerzas Armadas acantonadas en su territorio jurisdiccional, cuando no exista comunicación alguna con el nivel central. De haberla tenido, se hubieran podido evitar los saqueos y la anarquía existentes entre el terremoto y las horas en que las Fuerzas Armadas salieron con facultades a controlar el orden público.

XI

Informe de la Comisión Investigadora sobre la actuación del Estado en las irregularidades de las actividades financieras del grupo Inverlink (extracto)*

1. Introducción

El “holding” Inverlink, creado en 1991, comenzó como una corredora de bolsa. Luego compró la participación de la corredora Edwards Herranz. Con el tiempo, la sociedad quedó conformada por Eduardo Monasterio e Ignacio Wulf (cada uno con 30%), mientras 40% restante quedó repartido entre Francisco Edwards Braun, Evaristo Peña, Enzo Bertinelli Villagra y Cristián Pizarro Goicochea. En enero de 2002, Julio Bustamante Jeraldo y Alvaro García Hurtado ingresaron como nuevos socios.

En el 2003, las empresas del “holding” Inverlink abarcaban fondos mutuos, corredores de bolsa, “factoring”, “bartering”, mutuos hipotecarios, securitización y asesoría financiera.

Las operaciones fraudulentas realizadas por el “holding” y descubiertas en 2003, llevaron a la Cámara de Diputados a crear una Comisión Investigadora por la relación de estas empresas con la Corporación de Fomento de la Producción, institución estatal que se vinculó en operaciones con el “holding”.

* Extracto elaborado por Álvaro Halabí Diuana, abogado, y Alicia Gariazzo Gavilán, analista económica, ambos de Comisiones de la Cámara de Diputados.

2. Modus operandi Corfo–Inverlink

2.1. Operaciones efectuadas antes del 11 de febrero 2003

Desde 1996, el grupo Inverlink efectuó actos destinados a obtener recursos financieros e incrementó sus utilidades haciendo uso de información privilegiada de una funcionaria de confianza del Banco Central, usando las llamadas “operaciones a término”. Estas consistían en tomar depósitos a plazo fijo con recursos “frescos”, recurriendo a un banco que le otorgaba “sobregiros horarios” por el monto del depósito, que cubría antes de las 14:00 horas del mismo día. El depósito se extendía a nombre de una corredora bancaria, de Inverlink Corredores de Bolsa S.A. o de Inverlink Consultores S.A. Después de tomado el depósito, Inverlink negociaba la venta del mismo con el señor Javier Moya, Jefe de Tesorería de la Corfo.

Para efectuar la transacción, la Corfo debía usar una corredora bancaria. Inverlink se ponía en contacto con ésta para venderle el depósito, a un valor ligeramente inferior al que lo tomó. Luego, dicha corredora tomaba contacto con la Corfo para negociar el documento a un precio ligeramente superior al que había pagado a Inverlink.

Inverlink, a su vez, entregaba el depósito a plazo a la corredora compradora endosándolo a su favor, quien se lo pagaba con un vale vista. Con dicho documento, Inverlink procedía a hacer un depósito en la cuenta del banco que le había permitido el sobregiro horario, cubriendo de este modo el monto del sobregiro (salvo por la pequeña pérdida que hizo al vender el depósito, la que cubría con recursos propios).

La corredora bancaria compradora del depósito emitía una orden de venta del documento a favor de la Corfo, enviando directamente el depósito vendido al señor Javier Moya con el respectivo endoso, o remitiéndolo a Inverlink. Luego, la corredora bancaria retiraba el vale vista desde la caja de la Corfo. Al entregar el vale vista, quedaba retenido el original de la liquidación por la venta del depósito, en el cual se indicaba que se trataba de una “venta a término”.

Una vez concluida la operación, Inverlink quedaba en la misma situación en la que estaba en la mañana, es decir, con su cuenta corriente saldada y sin depósito a plazo en sus manos. La Corfo, por su parte, hacía una inversión transitoria a través de sus operadores de la Mesa de Dinero, adquiriendo un depósito a plazo en el mercado secundario de una corredora bancaria, con conocimiento del señor Moya y del área de Caja, pues se trata de una compra “a término”, en la cual la recepción de un certificado de custodia es requisito para concluir la operación.

El señor Moya decidió contabilizar la operación con la Corfo como un “pacto” con la corredora bancaria, para así explicar la razón por la cual los documentos no se encontraban físicamente en poder de la Corfo.

Se desconoce por qué las liquidaciones de venta “a término” que recibió la Caja no fueron contrastadas con la anotación del pacto en los libros contables de la Corfo. Es posible que en la Caja hubiera cómplices del señor Moya, al igual que en el área contable y de auditoría interna de la Corfo.

En su oportunidad, el señor Moya entregaba a Inverlink el depósito a plazo adquirido, a cambio de la emisión por parte de alguna empresa del grupo Inverlink de un “Certificado de Custodia”.

Una vez que Inverlink recibía el original del certificado de depósito en custodia, desprendía los endosos de Inverlink a favor de la corredora y el endoso hecho por ésta a favor de la Corfo. Así, el depósito que quedaba en Inverlink, al carecer de endosos, daba cuenta de la existencia de un instrumento tomado por Inverlink, o endosado a su nombre.

Luego, Inverlink se apropiaba del depósito y lo vendía con pacto de retrocompra a alguna institución financiera, acordando con ella que el pacto expiraba en una fecha anterior al vencimiento del depósito o lo vendía “a término” a través de alguna corredora de bolsa u otra corredora no bancaria.

Ahora bien, a la fecha de vencimiento del pacto de retrocompra o del documento vendido por Inverlink a terceros “a término”, Inverlink hacía algunas operaciones que permitían pagarle a la Corfo el valor final de los documentos recibidos en custodia. De este modo, la Corfo daba por recibidos los fondos del pacto, finiquitando la operación.

El volumen de dinero artificial que Inverlink reunió con estas operaciones llegó aproximadamente a \$30.000 millones, suma que podría haberse multiplicado al infinito.

2.2. Operaciones posteriores al 11 de febrero de 2003

Al conocerse esta acción ilícita de Inverlink y la obtención de información de manejo exclusivo del Banco Central, se tomaron las medidas pertinentes. Los agentes cerraron o restringieron drásticamente las líneas de crédito, impidieron sobregiros horarios, pactos u otras facilidades. En pocos días se desplomó buena parte del andamiaje sobre el cual estaba construido el sistema de operación del grupo. Simultáneamente, los fondos mutuos de Inverlink fueron objeto de rescates masivos por parte de los ahorrantes.

La Superintendencia de Valores y Seguros informó que Inverlink operaba como financiera ilegal, captando dinero de personas naturales y jurídicas que, a su vez, interpusieron querrelas criminales.

La Corfo, desde el 4 de febrero, decidió tomar depósitos a plazo en el mercado y a su nombre. Estas operaciones las ejecutaba don Javier Moya, quien retiraba los depósitos a plazo del sistema bancario. Con su firma y las de otros funcionarios de la Corfo, autorizó el cargo en las cuentas corrientes de la Corporación en los bancos donde ella operaba. Después, la Corfo registraba en su contabilidad los depósitos tomados en cada banco.

El señor Moya hizo entrega de los depósitos tomados a la orden de la Corfo a personeros de Inverlink y recibió de su parte un “Certificado de Custodia”. La suma de los depósitos entregados por el señor Moya a Inverlink, entre el 4 de febrero y el 5 de marzo, alcanzó aproximadamente a \$55 mil millones.

Una vez recibidos los documentos de la Corfo, Inverlink los endosaba, por lo general al Fondo Mutuo Qualitas, que estaba siendo objeto de rescates masivos. De este Fondo, entre el 2 de febrero y el 7 de marzo de 2003, se retiraron alrededor de \$50.000 millones. El Fondo Qualitas, administrado por Inverlink, vendió estos depósitos en operaciones fuera de Bolsa. Las corredoras y las bolsas los adquirieron al contado y los pagaron con vale vistas. Luego, estas corredoras intermediaron dichos depósitos a través de los sistemas normales, anunciando su venta.

Con este dinero, el Fondo Mutuo Qualitas realizaba las siguientes acciones:

1. Pagaba los rescates.
2. Desviaba dineros recaudados a otras empresas del grupo Inverlink para pagar los vencimientos de la financiera informal.
3. Pagaba a la Corfo documentos recibidos con anterioridad en custodia y que había vendido en el mercado

El 4 de marzo de 2003, funcionarios de la Corfo se informaron a través del Banco Santander que había depósitos a plazo de la Corfo circulando en el mercado. El día 5 del mismo mes, la Gerenta de Administración y Finanzas de la Corfo, señora Isabel Pinochet, informó de este hecho al Vicepresidente de la institución, señor Gonzalo Rivas. En el transcurso del día aludido, el señor Moya devolvió los documentos que había tratado de negociar el día anterior, ingresándolos a la Corfo. Sin embargo, también el día 5 de marzo el señor Moya tomó un depósito a plazo a nombre de la Corfo en el BCI, por la cantidad de \$5.200 millones, que traspasó a Inverlink. Asimismo, tomó un depósito a la vista a nombre de Banco Santander por \$980 millones, entregado por un abogado del señor Eduardo Monasterio, pese a saber que la víspera el señor Moya había tratado de hacer una operación irregular con Inverlink y el Banco Santander.

Entre el 5 y el 6 de marzo se instruyó un sumario administrativo en la Corfo. El día 7 de marzo se despidió al señor Moya, y al mediodía el Superintendente de Valores y Seguros se enteró de que la Corfo había sido víctima de ilícitos llevados a cabo por el señor Monasterio a través de depósitos a plazo. La señora Gerenta de Administración y Finanzas realizó un arqueo de emergencia a las inversiones de la Corfo y confirmó con los bancos de la plaza que depósitos a plazo por un monto cercano a los \$85.000 millones no se encontraban en custodia de la Corfo ni en los bancos emisores o vendedores de tales instrumentos.

El 8 de marzo la Corfo interpuso una querrela criminal ante el segundo juzgado del crimen de Santiago.

3. Acciones que permitieron las operaciones descritas

Para que estas operaciones pudieran efectuarse sin ser detectadas debieron necesariamente confluír muchos factores. En la primera etapa, los partícipes de la organización criminal tomaron resguardos. También Inverlink se aprovechó de algunas falencias de los “softwares” con que operaban las distintas corredoras,

administradoras de fondos mutuos y de inversión¹.

No obstante, se puede concluir que las operaciones fraudulentas –en cualquiera de sus etapas– no hubieran podido extenderse en el tiempo tan impunemente, si los controles internos de Corfo, aun con su extrema precariedad, hubieran funcionado razonablemente.

A continuación se exponen algunos hechos al interior de la Corfo, que permitieron la ejecución de estas operaciones en sus dos etapas.

3.1. Fallas en los controles internos de la Corfo

- Falta de Auditorías Externas a la Mesa de Dinero

Por disposición del Vicepresidente Ejecutivo de la Corfo, don Gonzalo Rivas, sólo se instruyó efectuar auditorias externas por parte de empresas especializadas a las dependencias de la Corfo sin considerar a la Mesa de Dinero.

-Falta de Arqueos Periódicos o Sorpresivos

Si estos arqueos se hubieran efectuado con alguna periodicidad, se habría detectado que los documentos originales de las inversiones de la Corfo estaban en poder de terceros. Hoy se sabe que era Inverlink, quien a su vez los comercializaba vía pactos o ventas a término en el mercado.

Los únicos arqueos que se efectuaron los hizo la Contraloría en fechas predeterminadas y conocidas: el 2 de enero de cada año, para validar el balance del año anterior. En la Comisión Investigadora no se acreditó la existencia de ningún arqueo sorpresivo a la Mesa de Dinero, ni tampoco un arqueo in situ, es decir, a las demás instituciones donde debían estar los documentos que informaba el señor Moya. Es importante consignar, en relación con esto último, que tanto el actual Vicepresidente Ejecutivo de Corfo, don Óscar Landerreche, como el ex Gerente de Administración y Finanzas de Corfo, don Gibrán Harcha, reconocieron ante la Comisión que los arqueos sorpresivos in-situ eran controles básicos que debieron haberse efectuado en la Corfo. A la luz de lo anterior, a la Comisión le parece inexcusable la falta de arqueos periódicos in situ, máxime considerando su bajo costo.

3.2. Retardo inexcusable en el despido del señor Javier Moya

El ex Vicepresidente Ejecutivo de Corfo, don Gonzalo Rivas, señaló ante la Comisión que el día miércoles 5 de marzo en la mañana, habiendo sido informado de los hechos comunicados el día anterior por el Fiscal del Banco Santander, dispuso la inmediata salida y suspensión de las funciones del señor Moya. Sin embargo, esta instrucción se concretó el viernes 7 de marzo, según informó la ex Gerenta de Administración y Finanzas, señora Isabel Pinochet.

1. Los documentos que se adquieren por pantalla y se transan en el mercado son solamente identificados por el nombre del emisor, la fecha del vencimiento y el monto a pagar al vencimiento, pues es la única información que interesa a los adquirentes. Asimismo, estos “softwares” no contemplan la inclusión en las liquidaciones de compra o de venta la identificación de los papeles transados por su número de serie, lo que hace imposible a la Bolsa, a la Superintendencia de Valores y Seguros y a los operadores del mercado saber si el mismo papel está siendo transado más de una vez el mismo día; si está siendo objeto de pactos con más de un intermediario al mismo tiempo, o bien si el papel que se está comprando ya ha pasado por la misma corredora, banco o administradora en los días previos.

Es importante destacar que el 5 de marzo el señor Moya obtuvo la emisión de depósitos a plazo por parte del Banco de Crédito e Inversiones, con cargo a las cuentas corrientes de la Corfo, por aproximadamente \$5.200 millones, fondos que le fueron sustraídos a la Corfo a través de una operación de custodia con Inverlink, y vendidos en el mercado secundario.

3.3. Graves falencias en el control de custodia de la Corfo

A partir de los antecedentes conocidos por la Comisión Investigadora, se pudo constatar que el encargado de custodia de la Corfo, al no contar con un resumen diario de los documentos que debían entrar, no los cotejaba con los que efectivamente eran ingresados. Esta omisión significaba que el encargado sólo ingresaba a custodia los documentos que recibía, sin tener conocimiento de lo que debería recibir.

Mediante oficios 03215 y 03082, se solicitó a la Corfo que informara sobre los documentos que ingresaron a su custodia durante 2001, 2002 y 2003. Del análisis de los mismos se comprobó que, entre el 20 de diciembre de 2002 y el 4 de marzo de 2003, ambas fechas inclusive, no había ingresos a custodia de inversiones hechas por la Corfo en el mercado de capitales, lo que confirma que el departamento de custodia ingresaba los documentos que recibía de las distintas áreas de Corfo, incluyendo el área de Tesorería, pero no tenía cómo cotejar lo que debía recibir para ingreso con lo que efectivamente se guardaba en ese departamento.

Se observó también que los denominados “pactos” tampoco eran ingresados al área de custodia durante, antes ni después de las fechas mencionadas en el párrafo precedente.

Respecto de las órdenes de ingreso correspondientes a los meses anteriores a enero de 2003, se apreció que, con frecuencia, se recibían dineros de distintos agentes del mercado, los que se caracterizaban como “pactos”; no obstante el hecho de que los documentos de respaldo no son pactos. Más grave aún es que en tales antecedentes se detectaron “ventas a término” de cartera previamente adquirida por la Corfo, lo que le generaba ingresos que se contabilizaban como “pactos” o “recuperación de inversiones”.

3.4. La Corfo utilizaba parcialmente el Sistema de Depósito Central de Valores

La ex Gerenta de Administración y Finanzas señaló que no utilizaban este Sistema, aunque que ofrecía mayor resguardo. Sin embargo, en otros casos de cuidado de caudales públicos, y así le consta a la Comisión, la Corfo sí utilizó el Sistema de Depósito de Central de Valores, lo que indica la ausencia de una política clara sobre esta materia.

3.5. Incumplimiento de los requerimientos de la Contraloría

La Contraloría, a contar del año 1998, detectó diversas anomalías en la Corfo, reflejadas en las recomendaciones contenidas en los informes de esa entidad (Nº 90, de 1998; y Nº 3, de 2001). Estas anomalías, en síntesis, se refirieron a los siguientes puntos:

- Inexistencia de procedimientos escritos y formales de las operaciones de la Mesa de Dinero respecto de las autorizaciones, ejecución y control de las mismas;
- Inexistencia de refrendación o autorización de las inversiones efectuadas por la Mesa de Dinero, con el respaldo de disponibilidades presupuestarias;
- Falta de un sistema de control de las funciones de operación, registro y custodia de los activos de la Corfo;
- Falta de un sistema de control idóneo y eficaz para detectar y controlar los errores de registro e incongruencias documentales y los instrumentos en custodia;
- Falta de separación de las funciones de gestión de la Mesa de Dinero, de la Jefatura de la Tesorería, de decisiones sobre inversiones en el mercado de capitales, de la custodia de los instrumentos financieros y del control de los contratos financieros con pacto de retrocompra;
- Concentración de las funciones antedichas en el Jefe de Tesorería, señor Javier Moya Cucurella;
- Falta de informes idóneos respecto de las operaciones de la Mesa de Dinero;
- Falta de controles adecuados y efectivos de la gestión de la Mesa de Dinero, de las decisiones sobre inversiones en el mercado de capitales, de la custodia de instrumentos financieros y de los contratos con retrocompra;
- Necesidad de grabar las operaciones de la Mesa de Dinero;
- Falta de un sistema integrado de contabilidad patrimonial y presupuestario en la Corfo, infringiendo con ello la normativa dictada por la Contraloría General de la República, conforme a la Ley de Administración Financiera del Estado, contenida en el decreto ley 1.263, de 1975.

Esta Comisión constató que cada una de las recomendaciones efectuadas en los citados informes, así como las deficiencias en los sistemas de gestión, registro, custodia y control existentes en la Corfo, fueron oportuna y cabalmente conocidas por esta institución y por sus ejecutivos, admitiendo las anomalías que fundamentaban dichas recomendaciones, como también la necesidad de implementar los procedimientos y medidas recomendadas.

Sobre este aspecto, es importante constatar que aparte de algunas respuestas formales o excusas, en la práctica la Corfo hizo caso omiso a los fundamentos y necesidades expuestos reiteradamente por la Contraloría General de la República y, en definitiva, no tomó medidas para solucionar los problemas denunciados ni para cautelar el patrimonio público entregado a su gestión. Al solicitarse a la Corfo la separación de funciones entre la Mesa de Dinero, la Tesorería, la Custodia y la Caja, respondió nombrando a un Subgerente de Administración y Finanzas, don Nelson Pérez, quien no revisaba el listado de operaciones diarias que le entregaban, por tratarse de una materia que le “aburría”, según informó a la Comisión.

Sin perjuicio de lo anterior, a la Comisión le llamó la atención la nula insistencia del órgano contralor, a través de sus delegados instalados, para exigir el cumplimiento de sus recomendaciones.

3.6. Carencia de fiscalización superior sobre el señor Moya

De los testimonios recibidos por la Comisión Investigadora, resulta clara una carencia inexcusable en la fiscalización jerárquica sobre el señor Moya.

En efecto, nunca se implementó la separación de funciones que recomendó la Contraloría. La creación del cargo de Subgerente de Finanzas, como superior jerárquico del señor Moya, no era útil si el Subgerente se negaba a revisar los informes diarios que aquel realizaba. Durante el mes de febrero, el señor Moya quedó sin superior jerárquico, ya que don Nelson Pérez había salido de vacaciones desde el 24 de enero al 28 de febrero. Su reemplazante era doña Isabel Pinochet, Gerenta de Administración y Finanzas, quien también hizo uso de su feriado legal hasta el 24 de febrero, lo que implicó que durante ese mes la Mesa de Dinero operó sin fiscalización.

3.7. Falencias en el sistema contable de la Corfo

La Comisión Investigadora acreditó que las operaciones irregulares efectuadas por el señor Moya nunca fueron debidamente registradas como tales en la contabilidad interna de la institución, lo que revela que nadie revisaba tales documentos.

Resulta imposible entender que mientras de la Caja salían cheques, nadie se percataba que no llegaban los respectivos depósitos o los certificados de custodia de los bancos emisores, como también sorprende el hecho de que el Subgerente no se haya percatado de que las cuentas no calzaban. Aproximadamente \$29.000 millones se originaron en operaciones que el señor Moya ordenaba contabilizar como pactos, en circunstancia de que los documentos de respaldo los caracterizaban como operaciones de término.

Cabe insistir que esta simulación efectuada por el señor Moya nunca fue advertida por los controles internos de la Corfo. Sobre este punto, llama la atención lo señalado por la Gerenta de Administración y Finanzas de Corfo, doña Isabel Pinochet, por el ex Vicepresidente de Corfo, don Gonzalo Rivas, y por el ex Gerente de Administración y Finanzas, señor Gibrán Harcha, quienes sostuvieron que tales operaciones eran difíciles de distinguir, por cuanto su diferencia radicaba únicamente en una indicación pequeña, contenida en un formulario establecido para el efecto.

En relación a lo anterior, la Comisión tuvo acceso a los documentos que respaldan estas operaciones, llamándole la atención que el examen visual de los comprobantes permite distinguirlos unos de otros. En efecto, los que acreditan una operación de pacto son distintos a los que se refieren a una operación a término. Esta diferencia es tan evidente y notoria que la Comisión consideró inaceptables las explicaciones entregadas por los ex funcionarios de la Corfo.

Por ello, es posible colegir que estos documentos no eran revisados.

3.8. Incumplimiento de las normas establecidas en el Manual de la Mesa de Dinero

El Manual de la Mesa de Dinero establece una serie de exigencias de transparencia y controles que deben cumplir los operadores de la misma. El representante de la Contraloría General de la República, don Hernán Llanos, señaló en forma enfática que dicho instructivo no se cumplió e indicó que “al analizar cada una de las instrucciones de ese Manual se puede apreciar que no se cumplían como estaba señalado al interior de la Corfo”.

3.9. Personería del señor Javier Moya para operar en el Mercado de Capitales

Mientras el ex Gerente de Administración y Finanzas, don Gibrán Harcha, señaló que la Corfo sólo operaba con depósitos a plazo nominativos, el Vicepresidente de la misma entidad dijo en su intervención que muchos de los documentos que actualmente están en la bóveda de la Corfo eran endosables, reconociendo además la existencia de documentos de estas características en las operaciones normales de la institución, así como documentos al portador. Por otro lado, mientras el señor Gibrán Harcha afirmó haber dado instrucciones con el propósito de prohibir operar con instrumentos que no fueran nominativos, el propio Vicepresidente Ejecutivo de la Corfo expresó desconocer la existencia de tales instrucciones.

El hecho de que la Corfo tuviera entre sus inversiones papeles al portador permite dudar de que existiera una instrucción para operar exclusivamente con documentos nominativos.

Con relación a este aspecto de la investigación, la Comisión arribó a ciertas conclusiones, particularmente en lo que concierne a las normas que regulan la inversión de excedentes de caja del sector público.

De acuerdo al artículo 3º del decreto ley 1.056, de 1975, y el artículo 32 de ley 18.267, los servicios, instituciones y empresas del sector público sólo podrán invertir los excedentes estacionales de caja previa autorización del Ministerio de Hacienda. Éste ha regulado con detalle la inversión de los excedentes estacionales del sector público en el mercado de capitales, a través de oficios y circulares.

Al momento en que sucedieron los hechos del caso Corfo-Inverlink, resultaba aplicable el oficio circular 37, de 12 de agosto de 1999, que autorizaba a los servicios e instituciones del sector público realizar inversiones en depósitos a plazo bancarios, sin establecer restricciones en cuanto a:

- a) La modalidad del depósito a plazo, que podían ser endosables o nominativos;
- b) El mercado en que se efectuaba la inversión, pudiendo ser depósitos a plazo de primera emisión (tomados directamente en una institución bancaria), o adquiridos en el mercado secundario (a cualquier partícipe del mercado de capitales);

y

c) La contraparte del sector público en dicha transacción, que podía ser un banco, una corredora de bolsa (no necesariamente filial de un banco), o cualquier otro participe del mercado de capitales.

A raíz de las irregularidades detectados en el caso Corfo-Inverlink, el 14 de marzo de 2003 el Ministerio de Hacienda modificó la regulación sobre inversión del sector público en el mercado de capitales vigente hasta la fecha y dictó el oficio circular 15 (aplicable a las empresas del sector público) y el oficio circular 16 (aplicable a los servicios e instituciones del sector público, incluida la Corfo). Este último oficio establece que debe tratarse de depósitos a plazos de primera emisión, no endosables y tomados por la institución en un banco que cuente con la clasificación de riesgo mínimo, que el mismo oficio circular indica.

Asimismo, el oficio en comento establece las siguientes restricciones a las inversiones de los excedentes transitorios de caja de la Corfo:

1. Los depósitos a plazo deberán ser nominativos;
2. Sólo podrán tomarse depósitos a plazo de primera emisión, no siendo posible adquirir depósitos a plazo en el mercado de capitales, y
3. La contraparte en la transacción sólo podrá ser uno de los bancos que cuente con la clasificación de riesgo mínima que establece el oficio circular.

Respecto a los depósitos a plazo que estén dentro de la cartera de inversiones de la Corfo a la fecha del nuevo oficio circular, y que no cumplan con los requisitos antes señalados, se limita la facultad de la Corfo para vender dichos instrumentos en el mercado, y se señala que las nuevas normas sólo se aplicarán a dichas inversiones a partir de la fecha de su vencimiento.

4. Superintendencia de Valores y Seguros

Las autoridades de la Superintendencia de Valores y Seguros y del Banco Central faltaron a sus deberes al no utilizar eficazmente los canales de comunicación y las instancias de coordinación existentes. Es un hecho grave que, estando de por medio el interés público y el patrimonio fiscal, no se hayan extremado las medidas para evitar los daños producidos y, más grave aún, evitar muchos de los perjuicios que se produjeron una vez ya tenida la noticia de la actuación ilícita de Inverlink y sus cómplices.

La relativa parsimonia mostrada por la Superintendencia de Valores y Seguros se hace más patente si se la compara con la actitud mostrada por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras en otro momento. Cuando el señor Monasterio intentó obtener licencia bancaria, el ente regulador, aun asumiendo “riesgos mayores”, pudo obligar al retiro de esa petición. Incluso, la propia Superintendencia de AFP, a propósito de estos mismos hechos, exhibió una actitud, tanto ex-ante como ex-post, de mayor diligencia.

Sin embargo, debe reconocerse que la actitud mostrada por la Superintendencia en la etapa judicial fue adecuada y proactiva.

La Comisión tuvo a la vista dos oficios de la Superintendencia de Valores y

Seguros, que dan cuenta de hechos anteriores, pero relacionados con la organización delictual Inverlink.

El primero de ellos relata cómo un fiscalizador de la Superintendencia de Valores y Seguros, que dentro de sus competencias fiscaliza a una de las sociedades del conglomerado Inverlink y termina su labor el 2 de julio de 1999, renuncia al cargo el 29 del mismo mes, para acto seguido incorporarse a los fiscalizados, donde asume como director de la Sociedad General de Fondos S. A., hasta el 17 de marzo del 2003.

El segundo oficio citado relata con detalle cómo un operador de Inverlink Corredores de Bolsa S.A., coludido con otros, intentó engañar a la Superintendencia de Valores y Seguros en enero del 2001.

Si bien son hechos distintos, el primero, sospechoso e imprudente y el segundo delictual, ambos tienen puntos en común: Inverlink, el uso de información privilegiada, los funcionarios “comprados”, etc. No se activaron “alertas tempranas” ni entre los fiscalizadores ni entre los operadores del mercado.

5. Banco Central de Chile

La Comisión Investigadora no se fijó como punto de discusión la autonomía del Banco Central, dado que ella se encuentra consagrada tanto a nivel constitucional como legal. En efecto, el Capítulo XII de la Constitución Política de la República (arts. 97 y 98), que se refieren a la materia, declaran que el Banco Central es un “organismo autónomo”; términos que reproduce la Ley Orgánica Constitucional respectiva en su artículo 1º. A su vez, el artículo 4º de esta última obliga al Presidente del Banco Central a informar tanto al Presidente de la República como al Senado sobre las políticas y normas generales que dicte en ejecución de sus atribuciones. Por su parte el artículo 7º del mismo cuerpo legal establece que los Consejeros son designados por el Presidente de la República, lo que se materializa a través del Ministerio de Hacienda por medio de un decreto supremo. A su vez, el artículo 16 consagra la atribución del Presidente de la República de destituir al Presidente del Banco Central. Además, de acuerdo al artículo 19 de la misma ley, el Ministro de Hacienda puede asistir a las sesiones del Consejo del Banco Central con derecho a voz. El inciso 3º del artículo antes citado otorga al Ministro de Hacienda la facultad de suspender, en la sesión que asista, la aplicación de cualquier acuerdo que tome el Consejo. De la sola lectura de estas normas se puede inferir que existen variados controles sobre el Banco Central y, por ende, su autonomía no es absoluta. De la exposición que hiciera ante la Comisión el titular del Banco Central no es posible colegir omisiones o retardos que hubieren tenido consecuencias indeseables a la hora de perseguir la responsabilidad penal por los graves hechos delictuales en que participaron altos ejecutivos de Inverlink.

Sin embargo, resulta manifiesto que la sustracción de información del computador del Presidente del Banco Central tuvo como factor coadyuvante, además de la maquinación fraudulenta de su secretaria, la evidente ausencia de medidas básicas de cautela de parte de la máxima autoridad del instituto emisor. Con todo, la Comisión concluyó que el grado de precaución y cuidado en la conservación de

información sensible del Banco Central respondía a los estándares esperados.

Cabe hacer presente aquí el principio general de nuestro ordenamiento jurídico, según el cual los superiores responden por los hechos o actos de sus dependientes, a menos que demuestren que no hubieren podido evitar los daños con la autoridad y el cuidado que su calidad les confiere.

En efecto, el artículo 2320 del Código Civil señala que “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado”.

Sin perjuicio de lo consignado más arriba, se observa una omisión en el ejercicio de las funciones que le competen al Presidente del Banco Central como coordinador de la acción de este organismo con las demás instituciones del Estado, toda vez que la ley orgánica constitucional correspondiente dispone que debe encomendarle a las autoridades respectivas la fiscalización dentro del ámbito de sus funciones. A la Comisión también le pareció imprudente omisión que el titular del Banco Central no hubiere puesto en conocimiento del Consejo de la institución, de manera más oportuna, los graves hechos ocurridos.

Concretamente, estimó que si las autoridades del instituto emisor y de la Superintendencia de Valores y Seguros hubieren, el día 4 de febrero, constituido equipos de trabajo conjuntos para enfrentar la situación que empezaba a develarse, las primeras etapas de la investigación podrían haber sido más productivas a la hora de desentrañar las operaciones ilícitas.

6. Conclusiones

1.- Del conjunto de antecedentes analizados se pudo concluir que existió omisión en el desempeño de sus deberes por parte de algunos funcionarios, con grave detrimento para las instituciones afectadas y el patrimonio público.

En el caso de la Corfo, las omisiones inexcusables de sus principales autoridades permitieron que terceros se apropiaran indebidamente de dineros y bienes de propiedad del Estado.

Las autoridades de la Superintendencia de Valores y Seguros y del Banco Central agravaron las consecuencias de estos hechos, al no adoptar oportunamente las medidas correspondientes frente a la situación generada. En ambos casos existieron responsabilidades políticas y administrativas por las faltas cometidas.

En el caso del Presidente del Banco Central, se verificó una falta de diligencia inexcusable en su responsabilidad como superior de funcionarios que tenían acceso a información reservada.

2.- La Corfo, según sus balances y estados financieros, administraba a la sazón un patrimonio superior a los US\$2.000.000.000, realizando en su gestión cuantiosas inversiones en el mercado de capitales.

3.- La Contraloría General de la República, con motivo de las actividades fiscalizadoras y de auditoría sobre las operaciones de la Corfo, detectó a contar del año 1998 diversas anomalías, las que, pese a ser conocidas por esta institución y por sus ejecutivos, no fueron objeto de acciones destinadas a dar solución a los

problemas denunciados, con excepción de ciertas respuestas formales o excusas.

4.- A los antecedentes anteriores, deben agregarse los siguientes elementos de convicción:

a) Que la Corporación de Fomento de la Producción operaba con Inverlink al menos desde el año 1994 y, según el ex Gerente de Administración y Finanzas de la institución, señor Gibrán Harcha², ese año se impartieron instrucciones meramente verbales de no seguir operando con Inverlink, sin preocuparse de establecer medidas efectivas de control del cumplimiento de esa orden, ni tampoco de la gestión de la Mesa de Dinero.

Asimismo, el antes mencionado ex Gerente de Administración y Finanzas de la Institución reconoció:

1. Haber tenido pleno conocimiento de los informes de la Contraloría General de la República y de las recomendaciones contenidas en ellos; y

2. Haber participado en la revisión y estudio de las mismas, como también en las respuestas y en el estudio de las soluciones sugeridas.

La Comisión estimó que el señor Harcha no adoptó las medidas ni los procedimientos concretos para resolver los problemas detectados por la institución contralora y por el propio declarante.

b) Por su parte, doña Isabel Pinochet, Gerenta de Administración y Finanzas de la Corporación de Fomento de la Producción a contar de abril de 2002, reconoció no haber efectuado arquezos sorpresivos a la Mesa de Dinero ni revisado los citados informes de la Contraloría General de la República y los procedimientos relativos a la tesorería que estaban bajo su dependencia, como tampoco efectuado gestiones para tomar conocimiento y fiscalizar las operaciones de la Mesa de Dinero, las decisiones sobre inversiones, los instrumentos en custodia, los pactos con retrocompra y la documentación de soporte. Agregó que, al no haber pérdidas ni anomalías detectadas, no le correspondía realizar ninguna de dichas tareas, ni siquiera una auditoría interna³, lo que constituye una excusa inaceptable de su parte, teniendo en cuenta sus antecedentes académicos y profesionales, la relevancia de su cargo y la cuantía de los recursos encargados a su gestión⁴.

c) Don Nelson Pérez, subgerente de Recursos Financieros de la Corporación de Fomento de la Producción hasta marzo de 2003, y conecedor cabal de las operaciones y sistemas de la institución, admitió lo siguiente:

1. No haber cumplido efectivamente sus funciones en materia financiera, pese a que le correspondía organizar, dirigir, programar y controlar la Mesa de Dinero⁵;

2. Que la Mesa de Dinero realizaba entre siete y ocho operaciones diarias, reflejadas en 12 o 14 documentos físicos;

3. Que el señor Javier Moya actuaba en forma autónoma e independiente del declarante, su superior, salvo que diera cuenta de algún problema;

4. Que, en la práctica, el declarante no controlaba directamente al señor

2. Vid. Sesión 5ª, p. 24.

3. Vid. Sesión 5ª, p. 56.

4. Vid. Sesión 5ª, p. 62.

5. Vid. Sesión 5ª, p. 79.

Javier Moya y no revisaba los informes que éste le entregaba.

d) A don Gonzalo Rivas, ex Vicepresidente Ejecutivo de Corfo durante varios años, le correspondía, en virtud de las disposiciones legales que rigen a la Corfo, especialmente el artículo 23 de la ley 6.640, y el artículo 8º del decreto con fuerza de ley 211, la representación legal de la Corporación y, especialmente, la atribución de fijar las dependencias jerárquicas respectivas, distribuir el personal, dando cuenta al Consejo y proponer al mismo las facultades y obligaciones que correspondían a los funcionarios incluidos en la planta directiva de la entidad. Tal como quedó acreditado ante la Comisión, las graves fallas constatadas en los controles internos de la Corfo, especialmente en la Custodia, la Mesa de Dinero, la Caja, la Gerencia Administrativa y Financiera, no fueron abordadas oportunamente por la máxima autoridad de la institución. No consta en esta investigación que se hayan tomado medidas concretas por el Vicepresidente Ejecutivo con el objeto de fiscalizar las acciones al interior de la Mesa de Dinero o cumplir con las recomendaciones de seguridad sugeridas por la Contraloría General de la República en los informes anteriormente señalados.

A mayor abundamiento, la Comisión Investigadora constató graves incumplimientos a instrucciones verbales, supuestamente impartidas por el señor Vicepresidente Ejecutivo de la Corfo a los funcionarios bajo su dependencia, no habiendo adoptado el señor Rivas acción para verificar su cumplimiento en forma oportuna. En efecto, en oficio de fecha 13 de mayo de 2003, la máxima autoridad de la Corfo confirmó lo anterior al señalar que “no me correspondía velar porque cada una de las recomendaciones específicas de los informes se cumplieran, sino ver si la dirección en que se estaba avanzando era la correcta”.

Al respecto, dijo que el día miércoles 5 de marzo, a primera hora, mandó despedir inmediatamente al señor Javier Moya, instrucción a la que sólo se dio cumplimiento el día viernes 7 de marzo a las 8:30 horas, retardo que implicó pérdidas adicionales a la Corfo por aproximadamente cinco mil millones doscientos mil pesos, ya que el día miércoles 5 de marzo, durante la tarde, el señor Moya tomó depósitos a plazo a nombre de la Corfo en el BCI, los que fueron sustraídos a la Corfo.

Asimismo, la falta de arquezos sorpresivos en la Corfo fue considerada por la Comisión como una de las omisiones graves e inexcusables al interior de la institución. Al respecto, el señor Rivas sostuvo que en el año 2002 dio instrucciones para realizar estos arquezos, que no se cumplieron. En su calidad de Vicepresidente de la Corfo no se encargó de verificar si se habían acatado aquellas.

A juicio de la Comisión, el no comprobar si se cumplían las instrucciones constituye una negligencia inexcusable por parte del señor Vicepresidente Ejecutivo de la Corfo, toda vez que de acuerdo a lo dispuesto en el Estatuto Administrativo el acto de delegación de funciones no implica desligarse de las responsabilidades propias, sino muy por el contrario, obliga al delegante a tener el mayor cuidado y diligencia en el cumplimiento estricto de dicha delegación.

4.- De los antecedentes acumulados en la investigación y, en especial, de aquellos reseñados precedentemente, se pudo concluir que las graves fallas en los controles internos de la Corfo constituyeron un elemento esencial para que se

produjera posteriormente un perjuicio patrimonial que, a la fecha, superaba los cien millones de dólares.

El actuar doloso de un grupo de personas, la mayor parte ajenas a la Corporación, se habría visto obstaculizado si los responsables de las áreas pertinentes de la Corfo hubiesen actuado con el celo que era dable esperar. Más todavía, si una tercera institución, como lo es la Contraloría General de la República, alertó oportunamente sobre serias falencias en el ejercicio de las obligaciones cautelares. Con diligencia en la gestión, custodia y control de la Mesa de Dinero, los delitos fraguados por la organización criminal Inverlink no se habrían podido extender impunemente durante tanto tiempo. En otros términos, el brazo delictual de Inverlink en la Corfo, a saber el señor Moya y sus cómplices, pudo actuar sin mayor riesgo debido a la ausencia de controles. Esta última, en el concepto de la Comisión Investigadora, puede ser calificada de negligente e inexcusable.

5.- La negligencia inexcusable de los diferentes niveles ejecutivos de la Corfo representa, en primer lugar, una infracción al principio de la probidad administrativa, y en especial al deber de emplear los medios idóneos de diagnóstico, decisión y control para concretar una gestión eficiente y eficaz (artículo 55 de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Cabe tener presente que constituye una contravención al principio de la probidad administrativa, conforme al artículo 64 número 8 de la misma ley, la infracción a los deberes de eficiencia y eficacia que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio público. En este caso, se estimó que los funcionarios superiores de la Corporación, encargados de la administración, custodia y control del patrimonio financiero de ella y, en especial, de la Mesa de Dinero, faltaron a sus deberes funcionarios de manera gravísima, reiterada e inexcusable, permitiendo con ello la comisión de fraudes que han afectado de manera cuantiosa el patrimonio de la entidad donde se desempeñaban dichos funcionarios.

6.- Esta instancia parlamentaria sostuvo que, en el caso de los funcionarios y ex funcionarios de la Corfo que, aun no habiendo actuado dolosamente y no obtenido provecho alguno de los ilícitos investigados, pero que atendidas sus funciones dentro de la Corporación estaban obligados legalmente a velar por caudales públicos, podía corresponder ejercer la acción penal por el delito estipulado en el artículo 234 del Código Penal, ya que concurrirían los presupuestos del tipo, esto es, el abandono o negligencia inexcusables, dando ocasión, con esa acción u omisión, a que una tercera persona sustrajere recursos públicos.

7.- Por otro lado, la Comisión estimó imprescindible e ineludible poner a disposición del juez competente todos los antecedentes recogidos durante el ejercicio de su mandato y hacer otro tanto con el Consejo de Defensa del Estado, para que ejerciera las acciones civiles y penales derivadas de los hechos materia de la investigación.

7. Propuestas

1.- La ocurrencia de sucesos como el que motivó el trabajo de la Comisión es de suyo perjudicial para el funcionamiento de la Corfo y las instituciones financieras que operan en el mercado de capitales. Sin embargo, esos perjuicios son mucho más significativos cuando pueden implicar, como en el caso de la Corfo, la pérdida de enormes sumas de dineros públicos. Por esta razón se proponen, respecto de la Corporación de Fomento de la Producción y de la Administración del Estado en general, las siguientes medidas para mejorar su gestión:

a) La revisión inmediata de la forma como la Corfo ha puesto en práctica las normas legales que la rigen. Del examen efectuado por la Comisión quedó claro que las deficiencias no estaban sólo en la ley, sino también en el desempeño de las autoridades.

b) La dictación de una norma general para todo el sector público, que obligue a todos los servicios a informar anualmente las personas responsables en el manejo de dineros y con facultades para su administración y manejo en el mercado financiero, con descripción detallada de los poderes con que cuentan y las eventuales delegaciones que se hubieren efectuado. Estos nombramientos deben ser públicos, bajo la responsabilidad del Ministerio de Hacienda, y a la información antedicha debería poder acceder cualquier persona.

c) La dictación de una norma general para todo el sector público, en que se señalen las instituciones autorizadas para operar en el mercado de capitales y los procedimientos específicos que deben seguir al respecto. En estas normas se debe, además, establecer el procedimiento para asegurar la transparencia en la contratación de intermediarios financieros; contemplar resguardos para el cuidado del patrimonio público, y crear registros confiables de las operaciones realizadas y de la determinación de las condiciones de mercado en cada oportunidad.

2.- La actividad financiera se organizó en Chile a lo largo de los años sobre la base de instituciones especializadas y de giro excluyente. Así, los bancos estaban separados de los Corredores de Bolsa, las Agencias de Valores, las Administradoras de Fondos Mutuos, las Compañías de Seguros y las AFP. Esas separaciones, si bien se han ido desdibujando paulatinamente, aun permanecen en forma tajante en algunos casos, como el de los bancos, las Compañías de Seguros y las AFP. Por otra parte, cada vez son más tenues las diferencias entre los Bancos y las Corredoras de Bolsa y las Agencias de Valores.

3.- Sin perjuicio de la separación formal y de fondo que los bancos, las compañías de seguros y las AFP tienen frente al público, no existen impedimentos en la legislación chilena para que una persona o grupo de personas sea propietario en forma simultánea de entidades financieras que deben tener objetos separados y barreras absolutas (cortafuegos) entre ellos. En la actualidad existen grupos empresariales que poseen presencia relevante en las tres áreas de negocios. Los hechos han demostrado que cuando no se trata de grupos de personas que desean emprender negocios lícitos, sino personas, como en el caso Inverlink, que se organizan para delinquir, la legislación no impidió su participación en las áreas de AFP, Seguros

y Valores, existiendo únicamente un impedimento de ingresar al rubro bancario.

Cabe señalar que, en este caso, la existencia de restricciones al acceso de la propiedad y mayores “cortafuegos” no habría impedido necesariamente la ocurrencia de los ilícitos verificados. En efecto, en materia de regulación financiera es sabido que las regulaciones y restricciones “a priori” cumplen el rol de prevenir casos de esta naturaleza, pero el resguardo más importante radica en la acción eficaz de las autoridades fiscalizadoras competentes.

4.- Por otro lado, la mayor parte de la actividad financiera es regulada y supervisada, lo que no obsta a que existan algunos rubros que escapan a esta regla, o en los que la regulación es opcional, o bien depende de la forma específica en que se realice el negocio. En este último caso se encuentran, por ejemplo, las actividades de “leasing”, “factoring” y las casas de cambio. En el caso de las actividades no reguladas se encuentran por ejemplo, las asesorías de inversiones y los prestamistas que no tienen endeudamiento con el público.

5.- La regulación y la supervisión financiera en Chile han seguido la misma lógica con la que se organizó el mercado, es decir, supervisores especializados, concentrados en un tipo o unos pocos tipos de instituciones, cada uno de ellos regido por leyes especiales. Esta estructura ha sido más inflexible en el tiempo que la del mercado y, por lo tanto, se ha adaptado con mayor retraso a las nuevas condiciones en que se realizan los negocios. De hecho, en la práctica existen en Chile los conglomerados financieros pero no hay supervisión consolidada de ellos.

Es importante tener presente que los niveles de regulación son y deben ser diferentes en el mercado de capitales, atendiendo a la naturaleza de las instituciones participantes y el interés involucrado en cada caso.

En este sentido, no cabe duda de que las mayores regulaciones, tanto para el ingreso de agentes como para su funcionamiento, deben recaer en los casos donde existe una garantía estatal involucrada (bancos, seguros de naturaleza previsional y fondos de pensiones), y en aquellos en que los operadores funcionan con los dineros del público (básicamente bancos).

En un segundo nivel de regulación deberían estar todos aquellos agentes que participan en mercados cuya transparencia y estabilidad son de importancia para el buen funcionamiento de la economía, como es el caso de las Bolsas de Valores y de las Isapres.

Por último, están los agentes relacionados, cuya regulación debe ser común para quienes realizan una actividad económica, salvo cuando tengan relación más o menos directa con las entidades señaladas precedentemente.

Es indispensable, entonces, que la regulación recoja estas diferencias, de manera de no debilitar la supervisión de unos y tampoco sobrecargar la de otros, lo que generaría peligros y cargas inconvenientes para el buen funcionamiento de los mercados.

6.- Así, en síntesis, a la fecha en que se produjo el “Caso Inverlink”, la realidad del mercado financiero y la supervisión en Chile se puede resumir de la siguiente manera:

a) Existía un conjunto de conglomerados financieros que participaban simultáneamente en dos o más rubros financieros distintos;

b) Un mismo conglomerado financiero desarrollaba actividades que estaban reguladas y supervisadas y otras que no se hallaban en esa situación. Más aún, el conglomerado podía desarrollar algunos giros en forma regulada y no regulada, simultáneamente;

c) Un conglomerado podía tener varios supervisores monitoreando una fracción de su negocio (BCCH, SBIF, SVS, SAFF, Superintendencia de Isapres).

d) No existía ningún supervisor-coordinador que tuviera la obligación de mirar el conjunto del conglomerado.

7.- Es necesario reconocer que existe el convencimiento en la opinión pública de que es obligación del Estado velar por el normal funcionamiento del sistema financiero y, en situaciones de incertidumbre o crisis, siempre se criticará a los organismos fiscalizadores por no haberlas evitado. Nuestra legislación está muy lejos de poder satisfacer esa expectativa, ya que la suma de las facultades y coberturas de los supervisores sólo alcanza a cubrir una parte de las actividades que desarrolla un conglomerado financiero, lo que, de acuerdo a las recomendaciones y la experiencia internacional, es insuficiente.

Es importante que, a la hora de establecer regulaciones y adoptar resoluciones respecto de los casos como el ocurrido en esta oportunidad, se tenga presente la inconveniencia de otorgar a las personas una garantía implícita de que el Estado va a responder por las pérdidas en que se pudiere incurrir. En este sentido, fue un gran avance en nuestra legislación financiera la explicitación y regulación precisa de la garantía del Estado en el caso de los depósitos bancarios, de las pensiones del sistema de AFP y de los seguros previsionales, toda vez que se fijó con claridad la responsabilidad patrimonial del Estado y se circunscribió el accionar de los entes estatales regulatorios.

La circunstancia de que los ahorrantes o clientes con una empresa financiera sean grandes o pequeños, personas naturales o empresas, públicos o privados, no debe ser el factor que determine la eventual protección del Estado. Lo primordial son los criterios objetivos, fijados por ley. Por ejemplo, podría considerarse plausible proteger a un ahorrante de fondos mutuos que ha resultado perjudicado por las conductas de Inverlink; pero, si se toma en consideración que muchos pequeños ahorrantes pueden quedar desprotegidos, como accionistas de empresas mayores que han depositado ahí su dinero, o como cotizantes de AFP cuyos fondos han sufrido pérdidas, etc., llegaremos a la conclusión que cualquier criterio que no sea el legal es arbitrario y contraproducente.

Cabe considerar además que las decisiones de la autoridad en orden a proteger a los inversionistas afectados por este tipo de casos, suele ocasionar cuatro perjuicios, detectados por los expertos en regulación financiera, y que son los siguientes:

a) Los agentes del mercado, al asumir esa suerte de garantía explícita, suelen tomar en el futuro posiciones más riesgosas que las normales, al sentirse protegidos explícitamente en el mercado;

b) La sociedad suele resarcirse de los fondos perdidos con las referidas compensaciones, a través de sobrerregulaciones que buscan evitar, a todo evento, que se incurra en esas pérdidas, pero con el efecto de ahogar el desarrollo del mercado e impedir el despliegue de la competencia entre quienes sí son honestos y capaces de lograr la combinación entre rentabilidad y seguridad;

c) Las autoridades que enfrentan este tipo de sobrerregulaciones suelen asumir el rol de “conductores” del mercado, lo que significa abandonar su rol de fiscalizar y supervisar para que el mercado funcione de manera transparente y eficaz; y

d) Las sobrerregulaciones suelen generar en los consumidores la falsa sensación de seguridad total, lo que desalienta el rol que a ellos les compete a la hora de escoger a las empresas financieras con las que trabajan, de apreciar el prestigio y solidez asociados a sus operaciones.

7.1. Propuestas de corto plazo

7.1.1. Acceso al mercado

La legislación bancaria permite negar el acceso al mercado a nuevos participantes, ya que exige requisitos de integridad y solvencia a los nuevos competidores (artículos 28 y 30 de la Ley General de Bancos).

En el caso de las Agencias de Valores y Corredoras de Bolsa, se ha debatido la necesidad de agregar a los requisitos en vigor algunos adicionales, en términos de integridad y solvencia, por lo que es necesario que la autoridad haga uso de las facultades que le confiere el artículo 26 letra i) de la ley 18.045, para establecer requisitos mediante normas de carácter general y “establecer los medios y la forma en que los interesados deberán acreditar las circunstancias enumeradas”, es decir, el cumplimiento de las condiciones impuestas.

En caso de estimarse conveniente, habría que establecer condiciones de mayor entidad, si bien pueden constituir limitaciones al derecho a desarrollar una actividad económica, garantizado por el artículo 19 número 21 de la Constitución Política, lo que es materia de ley.

En cuanto a las Compañías de Seguros (decreto con fuerza de ley 251, artículos 7º y 9º), se faculta a la Superintendencia de Valores y Seguros para autorizarlas y exigirles un capital mínimo. También se señala que se constituirán de acuerdo al artículo 126 de la Ley de Sociedades Anónimas que, a su vez, exige un patrimonio determinado.

Por último, en el caso de las AFP, la ley 18.046 prescribe en su artículo 130 que para crear una entidad de esta naturaleza debe presentarse una solicitud a la Superintendencia del ramo, la que será calificada por el Superintendente, especialmente en cuanto a la conveniencia de establecerla.

Al respecto, la Comisión Investigadora propuso las siguientes medidas:

a) Perfeccionar la legislación bancaria, permitiendo que en ciertos casos especiales el supervisor pueda requerir antecedentes de otros negocios que estén realizando los solicitantes, a fin de conocer en detalle su conducta financiera y los antecedentes en materia de administración de los socios fundadores y

administradores.

b) En materia de Valores y AFP, parece necesario incorporar requisitos patrimoniales y de idoneidad para nuevas licencias, sin perjuicio de modificar la normativa en cuanto otorgar la facultad de revisar los patrimonios mínimos exigidos.

c) Deberían hacerse absolutamente equivalentes los requisitos para formar una nueva entidad y para comprar una existente, ya que sólo constituyen formas alternativas de ingreso al mercado.

7.1.2. Coordinación entre Supervisores

La coordinación entre la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la Superintendencia de Valores y Seguros y la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones es meramente de hecho y, más aún, tiene la limitación de que cada uno de los Superintendentes tiene obligación de guardar secreto; por lo tanto, no pueden comunicarse ninguna información que no sea pública sin cometer un delito.

En ese sentido, resulta necesario reforzar la coordinación entre las tres Superintendencias, levantando, y sólo para esos efectos, el secreto entre los respectivos jefes de servicio.

En esta coordinación debería considerarse incorporar al Banco Central.

7.1.3. Conformación de grupos financieros y vacíos en la supervisión

Para superar la deficiencia de falta de información sobre los grupos financieros, éstos deberían estar obligados a informar al Superintendente de todas las entidades de carácter financiero en que participan y de las modificaciones que se produjeran, en forma oportuna, señalando el patrimonio combinado del conglomerado.

Por otra parte, no debería permitirse la existencia de intermediarios financieros no regulados en un conglomerado, debiendo quedar los entes que no están regulados y supervisados por ley especial, bajo la supervisión de los que sí lo están.

Lo anterior no requiere que se establezca formalmente un “holding” financiero, sino sólo que se sujeten a la supervisión todas los componentes del conglomerado que ya existe.

La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras tiene la facultad de pedir información respecto de los conglomerados que posee un banco, pero no de aquellos que no lo poseen. Por lo tanto, debería agregársele esa potestad. Lo anterior cobra especial relevancia si se considera que Inverlink no era dueña de un banco y, por ende, no tenía obligación de informar a la Superintendencia ni ésta tenía tuición sobre dicha organización.

7.1.4. De los objetivos, de la supervisión y de las facultades de los supervisores

El objetivo principal de la regulación y de la supervisión coordinada debe ser velar por la solvencia de los conglomerados, así como por el cumplimiento de los límites prudenciales a nivel de cada empresa, pero también del conjunto (límites

de créditos, constitución de provisiones, operaciones con partes relacionadas, con grandes deudores, transacciones intragrupo, etc.), de su liquidez, del riesgo de “contagio” y de algunas otras materias que puedan comprometer la fe pública.

Esta visión comprensiva del conglomerado pudo haber permitido detectar algunas de las irregularidades de Inverlink y conocer, por ejemplo, el acelerado crecimiento del conjunto del grupo, así como el origen de los recursos patrimoniales que sustentaban esa expansión.

7.2. Otras proposiciones

7.2.1. Normativa del Banco Central para operaciones en UF y en pesos

Las disposiciones dictadas por el Banco Central de acuerdo a su Ley Orgánica, favorecieron el desarrollo de intermediarios como los Fondos Mutuos y las Agencias de Valores que en muchos casos eran filiales de los propios bancos, que crearon productos y servicios como los pactos, las ventas cortas, etc., que en la práctica eran una forma distinta, pero lícita, de realizar depósitos y captaciones a plazos menores que los señalados en la norma general.

Así, productos y servicios que podían venderse por los bancos con mayor capital y sistemas de control más consolidados, se difundieron a través de entidades con menos fortalezas. En este sentido, parece conveniente una revisión de la normativa del Banco Central sobre la captación e intermediación financiera que, manteniendo los objetivos cautelares originales, se actualice considerando el escenario inflacionario y la realidad del mercado.

Ello permitiría alcanzar mayor eficiencia al sistema financiero, pues disminuiría la segregación de productos entre sus agentes y, además, contribuiría a una mayor seguridad, ya que las operaciones a plazos más cortos podrían hacerse de manera directa (un depósito a plazo a 10 días, por ejemplo), evitándose problemas de custodia, de verificación de la existencia de los documentos y una serie de otros procesos que, dada la rapidez de las operaciones, se efectúan de manera bastante informal. Con ello se reduciría el riesgo de operaciones de mala fe, como sucedió en el caso Inverlink.

Por último, en las operaciones a plazos muy cortos, como 2 o 3 días, se sugiere que ellas sean hechas directamente en los bancos vía pactos, lo que también les otorgaría un mayor respaldo.

7.2.2. La regulación del sistema financiero chileno

La normativa establece requisitos de idoneidad para los accionistas en el caso de los bancos, pero no para los otros agentes (AFP, Valores, Seguros). En cuanto a los directores de empresa, la Ley de Sociedades Anónimas fija algunos requisitos para ejercer tal responsabilidad, pero ella es aplicable a todas las sociedades que tienen esa característica, y no presenta especificidades para los intermediarios financieros. Todo indica que es necesario procurar uniformar criterios en cuanto a fijar requisitos de idoneidad para los accionistas que participan en el mercado financiero.

7.2.3. Desmaterialización de títulos

Una parte importante de las transacciones financieras se realiza sobre la base de la ocurrencia, en algún momento, de la transferencia física de los documentos. Si bien ello resultaba apropiado en una situación de menor desarrollo de nuestro sistema financiero, la generalización de la negociación y transferencia electrónica torna obsoleto aquel sistema. Es por ello necesario, en una primera etapa, avanzar en el sentido de que la transacción en el mercado de todos los títulos de alto valor se haga de manera inmaterial, aunque con un adecuado respaldo electrónico que permita a los participantes de mercado un rápido chequeo de la autenticidad de vendedores y compradores.

7.2.4. Reforzar el rol del Depósito Central de Valores (DCV)

El Depósito Central de Valores desempeña un rol similar al Conservador de Bienes Raíces, en lo que se refiere a la custodia de los títulos. Este es un elemento esencial en la seguridad de las transacciones. El objetivo sobre este punto es que todos los títulos que se transen en el mercado de valores estén en el Depósito Central de Valores y sean emitidos preferentemente de manera inmaterial, como ya se indicó.

7.2.5. Prohibición

Los hechos han demostrado de manera clara la necesidad de establecer una norma prohibitiva, que evite el traspaso de funcionarios calificados desde los organismos fiscalizadores hacia las empresas fiscalizadas.

Dicha prohibición debe extenderse por un plazo razonable (no menos de un año), y contemplar multas elevadas para el caso de incumplimiento, aplicables tanto al contratado como al contratante.

Una norma de esta naturaleza podría ser plasmada en una ley de carácter general, pero a partir de los hechos investigados pareciera más urgente establecerla en el área de las finanzas.

7.2.6. Modificaciones a la ley 18.045 y al párrafo octavo del Título V del Código Penal

Los hechos investigados han permitido colegir las graves consecuencias que trae consigo el manejo de información secreta o privilegiada, cuando ella es obtenida de manera dolosa.

Lo anterior plantea la necesidad de reformar aquellas disposiciones legales que regulan la materia, sea para asegurar la aplicación de penas fuertes o para regular el uso, por particulares, de información obtenida por funcionarios públicos violando secretos. Al respecto, se sugieren los siguientes cursos de acción:

a) Se hace indispensable, a juicio de la Comisión Investigadora, alterar el límite inferior de la pena asignada para la conducta típica prescrita en el artículo 60 letras g y h de la ley 18.045, con relación con lo dispuesto en el título XXI (De la Información Privilegiada) de la indicada ley.

1. Para ello, se propone la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

b) El párrafo 8 del título V del Código Penal sanciona el delito de violación de secretos que cometa el empleado público en el desempeño de su cargo.

Dicha conducta, en alguno de los supuestos antijurídicos, puede ser sancionada, llegando la pena hasta los 20 años de cárcel, atendiendo al daño que la conducta produzca.

Ahora bien, en ninguno de los supuestos el legislador estableció las consecuencias jurídicas para aquel particular que motiva y se beneficia, directa o indirectamente, de la conducta del funcionario público.

Por ello, es indispensable fijar una norma expresa de “comunicabilidad” entre la conducta del sujeto activo y la del particular que la provoca para beneficiarse.

El Caso Inverlink es ilustrativo de la ocurrencia de este supuesto: un grupo de agentes privados inescrupulosos incentivaron a una funcionaria desleal para obtener valiosa información, que se ocupó en la comisión de ilícitos. No se trata de la infracción a que se refiere la ley 18.045, sino de la violación provocada de un secreto, para obtener beneficios.

Por lo expuesto, son necesarias las modificaciones legales antes indicadas.

7.2.7. Saldo de caja o mesa de dinero

Los hechos investigados demostraron la necesidad de revisar profundamente la existencia de mesas de dineros en los órganos del Estado autorizados para manejar valores transables en el mercado.

El sistema financiero, más allá de los sucesos de Corfo, presenta riesgos y es de difícil control por parte de las autoridades superiores.

No se trata de inhibir a las entidades públicas con importantes saldos de caja de obtener frutos civiles que permitan mejorar sus rendimientos o utilidades, que luego se dirigen a sus programas, o aún al propio tesoro público, sino de buscar alternativas.

Parece evidente que las autoridades del área deben profundizar las medidas destinadas a un mejor control de la administración y colocación de los saldos de caja, que por diversas circunstancias es necesario que circulen en el sistema financiero.

Logrado lo anterior, será posible dictar las instrucciones que permitan licitar los saldos de caja; proceso que debería ser público y revestido de las formalidades que aseguren transparencia y eficiencia en el manejo de los recursos.

7.2.8. Consejo de Ministros de la Corfo

De acuerdo a los antecedentes recogidos, el Consejo de Ministros no tenía capacidad para ejercer un control eficiente en la administración de la Corfo; es más, los ministros se vieron obligados a delegar su participación en otros funcionarios del ministerio respectivo, contrariando lo que la prudencia aconsejaba.

Tanto el control, como el seguimiento del desempeño de los jefes de servicio a cargo de las políticas de la Corporación, debieran ser entregados a un directorio elegido conforme a las normas sobre concurso público.

7.2.9. Lavado de dinero

Con ocasión de la discusión del proyecto de ley que creó la “Unidad de Análisis Financiero”, se intentó sustituir el artículo 12 de la ley 19.366, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes, con el preciso objeto de tipificar de mejor manera el delito de lavado de dinero, conocido también con el nombre de “blanqueo de capitales o reciclaje de dineros”.

La Comisión fue del parecer que para prevenir conductas delictuales como las cometidas por los propietarios y ejecutivos de Inverlink, sería conveniente incorporar como delito base aquellos de orden financiero, en términos generales o bien remitirse a los tipificados en leyes especiales, como es el caso de la Ley de Bancos y de la Ley de Valores.

Acerca de este punto, es dable concluir que cuando una asociación obtiene beneficios de hechos ilícitos que atentan gravemente contra el sistema financiero y la fe pública, y, con posterioridad a la comisión del delito, intenta ocultar o disimular su origen sobre la base de comprar participaciones en AFP, isapres, etc., se configura el denominado lavado o blanqueo de capitales.

8. Consideraciones sobre los agentes privados

Sobre el particular, la Comisión Investigadora tuvo en cuenta dos aspectos muy importantes, a saber:

- a. El tratamiento responsable y cuidadoso que dieron al tema las máximas autoridades financieras, públicas y privadas, analizando prolijamente los hechos, buscando limitar sus efectos y establecer soluciones cautelares de interés general.
- b. Los límites del mandato de la Comisión, al tenor de los acuerdos aprobados y de las disposiciones que regulan las atribuciones fiscalizadoras.

Sin perjuicio de las restricciones antedichas, la Comisión estimó que no podía inhibirse del examen de la materia, por tener relación con el encargo que se le dio.

En este sentido no sería prudente ni positivo para el sistema financiero establecer que el funcionario fue una víctima indefensa frente al actuar de una organización delictual y, por ende, nada pudo hacer para protegerse de mejor manera de los hechos ilícitos.

Si bien es efectivo que fue un aviso del Banco Santander -que efectuaba negocios bancarios y de valores con Inverlink- el que permitió detener la maquinación delictual, ese aviso, que resultó esencial en sus efectos posteriores, fue en su origen una acción de mera verificación de un poder para recibir válidamente el pago de lo que se le debía.

La Comisión no pudo pasar por alto la circunstancia de que algunos operadores en el sistema financiero pudieran haber formado parte de una red criminal, de una u otra forma, la que era encabezada por Inverlink. Tal apreciación en modo alguno significa desconocer que ella carece de facultades respecto de entes privados.

Por otro lado, el clima de sospecha más o menos generalizada sobre los orígenes e historia de quienes formaban el grupo Inverlink, no fue siempre acompañado de la necesaria prudencia a la hora de efectuar negocios con aquel

conglomerado. Probablemente, más de algún mal se habría evitado si esta esa percepción difundida en el mercado hubiere suscitado una reacción concreta de parte de los agentes. La información recopilada daba cuenta de un comportamiento sistemático, planificado y doloso, que permitía a Inverlink efectuar exitosa e impunemente operaciones paralelas a las que se desarrollaban en el mercado formal, vulnerando así los controles existentes.

Se estaba, pues, en presencia de un grupo de personas audaces, quienes utilizando su ingenio y aprovechándose a la vez de la pasividad de los fiscalizadores, que en algunos casos llegó al grado de negligencia inexcusable, según se expresó, durante un largo período pudieron defraudar la fe pública dañando cuantiosamente el patrimonio fiscal.

CONVOCATORIA

Hemiciclo es una revista semestral de la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, que ofrece material para el análisis y la discusión del quehacer parlamentario, en lo que concierne a la legislación, la fiscalización y la representación; además de las experiencias, reflexiones e investigaciones sobre el acontecer nacional e internacional, que constituyan un aporte al debate académico y político.

Las colaboraciones serán examinadas por un Consejo Editorial en cuanto a su interés académico, pero los contenidos serán de responsabilidad de sus respectivos autores. Aquéllas deberán cumplir con las siguientes exigencias formales:

1. El título debe ser descriptivo y no exceder, en lo posible, de quince palabras. Los subtítulos deben presentarse debidamente numerados. 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.

2. Los artículos deben incluir un resumen en castellano y en inglés, que describa sus aspectos principales en 100 palabras, y una breve reseña del autor, que señale sus estudios y la institución en que los cursó, además de la actividad que desarrolla actualmente.

3. La bibliografía debe presentarse con el siguiente formato: Apellido, Nombre. Título. Editorial, ciudad, año, páginas. Si el artículo citado forma parte de una revista o de una compilación, debe agregarse a continuación del título: En: Nombre de la publicación, N^o.

4. La tipografía debe ser Times New Roman, tamaño 12, con un interlineado de 1,5 y sin saltos de línea entre párrafos.

5. Las contribuciones deben ser remitidas en papel (2 ejemplares debidamente firmados por el autor) a la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados, Pedro Montt s/n, Valparaíso, y en soporte digital (formato Word) al correo electrónico academiaparlamentaria@congreso.cl.

6. No se aceptarán artículos que hayan sido publicados o que se considere ofrecer a otra publicación. Los originales serán editados en cuanto a precisión, organización, claridad o consistencia con el estilo y formato de la revista.

7. El plazo de entrega vence el día 31 de diciembre de 2010.

Las prácticas partidistas bajo la Constitución de 1925: la relativización del presidencialismo chileno

Felipe Meléndez Ávila

El Proyecto de Acuerdo del 22 de agosto de 1973 de la Cámara de Diputados y el Estado de Derecho

Hernán Almendras Carrasco

Crítica a la justificación del bicameralismo en Chile

Diego Pardo Álvarez

Chile-Perú: una visión geopolítica de los últimos 40 años de relación bilateral

Lester Cabrera Toledo

Un canal del sector público al servicio de la ciudadanía: la oportunidad que ofrece la televisión digital a la modernización del Estado

Juan Veglia Quintana

Competencias del Tribunal Constitucional

Modificaciones a la ley orgánica del Tribunal Constitucional introducidas por la ley N° 20.381

Carlos Carmona Santander

El control correctivo de constitucionalidad de la ley

Lautaro Ríos Álvarez

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sus efectos en la actividad legislativa

Marisol Peña Torres

El régimen de protección de los derechos económicos y sociales en Chile

Francisco Fernández Fredes

Fiscalización de los actos del Gobierno por la Cámara de Diputados

Informe de la Comisión Investigadora del estado de la institucionalidad en relación a su capacidad de respuesta frente a desastres naturales (extracto)

Informe de la Comisión Investigadora sobre la actuación del Estado en las irregularidades de las actividades financieras del grupo Inverlink (extracto)