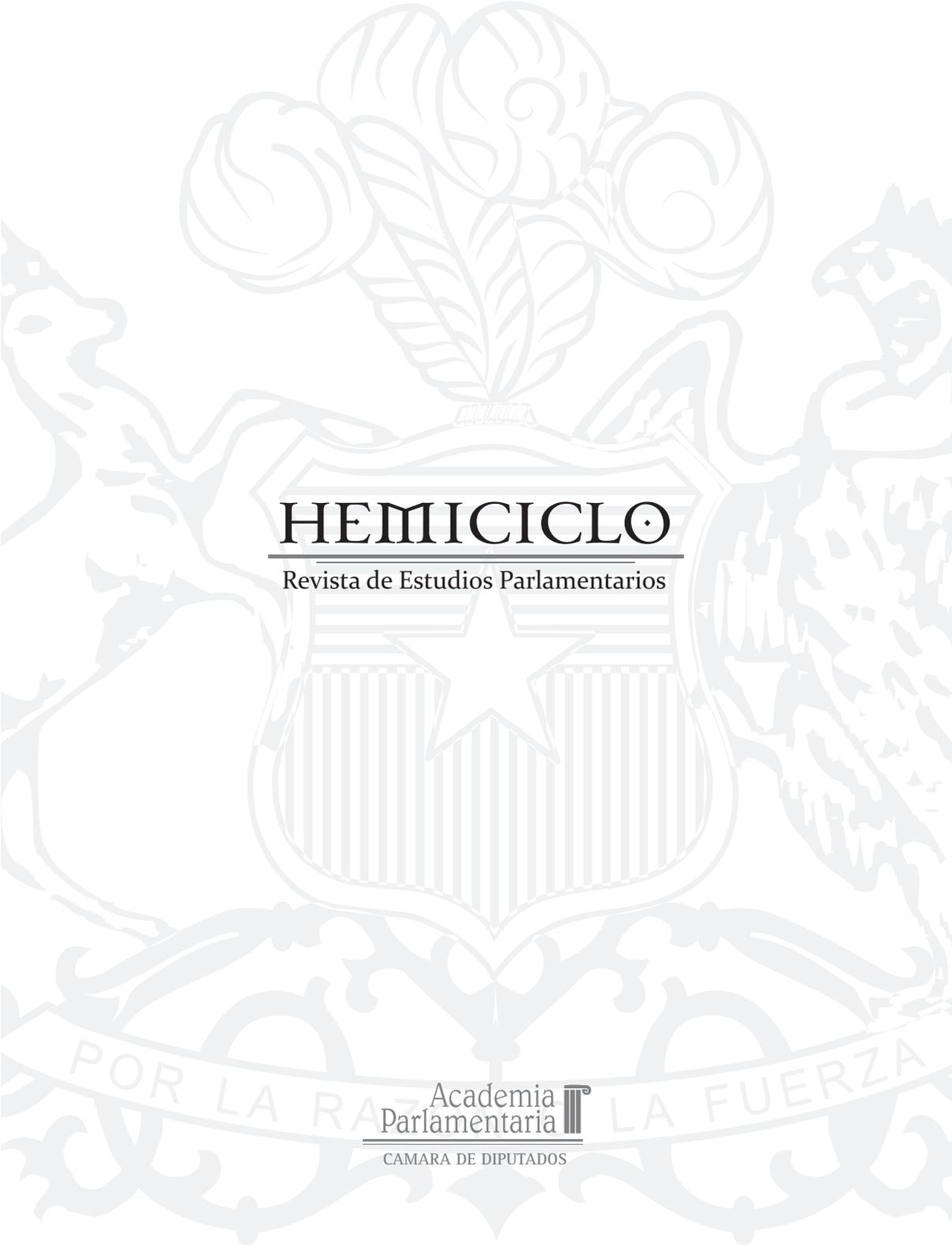




# HEMICICLO

Revista de Estudios Parlamentarios





# HEMICICLO

Revista de Estudios Parlamentarios

Academia  
Parlamentaria

CAMARA DE DIPUTADOS

POR LA RAZON LA FUERZA



CAMARA  
DE DIPUTADOS  
CHILE

Año 2. Número 4. Primer semestre de 2011.

**DIRECTOR**

Enrique Winter Sepúlveda

**CONSEJO EDITORIAL**

Juan Carlos Herrera Infante

Cristián Ortiz Moreno

Rafael Parrao Ubilla

Verónica Seguel Ilabaca

Juan Veglia Quintana

**DISEÑO**

Marcelo Torres Vargas

**SECRETARIA**

Gioconda Vásquez Pérez

Impreso en Lom Ediciones Ltda.

Edición de 1.000 ejemplares

ISSN 0718-8463

Teléfono: 56 32 2505591

E-mail: [academiaparlamentaria@congreso.cl](mailto:academiaparlamentaria@congreso.cl)

## Índice

I	De la monarquía presidencial a la asamblea constituyente Marco Enríquez-Ominami Gumucio	7
II	Control político del gobierno y la legislación Constanza Hube Portus, Jaime González Kazazian y Sebastián Zárate Rojas	27
III	Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia Manuel Núñez Poblete	51
IV	Del Gatt a la OMC: la participación de Chile en la liberalización del comercio internacional Federico Vallejos de la Barra	83
V	¿Indulto, amnistía? Comentario de “Terror, pena y amnistía” de Juan Pablo Mañalich Raffo y “¿El perdón sin memoria? Respuesta a un general” de Patricio Hales Dib Diego Pardo Álvarez	115

## **Rol del Congreso Nacional en la historia de Chile**

VI	El Parlamento y las elites Alfredo Jocelyn-Holt Letelier	125
VII	El parlamento de más larga vida en el mundo hispánico, 1831-1924 Bernardino Bravo Lira	139
VIII	El Congreso durante el parlamentarismo. Revisión crítica del centralismo presidencial Sofía Correa Sutil	155
IX	La clase media. Alessandri Palma, Ibáñez y la intervención militar de 1924-1925. El ruido de sables en el Senado Cristián Gazmuri Riveros	173

## **Fiscalización de los actos del Gobierno por la Cámara de Diputados**

X	Informe de la Comisión Investigadora sobre la Calidad de la Construcción (extracto)	187
XI	Informe de la Comisión Investigadora sobre las normas de seguridad en las faenas mineras y el derrumbe de la mina San José (extracto)	211



## De la monarquía presidencial a la asamblea constituyente

Marco Enríquez-Ominami Gumucio\*

### Resumen

Durante 2008, el autor presidió la comisión especial de la Cámara de Diputados que analizó el sistema político chileno. En este artículo presenta una revisión de la historia política nacional, comenta el trabajo de dicha comisión y sugiere reformas que incrementen la participación ciudadana.

### Abstract

During 2008, the author was president of a special commission in the Chamber of Deputies, which made an analysis of the Chilean political system. In this article he does a review of the national political history, he comments the commission's work and suggests reforms that increase the citizen participation.

---

\* Licenciado en filosofía por la Universidad de Chile y cineasta por la Escuela Nacional Superior de Carreras de la Imagen y del Sonido de París. Fue diputado por el distrito 10 durante el período 2006-2010, y candidato a la Presidencia de la República en 2009. Preside el Partido Progresista.

## 1. Introducción

En el Chile de hoy tenemos una democracia que más parece una aristocracia con el gobierno de algunos, más que el de todos. Más aún, nuestro país no alcanza a ser una República. Vivimos en una suerte de monarquía donde el Poder Ejecutivo concentra todos los poderes con un espacio de acción tan amplio, que incluso dio la posibilidad, hace un tiempo, de que nuestra sociedad imaginara que el Gobierno actual había interferido en la elección de la directiva de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (ANFP).

Justamente por estas características, este sistema político ha llevado a la ciudadanía al desencanto y ha creado una crisis de representación que ya se está haciendo permanente; es reiterativo que los mandatarios no representen a sus mandantes.

En 1990, la mayoría de la Cámara de Diputados quiso analizar esta situación en profundidad creando la Comisión Especial de Estudio del Régimen Político Chileno, presidida por el diputado Eugenio Ortega.<sup>1</sup> En dicha Comisión se desarrolló una discusión rigurosa y se redactó un informe sin conclusiones. Este informe, posteriormente, no fue votado en la sala plenaria de la Cámara de Diputados. Pese a esta situación insólita, allí se recogieron y procesaron aportes de la comunidad nacional a los diversos puntos de vista que existen actualmente sobre el modelo presidencialista que rige a Chile.

Durante los años posteriores se aprobaron diversas reformas a la Constitución de la República de Chile. Estas tenían por objeto fortalecer nuestra democracia y sus instituciones. Como las reformas constitucionales de 2005 que, junto a las realizadas en 1989, removieron algunos de los enclaves autoritarios del texto constitucional original y corrigieron el estatuto del poder político. No obstante, ninguna modificó el régimen presidencialista chileno.

Preocupada por esta situación, en abril del año 2008, la Cámara de Diputados decidió conformar otra Comisión Especial de Estudio del Sistema Político Chileno, que funcionó por casi dos años. La Comisión elaboró un informe que sí fue votado y aprobado en el Pleno de la Cámara.<sup>2</sup> Pero, nuevamente, nada cambió.

De esta manera, resulta evidente que, desde una perspectiva constitucionalista democrática, una de las tareas del futuro es modificar el régimen presidencialista y establecer un tipo de gobierno que permita un reequilibrio entre los órganos representativos: Ejecutivo y Congreso Nacional. Equilibrio inexistente e inviable en el marco del régimen presidencialista

<sup>1</sup> Creada por acuerdo de la Cámara de Diputados el 8 de mayo de 1990.

<sup>2</sup> Creada por acuerdo de la Cámara de Diputados el 3 de abril de 2008, celebró 26 sesiones, entre el 30 de julio de 2008 y el 11 de agosto de 2009. Su informe fue aprobado en la Sala de la Corporación el 03 de noviembre de 2009. Texto del informe en (<http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=1803&prmtipo=SOBRETABLA>).

exacerbado que rige a Chile en la actualidad.

Con dicho horizonte, este artículo pretende destacar los elementos aún pendientes en la democracia chilena y desarrollar propuestas para superar el sistema político actual, huérfano de ciudadanía.

## **2. El rol de la constitución en la monarquía presidencial**

Todas las Constituciones chilenas han sido presidencialistas. El único factor de poder, de carácter vinculante, con el que ha contado circunstancialmente el Poder Legislativo, se encuentra en las Constituciones de 1925 y 1980, y es la acusación constitucional. Pero este mecanismo, en la práctica, ha constituido más un instrumento político que una institución judicial. La acusación constitucional ha sido utilizada por los bloques políticos opositores a determinados Gobiernos para desestabilizar, dado que se ha utilizado cuando el Poder Ejecutivo ha perdido la mayoría en ambas Cámaras legislativas. Hay innumerables constataciones históricas de ello en los gobiernos de Carlos Ibáñez Del Campo, Jorge Alessandri Rodríguez y Salvador Allende Gossens, quienes gobernaron con minorías parlamentarias. Algo similar ocurrió con el gobierno de Michelle Bachelet Jeria al perder la mayoría en el Parlamento. También se repite la situación con la Coalición por el Cambio y el Gobierno de Sebastián Piñera, puesto que esta fuerza política no cuenta con la mayoría en ninguna de las dos Cámaras.

El presidencialismo autoritario solo puede funcionar bien con mayorías partidarias en el Parlamento, puesto que si las fuerzas políticas que controlan el Poder Ejecutivo están en minoría, la Cámara de Diputados, con la mayoría absoluta de sus miembros presentes, puede acusar constitucionalmente a cualquier autoridad de este. Si el conflicto político se radicaliza, el gobierno se arriesga a sufrir una seguidilla de acusaciones constitucionales a sus ministros e incluso al propio Presidente de la República, ya que la Cámara de Diputados lo puede acusar constitucionalmente, con la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio.<sup>3</sup> Este instrumento de fiscalización, único en dicha tarea, fue profusamente utilizado contra los secretarios de Estado de Carlos Ibáñez y Salvador Allende.<sup>4</sup> En el caso de Michelle Bachelet, esta situación se produjo en 2008 cuando el Parlamento aprobó el libelo acusatorio contra la Ministra de Educación, Yasna Provoste.

El sistema político chileno no podrá mantenerse en el mediano y largo plazo basado solo en el autoritarismo presidencial y en un sistema electoral excluyente. El resultado de ambas falencias es que, en la actualidad, el 75% de los ciudadanos desprecia o rechaza a las dos combinaciones políticas

<sup>3</sup> Artículo 52 de la Constitución de la República.

<sup>4</sup> Durante tales administraciones, se presentaron 8 y 17 acusaciones constitucionales, respectivamente.

-Concertación y Alianza-, lo que es comprobable al examinar las encuestas de opinión de los últimos años y el resultado de las elecciones, en las que son mayoría las abstenciones, los votos en blanco y nulos. Los jóvenes han perdido interés en la participación política, sabiendo muy bien que la de hoy es solo un juego entre castas que persiguen eternizarse en el poder. Por ahora y en el futuro inmediato, nuestro sistema político es y será uno sin ciudadanía masivamente participativa.

### 3. Las constituciones y el autoritarismo

La mayoría de las Constituciones de la historia chilena han surgido de revoluciones y guerras civiles, por lo tanto sus autorías han estado respaldadas por un poder autoritario.

La Constitución de 1828 contenía un artículo que definía que las elecciones del Presidente y Vicepresidente se realizarían por los electores de las provincias, es decir, a través de un sistema electoral indirecto. Un colegio electoral escogía al Presidente de la República y la segunda mayoría elegía al Vicepresidente de la República. Este artículo ocasionó el inicio de la revolución de 1829.

La Guerra Civil de 1829-1830, también conocida como Revolución de 1829 o Revolución Conservadora, puso término a la organización política de Chile. El movimiento estalló el 7 de noviembre de 1829, al mando de José Joaquín Prieto y Manuel Bulnes, con un ejército reclutado entre inquilinos del campo más algunas tropas que el mismo Bulnes trajo de la zona de *La Frontera*, donde se combatía a los mapuches que tenían tomada La Araucanía, es decir, de Bío Bío al sur. El triunfo de este sector en la Batalla de Lircay y la derrota de las fuerzas constitucionalistas lleva al general José Joaquín Prieto a la Presidencia de la República y desde allí se gesta una nueva Constitución, pese a que según la Constitución de 1828 esta no podía cambiarse hasta 1836<sup>5</sup>.

La Constitución de 1833, por lo tanto, nace de un poder dictatorial. Bajo la mano militar de José Joaquín Prieto y de la mano política del ministro Diego Portales quien expulsó a los pipiolos del país, disolvió a su propio bando (estanqueros), sometió a la aristocracia a su voluntad y controló al o'higginismo.

La nueva Constitución, llamada de 1833, entregó amplios poderes al Presidente de la República, inclusive del derecho de patronato, al considerarse el Estado sucesor en Chile de los derechos de la Corona española. El poder legislativo fue confiado a un Congreso Nacional bicameral, compuesto por una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores. Durante su receso funcionaba

<sup>5</sup> En la Convención que dio a la luz esta nueva Constitución jugaron un gran papel Mariano Egaña y Manuel José Gandarillas.

un órgano denominado Comisión Conservadora. Existía, además, un Consejo de Estado, sus miembros eran elegidos por el Presidente de la República. El texto constitucional establecía un sistema para intentar equiparar los poderes del Presidente y del Congreso, las llamadas “leyes periódicas”, porque eran actualizables cada dieciocho meses. Entre las atribuciones exclusivas del Congreso estaban: “autorizar al Presidente de la República para que use facultades extraordinarias, debiendo siempre señalarse, expresamente, las facultades que se le conceden y fijar un tiempo determinado a la duración de esta ley”. La misión del Congreso era discutir y aprobar las leyes, entre las cuales estaban las leyes periódicas: la ley de presupuesto (autorizaba los gastos del Estado), la Ley de Cobro de Contribuciones cada 18 meses y la ley referente a la existencia de Fuerzas Armadas de mar y de tierra.

La Constitución de 1833 no contenía jurisdicción constitucional, lo que tuvo gran influencia en el período presidencial autoritario (1833-1865) por lo que fue rechazada por grupos liberales produciéndose rebeliones armadas contra los conservadores en los años 1835, 1851 y 1859. El Partido Conservador comienza a estabilizarse, con la asunción del Presidente conservador Manuel Montt, por su política modernizadora en el plano económico.

Hasta 1871, la Constitución tuvo una aplicación esencialmente presidencialista; sin embargo, a partir de 1871 se dio comienzo a una serie de reformas constitucionales que contribuyeron, hacia fines del siglo XIX y principios del XX, a la instauración en Chile de un régimen parlamentario. Es decir, las reformas liberales (1861-1891) y la guerra civil de 1891, permitieron la conformación del Gobierno Asambleísta Parlamentario de 1891 a 1924.<sup>6</sup>

Las reformas constitucionales de agosto de 1871, disponen que el Presidente de la República dure en el ejercicio de sus funciones cinco años, sin reelección para el siguiente período. El 25 de septiembre de 1873 se aprueba la reforma constitucional sobre los cuórum que necesitan las cámaras para sesionar.<sup>7</sup> En 1874, se modifican las condiciones para la nacionalización por parte de los extranjeros: después de un año de residencia en el país se obtiene la nacionalidad. Por otra parte, se agrega a las garantías constitucionales el derecho a reunión sin permiso previo y sin armas, el derecho de asociación, el derecho a petición y la libertad de enseñanza.

También en 1874 se reforma el modo de elección de los diputados y se dispone que los senadores se escojan por votación directa en las provincias. Además, se aprueban varias leyes que otorgan mayores atribuciones al Congreso. Entre las más importantes está la ley que permite agilizar la acusación a los ministros del gobierno de turno. Otra se refiere a otorgar al

<sup>6</sup> Gastón Gómez Bernal. La Justicia Constitucional en Chile, internet.

<sup>7</sup> Reforma al artículo 54 de la Constitución de 1833: “La Cámara de Senadores no podrá entrar en sesión ni continuar en ella sin la concurrencia de la tercera parte de sus miembros, ni la Cámara de Diputados sin la cuarta parte de los suyos”.

Poder Ejecutivo un plazo no mayor a un año para restringir la libertad personal y la libertad de imprenta.

En enero de 1882 se establecieron nuevas normas para las reformas constitucionales y en agosto del mismo año, se amplía el universo elector, pues se dispone que son ciudadanos activos con derecho a sufragio los chilenos que hubieren cumplido 21 años de edad, que sepan leer y escribir y estén inscritos en los registros electorales.

Recién en febrero de 1924 se introduce una importante modificación al texto Constitucional que entrega mayor poder al Parlamento. Esta consistió en que los diputados podrían opinar acerca de las aptitudes de los ministros.

Pero la nueva Constitución de Chile, promulgada al regreso de Arturo Alessandri Palma en 1925, se caracteriza por restablecer el presidencialismo en toda su dimensión. Las disposiciones incluidas en sus artículos eliminaron cualquier posibilidad de que el Congreso interviniera en la conformación de los gabinetes y, además, dieron cuenta de un detallado procedimiento para llevar a cabo las antes comunes acusaciones constitucionales, en las que por lo general los parlamentarios otorgaban un voto de censura a los ministros interpelados.

La duración del mandato del Presidente de la República fue ampliada a seis años, sin reelección inmediata y se dispuso que las elecciones presidenciales fueran realizadas de forma directa por los votantes.

El nuevo texto eliminó las atribuciones que permitían al Poder Legislativo presionar al Ejecutivo e influir en sus decisiones; una de estas disposiciones hacía especial mención a las denominadas “leyes periódicas”, como la del presupuesto de la nación sobre la que se estableció un plazo fijo para su estudio y aprobación. En el caso de que el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso fuera rechazado o si este no concitaba acuerdo, el proyecto de ley entraría en vigencia una vez superado el plazo dispuesto.

Esta Constitución, llamada la Constitución de 1925, fue aprobada en un plebiscito. Aunque la abstención (54,63%) superó el resultado de la aprobación, que contó con la participación del 45,37% del padrón electoral, finalmente fue aprobada. Desde la segunda presidencia de Arturo Alessandri Palma, la Constitución fue aceptada como una realidad constitucional, jurídica y política por todos los sectores.

#### **4. Del presidencialismo a la monarquía**

Las reformas de los presidentes Juan Antonio Ríos, Gabriel González Videla, Carlos Ibáñez Del Campo, Jorge Alessandri Rodríguez y Eduardo Frei Montalva radicalizaron, en extremo, el régimen presidencialista de 1925. Así, poco a poco, el presidencialismo se fue transformando en monarquía

presidencial.

Algunas de estas reformas fueron:

1. Exclusiva iniciativa del Ejecutivo en los proyectos de ley que impliquen gastos fiscales.

2. Leyes que restringen las garantías constitucionales: Ley de Defensa de la Democracia, Ley de Seguridad Interior del Estado y Estado de Sitio.

3. Iniciativa del Ejecutivo en los proyectos de ley.

4. Disolución del Congreso.

5. Sistema de urgencias y suma urgencia en el calendario legislativo.

Podría decirse que más que colegislador, el Presidente de la República tenía las llaves del funcionamiento del Congreso. Aunque esta aberración fue morigerada por los tres tercios en que se dividía la política chilena y el carácter minoritario de algunas de las combinaciones que eligieron Presidente. Los tres tercios exigían pactos políticos y gracias a esta realidad, la derecha, que casi nunca ganó la Presidencia de la República, pudo ser parte del gobierno de coalición, en una especie de cohabitación.<sup>8</sup>

El triunfo de la Democracia Cristiana, en 1964, la convirtió en un partido mayoritario, con más del 40% de los votos y 82 diputados en la Cámara. El sistema proporcional, de cifra repartidora, basado en el sistema matemático del belga D'Hont, distorsionaba el sufragio popular a favor de los partidos mayoritarios. Así se explica este alto porcentaje de sillones. La Democracia Cristiana fue minoritaria en el Senado que se renovaba por mitades cada cuatro años. El periodo de un senador era de ocho años.

De haberse aprobado la segunda vuelta, el carácter monárquico del sistema político hubiera sido mucho más radical, pues, en ese caso, el Presidente habría contado con el 50% más uno de los votos.

## **5. La constitución actual**

Inmediatamente después de derrocado el Gobierno de Salvador Allende, la Junta Militar crea la Comisión Ortúzar, el 24 de septiembre de 1973, con el fin de sentar las bases para elaborar una nueva Constitución. La Comisión se denominó de expertos. Fue presidida por Don Enrique Ortúzar Escobar, ex Ministro de Justicia y Relaciones Exteriores del Gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez y fue integrada por Jaime Guzmán Errázuriz, Alejandro Silva Bascuñán, Jorge Ovalle Quiroz, Alicia Romo Román, Enrique Evans de la Cuadra, Sergio Diez Urzúa y Gustavo Lorca.

Sesionó hasta 1977, año en que renunciaron Alejandro Silva y Enrique

<sup>8</sup> Dado que la coalición ganadora no obtenía más de un tercio de los votos, tenía que ser aprobada en el Congreso, donde las otras coaliciones hacían exigencias. La DC exigió un Estatuto de Garantías Constitucionales para apoyar la elección de Salvador Allende.

Evans. Con posterioridad, también lo hizo Jorge Ovalle. Ingresaron entonces a la comisión Luz Bulnes Aldunate, Raúl Bertelsen Repetto y Juan de Dios Carmona.

En ese mismo año, un grupo de estudiosos demócratas disidentes constituyó en 1977 el “Grupo de Estudios Constitucionales” o el “Grupo de los 24” para estudiar y proponer una Constitución opuesta a la que propondría el régimen. El Grupo, presidido por Manuel Sanhueza estaba integrado, entre otros, por Patricio Aylwin, Francisco Cumplido, Eduardo Jara, Hugo Pereira, Sergio Teitelboim, Jorge Mario Quinzio, Alejandro Silva, Raúl Espinoza, Hernán Vodanovic, Carlos Briones, Enrique Silva Cimma, Mario Verdugo, Julio Subercaseaux, Armando Jaramillo, Pedro Correa y Edgardo Boeninger.

Finalmente, el Gobierno de Pinochet instaura la Constitución de 1980, que convierte al Presidente de la República casi en un monarca y al Congreso Nacional en una mascarada, carente de todo poder efectivo de fiscalización.

La Constitución fue ratificada en un plebiscito que se realizó sin registros electorales, sin medios de comunicación disponibles para expresar opiniones disidentes, sin derecho a réplica y con las severas limitaciones a las libertades públicas que rigieron durante la dictadura. Los resultados que entregó el Ministerio del Interior fueron dudosos.<sup>9</sup>

Ha transcurrido más de un cuarto de siglo desde entonces. Las sucesivas modificaciones a la Constitución de 1980 han logrado, lentamente, aminorar sus contenidos no democráticos. Los parches constitucionales incluso permitieron que la firma de Pinochet fuera eliminada del texto y sustituida por la de Ricardo Lagos, un presidente electo por voto popular.<sup>10</sup>

Pero la Constitución “nueva” del 2005, a juicio de una parte de la clase dirigente, no refleja la opinión de todos los chilenos, porque para que una Constitución refleje la opinión democrática debe ser acordada democráticamente y no puede considerarse tal una discusión legislativa limitada a partes de la Constitución y realizada en un Congreso del que se excluye, por disposiciones que hasta el 2005 estaban en la Constitución, a un segmento significativo de los chilenos.

Así lo han entendido dirigentes sociales y políticos, académicos, sindicalistas y ciudadanos que en estos días construyen un amplio movimiento por una Asamblea Constituyente.

Efectivamente, Chile necesita otra Constitución, originada y aprobada con la participación de todos, para garantizar los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos internacionalmente, para establecer un régimen político que pueda llamarse verdaderamente

<sup>9</sup> Debido a la inexistencia de Registros Electorales y al hecho de que los votos nulos se sumaran al Sí.

<sup>10</sup> Decreto 100, de 17 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.

democrático. Lograr ese objetivo es tarea de todos los chilenos y sus organizaciones. Entre ellas, los partidos políticos deben pronunciarse claramente y también aquellos que aparecen como sus posibles abanderados en las próximas elecciones municipales, parlamentarias y presidenciales.

## **6. El sistema político chileno**

En la actualidad, Chile tiene un sistema presidencialista, caracterizado por la concentración de funciones en el Presidente de la República, en cuanto a Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, pues designa a los ministros de Estado, subsecretarios de gobierno, intendentes y gobernadores regionales, quienes son colaboradores de su exclusiva confianza. Goza de una amplia potestad reglamentaria; ejerce facultades extraordinarias bajo el derecho de excepción; conduce las relaciones exteriores y designa embajadores, funcionarios diplomáticos y representantes ante organismos internacionales.

El Presidente participa en el nombramiento de las máximas autoridades de las autonomías constitucionales, como el Contralor General de la República, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, los miembros del tribunal Constitucional, los Consejeros y el Presidente del Banco Central. Designa a los magistrados de los tribunales inferiores de la administración de justicia y a los miembros de los directorios de las empresas públicas y en especial del estratégico Directorio de Televisión Nacional de Chile. Todo lo cual lo convierte en Supremo Jerarca de toda la administración pública.

En el plano legislativo, el Presidente de la República cuenta con macizas facultades legislativas: concurre a la formación de leyes en calidad de colegislador, tiene la iniciativa exclusiva de ley en determinadas materias, puede vetar, suprimir o adicionar todo o parte de un proyecto de ley aprobado por el Congreso Nacional, hacer presente la “urgencia” en la tramitación de un proyecto de ley y, como corolario, es un auténtico legislador, por medio de los decretos con fuerza de ley.

Todo esto deja en evidencia que el eje central del sistema político, la conducción interna y externa del Estado, la marcha de la administración pública, la función legislativa y la función de los órganos constitucionales autónomos descansa en el Gobierno, o mejor dicho, en el Presidente de la República.

El centro del Poder Ejecutivo como colegislador está en la calificación de las urgencias, que permiten al Presidente de la República determinar el calendario legislativo. En este, el Poder Ejecutivo tiene un predominio incontrarrestable respecto del Poder Legislativo.

Sin un cambio en este aspecto, la Cámara de Diputados solo es un buzón de los proyectos del Ejecutivo. Una verdadera Cámara política que

represente la soberanía popular, tiene que producir las leyes relacionadas con los problemas de la contingencia, pero también proyectar el país hacia el futuro.

Por otra parte, todas las constituciones modernas contienen elementos de la llamada “democracia directa”, es decir, la participación de los ciudadanos más allá de las elecciones periódicas. Incluso, la Constitución presidencialista de 1925 incluyó el plebiscito. En la actualidad, muchas constituciones plantean la iniciativa popular de ley y la revocación de mandatos para todos los cargos emanados de la soberanía popular. En este campo, hay mayor consenso que en la instalación de un Primer Ministro.<sup>11</sup>

Chile es un país tremendamente centralista: las asambleas provinciales, contenidas en la Constitución de 1925, jamás fueron aplicadas a modo de ejemplo de todo lo anterior.

Lamentablemente, Chile no está muy abierto a los cambios pues algunos sectores políticos desprecian toda tentativa para terminar con una Constitución ilegítima en su origen y que radicaliza un presidencialismo monárquico, autoritario y que consagra el desequilibrio de poderes del Estado. Sostengo que esto daña gravemente el prestigio de la política, alejándola de los ciudadanos y arrastrándola hacia un pragmatismo sin sentido.

Esto obedece a que el esquema constitucional de 1980 se diseñó en la perspectiva de una dictadura o, en el mejor y utópico caso, de un gobierno autoritario, no de un gobierno democrático.

Se podrá decir que una de las ventajas del presidencialismo, sobre todo en comparación con las experiencias latinoamericanas, es su fortaleza político-institucional y la estabilidad en los procesos políticos que de él derivan. Esta característica lo hace funcional en épocas de restablecimientos democráticos post dictaduras o de quiebres político-sociales. Sin embargo, tiene como contraparte debilidades evidentes y que, sin resguardos normativos e institucionales, pueden derivar en el colapso del sistema en situaciones políticas críticas. A menudo los presidencialismos generan personalización del poder, facilitando el populismo y el abuso de autoridad.

Los bloqueos constitucionales, como los mandatos presidenciales cortos o la prohibición de reelección inmediata, constituyen mecanismos de prevención a estos riesgos, pero pueden resultar insuficientes. En palabras del jurista Carlos Nino<sup>12</sup>, el sistema presidencial “puede ser disfuncional frente a una crisis política, social o económica, debido a la falta de válvulas de escape efectivas”. De hecho, dada la rigidez en que se sustenta, no tiene la capacidad de responder con eficacia y eficiencia a las demandas y presiones

<sup>11</sup> Argentina, Uruguay, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela tienen distintas formas de iniciativas de ley desde la ciudadanía.

<sup>12</sup> Carlos Nino, *Fundamentos del Derecho Constitucional: Análisis Filosófico, Jurídico y Político de la Práctica Constitucional*, 2005, Argentina, Editorial Astrea.

de la sociedad por bienes y servicios públicos. Cuando esto ocurre, el sistema presidencialista puede generar una crisis de gobernabilidad, y por ende, de legitimidad, provocando la desestabilización de todo el sistema político, lo que tanto América Latina, como nuestro país han sufrido en carne propia.

Por otra parte, y siguiendo a Carlos Nino, el presidencialismo carece de legitimidad subjetiva, lo que hace que transformaciones sociales, políticas o económicas sean incompatibles con los gobiernos con mayorías simples o relativas. Esto puede generar situaciones críticas en la convivencia política, puesto que es perfectamente posible que un gobierno, en la mitad de su ejercicio, se encuentre sin el consenso necesario o en franca minoría parlamentaria para gobernar.

En suma, la personalización del poder, la pérdida de legitimidad durante un mandato rígido y la falta o pérdida de legitimidad subjetiva son motivos suficientes para revisar y analizar opciones de un posible cambio, total o parcial, del régimen presidencialista chileno.

## **7. Universo electoral restringido**

Otro elemento que favorece a la monarquía presidencial es el universo electoral restringido actualmente existente en Chile, que favorece al duopolio e intensifica la crisis de representación.

A mi juicio, en la medida en que el universo electoral crece, las fuerzas progresistas tienen más posibilidades de triunfo.

Varios datos de nuestra historia electoral vienen a comprobar esta hipótesis: en 1925 los inscritos eran 302.000 personas y los votantes 260.000; en 1938, el universo de inscritos ascendía a 503.000, y los votantes, 443.000, lo cual equivale a un aumento de 200.000 inscritos y 183.000, en el lapso de trece años.

La reforma electoral (1958), aprobada por el Bloque de Saneamiento Democrático<sup>13</sup>, sumada al voto de los analfabetos y los mayores de 18 años, en la reforma de 1971, permitieron un crecimiento explosivo del universo electoral. En 1958 estaban inscritos 1.521.000 ciudadanos; en 1970, 3.539.000 personas. En 1958 representaban el 33,6% del potencial universo de inscritos; en 1973, el 69,1%. El aumento del universo electoral incidió en el triunfo de Eduardo Frei Montalva y de Salvador Allende.

En veinte años de transición de la dictadura a la democracia tutelada,

<sup>13</sup> El "Bloque de Saneamiento Democrático" fue una agrupación electoral y política, con expresión en el Congreso Nacional, creada el 27 de marzo de 1958, por los partidos Democracia Cristiana, Radical, Nacional Popular, Agrario Laborista, Socialista y Democrático. Teniendo mayoría legislativa, efectuó una serie de reformas: derogación de la Ley de Defensa de la Democracia (que proscribía el Partido Comunista), derogación de la ley de probidad administrativa y reforma de la ley de elecciones (creación de la cédula única - voto impreso único). La iniciativa fue aprovechada por el Presidente Carlos Ibáñez del Campo que incluyó el paquete de reformas en el periodo de sesiones extraordinarias del Congreso. Una vez aprobadas las reformas el Bloque se disolvió.

la totalidad de inscritos ha variado muy poco: en las últimas cinco elecciones presidenciales las cifras electorales han variado entre 6.500.000 y 7.000.000 de votantes, en un padrón de continuo envejecimiento.

Actualmente el Presidente de la República es elegido apenas por 23% de los potenciales votantes, al igual que los senadores y diputados. De continuar esta situación, es lógico que se radicalice la crisis de representación, que puede conducir al caudillismo o a la ruptura irreversible del sistema democrático.

## **8. Los cambios propuestos por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados en 2008**

La Comisión Especial de Estudio del Sistema Político Chileno creada en 2008 por la Cámara de Diputados, deliberó durante dos años y presentó a la Sala plenaria de la institución legislativa un informe el 3 de noviembre de 2009 en la Sesión 96° de la Corporación antes citada. Este informe fue aprobado por 46 votos, 17 en contra y 11 abstenciones.

La Comisión llevó el debate a la Cámara en pleno dadas la naturaleza, importancia y significado que tendría una alteración tan profunda del sistema vigente y privilegió no hacer propuestas normativas específicas, sino centrar el análisis en grupos de materias, tales como mejorar el sistema político, crear un régimen de Gobierno más equilibrado entre el Presidente de la República y el Congreso, modernizar la actividad política y los partidos políticos, promoviendo la mayor participación de los ciudadanos en el más pleno y libre ejercicio de sus derechos constitucionales.

Para desarrollar el análisis se convocó a una amplia gama de especialistas, ex presidentes de la República, presidentes de partido y expertos constitucionalistas, y se debatió sobre las posibilidades reales de introducir cambios sustanciales a nuestro régimen de Gobierno.<sup>14</sup>

Hubo consenso respecto a que el debate sobre el sistema de Gobierno en Chile tiene un retraso de más de veinte años y que existe un gran desconocimiento sobre el tema. Para algunos miembros de la Comisión la Constitución vigente tiene severos problemas que no aseguran el establecimiento de un régimen estable y eficaz.

No hubo consenso acerca de las características de la Constitución de 1980.

Muy al final del trabajo de la Comisión se abordó el análisis del sistema

<sup>14</sup> Entre los expertos y dirigentes sociales y políticos se destacan los nombres de: José Antonio Viera Gallo, Edgardo Boeninger, Ignacio Walter, Oscar Godoy, Patricio Aylwin, Raúl Bertelsen, Patricio Zapata, Manuel Hernández, Carlos Larraín, Pablo Monje, Claudio Alvarado, Hernán Almendras, Diego Shalper, Alvaro García, Alfredo Jocelyn-Holt, Genaro Arriagada, Aucán Huilcamán, Sofía Correa, Carolina Infante, Humberto Nogueira, Francisco Zúñiga, entre otros.

de acceso a la información que rige en Chile. Asimismo, se advirtió sobre la necesidad de evitar la concentración de la propiedad de los medios de comunicación y la existencia de poderes fácticos que realizan *lobby* extenso en todo el espectro político.

Además, la Comisión subrayó, en el texto aprobado por la sala, que se debe evitar que grupos sociales enquistados en tales medios se dediquen constantemente a denostar la política con una clara intención de desestabilizar el sistema democrático para evitar el control y la regulación.

## **9. Acerca del cambio del sistema político en el informe de la Comisión Especial**

Algunos miembros de la Comisión estimaron que el debate en torno al sistema de gobierno no debía darse desde una perspectiva académica, sino desde una óptica política y programática.

Se reconoció la naturaleza pluripartidista de nuestra sociedad y se abogó por el establecimiento de un sistema electoral proporcional, de introducir la figura de un jefe de Gobierno, al estilo francés, distinto al jefe de Estado. Avanzar hacia un federalismo moderado que signifique la elección de intendentes y consejeros regionales de manera de consolidar la mayor asignación de recursos en beneficio de las regiones del país, complementándolo con la distribución del poder político.

Asimismo, se sugirió la incorporación de plebiscitos vinculantes y el fortalecimiento de los partidos políticos para que se conviertan en organizaciones más participativas, con financiamiento público y con control disciplinario sobre sus militantes, pero con mayor democracia interna. Esto último, mediante la incorporación del sistema de primarias para la elección de sus candidatos y un riguroso control por parte de un organismo independiente que podría ser una Superintendencia de Partidos o nuevas atribuciones para el Servicio Electoral.

En esa línea, concluyó por mayoría simple la Comisión Especial, que había tres líneas alternativas por trabajar en el futuro legislativo inmediato:

1. Mantener el tipo de gobierno presidencial, despojándolo de los elementos que concentran el poder en manos del Presidente de la República, reequilibrándolo con los del Congreso, pero sin alterar las bases del régimen presidencial.

2. Reemplazar el régimen presidencial por uno parlamentario, posición que fue minoritaria.

3. Reformar el actual sistema, manteniendo la figura del Presidente de la República en el marco de un gobierno semipresidencial, con la inclusión de un Jefe de Gobierno, inspirándose en el caso de Alemania y Francia.

Apoyaron la primera opción, con algunas variantes, sorprendentemente, el Ministro Secretario General de la Presidencia de la época, abogado José Antonio Viera-Gallo, el ex Presidente Patricio Aylwin Azócar y el miembro del Tribunal Constitucional Raúl Bertelsen, entre otros.

Por la tercera alternativa, varios diputados de la Comisión, Francisco Chahuán y yo entre otros, el cientista político Oscar Godoy y el constitucionalista Humberto Nogueira Alcalá.

Raúl Bertelsen propuso ante la Comisión Especial de la Cámara de Diputados repetir la idea contenida en la Constitución de 1980, de un Ministro Coordinador, que sería nombrado y removido por el Presidente de la República, que no responde con su cargo ante el Parlamento.

José Antonio Viera-Gallo sostuvo que el sistema político ha mejorado, puesto que las reformas de 2005 han permitido mayor equilibrio entre ambos poderes al introducir las interpelaciones. Pero a juicio de la mayoría de los miembros de la comisión, donde me incluyo por cierto, al no ser las interpelaciones vinculantes, son tan intrascendentes como las comisiones investigadoras. Tales reformas políticas removieron algunos de los enclaves autoritarios del texto constitucional original y corrigieron el estatuto del poder político. Sin embargo, no modificaron el régimen presidencialista chileno, punto central en lo que sí hubo consenso en la Comisión, pues se mantiene inalterado el Capítulo IV, referido al sistema de gobierno.

Los integrantes de la Comisión se concentraron entonces en los temas más relevantes que dicen relación con las siguientes materias:

1. Establecer la compatibilidad de los cargos parlamentarios con los de Ministros de Estado. Al respecto se estimó que era necesaria una modificación esencial para hacer más fluidas las relaciones entre el Ejecutivo y el Congreso Nacional. Esta discusión se dio en el marco del nombramiento de la entonces diputada del PPD, señora Carolina Tohá, como Ministra Secretaria General de Gobierno.

2. Reforzar la figura del ministro coordinador del Gabinete de forma tal que se constituya en el Jefe de Gobierno y poder delegado del Presidente de la República. En este aspecto hubo consenso tanto de los que planteaban la figura del Primer Ministro junto al Presidente, como de los que estaban por mantener las actuales estructuras.

3. Se acordó explorar la modificación del sistema electoral. Sobre este punto, varios diputados estimaron que la modificación del sistema electoral es esencial, por cuanto el sistema binominal es un subsidio a la segunda mayoría que impide una debida representación de las mayorías y minorías en el Congreso Nacional. A lo anterior debe sumarse la inscripción automática, el voto voluntario y el voto de los chilenos en el extranjero, pues son instituciones que fortalecen la participación y la democracia. En esto

hubo gran consenso. No lo hubo, sin embargo, en lo referente al voto de los chilenos en el extranjero.

4. Elección de consejeros regionales y otras autoridades regionales. Como en el punto anterior, se consideró que la designación de las autoridades regionales por parte del Presidente de la República es una muestra del presidencialismo y un centralismo exacerbado, lo que hace necesario que los cargos de intendentes y consejeros regionales sean de elección popular, cuidando que los cambios no conduzcan a una estructura federalista. La reciente reforma constitucional de la ley 20.390 establece la elección directa del Presidente del Consejo Regional y de los Consejeros Regionales, tal como lo propuso la Comisión de 2008.

5. Fortalecimiento del Servicio Civil o Alta Dirección Pública. Existió gran consenso en cuanto a que la profesionalización de la Dirección Pública es fundamental para una administración eficaz y eficiente que sea capaz de recuperar el valor del servicio público. Sin embargo, se estimó necesario crear los mecanismos que permitan que la Alta Dirección Pública, junto con promover la eficiencia, sea capaz de convivir con el mandato soberano que se le ha otorgado a la autoridad democráticamente electa.

6. Perfeccionamiento de las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados y de la asesoría parlamentaria. Igualmente, hubo acuerdo general sobre la necesidad de perfeccionar las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, lo que implica, entre otras cosas, precisar con claridad la exclusividad de estas facultades y generar una normativa que permita un mayor control sobre las respuestas del Gobierno a la petición de antecedentes, a los plazos y a la calidad de las respuestas.

A menudo, los diputados y senadores son evaluados por sus electores de acuerdo a la cantidad de gestiones que fueron capaces de realizar en sus distritos o circunscripciones, confundándose sus funciones con las que les corresponden a los alcaldes, seremi (secretarios regionales ministeriales), intendentes o ministros. A los parlamentarios en general, y a la Cámara de Diputados en particular, les corresponde de manera primordial una tarea legislativa y fiscalizadora, lo que hace necesario reforzar la asesoría parlamentaria con equipos de especialistas que fortalezcan la figura del parlamentario en su rol legislativo y dotar a la Cámara de mayores atribuciones fiscalizadoras.

7. Incorporación de iniciativa popular y perfeccionamiento del procedimiento legislativo. En esta materia se estimó que la participación ciudadana es fundamental para una mejor eficiencia y eficacia de las políticas públicas. Para conseguir este fin se requiere establecer plebiscitos vinculantes en todo órgano de decisión. Perfeccionar el procedimiento legislativo creando un órgano de control sobre la implementación de las leyes, vale decir, hacer

una evaluación de su trazabilidad, eficiencia e impacto. Establecer el derecho de autor legislativo y un control mayor sobre los proyectos de ley para evitar la duplicación excesiva de leyes. Implementar un sistema de calificación mixta o un sistema parecido al inglés donde se deja un día a la semana para discutir las mociones parlamentarias. Eliminar la iniciativa exclusiva, o, como alternativa, que los mensajes cuenten con cierto acuerdo parlamentario previo.

De vital importancia se consideró la necesidad de contar con un mejor sistema informativo sobre las iniciativas que se ven en el Pleno. Definir la agenda legislativa los viernes o lunes de cada semana. La fijación de plazos para presentar indicaciones y que estas sean conocidas por todos los parlamentarios, independientemente de su pertenencia o no a la Comisión. Revisar el sistema de urgencias y la facultad de veto del Presidente de la República.

8. Determinar la composición del Congreso Nacional: unicameral o bicameral. En la discusión de esta materia se sostuvo por algunos diputados que el sistema bicameral favorece la estabilidad de las políticas públicas y se evitan decisiones apresuradas. A la luz de otras opiniones esta dualidad debe revisarse, porque en la práctica no se da una diferencia de roles sino que, muy por el contrario, existe una confusión de funciones. Muchos senadores infringen la Constitución cuando se dedican a fiscalizar y, además, en un gobierno con mayorías divididas el proceso legislativo se torna en inmovilismo y lentitud legislativa.

Soy contrario al sistema bicameral: en la mayoría de los regímenes políticos –parlamentarios o semipresidenciales– el Senado es puramente decorativo o solo está limitado a facultades judiciales. Exclusivamente en el régimen presidencial de Estados Unidos y sus imitaciones latinoamericanas, el Senado legisla junto con la cámara política.

9. Elección de una Asamblea Constituyente. Se planteó al respecto que las alternativas para hacer efectivas las reformas incorporadas en este análisis pasan por la posibilidad de reformas constitucionales, leyes interpretativas de la Constitución o la elección de la Asamblea Constituyente.

Considerando que todas las Constituciones en Chile han emanado de regímenes autoritarios y la existencia de un sistema electoral que subsidia a la segunda mayoría, se producen serias dificultades para modificarla. Es por eso que la Asamblea Constituyente se convierte en la única alternativa lo suficientemente eficaz y legítima para abordar tales transformaciones.

Se sostuvo en la Comisión que en Chile el Poder Constituyente Legítimo, el pueblo, nunca ha tenido un “momento constitucional” en el que la población pueda definir su identidad y proyecto país. Por el contrario, las constituciones siempre han sido impuestas por poderes poco representativos, y en algunos casos, de origen ilegítimo.

10. Duración del período presidencial y posibilidad de reelección. En este aspecto hubo diversidad de pareceres: en tanto que algunos diputados fueron de la opinión de mantener el período de cuatro años con reelección y simultaneidad de elecciones, otros estimaron que cuatro años eran suficientes.

11. Regulación de la existencia de un Consejo general del Poder Judicial para que asuma el gobierno de dicho Poder. Finalmente, sobre este punto la Comisión resolvió que no era necesario efectuar cambios sustanciales al actual sistema de gobierno del Poder Judicial, el que ha dado muestras de imparcialidad y de independencia del poder político. Sobre este último punto, también hubo disenso.

### **10. Situación actual post Comisión**

Pese a que el Informe de la Comisión fue aprobado por la Cámara de Diputados, posteriormente no se decidió implementar ningún cambio al sistema político chileno.

Al neoliberalismo reinante no le interesa mayormente la política, pues su objetivo es el mercado y el logro del lucro ilimitado. Como sostienen Thatcher, Bush y Hayek<sup>15</sup>, el mercado es el escenario de la lucha entre individuos y familias, y la sociedad como tal no existe. Como no hay bien común que no sea el éxito económico, el país se convierte en un escenario para una lucha darwinista por la conservación de las especies. De ahí la separación entre lo económico y lo político, que sostienen muchos de los epígonos del neoliberalismo. La política es una técnica, manejada por especialistas que carece de toda función social. Para aquellos, discutir sobre regímenes políticos es solo un juego intelectual.

En una democracia madura, de predominio civil, es inaceptable un sistema monárquico, presidencialista, surgido del bonapartismo militar, razón por la cual no puede llamarse plenamente democracia a un régimen político emanado de una Constitución cívico-militar e insanablemente autoritaria. Ni el presidencialismo monárquico ni el parlamentarismo oligárquico constituyen soluciones para Chile.

En función de todo lo anterior, pareciera que modificaciones más radicales al sistema político chileno son la única forma de recuperar la política y la participación ciudadana. Para ello es necesario recordar que en la mayoría de los países de América Latina los partidos tradicionales, liberales y conservadores, socialdemócratas y demócratacristianos han perdido apoyo

---

<sup>15</sup> F.A. Hayek ha sido una de las figuras intelectuales más importantes del siglo XX. Filósofo multidisciplinar, gran pensador liberal y premio Nobel de Economía en 1974, Hayek escribió una amplísima obra que está teniendo una gran influencia en los más variados ámbitos, no solo económicos, sino también filosóficos y políticos. Ver: *The meaning of competition* (1946) y *Competition as a discovery procedure* (1968).

en la sociedad civil. Se pueden considerar como excepciones los casos chileno y peruano, pero cada día disminuyen más su apoyo ciudadano, lo que indica que también habría que pensar en una reforma de los partidos políticos.

Es necesario avanzar hacia ciertos elementos de una democracia directa. Está claro que en ningún país de América Latina existe, en estado puro, un régimen de democracia directa. Sin embargo muchas constituciones incorporan los plebiscitos revocatorios, la iniciativa popular en los proyectos de ley y organizaciones barriales y locales, como se comentó más arriba.

No existe contradicción entre un régimen representativo y estas formas de ampliación de la democracia. Creo perfectamente posible congeniar un semi presidencialismo similar al francés o portugués, a estas formas de participación ciudadana.

Es por esto que creo imprescindible elaborar una nueva Constitución basada en las actas del comité llamado de “los 24”, citado antes, que representa fielmente el consenso de los sectores democráticos.

## **11. Asamblea constituyente para una nueva constitución**

La Nueva Constitución debe considerar, después de varios años de estudios sobre la materia, lo siguiente:

### **11.1. Voto voluntario, inscripción automática y votos de los chilenos en el exterior**

El voto voluntario ya forma parte de la Constitución Política y constituye un error intentar imponer el voto obligatorio. Solo en Chile suceden paradojas, como aquellas colas de ciudadanos que fueron a justificarse, cuando el voto voluntario estaba garantizado por la Carta Magna a partir de 2009.

La justificación que dan los partidarios del voto obligatorio es muy discutible. En una democracia perfecta, como la griega imaginada por Sócrates, podría plantearse el voto como una obligación cívica; en el caso de la chilena, donde existe una monarquía presidencial, con poderes abusivos y prácticamente sin contrapeso, no parece lógico obligar a los ciudadanos a votar.

### **11.2. Reemplazo del sistema binominal por uno más proporcional**

No creo que cambie en lo sustantivo el solo aumento de los distritos y circunscripciones, como está descrito en la propuesta de enero de este año del senador Pablo Longueira, si se mantiene el sistema binominal. Soy partidario de una Asamblea Nacional, compuesta por 500 miembros, basada en una

completa libertad de presentación de candidaturas, sean estas de partido o independientes, sin exigencia previa de firmas de adhesión.

Por lo demás, con el sistema binominal, el 92% de los distritos electorales están decididos de antemano, sin ninguna posibilidad de que el elector pueda cambiar la realidad. El caso de Eduardo Frei Ruiz-Tagle y el de Andrés Allamand Zavala, el más claro: fueron designados antes de ser elegidos, por el mismo distrito, en la X Región.

### **11.3. Primarias vinculantes, obligatorias y universales**

Para elegir todas las candidaturas a cargo de representación popular, que deben ser controladas por el Servicio Electoral. También soy partidario de que todos los ciudadanos inscritos en los registros electorales de la comuna, distrito, circunscripción, región o el país, puedan sufragar en las primarias de los partidos correspondientes.

### **11.4. Federalismo atenuado**

Como primer paso, para avanzar en un federalismo atenuado, propongo que todos los intendentes y consejeros regionales sean elegidos por sufragio universal. Así como los gobernadores, quienes quedarían a cargo de la seguridad nacional, recuperarían una verdadera función ejecutiva, de la que carecen hoy, al menos de modo nítido.

### **11.5. Régimen semipresidencial**

Es tarea urgente terminar con la monarquía presidencial y el desequilibrio de poderes.

Para lo anterior hay dos caminos a seguir:

1. Revisar la facultad del Ejecutivo de determinar las urgencias en los proyectos de ley y quitarle la exclusividad en las materias económicas, o
2. Aumentar el poder fiscalizador del Parlamento. Interpelaciones que conlleven responsabilidad política que puedan significar la exoneración del ministro llamado cuando las circunstancias lo ameriten.

Este último punto nos llevaría, directamente, al sistema semipresidencial, un régimen político mucho más equilibrado donde el Presidente y el Primer ministro, por la vía de la aprobación o rechazo, puedan ser cuestionados políticamente por sus responsabilidades.

También el Parlamento tendría más y mejor diálogo con las mayorías cotidianas que dictan las encuestas y las mayorías electorales.

### **11.6. Parlamento unicameral**

Un sistema bicameral, en Chile, no tiene sentido práctico, más bien retarda el trabajo legislativo; con una cámara política basta y sobra. Por lo demás, en la mayoría de los regímenes parlamentarios o semipresidenciales el Senado es considerado por la academia y la misma clase política como decorativo.

### **11.7. Iniciativa popular de ley**

Propongo que con un número determinado de firmas, los ciudadanos puedan determinar y construir proyectos de ley que sean discutidos por la Asamblea Nacional (en nuestro caso, reemplazaría a la Cámara de Diputados tal como la conocemos).

### **11.8. Democracia directa**

Impulsar plebiscitos constitucionales convocados por los poderes del Estado y por los ciudadanos. Plebiscitos locales, regionales y nacionales y revocatorios de mandato. Este instrumento deberá ser contemplado para algunas materias respecto a las cargas públicas, en distintos niveles –locales, regionales, nacionales; los presupuestos; los planes de desarrollo de los distintos niveles; aquellas que se refieren a las materias primas– agua, la madera, los minerales y la protección del medio ambiente, entre otras.

### **11.9. Reelección**

Se debe prohibir la reelección por más de un período consecutivo, para todos los poderes del Estado, tanto nacional como local.

Soy partidario de que, como en Estados Unidos, el período de los diputados dure solo dos años. Las elecciones durante la mitad de un período presidencial de cuatro años, sirven para juzgar la gestión del Presidente de la República y exigirle que enmiende rumbos. Así ha ocurrido con los últimos gobiernos estadounidenses.

En el caso del presidencialismo absolutista, como el chileno, soy contrario a la reelección, tal como tampoco creo que sea una solución a la crisis de representatividad y participación que padece nuestro sistema político, el alargar el período a un sexenio. Cuatro años son muchos para la enormidad de poderes que tiene el Presidente de la República.

# II

## Control político del gobierno y la legislación

Constanza Hube Portus\*, Jaime González Kazazian\*\* y Sebastián Zárate Rojas\*\*\*

### Resumen

El Congreso es el centro democrático del sistema político y es este el lugar donde se realiza el control político de los actos del gobierno. Este artículo avanza en materia de control y fiscalización política ejercida por la Cámara de Diputados, destacando que ha habido una excesiva atención en la fiscalización episódica, esto es aquella en que la Cámara se enfrenta a situaciones graves en las que presuntamente tiene algún grado de responsabilidad política el gobierno. Si bien dicha fiscalización es necesaria, y resulta loable la actuación de la Corporación por medio de los instrumentos que dispone (en especial, las comisiones investigadoras y la interpelación ministerial), se requiere de un control constante de todos los asuntos que tienen relación con el actuar del Gobierno, siendo este el tema principal del artículo.

### Abstract

The Congress is the democratic center of the political system and the place where political control of the government acts is enforced. This article advances in the political control and investigation exercised by the Chamber of Deputies, underlining the excessive attention focused in the episodic investigations in which the Chamber has inquired serious situations that could have compromised the government political responsibility. Although this kind of investigation is necessary and praiseworthy – especially when it comes to commissions of inquiry and impeachments– a constant control in all the government acts is required, and is the main topic of this article.

\* Abogada por la Universidad Católica de Chile y ayudante de la cátedra de Derecho Constitucional de la misma universidad. Es asesora legislativa del Ministerio Secretaría General de Gobierno.

\*\* Abogado por la Universidad Católica de Chile y ayudante de la cátedra de Derecho Constitucional de la misma universidad. Es investigador del área legislativa de la Fundación Jaime Guzmán.

\*\*\* Abogado y magíster en derecho constitucional por la Universidad Católica de Chile, doctor en derecho por la Universidad de Bristol. Es profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile.

## 1. Introducción

El Parlamento es por esencia el centro democrático del sistema político. Independiente de cómo se encuentren reguladas las relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento, dando lugar a sistemas parlamentarios, presidenciales o formas mixtas, es en el Parlamento donde se produce y reproduce la actividad deliberativa de las principales fuerzas políticas del país. Razón de este carácter representativo y deliberativo derivan el resto de las funciones de las asambleas: función de representación, información, decisión y control y fiscalización política del Gobierno<sup>1</sup>.

Partimos de la base de lo expuesto por Aragón<sup>2</sup>, en cuanto a que el rol de los partidos, cuando éstos se comportan con cierto grado de disciplina, las diferencias entre un presidencialismo y un parlamentarismo se relativizan respecto del principio de separación de poderes. Ello corrobora el argumento de que el órgano donde van a concurrir más voluntades políticas, con mayor grado de debate democrático, será el Parlamento. Aun con las transformaciones del Estado, con la creación de órganos reguladores, con un centro político con “problemas de reflexividad”<sup>3</sup> que le impida dar las respuestas normativas que en algún momento se pensaron de los órganos políticos, el Congreso sigue siendo el eje central del sistema institucional chileno.

El Congreso cumple también un rol determinante en cuanto al respeto y la promoción de los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico. Tanto es así, que el principio de reserva legal, aunque ampliamente debatido respecto de su alcance en nuestro derecho público, ha sido reconocido por la Constitución y refrendado por la jurisprudencia como una garantía dentro de un Estado de Derecho. Es a través de la ley en la que el Congreso, con la participación del Presidente de la República, puede encauzar y limitar el actuar de los órganos del Estado para el servicio de la persona, complementar el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento, y limitar los derechos donde este lo autorice (artículo 19 N° 26 de la Constitución). La reserva legal, que debe ser defendida por el Congreso, representa la perfecta unión entre una asamblea representativa con vocación democrática y el libre ejercicio de los derechos de las personas.

Hay razones prácticas como de teoría que demuestran que el progreso del país depende, en parte importante, de la mantención del

<sup>1</sup> Carey, J. (2008). *Legislative Organization. The Oxford Handbook of Political Institutions*. Rhodes, Binder and Rockman. Oxford: 431-454.

<sup>2</sup> Aragón Reyes, M. (2008). “Democracia y Parlamento”. En: *Revista Catalana de dret públic* 37: 129-155.

<sup>3</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Teoría de la Constitución*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Madrid: Editorial Dykinson, 2003) p. 118.

Estado de Derecho y del desempeño de las instituciones que tienen a cargo la formación de la ley<sup>4</sup>. Sin embargo, en la actualidad hay ciertas prácticas que dificultan su correcto desempeño, ya sea dilatando el trabajo legislativo o derechamente impidiendo que puedan discutirse ciertas materias.

Nuestra forma de gobierno de presidencialismo reforzado deja muchas veces al Congreso en un rol secundario en la discusión de los temas públicos. Es importante en tal sentido estudiar cómo se puede mejorar el diseño institucional al interior del Congreso, y en especial en la función de fiscalización de la Cámara de Diputados. Una Cámara más vigilante, a veces con una fiscalización más constante que episódica que encamine el actuar del Gobierno es una tarea institucional pendiente. También lo es la exigencia de una tramitación más ágil y participativa en la génesis de la ley. Pero las reformas constitucionales de 1989 y 2005 también alcanzaron a definir más claramente el rol de la Cámara. En efecto, la reforma de 2005 implicó el fortalecimiento del rol fiscalizador de la Cámara de Diputados a través de la consagración de la institución de la interpelación y la constitucionalización de las comisiones investigadoras.

No cabe duda que ambas reformas han permitido un acercamiento mayor de muchos ciudadanos a una Constitución que hoy en día se puede sostener, producto de dos grandes y debatidas reformas, que representa a los chilenos.

Esto demuestra, al igual como ha sido el caso de otros ordenamientos jurídicos, que las normas constitucionales se van legitimando con el tiempo cuando van siendo construidas y compartidas por sectores amplios de la comunidad política, que constituye aquello relacionado con la dimensión sociológica de la legitimidad política<sup>5</sup>. En tal sentido, las constituciones deben ser capaces de ser “vivas” por cada sociedad, debiendo adaptarse en caso necesario a fin de que el acuerdo político allí plasmado pueda ser un fiel reflejo de lo que existe en la sociedad<sup>6</sup>. La Constitución de 1980, por tanto, contiene un conjunto claro y robusto de principios basados en la dignidad de la persona, plasmados en su parte dogmática, y ha sabido adaptarse en su diseño institucional.

Así, cabe destacar que las reformas constitucionales del año 2005 han significado un trascendental aporte para lograr fortalecer las atribuciones del Congreso en lo que a mayores potestades en materia de control político y fiscalización de los actos del gobierno se refiere.

Controlar y fiscalizar son dos atribuciones parlamentarias

<sup>4</sup> Barro, R. J. (1996). “Democracy and growth.” *Journal of Economic Growth* 1(1): 1-27.

<sup>5</sup> Richard H. Fallon, “Legitimacy and the Constitution”, *Harvard Law Review*, 118/6 (2005), 1787-1853.

<sup>6</sup> Con esto, no es nuestra intención pronunciarnos sobre el debate de la constitución viva, y su disputa con el originalismo, que tan importante ha sido -y sigue siendo- en la doctrina constitucional de Estados Unidos. En este caso, solo queremos resaltar el rol de adaptación que tiene la norma constitucional en relación al proceso de legitimidad sociológica de la misma.

trascendentales en cualquier democracia moderna. Entendemos que nuestra constitución, de forma inconsciente, ha hecho una distinción entre el control y la fiscalización parlamentaria, por cuanto la actividad de control político la entiende como aquella que tiene por finalidad encaminar la actuación del gobierno en un determinado sentido, por ejemplo, a través de los poderes reactivos que tiene el Congreso en el proceso de formación de la ley o en el nombramiento de ciertos cargos de importancia. Por otra parte, y opuesto a este sentido de control más propio de la raíz anglosajona del término, se encuentra la *contre-rôle* o actividad de control encaminada a analizar la conformidad de un comportamiento a un determinado estándar jurídico-político, que seguiría más bien el sentido francés del término controlar y que estaría relacionado con la función de fiscalización. Por ello, ambos términos no pueden ser entendidos como sinónimos, menos aún en nuestro sistema constitucional en el cual se prohíbe al Senado ejercer funciones de fiscalización, aunque sí ejerce funciones de control político del gobierno en el sentido anteriormente expuesto. Así, mientras el control tiene el efecto de perseguir una actuación gubernamental, la fiscalización tiene la finalidad de búsqueda de responsabilidad política<sup>7</sup>.

Vale destacar que estos mecanismos se han plasmado en herramientas fundamentales para lograr una estabilidad política y constitucional que se han ido decantando en estos 200 años de historia. A nuestro juicio, no resulta necesario ahondar en este artículo sobre la importancia de estas atribuciones para la vida política del país, sin embargo vale la pena considerar a uno de los mecanismos que tiene este doble cariz de controlador y fiscalizador, cual es, la “interpelación de los ministros”, que desde que se ha vuelto a instaurar después de las reformas de 2005, ha logrado un nivel de publicidad que tiende a producir el efecto de transformarse en una herramienta real de control y fiscalización, ya que influye en las políticas y exige responsabilidades del gobierno.

Por otra parte, las reformas constitucionales de 2005 lograron otro avance en esta materia en cuanto a la constitucionalización de las comisiones investigadoras. Estas existieron con anterioridad a la reforma de 2005, pero únicamente a nivel del reglamento de la Cámara de Diputados, todo lo cual generó un debate a nivel constitucional respecto de su conveniencia y constitucionalidad. Superados estos cuestionamientos con la reforma y reconocidas las comisiones de investigación dentro del ordenamiento a nivel constitucional, han desempeñado un papel trascendental para indagar todos aquellos asuntos de interés público en los que presuntamente existen

<sup>7</sup> Zárate R., S. (2009). “La responsabilidad política del gobierno y las comisiones parlamentarias de investigación en el derecho chileno”. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

hechos irregulares, o al menos, hechos que pueden ser objeto de una crítica o reproche político, y que permiten a una minoría política –fundamentalmente la oposición– hacer exigible la responsabilidad política que le corresponde al gobierno en tales hechos.

Hay sin embargo ciertas situaciones que sería conveniente corregir. Una de ellas dice relación con la comparecencia de particulares en comisiones investigadoras constituidas con la finalidad de indagar la responsabilidad política que le corresponda al gobierno, y que sin ser parte de esa fiscalización (por el hecho de ser particulares) han tenido alguna relación con algún órgano administrativo que es objeto de esa investigación, y cuyo testimonio resulta esencial para esclarecer los hechos o actos investigados. En otros ordenamientos (como es el caso de España e Italia) no solo se reconoce la capacidad de la comisión investigadora para indagar hechos relevantes y de interés público, sino que también en su capacidad de recabar información relevante que puede servir de buenos antecedentes para cualquier investigación penal o civil, por lo mismo, resulta trascendental exigir a los particulares asistir a estas comisiones, siempre y cuando sean citados. De esta forma se potencia aún más esta estructura institucional, resultando de suma importancia que existan figuras delictivas asimilables al desacato o falta de obediencia a órdenes emitidas por autoridades, en caso de incomparecencia.

Sin embargo, en estas reformas no se consideraron algunos instrumentos de fiscalización parlamentaria existentes en otros países como lo son las “Comisiones de Control Legislativo” siendo este el objeto de estudio de este artículo. Vale destacar que estas comisiones tienen una mayor permanencia y que no tienen relación necesariamente con una crítica política episódica o de escándalos políticos. En este sentido se estima que en la medida que exista solamente una fiscalización episódica y esporádica, se van a producir fricciones entre las fuerzas políticas. En algunos casos, estos episodios son necesarios para mostrar a los electores las diferencias que existen entre las coaliciones de gobierno y de oposición. Pero en otras ocasiones estas parecen como evitables, ya que se desencadenan sobre la base de una falta de control político más periódico y menos intenso.

Por lo mismo y frente a la inexistencia de órganos que ejerzan de manera adecuada una fiscalización de las leyes que se encuentren actualmente en vigor, tendremos en el Congreso chileno muchas comisiones investigadoras o especiales que dificulten el trabajo parlamentario de las comisiones permanentes. Esta es una materia en la que otros parlamentos han tenido una mayor preocupación en cuanto a incorporar mecanismos institucionales que permitan analizar si los objetivos que se tuvieron en cuenta al momento de aprobar una determinada legislación están siendo correctamente aplicados, y que la función del gobierno de llevar a cabo la implementación legislativa es

fiel al mandato de lo aprobado por las cámaras.

La fiscalización de leyes ya promulgadas constituye una forma en que no solo se controla al gobierno en su función de implementación de las leyes, sino que además se crea una forma de evaluación legislativa que permita corregir y mejorar la calidad de las leyes actualmente en vigor. La implementación de la reforma procesal penal constituye uno de los ejemplos más claros en los que una medición posterior a la promulgación de la ley sirvió para evaluar efectos y corregir cualquier deficiencia que esta tenía.

Considerando lo anteriormente señalado, resulta necesario colegir que en materia de control y fiscalización, la Cámara de Diputados tiene una doble carencia. En primer lugar, la Corporación está ejerciendo un control episódico y dramático, que supone la interpelación de ministros y la conformación de las comisiones investigadoras para enfrentar ciertos temas, además del juicio político. Se requiere, en consecuencia, de una fiscalización más permanente y que tenga como efecto un menor grado de confrontación política, pero un mayor impacto en la conducción política que realiza el gobierno. En segundo lugar, el control político en Chile está abandonando casi la totalidad de la fiscalización de la legislación que se aprueba en las cámaras, generando en no pocas ocasiones que la norma que se está implementando no sea tal y como se concibió en el seno parlamentario, y que por tanto, no sea una fiel representación de la idea originalmente aprobada. Este último aspecto tiene también una incidencia respecto de la eficacia legislativa que debe desarrollar el Parlamento.

## 2. Control político del Gobierno

El primer problema interpretativo que no ha tenido la debida atención, ha sido el de la determinación del sujeto pasivo de la fiscalización parlamentaria en Chile, en razón de lo dispuesto en el artículo 52 N°1 de la Constitución. Lo primero que habría que señalarse –aunque parezca obvio de la lectura de esta norma-- es que la voz “actos” del gobierno hace referencia a su comportamiento, su adecuación a su programa de gobierno, a los principios que predica, y a todos aquellos reconocidos y acordados en la Constitución como pacto político. En segundo lugar, no creemos en la existencia de actos de gobierno, ya que se trata de una construcción jurídica que ha sido utilizada para despojar del control (judicial) a determinados actos gubernativos, creando una esfera de inmunidad de poder<sup>8</sup>. Por ello, al referirnos a los actos del o de gobierno, para nuestros efectos serán lo mismo: el contenido político

<sup>8</sup> Eduardo García De Enterría, *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1983, p. 99.

de aquello que hace o deja de hacer el Gobierno. Nos separamos en tal sentido de la interpretación del profesor Cea Egaña<sup>9</sup>, en cuanto a que a través de esta distinción se podrán integrar no solo la subfunción política, sino que también la ejecutiva y administrativa.

Una vez despejado este asunto, queda por resolver el problema respecto de la extensión del sujeto pasivo llamado Gobierno: ¿Se trata solo de la “cadena íntima” del Presidente de la República, o bien comprende también a los órganos de la Administración? ¿Se incluyen las empresas públicas creadas por ley y los órganos dotados con autonomía? Ahí radica el problema interpretativo de lo que se entiende por Gobierno.

La posición de la doctrina nacional la podríamos agrupar en dos categorías: las tesis restrictivas y las tesis amplias.

Las tesis restrictivas argumentan que la fiscalización incluye solamente al Presidente de la República y a los agentes directos e inmediatos para el ejercicio de su función<sup>10</sup>, donde quedarían incluidos además los Ministros de Estado, los Intendentes y Gobernadores.

Las tesis amplias, por su parte exponen la existencia de un criterio orgánico en la disposición constitucional comentada, y que abarcaría a todos los órganos comprendidos en el capítulo IV de la Carta<sup>11</sup>: Presidente de la República, Ministros de Estado y órganos de la Administración del Estado que se encuentren vinculados al Presidente. Sin embargo, se excluyen aquellos órganos que gozan de autonomía.

No obstante lo anterior, como alguno de nosotros ha tenido la oportunidad de señalar previamente<sup>12</sup>, ambas tesis desvinculan el principio de la responsabilidad política del Gobierno con el concepto de fiscalización, con la consecuencia de que por medio de esa reducción de los órganos susceptibles de fiscalización, se están creando zonas de inmunidad política contrarias a un Estado de Derecho y al principio de responsabilidad. El segundo defecto del que adolecen tales tesis es el de entender a la fiscalización como un mecanismo de intensidad única, que desconoce la posibilidad de fiscalización sobre entes autónomos.

Por lo anteriormente expuesto, nuestra tesis consiste en que la fiscalización, al ser una consecuencia política y constitucional del principio

<sup>9</sup> José Luis Cea Egaña, *Manual de Derecho Constitucional*, 4 vols. (Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998), p. 174.

<sup>10</sup> Juan Carlos Ferrada Bórquez, ‘La Reforma Constitucional a la Fiscalización Parlamentaria en la Constitución de 1980: un Análisis Preliminar’, *Ius et Praxis*, 8/1 (2002), 461-481, Enrique Navarro Beltrán, ‘La Facultad Fiscalizadora de la Cámara de Diputados’, *Revista de Derecho Público*, 49/enero-junio (1991), 71-90, Enrique Navarro Beltrán, ‘Las Comisiones Investigadoras a la Luz de la Constitución’, *Revista de Derecho Público*, 65 (2003), 194-199, Eduardo Soto Kloss, *Revista de Derecho Público*, 55-56 (1994).

<sup>11</sup> Guillermo Bruna Contreras, ‘Fiscalización de los actos de Gobierno’, *Revista del Abogado*, 11 (1997), José Luis Cea Egaña, ‘Fiscalización Parlamentaria del Gobierno’, *Revista Chilena de Derecho*, 20/1 (1993), 7-20, Jorge Enrique Precht Pizarro, ‘Gobierno y Administración en la Constitución de 1980. Acepciones y Radicación Orgánica’, *Gaceta Jurídica*, 67 (1986).

<sup>12</sup> Zárate Rojas, Sebastián, ‘Responsabilidad Política en la empresa pública: ¿Banco del Estado sin control del Estado?’, en Fermandois, Arturo y Delaveau, Rodrigo (eds.), *Sentencias Destacadas 2009*, Ediciones LYD, Santiago, 2010.

de responsabilidad política, alcanza al conjunto de órganos y agentes que forman parte del Gobierno y Administración del Estado. Que los medios de fiscalización con que cuente la Cámara de Diputados sean distintos, y que se encuentren más agravados, en ciertos casos es un factor innegable, pero que no impide la fiscalización misma. Por ello, incluye desde el Presidente de la República hasta los órganos que gozan de cierta autonomía<sup>13</sup> (como serían las Superintendencias), como asimismo, las empresas públicas creadas por ley.

### **2.1. Responsabilidad política de los ministros: ¿de qué responden y cuándo no debe responder un ministro?**

En una estructura ministerial moderna resulta prácticamente imposible que el ministro se encuentre informado de todos y cada uno de los detalles que tienen lugar en el interior del departamento ministerial. En efecto, algunos califican de mito el hecho de que el ministro sea capaz de controlar la estructura ministerial como la mayoría piensa<sup>14</sup>.

En ciertas ocasiones puede ocurrir que un ministro no tenga el conocimiento de un acto que sea reprochable políticamente, o haya tratado de impedir la producción de alguna irregularidad. En tal caso, el ministro no deja de ser responsable políticamente de lo que ocurre en el ministerio, sino que se encuentra obligado a informar al órgano fiscalizador respecto de los hechos ocurridos al interior de esa repartición, de las medidas adoptadas para sancionar a los responsables y de los planes futuros a fin de que dichas irregularidades o actos políticamente reprochables no vuelvan a ocurrir<sup>15</sup>.

Situación parecida ocurre incluso con aquellas reparticiones que se encuentran más desvinculadas de la administración central, como puede ser el caso de las superintendencias o incluso de las empresas públicas. En aquellas situaciones el poder de control por parte del ministro va a ser indudablemente más reducido (prácticamente a rendir cuentas, dando explicaciones al Congreso), pero no excluye la posibilidad de que dicho ministro requiera estar debidamente informado de las políticas que se están llevando a cabo en dichas reparticiones. Tampoco se encuentra excusado el ministro de su deber de aplicación de las leyes, y en tal sentido de readecuar

<sup>13</sup> Dentro de los órganos autónomos debemos descartar, sin embargo, a las municipalidades, puesto que ellas forman parte de la estructura del gobierno local, cuyo sistema de fiscalización política no es el mismo que el que corresponde a la Cámara de Diputados. A diferencia de lo que ocurriría si dejásemos fuera del concepto de Gobierno del artículo 52 N° 1 de la CPR a otros órganos autónomos, no se produce un vacío de responsabilidad política, ya que el Concejo como estructura del Gobierno Municipal será el encargado de asumir tales funciones.

<sup>14</sup> Matthew Flinders, 'MPs and Icebergs: Parliament and Delegated Governance', *Parliamentary Affairs*, 57/4 (2004), 767-784.

<sup>15</sup> Rafael Bustos Gisbert, *La Responsabilidad Política del Gobierno: ¿Realidad o Ficción?* (Madrid: Editorial Colex, 2001) 127, Diana Woodhouse, *Ministers and Parliament: Accountability in Theory and Practice* (Oxford: Clarendon Press, 1994), Diana Woodhouse, *In Pursuit of Good Administration: Ministers, Civil Servants, and Judges* (Oxford: Clarendon Press, 1997), Diana Woodhouse, 'Individual Ministerial Responsibility and a Dash of Principle', en David; Bogdanor Butler, Vernon; Summers, Robert (ed.), *The Law, Politics, and the Constitution: Essays in Honour of Geoffrey Marshall* (Oxford: Oxford University Press, 1999), Diana Woodhouse, *UK Ministerial Responsibility in 2002: The Tale of Two Resignations*, *Public Administration*, 82/1 (2004), 1-19.

las políticas que estén a su disposición con el objeto de que la repartición pueda ejercer sus funciones de acuerdo a la finalidad que el ordenamiento jurídico determine. Por ejemplo, en caso de que una empresa pública presente ineficiencias, falta de transparencia, mala administración u otras razones que generen un reproche político, correspondiendo al gobierno de turno impulsar todas aquellas medidas de orden administrativo (en el ejercicio de la potestad reglamentaria) o del impulso legislativo que tiene el Presidente de la República para evitar que estas situaciones ocurran.

Algunas de las conclusiones anteriores han sido parte de la historia parlamentaria británica. Con tan solo fijarnos en dos momentos, podemos hablar de algunos episodios que luego de generar escándalos políticos importantes, han permitido, en sede parlamentaria y académica, obtener conclusiones con las que se ha ido nutriendo la interpretación constitucional respecto de la denominada “Convención de responsabilidad política ministerial”, regla constitucional no escrita, esencial dentro del sistema de esa jurisdicción. Los británicos debieron hacerse la pregunta que tanta veces nos hemos hecho en Chile: ¿de qué son responsables los ministros y cuándo debe considerarse que deben dimitir?

El primero de tales escándalos fue el caso de Crichel Down, que tuvo lugar en 1954. El caso comienza cuando un predio agrícola fue expropiado a su dueño con el fin de ser utilizado como campo de tiro. Cuando dicho inmueble dejó de ser utilizado para esa finalidad, su ex dueño solicitó al gobierno británico la compra del mismo, sin embargo se decidió equiparlo como un fundo de producción agrícola y arrendarlo a un tercero, luego de varias respuestas engañosas. Entonces el mencionado particular intentó vías paralelas para solucionar el problema e investigar qué era lo que realmente ocurría: a través de parlamentarios, el diario *The Times*, y la asociación que agrupaba a los agricultores británicos. Finalmente, se realizó una investigación que demostró la existencia de gravísimas irregularidades al interior del Ministerio de Agricultura: mala fe de parte de sus funcionarios, ocultación de información, lo que en definitiva hizo que el ministro actuara erradamente. Finalmente, luego de unos días de escándalo político el Ministro de Agricultura –Sir Thomas Dugdale- presentó su renuncia. Esta dimisión es considerada –aunque con discusiones- la última de la postguerra en la que se hace efectiva la responsabilidad vicarial.

El contexto de Crichel Down sirvió para establecer ciertas pautas a tener en cuenta para las relaciones entre el ministro y los funcionarios de cada ministerio<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Public Service Committee House of Commons, ‘Ministerial Accountability and responsibility, Second Report’, (Westminster: House of Commons, 1996), 157., p. 12, párrafo 12.

1. Casos en que el ministro tiene la obligación de proteger al funcionario:

a) **Si el ministro imparte en forma explícita y directa una orden**, este tiene la obligación de dar la debida protección a su subalterno. Esto se extiende al derecho que tenga el funcionario al anonimato en sede parlamentaria, lo que implicará que el ministro en cuestión no podrá culparlo, ni menos aún obligarlo a dar explicaciones. En Chile –de acuerdo al Estatuto Administrativo-- el funcionario se encuentra obligado a obedecer las instrucciones impartidas por el superior jerárquico, sin perjuicio de la posibilidad de representarle dicha orden en caso de que sea constitutiva de delito<sup>17</sup>, pero naturalmente nada se dice respecto de la reprochabilidad del acto desde el punto de vista político.

Este criterio puede ser también aplicable a aquellas situaciones en las que la Cámara de Diputados –por acuerdo de la comisión investigadora-- cita a declarar a un funcionario de la Administración, de conformidad al inciso segundo de la letra c) del artículo 52 N°1 de la Constitución. Creemos que aun en la existencia de una obligación constitucional con respecto al funcionario de concurrir a la comisión de investigación, el ministro se encontraría obligado a defender a su funcionario en el evento que haya sido el propio ministro el que haya impartido la orden que se pone en cuestionamiento político en la Cámara de Diputados.

b) **Si un funcionario actúa de acuerdo con las políticas impartidas por el ministro**, este también se encuentra obligado a protegerlo. Al establecerse la obligación de la ejecución de las políticas ministeriales<sup>18</sup>, también consideramos que en nuestro país puede aplicarse esta pauta.

2. Caso en que el ministro sigue siendo responsable, aunque no personalmente:

c) **Cuando un funcionario público comete un error o causa una demora que no sea de gran importancia o cuando no hay una violación de derechos fundamentales**, el ministro reconoce el error y acepta su responsabilidad, aunque no esté personalmente envuelto en el acto u omisión. En tal caso, se espera que se adopten las medidas que eviten el hecho en el futuro. Frente a esta situación, el ministro será responsable por actos de tercero que se encuentran a su cargo, responsabilidad vicaria<sup>19</sup>. Sin embargo, como el hecho constitucionalmente reprochable no parece de gravedad, la responsabilidad del ministro será realizada por medio de la rendición de cuentas correspondiente, pidiendo disculpas si fuera necesario,

<sup>17</sup> 'Estatuto Administrativo', artículos 61 f) y 62.

<sup>18</sup> 'Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado', artículo 22.

<sup>19</sup> Woodhouse, *Ministers and Parliament: Accountability in Theory and Practice*, Woodhouse, *In Pursuit of Good Administration: Ministers, Civil Servants, and Judges*, Woodhouse, *Individual Ministerial Responsibility and a 'Dash of Principle'*, Woodhouse, 'UK Ministerial Responsibility in 2002: The Tale of Two Resignations' en *Public Administration*, 82 (1), 1-19.

y adoptando las medidas para el hecho no se repita. Caso en que el ministro no debe proteger al funcionario, ni asumir responsabilidad, salvo la de explicar el hecho ocurrido:

d) **Por último, cuando ocurre un hecho que el ministro desaprueba y del cual no tiene conocimiento**, y en la que la actuación del funcionario es reprochable, entonces no hay obligación por parte de este en defender algo que considera errado, o defender lo que es claramente una equivocación de dicho funcionario. En este caso, el ministro como tal sigue siendo responsable y continúa con su obligación básica de explicar detalladamente lo ocurrido.

El segundo de los escándalos se refiere al caso de la venta ilegal de armas a Irak. El contexto en que se desarrolla este escándalo radica en una prohibición de venta a Irak durante el conflicto con Irán, en el que el gobierno británico había decidido mantener absoluta neutralidad. Sin embargo, durante los últimos años de la década de los 80 se descubre que una empresa estaba exportando material bélico sin que existiera conocimiento del Parlamento de las autorizaciones que debían llevarse a cabo por parte del gobierno. Por ello, los ejecutivos de dicha empresa fueron sometidos a un juicio en el que se les exigió la responsabilidad jurídica respecto de la exportación ilegal, no existiendo autorización por parte del gobierno. Sin embargo, en 1992 el caso comienza a tener una arista política cuando los ejecutivos de la empresa privada señalan que el gobierno los había autorizado para las exportaciones, y que incluso, ellos habían proporcionado toda la información disponible a los organismos de inteligencia. El gobierno intentó evitar la exhibición de información que disponía sobre el caso, invocando un privilegio –denominado *public interest immunity*– que permite mantener el secreto o reserva de determinada información cuando exista una amenaza a la seguridad nacional. Los tribunales rechazaron la invocación de dicho privilegio, y se pudo acceder a la información contenida en esta autorización de venta de material bélico. El escándalo político había estallado y se pide una comisión que investigue los hechos, denominada Comisión Scott, en alusión al apellido de su presidente.

El informe Scott fue publicado en 1996, en cinco tomos que contienen 1806 páginas, que incluyen declaraciones del primer ministro de la época – John Major –, y otros ministros de gobierno. Las conclusiones de tal informe fueron muy importantes a la hora de interpretar el principio de responsabilidad ministerial frente al parlamento. Como señala que Tomkins:

*“El informe Scott hizo una contribución al estudio constitucional actual de Gran Bretaña que no tiene precedente en la historia. Las prácticas de secretismo del gobierno central en el cual Scott fue particularmente capaz de descubrir, ha sido sujeto al escrutinio público como nunca ha ocurrido antes. (...) Pero la más importante lección consiste en que no hay sustituto a una*

*efectiva responsabilidad política ante el Parlamento. El legado del informe Scott es mucho más importante que cualquier otra cosa que la constitución británica necesite con urgencia encontrar la forma de llevar a cabo el calce entre los intereses del Parlamento, el gobierno, y el partido. En tal sentido, Scott nos ha enseñado a no olvidar algo que ya sospechamos, pero que no nos gusta admitir: que si un ministro pueda hacer cualquier cosa para que políticamente pueda salirse con la suya, debemos encontrar las vías para que políticamente pueda librarse de menos de lo que quería.”<sup>20</sup>*

En ambos escándalos podemos ver que hay un cuestionamiento común: ¿tiene sentido hablar hoy de responsabilidad política frente al parlamento?<sup>21</sup> La respuesta que ha venido dando la doctrina a partir de estos cuestionamientos ha consistido en tener una visión más optimista y realista a la vez de lo que debe significar la responsabilidad política. No se trata de pensar en la responsabilidad política únicamente, que la respuesta exigida frente a un hecho constitucionalmente cuestionable, tenga como única salida la destitución de un ministro o un agente del Estado. La principal conclusión que podemos obtener del debate en aquellos sistemas parlamentarios, consiste en que la forma clásica de entender la responsabilidad política no ha sido utilizada ni siquiera en tales sistemas políticos, todo lo cual nos hace pensar que con mayor razón ello no sería aplicable al caso chileno.

Esta forma de entender el principio de responsabilidad política tiene dos elementos que pueden ser considerados puntos de partida. El primero de ellos se relaciona con el fundamento constitucional que existe respecto del principio. En nuestro concepto, la responsabilidad política se encuentra consagrada constitucionalmente en los artículos 6 y 7 de la Constitución, en sus incisos finales, al hablarse del régimen de responsabilidad al que se encuentran sujetos todos los agentes del Estado. Cuando estos artículos hacen referencia al término “responsabilidad” lo hacen de un modo genérico, sin excluir clases de responsabilidades. El problema está en que la doctrina ha permanecido por mucho tiempo atenta a estos artículos con respecto a los debates interpretativos en materia de la nulidad de derecho público y de la responsabilidad pecuniaria del Estado, atención que ha dejado de lado un estudio más acabado sobre la responsabilidad política. Igual preocupación se puede apreciar en la doctrina española, donde García de Entrerría recuerda que tal vez la excesiva atención de la responsabilidad extracontractual del Estado en el artículo 9.3 de la Constitución española, ha impedido en cierta

<sup>20</sup> Adam Tomkins, *The Constitution After Scott. Government Unwrapped* (Londres: Clarendon Press, 1998) 279 p. 275.

<sup>21</sup> Anthony Barker, ‘Political Responsibility for UK Prison Security - Ministers Escape Again’, *Public Administration*, 76 (1998), 1-23, Kenneth; Segal Kernahan, Hugh, ‘Is the Doctrine of Individual Ministerial Responsibility Workable?’ in Mark; Barker Charlton, Paul (ed.), *Contemporary Political Issues* (3a Edición edn.; Ontario: International Thomson Publishing, 1998), 220-241, Geoffrey Marshall, ‘Ministerial Accountability: Why the Convention is Controversial’, in *Public Service Committee House of Commons* (ed.), (Westminster, 1996), Memorandum enviado por el autor para la elaboración del Segundo informe del Public Service Committee sobre Ministerial Accountability and Responsibility.

forma entender el concepto constitucional que está detrás del principio de responsabilidad.

*“La responsabilidad a que el precepto alude es, pues, la regla general de los gobernantes y titulares de cualquier poder público y se manifestará en múltiples aspectos: responsabilidad política, ante las Cámaras y ante los electores, responsabilidad criminal, responsabilidad contable, también, eventualmente, responsabilidad civil por daños que los titulares de los oficios puedan causar ejercitando estos, responsabilidad moral por los aciertos y desaciertos de la gestión.”<sup>22</sup>*

En Chile, el Tribunal Constitucional también se ha referido al principio de la responsabilidad política, precisamente situándolo constitucionalmente dentro de los artículos 6 y 7 de la Constitución<sup>23</sup>.

El segundo elemento de partida para entender el régimen de responsabilidad política se encuentra en su carácter de respuesta escalonada y no única. Ello se expresa en el hecho de que podamos distinguir diversos niveles de responsabilidad política que vayan asociados a la naturaleza del hecho cuestionado política y constitucionalmente, y a la participación que le corresponde al agente que está siendo cuestionado, que normalmente será un Ministro de Estado o el Presidente de la República.

En general, podemos distinguir dos grandes bloques<sup>24</sup>: el primero, que comprende todas aquellas respuestas que tienen por finalidad establecer un canal de comunicación entre los sujetos activo y pasivo en el proceso de exigencia de responsabilidad (*“respuestas informativas”*). En tal sentido, el núcleo de la responsabilidad política estará siempre presente, y la garantía mínima dentro de un sistema democrático será que sus autoridades al menos

<sup>22</sup> Eduardo García De Enterría, ‘El Principio de “la Responsabilidad de los Poderes Públicos” Según el Art. 9.3 de la Constitución y la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador’, Revista Española de Derecho Constitucional, 67 (2003), 15-47 p. 41.

<sup>23</sup> DUODÉCIMO: Que, en términos generales, puede decirse que la obligación de responder por los perjuicios causados por la infracción de un deber jurídico, sea sufriendo el castigo por el delito cometido si se ha perjudicado a la sociedad quebrantando la ley penal, sea satisfaciendo la indemnización del daño infligido a otro cuando deliberadamente o por pura negligencia se ha contravenido una obligación de carácter civil, configura el principio de responsabilidad, que impregna todo nuestro ordenamiento jurídico y adquiere las más variadas formas a través de estatutos jurídicos especiales de responsabilidad. Se habla, así, dependiendo del deber jurídico infringido, de responsabilidad penal, responsabilidad civil, responsabilidad política o constitucional, responsabilidad administrativa, responsabilidad medio ambiental, etcétera; pudiendo una misma infracción generar una o más clases de responsabilidad que pueden concurrir separada o conjuntamente.

En el ámbito de la responsabilidad civil, ésta puede ser contractual si nace de una obligación originada en un contrato que, como señala el artículo 1.556 del Código Civil, no se ha cumplido, se ha cumplido imperfectamente o se ha retardado su cumplimiento; o bien extracontractual, si se ha cometido un delito o cuasidelito civil que ha inferido daño a otro, como señala el artículo 2.314 del Código citado, siendo la regla general, al tenor de su artículo 2.329, que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta;

DECIMOTERCERO: Que el principio de responsabilidad así concebido no queda restringido al ámbito puramente legal, pues está incorporado al ordenamiento constitucional que no solo otorga rango constitucional a la responsabilidad civil y penal, al remitirse a ellas la Carta Suprema en numerosos casos en que las alude directamente, o lo hace respecto de ciertos delitos o de los daños y perjuicios que causan determinadas autoridades o ciertas circunstancias, sino que, además, consagra estatutos de responsabilidad constitucional concretos, o encomienda expresamente al legislador hacerlo;

DECIMOCUARTO: Que un ejemplo de lo señalado en el considerando precedente es que tanto el artículo 6º de la Carta Fundamental, que consagra el principio de supremacía constitucional y la fuerza obligatoria directa de la Constitución, como el artículo 7º, que consagra el principio de juridicidad, encomiendan a la ley determinar las responsabilidades y sanciones que se originen en el incumplimiento de estas disposiciones fundamentales de nuestro ordenamiento institucional.

<sup>24</sup> Kernahan, *Is the Doctrine of Individual Ministerial Responsibility Workable?* p. 224.

den razones de sus hechos de una manera adecuada, que ciertamente variará según las circunstancias, pero que no podrá estar ausente. El segundo bloque no siempre va a tener lugar, y solamente lo hará cuando exista una gravedad de los hechos – actos u omisiones- y que políticamente existan las condiciones para pedir una respuesta más enérgica (“*respuestas correctoras*”).

Por medio de la “*responsabilidad canalizadora*” se intenta redirigir las preguntas que se le hacen a la autoridad, y tendrá lugar en aquellos casos en que se estén cuestionando actos que no dependen de dicha autoridad –generalmente el ministro- pero que al menos le impone la obligación de redirigirlas para que tengan respuesta.

La “*responsabilidad informativa*” tiene por objeto que simplemente se aclaren situaciones concretas<sup>25</sup>. También puede servir para que un determinado agente pueda exponer planes de políticas generales que se están desarrollando<sup>26</sup>. Tal vez esta debiera ser la forma de exigencia de responsabilidad más cotidiana, y –a nuestro entender- si nuestras autoridades pudieran comprender su utilidad, sería una formidable válvula de escape de conflictos políticos y malos entendidos.

Cuando se trata de errores de cierta importancia, pero de los que tampoco se requiere hacer cambios de las estructuras, se recurre a la “*responsabilidad disculpante*”, que tiene por única finalidad el reconocer el error y pedir perdón, ejercicio que no siempre logra ser muy simple ni menos aún frecuente, pero que la mayoría de las veces pone término a un momento de cuestionamiento político de un determinado agente político. Será más frecuente que exista la necesidad de asumir este tipo de responsabilidad cuando se trata de actos personales, más que de políticas públicas.

Cuando se trata de un error de una mayor envergadura, y en el cual se requiere tomar medidas concretas a fin de que no vuelva a ocurrir, se habla de la “*responsabilidad enmendadora*”. Dichas acciones de rectificación pueden ir encaminadas a la reestructuración de un ministerio, una determinada institución, la manera en que se entrega una determinada ayuda o un cambio de la administración de una actividad de fomento.

Por último, para terminar con estas fases o modalidades de exigencia de la responsabilidad política, hablamos de la “*responsabilidad inmoladora o sacrificial*” cuando se trata de un error que llega a los niveles más graves, en los cuales ya no existe salida alguna para evitar la renuncia de un determinado funcionario, pero que en nuestro sistema también podría estar vinculado a instrumentos especiales de fiscalización y control parlamentario, como sería la destitución por juicio político.

<sup>25</sup> Bustos Gisbert, *La Responsabilidad Política del Gobierno: ¿Realidad o Ficción?* p. 56.

<sup>26</sup> Oonagh; Powell Gay, Thomas, *Individual Ministerial Responsibility -Issues and Examples*, (Westminster: Parliament and Constitution Centre, House of Commons, 2004) p. 7.

Todo lo anterior se enmarca dentro de la relación que tiene la fiscalización política que ejerce la Cámara de Diputados con el *accountability*, término que significa muchas cosas respecto de la responsabilidad política, y que se puede utilizar desde el simple hecho de rendir cuentas de los actos de la administración o del gobierno, hasta la renuncia de un ministro, o la modificación de una determinada situación<sup>27</sup>. El *accountability* empieza a ser paulatinamente reconocido dentro de nuestro sistema político como un principio que forma parte de la ética pública, y al que se encuentra obligado todo agente estatal, incluidos todos quienes forman parte del gobierno y de la administración.

En razón de lo anteriormente expuesto, se excluye la idea de que los ministros sean “políticamente irresponsables”<sup>28</sup>. Como hemos visto de los casos británicos, ni aun en los sistemas parlamentarios se sigue utilizando este sentido estricto y reduccionista de responsabilidad política asimilada exclusivamente a la renuncia ministerial, como lo demuestra Bustos Gisbert<sup>29</sup>. De hecho, las estadísticas en algunos sistemas parlamentarios demuestran que las renunciaciones ministeriales producto de la exigencia de la responsabilidad política han decrecido sistemáticamente después de la Segunda Guerra Mundial<sup>30</sup>. Ello implica, según exponen algunos autores, que no significa que la responsabilidad política ministerial deje de existir, sino que se lleva a cabo por otros medios y por otras vías que no llegarán a la renuncia del ministro necesariamente.

### **3. Comisiones permanentes de control político: hacia una fiscalización menos episódica**

Si bien todos estos temas se han ido resolviendo en estos 20 años de democracia, vemos que la reforma constitucional de 2005 ha tenido como efecto la creación de una fiscalización parlamentaria cada vez más episódica, dependiente de escándalos políticos, y de una coalición opositora con objetivos claros de mostrarse como alternativa. El control político finalmente debe servirle a la oposición como un mecanismo electoral, en orden a demostrar que es una coalición capaz de gobernar y que se encuentra permanentemente vigilante frente a cualquier debilidad del gobierno. Se trata de un juego en que todos ganan: el sistema, porque logra mostrar los errores políticos; la oposición, al mostrarse como alternativa; y el propio gobierno, al poder

<sup>27</sup> Jonathan Gs Koppell, ‘Pathologies of Accountability: ICANN and the Challenge of Multiple Accountabilities Disorder’, *Public Administration Review*, 65/1 (2005), 94-108.

<sup>28</sup> Ferrada Bórquez, ‘La Reforma Constitucional a la Fiscalización Parlamentaria en la Constitución de 1980: un Análisis Preliminar’, *Ius et Praxis*, 8 (1), 461-481.

<sup>29</sup> Bustos Gisbert, *La Responsabilidad Política del Gobierno: ¿Realidad o Ficción?*

<sup>30</sup> Keith; Kang Dowding, Won-Taek, ‘Ministerial Resignations 1945-97’, *Public Administration*, 76/Otoño (1998), 411-429.

descansar en un estándar de comportamiento determinado.

Sin embargo, no necesariamente esto significa que la fiscalización sea más eficaz, ni tampoco que el clima político de acuerdos que deben lograrse en sede parlamentaria puedan tener éxito. El problema radica en el rol episódico que le damos a la fiscalización, y el peligro que tiene de buscar el escándalo sin que algunas veces se busque ocuparse de la corrección de políticas públicas equivocadas.

En este sentido, la experiencia comparada nos puede servir nuevamente para responder este desafío. En efecto, algunos parlamentos de la tradición de Westminster, han resuelto esta necesidad por medio de la creación de comisiones no legislativas, permanentes, y temáticas de acuerdo a cada uno de los ministerios existentes. Con ello se trata de establecer una contraparte institucional en materia de políticas públicas.

Los *Select Committees* han sido definidos en el sistema británico como estructuras temáticas creadas de acuerdo a la existencia de ministerios tanto en la Cámara de los Comunes como en la de los Lores. Dichas comisiones han existido antes<sup>31</sup>, aunque el actual sistema fue establecido en 1979 dentro de una de las más importantes reformas políticas emprendidas en el gobierno de la era Thatcher. La finalidad de tales comisiones ha sido “el examen del gasto, la administración y las políticas públicas de los principales departamentos ministeriales”<sup>32</sup>.

Durante las dos décadas anteriores, ha existido un importante debate respecto de si los *Select Committees* tienen la eficacia que se les dio en 1979, en particular, si tienen el efecto suficiente de contrapesar el poder de agenda legislativa del Ejecutivo. Sin perjuicio de que se les reconoce en general tal efecto, la experiencia ha sido positiva, y por ello que se ha planteado profundizarla, porque se estima que puede ser una mejor medida para restablecer el equilibrio entre el Ejecutivo y el Parlamento. Un ejemplo de propuestas en este sentido, ha sido el informe de la Comisión Norton, titulado “Comisión para el Fortalecimiento del Parlamento”<sup>33</sup>, en el cual se plantean recomendaciones en tal sentido.

Independiente de las mejoras que se puedan plantear, al menos en el sistema británico se ha elogiado ampliamente la efectividad que tienen como mecanismos de control de los actos de gobierno, adquiriendo una importancia asombrosa en el sistema político:

*Los Select Committees en Westminster existen para fiscalizar y no para sustituir al gobierno, y en tal contexto lo que es significativo del progreso que*

<sup>31</sup> R. Rogers and R. Walters, *How Parliament Works* (Harlow: Pearson Longman, 2006) p. 345.

<sup>32</sup> House of Commons, *Standing Orders of the House of Commons - Public Business 2005*, (Westminster: House of Commons, 2005).

<sup>33</sup> Philip Norton, *Strengthening Parliament: The Report of the Commission to Strengthen Parliament* (London: Conservative Party, 2000).

*han tenido en las últimas dos décadas es la cantidad de información que ha sido incorporada al dominio público, y el sostenido incremento que ha tenido la autoridad de estas comisiones, y como consecuencia de ello la autoridad del Parlamento. Si, como un estadista británico dijo a principios del siglo XX, la democracia es el gobierno por la explicación, entonces estas comisiones se han transformado de un apagado intercambio de opiniones entre la política y el gobierno a un foro de verdadera comunicación democrática.”<sup>34</sup>*

Muchas veces estas comisiones han sido las primeras a nivel institucional en denunciar la falta de una legislación o reforma para solucionar determinados problemas que afecten a las políticas públicas. La información manejada por estas comisiones, producto de las citaciones e invitaciones que cursan a miembros de la administración y afectados por cada una de las normas han servido como fuentes principales de la función de información que deben tener las cámaras.

En resumen, la existencia de estas comisiones, con funcionamiento paralelo a las comisiones legislativas, han sido reconocidas como una de las grandes reformas en el derecho parlamentario de los sistemas en los que se han implementado, disminuyendo episodios de fricción política, y contribuyendo a una participación activa de los parlamentos en la formulación y evaluación de las políticas públicas.

### **3.1. Antecedentes para comisiones de control en Chile**

La existencia de estas comisiones de control no deben ser miradas como ajenas a nuestra tradición jurídica. En este sentido, hemos detectado que ésta es una labor que se ha ido desarrollando en la Cámara de Diputados de manera bastante sigilosa a través de las comisiones investigadoras o especiales, muchas veces sin tener la cobertura suficiente por los medios de comunicación. En no pocas ocasiones los informes de estas comisiones resultan más relevantes en la aplicación de determinadas políticas públicas que los de las investigadoras o especiales.

Desde la instalación del Congreso en 1990, se han constituido más de 110 comisiones investigadoras y más de 90 comisiones especiales. Muchas de ellas han tenido por objeto realizar actividades de control legislativo. Uno de los primeros casos fue la comisión constituida el 10 de enero de 1991 para estudiar los “Problemas de los recintos carcelarios”. En abril de 1991, se mandató a la Comisión de Economía con la finalidad de estudiar “Las tarifas de agua potable y alcantarillado” y “toda la legislación relativa a agua potable

---

<sup>34</sup> W. McKay and C. W. Johnson, *Parliament and Congress: Representation and Scrutiny in the Twenty-first Century* (Oxford Univ Pr) p. 378.

y alcantarillado, dictada desde 1988". Luego, en marzo de 1992 se creó una comisión investigadora que tenía por objeto abocarse al estudio del "Sistema de Comercialización de los medicamentos y productos farmacéuticos".

Destacamos estas comisiones porque son los primeros indicios que hemos detectado en el nuevo régimen constitucional de comisiones investigadores o especiales que tienen una naturaleza y un objeto distinto al de investigar o abordar una determinada materia de manera especial y particular, ya que lo que se hace es estudiar la forma en que se está aplicando una determinada normativa. También más recientemente, la Comisión de Régimen Político, desarrolló una función muy importante en cuanto a plantear temas de trascendencia para el sistema constitucional chileno, dando lugar a opiniones de académicos, políticos, investigadores de centros de estudios, candidatos presidenciales, etc. Como en otras oportunidades pudimos ver al Congreso como el centro de la deliberación política.

Estas comisiones no se dedicaron a estudiar escándalos políticos ni a ejercer una fiscalización episódica. Por el contrario, realizaron una revisión de la norma y su aplicación. Cabe destacar que estas tuvieron un plazo concreto de funcionamiento, solicitaron información y recibieron a distintas autoridades, en un breve plazo.

Sin duda, el consagrar en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional esta función de control legislativo no importa un injerto extranjerizante. Todo lo contrario, significa plasmar una realidad que emana de nuestra propia práctica jurídica y de las funciones más propias del Parlamento.

### **3.2. Control político no vinculante de las designaciones presidenciales: una función de las comisiones de control**

Las reformas constitucionales de 1989 y 2005 han venido a alterar la idea del constituyente de 1980 en cuanto a la composición regional del Senado. Es dable entender entonces que el constituyente derivado alteró la idea original del bicameralismo chileno, y con ello vemos que la función consultiva del gobierno exclusivamente al Senado adquiere un menor valor. A ello hay que sumarle la eliminación de los senadores que no provenían de elección popular. Todo eso implica que la fisonomía del Senado como cámara consultiva, en relación a una Cámara de Diputados como cámara eminentemente política quede un tanto desdibujada. Por una parte, tenemos un Senado que puede controlar pero no fiscalizar, en tanto que tenemos una Cámara que puede efectuar ambas funciones.

Con ello es posible plantear que la Cámara de Diputados pueda tener un rol relevante a la hora de pronunciarse sobre las designaciones del Presidente de la República, en particular en las nominaciones que el Presidente

realiza bajo el sistema de la Alta Dirección Pública. Con respecto a esto, si bien se percibe que la Alta Dirección Pública ha favorecido el nombramiento más objetivo y profesionalizado de funcionarios de alta relevancia de la Administración del Estado, ello no excluye el hecho de que políticamente la Cámara de Diputados pueda pronunciarse respecto de la calidad de los nominados, haciéndolo de un modo no vinculante respecto de sus aptitudes técnicas y políticas. Ello genera el inicio de una relación con el nominado, que desde el momento de asumir pueda exponer a la comisión permanente no legislativa (de control) que corresponde al área en que se desempeñará, sus planteamientos respecto de los lineamientos generales en que dicha posible futura autoridad estima que se debe abordar. Esta relación de fiscalización comienza a abordarse desde antes de asumir el cargo, comenzando a partir de ese momento una “relación de accountability”<sup>35</sup> entre la Cámara y la autoridad. Por otra parte, esta propuesta intenta generar un apoyo institucional que beneficiará finalmente al nominado, e impedirá por otra parte los efectos que se producen en aquellas situaciones en las que aparezca dicha designación como un error político (o una nominación políticamente reprochable).

En resumen, la función de una comisión de control, que pueda encargarse de desarrollar un control legislativo ex post, y un control de las designaciones presidenciales dentro del sistema de Alta Dirección Pública, debiera tender a lograr una mayor participación de la Cámara en el funcionamiento diario del gobierno, recabando información necesaria para la función legislativa futura, proveyendo de la información necesaria hacia el gobierno con respecto al impacto que tienen las políticas en sus afectados e impidiendo la producción de situaciones políticas que muchas veces culminan con fricciones que pueden ser evitables o crisis al interior de determinados órganos administrativos.

#### **4. Conclusiones**

La ley 20.050, aprobada el año 2005, incorporó una serie de importantísimas reformas constitucionales, varias de las cuales estaban destinadas precisamente a moderar las facultades presidenciales por la vía de incorporar nuevos mecanismos de control radicados en el Congreso Nacional (en especial, la facultad de citar a un Ministro de Estado y la constitucionalización de las comisiones investigadoras). A ello se suman los cambios introducidos en la composición, atribuciones y funcionamiento del Tribunal Constitucional, particularmente sus facultades para ejercer el control

---

<sup>35</sup> House of Commons, Public Administration Select Committee (2008), “Parliament and public appointments: Pre-appointment hearings by select committees”, Third Report’, (Westminster: House of Commons), párrafo 10.

constitucional preventivo de los decretos supremos que dicta el Presidente. Estas reformas se inscriben, a nuestro entender, en el camino correcto en cuanto tuvieron el efecto concreto de contener, al menos en parte, la alta concentración de poder en el Ejecutivo chileno.

No obstante, consideramos que sería positivo moderar aún más las vastísimas atribuciones que en nuestra forma de gobierno están radicadas en la persona del Presidente de la República en el ámbito de sus facultades colegisladoras, aunque sin necesidad de cambiar las características centrales del presidencialismo. El Ejecutivo todavía conserva un rol colegislador de enorme relevancia que se traduce en algunas atribuciones contempladas en la Constitución y en las leyes, pero también en prácticas que se han ido haciendo comunes durante la tramitación de los proyectos. Vale destacar que al respecto el Parlamento no ha sido un fuerte contrapeso en esta materia.

En materia de control y fiscalización política ejercida por la Cámara de Diputados, ha habido una excesiva atención en la fiscalización episódica, esto es aquella en que la Cámara se enfrenta a situaciones graves en las que presuntamente tiene algún grado de responsabilidad política el gobierno. Si bien dicha fiscalización es necesaria, y resulta loable la actuación de la Corporación por medio de los instrumentos de que dispone (en especial, las comisiones investigadoras y la interpelación ministerial), se requiere de un control constante de todos los asuntos que tienen relación con el actuar del Gobierno. Este tipo de fiscalización debe incluir necesariamente la labor administrativa y política desempeñada por el Ejecutivo, dando especial énfasis a cómo se están aplicando e implementando las leyes aprobadas por el Congreso. En otras palabras, se debe mirar también a una fiscalización parlamentaria de la implementación legislativa, de modo de analizar si se está aplicando la legislación de acuerdo a lo que fue la intención política manifestada en el Congreso. Ello puede complementar cualquier evaluación legislativa previa que se pretenda implementar.

Por ello, institucionalizar algo que ya ha funcionado en Chile, y de cuyo resultados hemos visto que hay evidencia en sistemas comparados, resulta una importante herramienta a ser considerada. Las comisiones de control transforman al Congreso en un vigilante minucioso, que participa en la generación de políticas públicas, que logra obtener propuestas de escándalos políticos, y que permite controlar la legislación ya promulgada. En tal sentido, en este artículo hemos intentado demostrar que la exigencia de la responsabilidad política no consiste en un juego del todo o nada --de la renuncia o permanencia de un ministro--, ni tampoco es una crítica severa frente a escándalos. La responsabilidad política también debe ser concebida como un mecanismo de debate político, de conversación entre gobierno y oposición, que se plantea dentro de un control recíproco pero moderado.

## Bibliografía

- Aragón Reyes, M. (2008). "Democracia y Parlamento." *Revista Catalana de dret públic* 37: 129-155.
- Barker, Anthony (1998), 'Political Responsibility for UK Prison Security - Ministers Escape Again', *Public Administration*, 76, 1-23.
- Barro, R. J. (1996). "Democracy and growth." *Journal of Economic Growth* 1(1): 1-27.
- Bruna Contreras, Guillermo (1997), 'Fiscalización de los actos de Gobierno', *Revista del Abogado*, 11.
- Bustos Gisbert, Rafael (2001), *La Responsabilidad Política del Gobierno: ¿Realidad o Ficción?* (Madrid: Editorial Colex) 127.
- Carey, John (2008), 'Legislative Organization', in Rhodes, Binder, and Rockman (eds.), *The Oxford Handbook of Political Institutions* (Oxford), 431-54.
- Cea Egaña, José Luis (1993), 'Fiscalización Parlamentaria del Gobierno', *Revista Chilena de Derecho*, 20 (1), 7-20.
- (1998), *Manual de Derecho Constitucional*, 4 vols. (Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile).
- Commons, House of (2005), 'Standing Orders of the House of Commons - Public Business 2005', (Westminster: House of Commons).
- Dowding, Keith; Kang, Won-Taek (1998), 'Ministerial Resignations 1945-97', *Public Administration*, 76 (Otoño), 411-429.
- Fallon, Richard H. (2005), 'Legitimacy and the Constitution', *Harvard Law Review*, 118 (6), 1787-1853.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2002), 'La Reforma Constitucional a la Fiscalización Parlamentaria en la Constitución de 1980: un Análisis Preliminar', *Ius et Praxis*, 8 (1), 461-481.
- Flinders, Matthew (2004), 'MPs and Icebergs: Parliament and Delegated Governance', *Parliamentary Affairs*, 57 (4), 767-784.
- García de Enterría, Eduardo (1983), *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial Civitas) 99.
- (2003), 'El Principio de "la Responsabilidad de los Poderes Públicos" Según el Art. 9.3 de la Constitución y la Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador', *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67, 15-47.
- Gay, Oonagh; Powell, Thomas (2004), 'Individual Ministerial Responsibility - Issues and Examples', (Westminster: Parliament and Constitution Centre, House of Commons).
- Gomes Canotilho, José Joaquim (2003), *Teoría de la Constitución* (Cuadernos "Bartolomé de las Casas"; Madrid: Editorial Dykinson) 118.
- House of Commons, Public Service Committee (1996), 'Ministerial

Accountability and responsibility, Second Report', (Westminster: House of Commons), 157.

- Kernahan, Kenneth; Segal, Hugh (1998), 'Is the Doctrine of Individual Ministerial Responsibility Workable?' in Mark; Barker Charlton, Paul (ed.), *Contemporary Political Issues* (3a Edición edn.; Ontario: International Thomson Publishing), 220-241.

- Koppell, Jonathan GS (2005), 'Pathologies of Accountability: ICANN and the Challenge of Multiple Accountabilities Disorder', *Public Administration Review*, 65 (1), 94-108.

Marshall, Geoffrey (1996), 'Ministerial Accountability: Why the Convention is Controversial', in Public Service Committee House of Commons (ed.), (Westminster), Memorandum enviado por el autor para la elaboración del Segundo informe del Public Service Committee sobre Ministerial Accountability and Responsibility.

- McKay, W. and Johnson, C. W. *Parliament and Congress: Representation and Scrutiny in the Twenty-first Century* (Oxford Univ Pr).

- Navarro Beltrán, Enrique (1991), 'La Facultad Fiscalizadora de la Cámara de Diputados', *Revista de Derecho Público*, 49 (enero-junio), 71-90.

--- (2003), 'Las Comisiones Investigadoras a la Luz de la Constitución', *Revista de Derecho Público*, 65, 194-199.

- Norton, Philip (2000), *Strengthening Parliament: The Report of the Commission to Strengthen Parliament* (London: Conservative Party).

- Precht Pizarro, Jorge Enrique (1986), 'Gobierno y Administración en la Constitución de 1980. Aceptaciones y Radicación Orgánica', *Gaceta Jurídica*, 67.

- Rogers, R. and Walters, R. (2006), *How Parliament Works* (Harlow: Pearson Longman).

- Soto Kloss, Eduardo (1994), *Revista de Derecho Público*, 55-56.

- Tomkins, Adam (1998), *The Constitution After Scott. Government Unwrapped* (Londres: Clarendon Press) 279.

- Woodhouse, Diana (1994), *Ministers and Parliament : Accountability in Theory and Practice* (Oxford: Clarendon Press).

--- (1997), *In Pursuit of Good Administration : Ministers, Civil Servants, and Judges* (Oxford: Clarendon Press).

--- (1999), 'Individual Ministerial Responsibility and a "Dash of Principle"', in David; Bogdanor Butler, Vernon; Summers, Robert (ed.), *The Law, Politics, and the Constitution: Essays in Honour of Geoffrey Marshall* (Oxford: Oxford University Press).

--- (2004), 'UK Ministerial Responsibility in 2002: The Tale of Two Resignations', *Public Administration*, 82 (1), 1-19.

- Zárata R., S. (2010). Responsabilidad Política en la empresa pública: ¿Banco del Estado sin control del Estado?, en Fermandois, Arturo y Delaveau, Rodrigo

(eds.), *Sentencias Destacadas 2009*, Ediciones LYD.

--- (2010) "La responsabilidad política del gobierno y las comisiones parlamentarias de investigación en el derecho chileno". Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.



# III

## Principios metodológicos para la evaluación de los acuerdos aprobatorios de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes de ejecución de obligaciones internacionales en la misma materia\*

Manuel Núñez Poblete\*\*

### Resumen

El presente ensayo ofrece un conjunto de principios o criterios metodológicos que permiten evaluar la aprobación de un tratado internacional en el campo de los derechos humanos. Antes del acto formal de aprobación, el Congreso debe analizar críticamente el contenido, el alcance y el significado del instrumento internacional, como también la verdadera capacidad interna para cumplir con las obligaciones internacionales. A su turno, algo parecido sucede con las propuestas de legislación nacional de cumplimiento de los tratados internacionales, la que debe sujetarse a un proceso comprensivo de evaluación, que abarque desde la necesidad de la medida legislativa hasta las cuestiones de técnica legislativa.

### Abstract

This paper offers a set of guidelines for the regulatory assessment of international human rights treaties and national laws executing those treaties. Prior the official passing, the National Parliament must critically appraise the content, reach and meaning of the international treaty, as well as the national capacity to achieve the international standards. Regarding legislative measures to perform the international obligations, this article explains how the Congress must evaluate the necessity and the content of the bill, besides the analysis of some topics of legal drafting.

\* El presente trabajo inédito forma parte del estudio "Tratados internacionales sobre integración y derechos humanos frente al ordenamiento jurídico chileno. Estudio sobre su aplicación y principios metodológicos de evaluación, ejecución y seguimiento", preparado por el autor para la Biblioteca del Congreso Nacional en el marco del programa BCN Innova.

\*\*Abogado por la Universidad Católica de Valparaíso, doctor en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Es profesor de derecho constitucional en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte.

## 1. Introducción

La evaluación de los acuerdos que proponen la aprobación de nuevos instrumentos internacionales y de la legislación de ejecución de los tratados vigentes no escapa a los criterios generales de racionalidad que se exigen a la actividad parlamentaria. En la práctica parlamentaria y gubernativa comparada, estos criterios generales suelen ordenarse en instrumentos específicos que identifican los criterios de análisis y que se conocen herramientas de evaluación de impacto normativo (*Regulatory Impact Assessment* en el mundo angloparlante). La identificación y ordenación de los criterios que definen los beneficios y costos, práctica extensamente recomendada por la OCDE<sup>1</sup>, puede hacerse en general para toda nueva forma de regulación o en particular para ciertas modalidades de intervención normativa. El objetivo del presente estudio es proponer algunos elementos de juicio para la evaluación de dos tipos de normas vinculadas al área de los derechos humanos. Se trata, en primer lugar, de los acuerdos aprobatorios de nuevos instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Para estos efectos, por instrumentos de esta naturaleza se entienden los negociados y aprobados en los ámbitos específicos de derechos humanos de las organizaciones mundiales y regionales. En segundo lugar, cuando los tratados internacionales no son autoejecutables, es preciso evaluar el contenido e impacto de las normas legales o reglamentarias de ejecución. En la medida en que el estudio se centra en la actividad parlamentaria, los criterios analíticos se centran en el campo de la ley, sin entrar en detalles sobre procedimientos de análogo naturaleza que serían necesarios para estudiar el desarrollo reglamentario de los tratados.

El estudio también se hará cargo de algunas cuestiones procedimentales que van más allá del análisis de contenido e interpretación, tales como la exigencia de un cuórum especial o de ciertas formas participación ciudadana. La identificación de estas variables completa el cuadro general de prevenciones metodológicas que es necesario tener en cuenta para pronunciarse sobre los dos tipos de instrumentos normativos en cuestión.

---

<sup>1</sup> Véanse, entre otros, OECD (2009), *Regulatory Impact Analysis. A Tool for Policy Coherence* (OECD Reviews for Regulatory Review, s.l.) y OECD (1997), *Regulatory Impact Assessment. Best Practices in OECD Countries* (OECD, Paris).

## **2. Principios metodológicos de evaluación para el estudio y aprobación de nuevos instrumentos internacionales relativos a derechos humanos**

### **2.1. El examen del contenido: examen de oportunidad y prevenciones sobre la interpretación**

El estudio de un convenio internacional debe someterse, a lo menos, a dos exámenes críticos: el juicio de oportunidad y el juicio de constitucionalidad (*vid. infra* §4.). El primer análisis revisa, a partir de la interpretación del contenido del instrumento internacional, la conveniencia política de su aprobación o rechazo. Para este juicio político es fundamental una correcta interpretación del instrumento. A su turno, una correcta interpretación parlamentaria del tratado debe tener en cuenta las siguientes variables: a) Los instrumentos de Derechos humanos no se interpretan del mismo modo que la legislación nacional o que el Derecho internacional general; b) eventualmente, el instrumento puede estar sujeto a alguna forma de interpretación de autoridad; c) Las normas del tratado pueden requerir de desarrollos ulteriores de parte del Parlamento nacional; y d) los derechos que regula pueden estar adecuadamente reconocidos y protegidos por la normativa vigente.

#### **2.1.1. Los instrumentos de Derechos humanos no se interpretan del mismo modo que la legislación nacional o que el Derecho internacional general**

La primera premisa interpretativa del Derecho internacional convencional de los derechos humanos indica que esta rama del Derecho no se interpreta con las mismas técnicas del Derecho internacional general. Esta afirmación ha sido sostenida por la Corte Interamericana en uno de los primeros *leading cases* sobre reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios y evolución del concepto de propiedad (desde la idea privada hacia la noción de propiedad comunal):

“Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua (31 de agosto de 2001), párrafo. 146.

Internacionalistas como Cançado Trindade sostienen que los tratados de derechos humanos, al no construirse sobre las premisas de la restricción interestatal de la soberanía (y la consecuente reciprocidad), no se interpretan restrictivamente. Por el contrario, ellos se interpretan de un modo finalista (conforme con su objeto y propósito), evolutivo y efectivo<sup>3</sup>.

En sentido similar se han pronunciado la jurisprudencia y la doctrina europeas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Tyrer* falló que:

“La Corte debe recordar que la Convención es un instrumento viviente que, como la Comisión lo ha destacado correctamente, debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”<sup>4</sup>.

### **2.1.2. Eventualmente, el instrumento puede estar sujeto a alguna forma de interpretación de autoridad**

Algunos instrumentos se encuentran sujetos a la interpretación de ciertos órganos internacionales de naturaleza administrativa. Dentro de Naciones Unidas hay que tener presente la opinión del Consejo de Derechos Humanos (ex Comisión de Derechos Humanos), del Comité de Derechos Humanos (CCPR), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comité contra la Tortura (CAT), el Subcomité contra la Tortura, el Comité de los Derechos del Niño (CRC), el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW) y el Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)<sup>5</sup>. A estos órganos especializados hay que agregar, entre otros organismos dependientes de Naciones Unidas, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>6</sup>, por mencionar algunos.

La interpretación oficial de los instrumentos consta en documentos de diversa naturaleza, tales como observaciones generales, informes anuales, informes nacionales o estudios generales, por mencionar las categorías más

<sup>3</sup> Cançado Trindade, Antônio (2006), *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (Ed. Jurídica de Chile, 2ª ed., 2006), pp. 17-61, con información bibliográfica.

<sup>4</sup> “The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Tyrer v. UK*, 25 de abril de 1978, párr. 31. Véase, en sentido similar al apuntado por Cançado Trindade, Letsas, George (2007), *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights* (Oxford University Press, Oxford), pp. 74-79; y Ovey, Clare y White, Robin (2002), *The European Convention of Human Rights* (Oxford University Press, Oxford), pp. 27-41.

<sup>5</sup> Los documentos de estos organismos se encuentran disponibles en: <<http://tb.ohchr.org/default.aspx>>.

<sup>6</sup> Documentos disponibles en: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>>.

usuales. Si bien estos documentos propiamente no integran el convenio internacional y su obligatoriedad puede ser discutida, no cabe duda de que son fundamentales para orientar la determinación de su sentido y, por lo tanto, para proyectar el modo en que serán aplicados por sus órganos de supervisión.

A los instrumentos administrativos (o “cuasi judiciales” como los llama cierto sector de la doctrina) hay que agregar, en su caso, la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

### **2.1.3. Las normas del tratado pueden requerir de desarrollos ulteriores de parte del Parlamento nacional**

En la teoría y la práctica del Derecho internacional se distingue entre normas autoejecutables y no autoejecutables. Como se verá más adelante, las primeras pueden ser directamente invocadas ante un tribunal y aplicadas por este, en tanto que las segundas precisan de un desarrollo de parte del poder legislativo nacional. En el segundo caso, la insuficiencia de los principios internacionales y su necesidad de desarrollo puede constituir una ventaja a favor de la versión nacional de los estándares internacionales.

En el caso de las normas no autoejecutables el legislador nacional disfruta de cierto margen de libertad para adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para cumplir con las obligaciones del tratado. Se trata de vinculaciones similares a las que imponen las directivas comunitarias (art. 249 TCE), donde la obligación impuesta al Estado no es de medio sino de resultado. Como señala un autor, refiriéndose a la CADH, “[a]unque los conceptos empleados por la Convención tienen un carácter autónomo, independiente del contenido y alcance que se asigne a los mismos en el Derecho interno de los Estados, muchos de ellos no están exentos de una dosis de subjetividad que, implícitamente, confiere al Estado cierto margen de apreciación en la determinación de las circunstancias allí previstas; por ejemplo, la determinación de las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención, a la cual se hace referencia en el art. 2 de la Convención”<sup>7</sup>.

### **2.1.4. Los derechos que regula pueden estar adecuadamente reconocidos y protegidos por la normativa vigente**

Una pregunta fundamental dentro del proceso de evaluación de

<sup>7</sup> Faúndez Ledesma, Héctor (2004), El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica), p. 63.

un convenio internacional es aquella que requiere por la novedad y, sobre todo, necesidad de las regulaciones contenidas en él. Esta es, por lo demás, una cuestión que forma parte de la evaluación de toda iniciativa legislativa y que persigue evitar la proliferación de normas vacuas y la depreciación de las normas vigentes. En otras palabras, evita la inflación de normas y la consecuente distracción de recursos materiales y humanos que supone la entrada en vigencia y posterior seguimiento de un nuevo instrumento internacional.

Sobre este criterio de análisis cabe recordar lo indicado por Naciones Unidas, cuya Resolución núm. 41/120, de 4 de diciembre de 1986, exhortó a los Estados a otorgar “prioridad a la aplicación de las normas internacionales vigentes”, requiriendo para que, en la redacción de nuevas normas internacionales sobre derechos humanos, se preste siempre “la debida consideración al marco jurídico ya establecido”<sup>8</sup>. La Declaración de Viena de 1993 fue por el mismo lado, requiriendo mayor coordinación dentro del sistema de Naciones Unidas, instando por la cooperación para reforzar y racionalizar las actividades de los distintos órganos, cuerpos y agencias especializadas, todo ello “teniendo en cuenta la necesidad de evitar la duplicación innecesaria”:

“1. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos recomienda el aumento de la coordinación en apoyo de los derechos humanos y las libertades fundamentales dentro del sistema de las Naciones Unidas. Con este fin, la Conferencia insta a todos los órganos y organismos de las Naciones Unidas y a los organismos especializados cuyas actividades guardan relación con los derechos humanos a que cooperen con miras a fortalecer, racionalizar y simplificar sus actividades, teniendo en cuenta la necesidad de evitar toda duplicación innecesaria. La Conferencia recomienda también al Secretario General que en sus reuniones anuales los altos funcionarios de los órganos y organismos especializados pertinentes de las Naciones Unidas, además de coordinar sus actividades, evalúen los efectos de sus estrategias y políticas sobre el disfrute de todos los derechos humanos.

(...)

6. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, reconociendo la necesidad de mantener un marco normativo acorde con la elevada

<sup>8</sup> El numeral 4 de la Resolución núm. 41/120 agrega la invitación a los estados miembros y a los órganos de Naciones Unidas “a que tengan presentes las siguientes directrices al elaborar instrumentos internacionales sobre derechos humanos; dichos instrumentos, entre otras cosas, deben:

- a) Ser congruentes con el conjunto de normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos;
- b) Tener el carácter fundamental y dimanar de la dignidad y el valor inherentes a la persona humana;
- c) Ser lo suficientemente precisos para engendrar derechos y obligaciones identificables y observables;
- d) Proporcionar, según proceda, un mecanismo de aplicación realista y efectivo que incluya sistemas de presentación de informes;
- e) Suscitar amplio apoyo internacional”.

calidad de las normas internacionales vigentes y de evitar la proliferación de instrumentos de derechos humanos, reafirma las directrices relativas a la elaboración de nuevos instrumentos internacionales que figuran en la resolución 41/120 de la Asamblea General de 4 de diciembre de 1986 y pide a los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas que, cuando consideren la posibilidad de elaborar nuevas normas internacionales, tomen en cuenta dichas directrices, consulten con los órganos de derechos humanos creados en virtud de tratados acerca de la necesidad de elaborar nuevas normas y pidan a la Secretaría que haga un examen técnico de los nuevos instrumentos propuestos”<sup>9</sup>.

Las alternativas del examen crítico de novedad no son muchas: o el convenio incorpora nuevos derechos o no representa mayores variaciones respecto del ordenamiento jurídico interno.

Si el convenio representa modificaciones sustantivas, es preciso identificar, dentro del proceso legislativo-parlamentario (es decir, antes y no después de la aprobación parlamentaria), las principales áreas normativas afectadas por el convenio y, junto con ello, los principales sectores sociales afectados. Lo primero facilita la identificación de las normas cuya modificación debe emprenderse antes de la entrada en vigor del tratado. Lo segundo permite favorecer la participación (*hearings*) de los sectores o grupos de interés afectados por la normativa.

Una evaluación exclusivamente *a posteriori* de las áreas y sectores afectados por una determinada normativa internacional, como asimismo de las consecuencias de la entrada en vigor de la normativa internacional, es enteramente desaconsejada.

Si el convenio, a juicio de los evaluadores, no implica modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico interno, es preciso todavía un segundo *test*: la potencial demanda de modificaciones de parte de los órganos de supervisión de los tratados. En efecto, debido a la lejanía de estos órganos con la tradición jurídica nacional, siempre es posible que se pidan modificaciones innecesarias a la legislación interna. Frente a requerimientos de esta naturaleza, o se cede ante la pretensión del órgano supervisor, o se justifica la resistencia (con la posibilidad de ser denunciado por el incumplimiento del convenio). Más abajo se explicará con más detalle esta posibilidad (*vid. infra*: condiciones y extensión de la obligación legislativa).

<sup>9</sup> 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, ap. II.A.1.

### 2.1.5. Análisis de costo/beneficio. ¿Y si el Estado no se encuentra en condiciones de cumplir con los estándares del instrumento?

En algunos países, los protocolos de evaluación de impacto normativo se refieren específicamente al análisis parlamentario de los tratados internacionales. En Nueva Zelanda, por ejemplo, el *Cabinet Manual* exige un informe gubernamental previo sobre el interés nacional del tratado (AIN o NIA: *National Interest Analysis*). El párrafo 7.116 de dicho instrumento de evaluación del Gobierno de Nueva Zelanda señala que:

“La presentación de un tratado a la cámara requiere de la preparación de un análisis de interés nacional. El análisis de interés nacional indica: 1. Las razones para que Nueva Zelanda ejecute la acción del tratado vinculante; 2. Las implicaciones para Nueva Zelanda de ejecutar la acción del tratado vinculante; 3. Los medios para implementar el tratado internamente”<sup>10</sup>.

Con mayor detalle, el reglamento interno de la Cámara Baja (*Standing Orders*) neozelandesa se refiere al contenido específico del AIN:

“§389. Análisis de interés nacional.

- (1) El análisis de interés nacional se referirá a las siguientes materias:
- (a) las razones por las cuales Nueva Zelanda se hace parte del tratado;
  - (b) las ventajas y desventajas para Nueva Zelanda de la entrada en vigor en Nueva Zelanda;
  - (c) las obligaciones que se impondrían sobre Nueva Zelanda, y la posición respecto de las reservas al tratado;
  - (d) los efectos económicos, sociales, culturales y ambientales de la entrada en vigor para Nueva Zelanda, y también de la no entrada en vigor para Nueva Zelanda;
  - (e) los costos para Nueva Zelanda del cumplimiento del tratado;
  - (f) la posibilidad de cualquier protocolo ulterior (u otras enmiendas) al tratado y sus efectos posibles;
  - (g) las medidas que podrían o deberían ser adoptadas para implementar el tratado, y las intenciones del Gobierno con relación a dichas medidas, incluyendo la legislación
  - (h) una declaración estableciendo las consultas que se hayan realizado o propuesto a la comunidad y a las partes interesadas

<sup>10</sup> New Zealand Cabinet Office. Department of the Prime Minister and Cabinet (2008), *Cabinet Manual* (Wellington), trad. propia.

con respecto al tratado

(i) si el tratado contiene disposiciones para el desistimiento o la denuncia

(2) En caso de que el tratado haya sido objeto de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación por urgentes razones de interés nacional, el análisis de interés nacional debe también explicar las razones de la acción urgente ejecutada.

(3) En el caso de un tratado que haya sido sometido a ratificación, adhesión, aceptación o aprobación y que sea objeto de desistimiento o renuncia, el análisis de interés nacional debe comprender las materias señaladas en el párrafo (1) en toda la extensión aplicable a la acción propuesta”<sup>11</sup>.

En esta parte de la evaluación, la respuesta es eminente política. Puede resultar especialmente crítico si el Estado no se encuentra razonablemente en posición de cumplir con las obligaciones del convenio. Lo anterior supone evaluar, por lo menos, el costo económico y político de las políticas públicas necesarias para adaptarse a los estándares del instrumento y el tiempo exigible para adecuarse a ellos.

El número de estados que han ratificado un instrumento internacional puede ser un buen índice para evaluar la oportunidad de aprobación de un convenio. Un bajo número de ratificaciones puede justificar la postergación de la aprobación cuando no se está en condiciones de asumir los costos de implementación de un tratado.

Un ejemplo reciente ilustrativo, aunque en el ámbito de las declaraciones no obligatorias, lo constituye la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (Resolución núm. 61/295 de 13 de septiembre de 2007). Esta declaración fue adoptada por mayoría de 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Entre los estados que votaron en contra se encuentra Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos<sup>12</sup>. Para el Gobierno de Canadá el texto era “demasiado amplio” y podía afectar la estabilidad obtenida sobre la base de acuerdos logrados con las comunidades indígenas y la Carta Canadiense de Derechos Humanos. Como indicó el Primer Ministro canadiense, Stephen Harper: “Nosotros no deberíamos votar sobre la base de lo políticamente correcto; realmente deberíamos votar sobre la base de lo que hay en el documento”<sup>13</sup>. La posición de Nueva Zelanda es

<sup>11</sup> New Zealand House of Representatives (1996, última reforma: 2008), Standing Orders (trad. propia)

<sup>12</sup> Con posterioridad a la Declaración, Estados Unidos (15 de diciembre de 2010) y Nueva Zelanda (18 de abril de 2010) han mostrado interés en apoyar la Declaración.

<sup>13</sup> “We shouldn't vote for things on the basis of political correctness; we should actually vote on the basis of what's in the document”, declaraciones a la prensa del Primer Ministro Stephen Harper, <<http://www.cbc.ca/canada/story/2007/09/13/canada-indigenous.html>>

también ilustrativa de esta forma de realismo político frente a la Declaración. Rosemary Banks, representante gubernamental, afirmó “La disposición sobre la tierra y recursos naturales no puede ser implementada en Nueva Zelanda (...). Para Nueva Zelanda todo el país caería potencialmente dentro de la finalidad del artículo”<sup>14</sup>.

Por último, es importante indicar que, tal como lo ha reconocido el propio Comité de Derechos Humanos, las reservas cumplen una función útil “al permitir a los Estados adaptar elementos concretos de sus leyes” a los derechos intrínsecos que reconocen los Pactos<sup>15</sup>, y particularmente fijar un plazo para que el Estado armonice sus leyes o prácticas<sup>16</sup>.

## 2.2. El cuórum de aprobación

Esta es una cuestión expresamente resuelta por la reforma constitucional de la ley 20.050<sup>17</sup>. De acuerdo con el art. 54 de la Constitución, “[l]a aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los cuórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente a los trámites de una ley”. Hay que advertir que el único ámbito en el cual podría surtir efecto esta exigencia es el nacional. En el plano preventivo, si se trata del cuórum de ley orgánica constitucional procede en control obligatorio, para el cual la ley orgánica 17.997 contiene algunas regulaciones especiales tras la reforma de la ley 20.381 (D. Of. de 28 de octubre de 2009)<sup>18</sup>. En caso contrario, es preciso que se promueva una cuestión de constitucionalidad, de conformidad con el procedimiento señalado en el artículo 93.3 de la Constitución.

Una vez que el tratado ha sido aprobado, ratificado, promulgado y publicado, el incumplimiento de las normas de forma, debe examinarse la procedencia de la declaración *a posteriori* de inaplicabilidad o inconstitucionalidad. Respecto de la inaplicabilidad, la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de Ley orgánica constitucional del Tribunal

<sup>14</sup> “The provision on lands and resources could not be implemented in New Zealand, she said. Article 26 stated that indigenous peoples had a right to own, use, develop or control lands and territories that they had traditionally owned, occupied or used. For New Zealand, the entire country was potentially caught within the scope of the article, which appeared to require recognition of rights to lands now lawfully owned by other citizens, both indigenous and non-indigenous, and did not take into account the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned. The article, furthermore, implied that indigenous peoples had rights that others did not have. The entire country would also appear to fall within the scope of article 28 on redress and compensation”. Alocución de Rosemary Banks, representante del Gobierno de Nueva Zelanda, Actas del 61° período de sesiones, 107 y 108, 13 de septiembre de 2007, disponible en: <<http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>>.

<sup>15</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 24, “Sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas en conformidad con el artículo 41 del Pacto”, 52° período de sesiones (1994), párr. 4.

<sup>16</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 24, párr. 20.

<sup>17</sup> Véase, con anterioridad, el criterio establecido por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, informe recaído en la consulta de la Sala acerca de si existen, en nuestra normativa, proyectos de acuerdo con cuórum calificado; proyectos de acuerdo orgánico constitucionales y proyectos de acuerdo modificatorios de la Constitución Política de la República (Boletín S 139-10, 19 de octubre de 1993).

<sup>18</sup> Arts. 34 y ss. del texto refundido, DFL. núm. 5, de 1 de junio de 2010, D. Oficial de 10 de agosto de 2010.

Constitucional<sup>19</sup> admitió expresamente la viabilidad de dicho instituto procesal, aunque sin profundizar en cuanto a si la inaplicabilidad procedería solo por razones de fondo o si también comprendería las de forma<sup>20</sup>. Sin embargo, el tenor de lo resuelto en ese fallo respecto de la improcedencia de requerir la declaración de inconstitucionalidad (art. 93 núm. 7 de la Constitución) de un tratado internacional<sup>21</sup> hace pensar que los vicios de forma –que invalidan en todo tiempo y lugar- no serían suficientes para sostener una declaración de inaplicabilidad.

### **2.3. Las reservas y las declaraciones interpretativas: principios básicos**

Las reservas y declaraciones son de competencia exclusiva del Presidente de la República. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con el texto constitucional reformado en 2005, “[e]l Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional” (art. 54.1 CPRCh).

Aunque la formulación de la norma constitucional es clara, la práctica reciente parece haberse desviado al incorporar, vía reforma constitucional (Ley núm. 20.352, D. Of. de 30 de mayo de 2009), una declaración relativa a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. En efecto, entre la norma vigesimocuarta transitoria y la disposición del art. 54.1 permanente, parece haber una contradicción, en el sentido de que a través de la primera el Parlamento –como parte del poder constituyente derivado- formula una declaración sobre el alcance del reconocimiento de jurisdicción de la Corte. Desde el punto de vista interno, esta norma pareciera obligar al Presidente a incluir en el instrumento de ratificación las declaraciones de los incisos 2°, 3° y 4°. Desde el punto de vista del Derecho internacional, esta declaración carece de efectos, a menos, como se dijo, que ella sea incluida en el instrumento de ratificación.

Examinado el texto del reciente decreto promulgatorio del Estatuto de Roma, es posible advertir que las declaraciones de la disposición vigesimocuarta transitoria no fueron reproducidas en el instrumento de ratificación. Las únicas dos declaraciones de dicho instrumento se relacionan

<sup>19</sup> Sentencia rol núm. 1.288, 25 de agosto de 2009. Véanse los considerandos 35° y ss.

<sup>20</sup> Véase mi trabajo “Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales. Un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad”, *Estudios Constitucionales* 8/2 (2010), pp. 431-434. Con relación al instituto procesal de la inaplicabilidad y los tratados internacionales se presentaron después de la sentencia un proyecto de ley modificatoria de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (Bol. 6883-07, moción ingresada a la Cámara de Diputados y que fue rechazada en general) y un proyecto de reforma constitucional (Bol. 6934-07, moción ingresada a la Cámara de Diputados), ambos con el objeto de marginar los tratados internacionales de la inaplicabilidad.

<sup>21</sup> Sentencia rol núm. 1.288, 25 de agosto de 2009, cons. 56°-58°.

con el trámite y la lengua de las solicitudes de cooperación<sup>22</sup>.

Las reservas suelen ser útiles, especialmente en la medida en que modulan la obligación de adaptar las disposiciones de derecho interno, del mismo modo en que las declaraciones pueden explicitar las fechas a partir de las cuales se hace efectiva una determinada obligación. La cuestión relevante radica en determinar la procedencia de las reservas y declaraciones de acuerdo con el Derecho internacional. Para responder a esta cuestión hay que distinguir: a) si el tratado contiene normas relativas a las reservas y declaraciones, y b) si el tratado no contiene normas especiales. En el primer caso, habrá de estarse a lo dispuesto por el tratado, mientras que en el segundo, a lo dispuesto por las normas generales del Derecho internacional. La norma general codificada se encuentra en la Convención de Viena para el Derecho de los tratados, art. 19:

*“Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos:*

- a) que la reserva esté prohibida por el tratado;
- b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o
- c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

La suficiencia de los criterios de la Convención de Viena para examinar la validez de las reservas en materia de derechos humanos ha sido discutida por la doctrina<sup>23</sup>, la Comisión de Derecho internacional<sup>24</sup>, el Comité de Derechos Humanos<sup>25</sup> y la propia Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1951 sobre las Reservas a la Convención contra el Genocidio. Por otra parte, también se ha discutido el efecto que tiene su invalidez respecto de la totalidad del tratado en el que inciden<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> DS. núm. 104, D. Of. de 1 de agosto de 2009: “1. De conformidad con el Artículo 87.1 letra a), del Estatuto, las solicitudes de cooperación de la Corte Penal Internacional deben ser tramitadas por vía diplomática al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. 2. De conformidad con el Artículo 87.2 del Estatuto, las solicitudes de cooperación de la Corte Penal Internacional y los documentos que las justifiquen, deben estar redactados en español o estar acompañados de una traducción al español.”

<sup>23</sup> Ver, Baratta, Roberto (2000), “Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded?”, *European Journal of International Law* 11/2, pp. 413-425; Benavides, María A. (2007), “Reservas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Ius et Praxis* 13/1, pp. 167-204; Cançado Trindade, Antônio (2006), *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (Ed. Jurídica de Chile, 2ª ed., 2006), pp. 288-381, con referencias bibliográficas; Simma, Bruno (1998), “Reservations to Human Rights Treaties—Some Recent Developments”, en Hafner, Gerhard et al. (Eds.) *Liber Amicorum Professor Ignaz Seide-Hohenveldern* (Kluwer Law International, The Hague-London-Boston), pp. 559-682; y la obra colectiva de Ziemele, Ineta (Ed.) (2004), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime. Conflict, Harmony or Reconciliation* (M. Nijhoff Publ, The Hague).

<sup>24</sup> International Law Commission, Annual Report 1997, UN Doc. A/CN.4/SER.A/1997/Add. 1, párrafos 65 y ss.

<sup>25</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 24 (1994).

<sup>26</sup> Goodman, Ryan (2002), “Human Rights Treaties, Invalid Reservation and State Consent”, *American Journal of International Law* 96, pp. 531-560.

Por su relevancia, precisión y pertinencia, conviene tener presente dentro del proceso legislativo las recomendaciones que formuló el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Estas recomendaciones, elaboradas específicamente en el contexto de los instrumentos de derechos humanos, pueden resumirse en los siguientes principios:

- a) Deberán evitarse las reservas numerosas. Solo se deben formular las reservas estrictamente necesarias<sup>27</sup>.
- b) Las reservas no deben ser vagas, esto es, deben ser redactadas en términos “específicos y transparentes”<sup>28</sup>.
- c) Si las reservas se relacionan con normas de Derecho interno, deben ser lo más exactas posibles, identificando “en términos precisos las leyes o prácticas internas que [el Estado] considera incompatibles con la obligación del Pacto”<sup>29</sup>.
- d) Las reservas no pueden aspirar a afectar el significado autónomo que tienen las disposiciones del tratado respecto de las normas de Derecho interno<sup>30</sup>.
- e) Las reservas no pueden afectar el cumplimiento de normas perentorias (*ius cogens*)<sup>31</sup>.
- f) Las reservas no pueden afectar el cumplimiento de normas inderogables<sup>32</sup>.
- g) Las reservas no pueden impedir que el Estado ofrezca recursos para reprimir las violaciones a los derechos humanos<sup>33</sup>.
- h) Las reservas deben ser temporales, de modo que puedan ser retiradas lo antes posible<sup>34</sup>.
- i) Es recomendable explicitar el plazo que se requiere para hacer que las leyes y prácticas nacionales sean compatibles con el tratado<sup>35</sup>.

Un ejemplo práctico de aplicación de los principios recién reseñados puede consultarse en el Informe del Comité de Derechos Humanos respecto de las reservas formuladas al PIDCP por Estados Unidos. En un informe de 1995 el Comité señaló:

“El Comité lamenta la amplitud de las reservas, declaraciones e interpretaciones del Pacto hechas por el Estado parte. Cree que estas, en su conjunto, tienen como objetivo lograr que los Estados Unidos acepten lo que

<sup>27</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 24, párr. 20.

<sup>28</sup> *Ibid*, párrs. 12 y 19.

<sup>29</sup> *Ibid*, párr. 20.

<sup>30</sup> *Ibid*, párr. 20.

<sup>31</sup> *Ibid*, párr. 8.

<sup>32</sup> *Ibid*, párr. 10.

<sup>33</sup> *Ibid*, párr. 11.

<sup>34</sup> *Ibid*, párr. 20.

<sup>35</sup> *Ibid*, párr. 20.

ya se halla reflejado en su legislación. El Comité también está especialmente preocupado por las reservas expresadas con respecto al párrafo 5 del artículo 6 y al artículo 7 del Pacto, que a su juicio son incompatibles con el objetivo y la finalidad de este”<sup>36</sup>.

#### **2.4. La coherencia con la Constitución interna: la revisión de constitucionalidad y la reforma previa. Elementos básicos de comparación**

Debido al esquema rígido de nuestra Constitución, no es posible introducir reformas constitucionales por la vía de la aprobación de tratados internacionales. Por lo tanto, hecho el examen de compatibilidad entre la Constitución y el tratado en examen, será preciso decidir sobre la eventual reforma de la Constitución.

El juicio de constitucionalidad se podrá realizar en cualquier trámite constitucional. En atención a la aplicabilidad de la normas sobre tramitación de la ley al despacho de los acuerdos aprobatorios de un tratado internacional, sería procedente la declaración de inadmisibilidad a que se refiere el art. 15 de la ley orgánica constitucional 18.918.

Para el examen parlamentario de la constitucionalidad es preciso tener presente estos dos principios básicos:

a) Los términos del tratado pueden tener un sentido diverso al que poseen los mismos términos en el Derecho interno. *Si dos textos dicen lo mismo, esto no implica que necesariamente signifiquen lo mismo.*

b) Para identificar el sentido de las palabras de un tratado habrá que ceñirse con preferencia a la doctrina de las organizaciones internacionales de supervisión de esos instrumentos.

La Constitución ha previsto un canal adicional de revisión de constitucionalidad de los tratados (y sin embargo omitió pronunciarse respecto del control de constitucionalidad de los *acuerdos aprobatorios*). El Tribunal Constitucional, conforme a las competencias establecidas en los números 1 y 3 del art. 93 CPRCh, realiza el control preventivo de constitucionalidad de los tratados. Es importante subrayar que este órgano, bien cuando conozca de oficio, bien cuando conozca a petición de parte, deberá considerar los mismos principios de hermenéutica de los tratados internacionales. Esto es, la autonomía del significado de las normas internacionales y el parecer de los eventuales órganos de supervisión.

Puesto que es relativamente corriente que el Tribunal Constitucional utilice técnicas de la interpretación subordinada, en virtud de las cuales

<sup>36</sup> Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/79/Add.50, 7 de abril de 1995, párr. 14.

la constitucionalidad de un precepto sujeto a revisión se condiciona a determinado sentido textual, el Congreso deberá tener especial cuidado en vigilar que estas declaraciones y reservas virtuales sean debidamente respetadas por el Presidente de la República. Por otro lado, la validez internacional de estas declaraciones interpretativas resulta enteramente discutible a la luz de lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena del Derecho de los tratados (“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”).

En todo caso, dadas las dificultades que presentan este tipo de declaraciones, el Tribunal deberá formularlas solo si es estrictamente necesario.

## **2.5. La reforma constitucional: ¿normas transitorias o permanentes?**

Una vez determinada la necesidad de reformar previamente la Constitución habrá que formular el proyecto de reforma constitucional, condición previa a la aprobación del tratado. En la redacción e inserción de la reforma dentro del articulado de la Constitución habrá de evitarse el recurso a la redacción *ad casum*. Si es posible reformar la Constitución para autorizar la suscripción y aprobación de una categoría determinada de tratados, es preferible identificar la categoría antes que el tratado. Lo anterior, evita el reformar la Constitución cada vez que se presenta la oportunidad de aprobar un tratado diverso al expresamente autorizado.

Desde las recomendaciones anotadas, resulta opinable la técnica de la reciente reforma constitucional introducida por la ley 20.352 (D. Of. de 30 de mayo de 2009). Mediante esta norma se agregó una disposición vigesimocuarta transitoria, la que señala:

“El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de junio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha corte.

Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional. La cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, así como los procedimientos judiciales y administrativos a que hubiere lugar, se sujetarán a lo que disponga la ley chilena.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, solo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma”.

Si uno de los requerimientos más frecuentes de la jurisdicción internacional contemporánea consiste en la transferencia parcial de soberanía, quizá es más eficiente una reforma que comprenda a todos los tratados que pudieran quedar comprendidos en esta categoría, incluyendo los tribunales penales y también las posibles jurisdicciones supranacionales.

### **3. Principios metodológicos de ejecución de las obligaciones internacionales a través de la dictación de leyes nacionales**

El cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos no recae exclusivamente en la Administración o en los Tribunales de Justicia. El Poder Legislativo (Congreso Nacional y Presidente de la República en nuestra estructura constitucional) está igualmente obligado a cumplir con las obligaciones generales y especiales que imponen los instrumentos vinculantes para el Estado de Chile.

#### **3.1. Cuándo es necesaria una ley. La evaluación de la necesidad de la ley**

La primera pregunta que es preciso plantearse dentro del proceso de desarrollo de un convenio internacional de derechos humanos es aquella por la necesidad de la ley. El primer elemento de respuesta se encuentra en la distinción elemental entre normas auto-ejecutables (*self executing*) y no auto-ejecutables (*not self executing*). Respecto de las segundas, es preciso distinguir si el modo normativo de ejecutar un tratado admite la intervención de la potestad reglamentaria del Presidente de la República o si, por el contrario, es necesaria la intervención de los órganos colegisladores. En este último caso, es necesario identificar los principios básicos que gobiernan la definición de su contenido.

##### **3.1.1. Normas autoejecutables y no autoejecutables**

La doctrina y la jurisprudencia constitucional nacional han desarrollado, desde hace tiempo, la noción de normas ejecutables y no ejecutables de un tratado internacional. Siguiendo la definición más aceptada, el Tribunal Constitucional ha resuelto que “[l]os tratados, para su aplicación en el orden

interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina *self executing* y *non self executing*. Las primeras son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva. Pueden existir tratados que solo contengan cláusulas autoejecutables y otros que solo contengan no ejecutables, como puede un mismo tratado contener unas y otras (...) Solo en el evento de que la norma sea autoejecutable, el Tribunal debe - en esta instancia jurisdiccional - pronunciarse sobre su constitucionalidad”<sup>37</sup>.

De acuerdo con lo afirmado por el Tribunal Constitucional, las normas autoejecutables se incorporan automáticamente, mientras que las no ejecutables demandan el desarrollo de procedimientos normativos ulteriores de parte de las autoridades nacionales. Luego, los criterios propuestos por el Tribunal para discernir la aplicabilidad inmediata de las normas internacionales son el contenido y la precisión de las normas. Sin el ánimo de generalizar, puede decirse que la estructura de contenidos más apta para afirmar la autosuficiencia de un instrumento internacional es la prohibición o el mandato negativo. Los mandatos positivos, que fijan obligaciones de hacer, como sucede con buena parte de los llamados derechos sociales y culturales, suelen exigir la intervención de las autoridades nacionales. Por eso, no debe extrañar que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales haya afirmado que, tratándose de los derechos sociales, “*el Comité reconoce que en numerosos casos las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser incluso indispensables*. Por ejemplo, puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias. En esferas como la salud, la protección de los niños y las madres y la educación, así como en lo que respecta a las cuestiones que se abordan en los artículos 6 a 9, las medidas legislativas pueden ser asimismo un elemento indispensable a muchos efectos”<sup>38</sup>.

Es importante señalar que la distinción entre normas autoejecutables y no autoejecutables no opera solamente sobre el contenido del instrumento. Ella depende, además, de las provisiones constitucionales internas de cada

<sup>37</sup> Tribunal Constitucional, rol núm. 309, de 4 de agosto de 2000, cons. 48°.

<sup>38</sup> Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General núm. 3 “La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, 5° periodo de sesiones, párrafo 3.

Estado (que podría conceder la autoejecutabilidad a todo un tratado, lo que en todo caso no sucede en Chile) y, sobre todo, de las aspiraciones del propio instrumento internacional. Así, pareciera que la Convención Americana de Derechos Humanos ha aspirado a la autoejecutabilidad. En efecto, para un sector relevante de la doctrina, la Convención Americana de Derechos Humanos sería, en principio, autoejecutoria “generando directamente derechos para los individuos, y debiendo ser aplicada por los tribunales respectivos sin necesidad de trámites ulteriores”<sup>39</sup>. Sin embargo, para esa misma doctrina autorizada, “esto no significa que todas las disposiciones de una Convención sean ejecutables por sí mismas (*self executing*). Hay a menudo disposiciones programáticas (...) Hay también otros derechos que, debido a su naturaleza, o al [sic] fraseología de la Convención, carecen de exigibilidad inmediata y plena en ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias, a adoptar por el Estado”<sup>40</sup>.

A diferencia de lo que acontece con la Convención Americana, y a pesar de que los tribunales chilenos puedan aplicarlo de modo directo, el PDICP no exige necesariamente que se le considere como un instrumento autoaplicable. Esta afirmación tiene como fuente la doctrina del Comité de Derechos Humanos, cuya Observación general 31 afirma lo siguiente: “El párrafo 2 del artículo 2 impone a los Estados partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del Pacto en la esfera interna. De ello se deduce que, a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto. Cuando existan incompatibilidades entre el derecho interno y el Pacto, el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto. *El artículo 2 autoriza a un Estado parte a proceder de conformidad con su propia estructura constitucional interna y, en consecuencia, no exige que el Pacto sea directamente aplicable en los tribunales, mediante la incorporación del Pacto al derecho nacional.* El Comité opina, sin embargo, que las garantías del Pacto pueden recibir una mayor protección en los Estados en los que automáticamente o por medio de una incorporación concreta pasa a formar parte del ordenamiento jurídico interno. El Comité invita a los Estados partes en los que el Pacto no forma parte del orden jurídico interno, que considere

<sup>39</sup> En este sentido, Faúndez Ledesma, Héctor (2004), *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica), pp. 58-60 y Gros Espiell, Héctor (1991), *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago), pp. 209-210.

<sup>40</sup> Jiménez de Aréchaga, Eduardo (1988), “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 7, pp. 25-41, p. 32. Véase también Cançado Trindade, Antônio (2006), *El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI* (Ed. Jurídica de Chile, 2ª ed., 2006), pp. 306-310.

la conveniencia de que el Pacto pase a formar parte del derecho interno para facilitar la plena realización de los derechos del Pacto tal como se exige en el artículo 2<sup>41</sup>.

Como el análisis de la autoejecutividad de los instrumentos internacionales suscritos por Chile y vigentes excede el objetivo del presente estudio, basta con recordar los pasos fundamentales del razonamiento sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales: (a) Si el tenor literal del instrumento es lo suficientemente preciso como para exigir su ejecución por un tribunal de la República o por un órgano de la Administración, la disposición en cuestión es autoejecutable; b) si el contenido no es lo suficientemente preciso, es necesaria entonces la dictación de una norma interna que desarrolle su contenido y permita darle eficacia en el ámbito interno.

### **3.2. Ejecución normativa: ámbito de la potestad reglamentaria y de la potestad legislativa**

Resuelta la necesidad de dictar disposiciones de Derecho interno es preciso identificar el órgano responsable de su formulación. La Constitución chilena dispone que “[l]as medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley” (art. 54.1). Como es sabido, esta norma no se refiere a las normas nacionales sino a las nuevas normas internacionales que el Presidente estime necesarias para cumplir un tratado. Luego, la intervención del Poder Legislativo se rige por las reglas generales, de acuerdo con las cuales las materias de ley son las expresamente enumeradas en el art. 63 de la Constitución.

De acuerdo con el principio de reserva legal, en materia de derechos constitucionales la competencia de la potestad reglamentaria es muy reducida por lo que usualmente será el legislador, y no la Administración, el órgano facultado para implementar un tratado de derechos humanos.

#### **3.2.1. El sentido de la voz “leyes”**

Es corriente que los tratados internacionales se remitan a la legislación interna de los Estados firmantes. Si se examinan por ejemplo la CADH, el PIDCP o el PIDESC se advertirá que la referencia a las leyes nacionales se encuentra presente en prácticamente todas sus disposiciones. La Corte Interamericana

---

<sup>41</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31, “La índole jurídica de la obligación impuesta a los Estados partes del Pacto”, 80° periodo de sesiones, aprobada en la 2.187ª sesión, el 29 de marzo de 2004, párrafo 13.

ha estimado que cuando la CADH se remite a las leyes que restringieren el goce y ejercicio de los derechos y libertades (al art. 30 CADH,), se refiere a normas aprobadas por el Parlamento:

“26. En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.”

“27. La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”<sup>42</sup>.

### **3.2.2. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno: condiciones y extensión de la obligación legislativa**

La obligación general de dictar disposiciones legislativas internas se encuentra en los arts. 2.2 PIDCP y 2 CADH. De acuerdo a la interpretación autorizada de ambas disposiciones, la obligación de adoptar las medidas

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 (9 de mayo de 1996).

internas no se encuentra condicionada y exige que las medidas de supresión de obstáculos y promoción de derechos sean eficaces. Por lo que se refiere a las primeras de las normas citadas, es preciso tener en cuenta la Observación General núm. 31, que en lo pertinente señala:

“El párrafo 2 del artículo 2 impone a los Estados partes la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos del Pacto en la esfera interna. De ello se deduce que, a menos que los derechos del Pacto ya estén protegidos por sus leyes o prácticas internas, los Estados partes están obligados a introducir en el momento de la ratificación, los cambios de los derechos y prácticas internas que sean necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto. Cuando existan incompatibilidades entre el derecho interno y el Pacto, el artículo 2 exige que el derecho o la práctica interna se modifique para cumplir las normas impuestas por las garantías sustanciales del Pacto”<sup>43</sup>.

“El requisito establecido en el párrafo 2 del artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos del Pacto *no está sometido a condiciones y es de efecto inmediato*. La falta de cumplimiento de esta obligación no puede estar justificada alegando consideraciones políticas, sociales, culturales o económicas dentro de ese Estado”<sup>44</sup>.

La Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de detallar el sentido de la obligación que emana del art. 2 CADH en diversos casos contenciosos<sup>45</sup>. En el caso *Yatama v. Nicaragua* (2005) explicó que “el deber general del artículo 2 de la Convención implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”<sup>46</sup>. En el caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* (31 de agosto de 2001), reitera lo fallado en los casos *Baena y otros* y *Cantoral Benavides*: “[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31, “La índole jurídica de la obligación impuesta a los Estados partes del Pacto”, 80º periodo de sesiones, aprobada en la 2.187ª sesión, el 29 de marzo de 2004, párrafo 13.

<sup>44</sup> *Ibid.*, párrafo 14, cursivas añadidas.

<sup>45</sup> Véanse, entre otros, los casos *Petruzzi* (30 de mayo de 1999), párr. 222, *Paniagua y otros* (25 de mayo de 2001), párr. 203, *Niños de la Calle* (26 de mayo de 2001), párr. 98, *Bamaca* (22 de febrero de 2002) y *Bulacio* (18 de septiembre de 2003), párr. 5.

<sup>46</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yatama v. Nicaragua* (23 de junio de 2005), párr. 189.

<sup>47</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua* (31 de agosto de 2001),

La efectividad de las medidas internas ha sido desarrollada por la Corte en el caso *Última tentación de Cristo* (5 de febrero de 2001):

“87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas solo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención”

En ocasiones, al interior de los Estados es posible demostrar dogmáticamente que la vigencia de los derechos reconocidos en un instrumento internacional no requiere de la adopción de normas especiales. Así por ejemplo, podría decirse que la declaración constitucional de igualdad permite excluir todas las discriminaciones, o que el reconocimiento constitucional del derecho a la integridad física y psíquica excluye la tortura. Si bien las afirmaciones anteriores son correctas, no es raro que los organismos internacionales de supervisión de los tratados de derechos humanos exijan mayores niveles de precisión. Estas mayores exigencias de precisión y “visibilidad” de los derechos desarrollados, aunque pueden ser discutibles desde aquellas premisas teóricas que favorecen la reducción de la inflación legislativa, deben ser tomadas en cuenta en todo proceso legislativo.

En el caso *Pueblo Saramaka v. Surinam* se discutió sobre la suficiencia de las instituciones procesales internas para proteger las pretensiones de los demandantes respecto de su derecho de propiedad. Surinam alegaba que las instituciones preexistentes, propias del *common law*, permitían de manera adecuada la tutela de la propiedad comunal. Respondiendo a esta alegación:

“La Corte observa que aunque la llamada legislación judicial pueda ser un medio para el reconocimiento de los derechos de los individuos, especialmente

---

párrafo. 136.

conforme a los sistemas de derecho común (*common law*), la disponibilidad de un procedimiento de este tipo no cumple, en sí mismo, con las obligaciones del Estado de efectivizar los derechos consagrados en la Convención Americana. *Es decir, la mera posibilidad de reconocimiento de derechos a través de cierto proceso judicial no es un sustituto para el reconocimiento real de dichos derechos.* El proceso judicial mencionado por el Estado debe, entonces, ser entendido como un medio a través del cual se podrían efectivizar esos derechos en el futuro, pero que aún no ha reconocido, efectivamente, los derechos en cuestión”<sup>48</sup>.

### **3.3. El contenido de la ley: aspectos sustanciales y formales**

#### **3.3.1. Cumplimiento general o cumplimiento especial. El margen de apreciación del legislador**

Hay por lo menos dos formas de poner en ejecución las normas imperativas de los tratados internacionales. La primera es la adecuación voluntaria, la segunda es la adecuación forzada en cumplimiento de una recomendación o de una resolución judicial. En el primer caso, el legislador cuenta con cierta libertad para optar, dentro de un margen razonable de apreciación, por las alternativas que convienen a los fines establecidos por el tratado. En el segundo caso, habrá de estarse a las instrucciones más precisas contenidas en la recomendación o resolución, pero que en todo caso deberían respetar el margen de apreciación del Estado.

Como lo recuerda el profesor Salinas Burgos, “debe recordarse que tratándose de tribunales internacionales y no supranacionales, las sentencias que de ellos emanan tienen una naturaleza declarativa, cuyos efectos en los ordenamientos internos son el resultado del ejercicio de competencias internas. De suerte que el Estado interesado es titular de un margen de discrecionalidad y apreciación respecto de la ejecución de dicha sentencia. Margen que, dejando a salvo la obligación genérica de conformarse o adecuarse a la misma, le deja libertad para determinar la forma en que la sentencia en cuestión ha de producir efectos en su propio ordenamiento, pudiendo llegar incluso, en el caso europeo, a establecer una mera ‘reparación equitativa’ que sustituya a la ejecución de la sentencia en sus términos literales”<sup>49</sup>.

El estilo de las recomendaciones y las sentencias suele dejar un margen de libertad al Estado. Con todo, puede suceder que, por diversas razones,

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Pueblo Saramaka v. Surinam (28 de noviembre de 2007), párrafo 105.

<sup>49</sup> Salinas Burgos, Hernán (2007), “Obligatoriedad y cumplimiento de las sentencias internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno”, *Análisis internacional* 17, 30 de junio de 2008, disponible en <[http://www.institutolibertad.cl/i\\_17.htm](http://www.institutolibertad.cl/i_17.htm)> [consultado el 11 de junio de 2009].

surjan dificultades en el momento de determinar la suficiencia de la respuesta nacional frente a la recomendación o al mandato internacional. Por razones naturales, los órganos de supervisión de los tratados no siempre se encuentran en las mejores condiciones para comprender el alcance de las normas nacionales que reconocen o protegen los derechos fundamentales (incluidas las normas constitucionales). Esto explica que a veces se recomiende la adopción de medidas que, de una u otra forma, ya se encuentran consideradas en el Derecho interno. En estos casos el Estado tiene dos alternativas, o cumple estrictamente con la recomendación o espera la oportunidad para explicar el sentido de las disposiciones internas. Así aconteció con la recomendación que el Comité contra la Tortura emitió respecto de la garantía constitucional a no ser víctima de torturas ni de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La recomendación y la respuesta de Chile ilustran bien este caso:

“Párrafo 7b), recomienda reformar la Constitución para garantizar la plena protección de los derechos humanos, incluido el derecho a no ser víctima de torturas ni de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en conformidad con la Convención (...) [texto de la recomendación].

81. La Constitución política de la República de Chile contiene en su artículo 19 N° 1 el precepto que consagra el derecho a la vida e integridad física y psíquica de las persona y establece en su inciso final: ‘... Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo...’, es decir, aunque no expresamente, se prohíbe en rango constitucional la aplicación de torturas o cualquier otro tipo de apremios ilegítimos. Como señala la doctrina ‘...la autoridad que aplica tortura o tormentos físicos o psíquicos no solo comete delito, infringe además la Constitución. La prohibición de aplicar apremios ilegítimos es total. Por su naturaleza, y por los bienes jurídicos que protege, que son la vida y la dignidad del hombre, no admite excusas ni justificaciones de ninguna índole...’. Aunque los términos que se han utilizado en la Constitución de 1980 no son los que aparecen en la Convención, lo cierto es que lo protegido resulta ser lo mismo en uno y otro caso”<sup>50</sup>.

### 3.3.2. Eficacia de los instrumentos: acciones y derechos

No basta con que la legislación nacional desarrolle normativamente un

<sup>50</sup> Comité contra la Tortura, “Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 19 de la Convención. Quinto informe periódico que los Estados debían presentar en 2005”, CAT/C/CHL/5, 21 de agosto de 2005, párr. 81.

derecho reconocido en el ámbito internacional, si ese reconocimiento no es acompañado de acciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones nacionales. Tratándose de derechos civiles, hay que recordar lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos:

“15. El párrafo 3 del artículo 2 exige que, además de dar una protección efectiva a los derechos del Pacto, los Estados partes garanticen que toda persona disponga también de recursos accesibles y eficaces para justificar esos derechos. Esos recursos deben adaptarse de manera adecuada para que tengan en cuenta la particular vulnerabilidad de determinadas categorías de personas, con inclusión en particular de los niños. El Comité atribuye importancia al establecimiento por los Estados partes de mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos con arreglo al derecho interno. El Comité advierte que el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto puede ser garantizado con eficacia por el poder judicial de muchas formas distintas, entre ellas la aplicabilidad directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales o legales de otra índole comparables, o el efecto interpretativo del Pacto en la aplicación del derecho nacional. Se requieren en particular mecanismos administrativos para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva”<sup>51</sup>.

Contra lo que normalmente se cree, estas acciones resultan también recomendables en el caso de los derechos sociales, como lo ha sugerido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales:

“4. El Comité toma nota de que los Estados partes se han mostrado en general concienzudos a la hora de detallar al menos algunas de las medidas legislativas que han adoptado a este respecto. No obstante, desea subrayar que la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados partes. Al contrario, se debe dar a la frase ‘por todos los medios apropiados’ su significado pleno y natural. Si bien cada Estado parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias y en relación con cada uno de los derechos contemplados, la ‘propiedad’ de los medios elegidos no siempre resultará evidente. Por consiguiente, conviene que los

---

<sup>51</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 31, párr. 15.

Estados partes indiquen en sus informes no solo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más ‘apropiadas’ a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no todas las medidas apropiadas.

5. Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables<sup>52</sup>.

Por último, en sentido similar se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño:

“24. Para que los derechos cobren sentido, se debe disponer de recursos efectivos para reparar sus violaciones. Esta exigencia está implícita en la Convención, y se hace referencia a ella sistemáticamente en los otros seis principales instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. La situación especial y dependiente de los niños les crea dificultades reales cuando los niños quieren interponer recursos por la violación de sus derechos. Por consiguiente, los Estados deben tratar particularmente de lograr que los niños y sus representantes puedan recurrir a procedimientos eficaces que tengan en cuenta las circunstancias de los niños. Ello debería incluir el suministro de información adaptada a las necesidades del niño, el asesoramiento, la promoción, incluido el apoyo a la autopromoción, y el acceso a procedimientos independientes de denuncia y a los tribunales con la asistencia letrada y de otra índole necesaria. Cuando se comprueba que se han violado los derechos, debería existir una reparación apropiada, incluyendo una indemnización, y, cuando sea necesario, la adopción de medidas para promover la recuperación física y psicológica, la rehabilitación y la reintegración, según lo dispuesto en el artículo 39.

25. Como se ha señalado en el párrafo 6 *supra*, el Comité subraya que los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos, deben poder invocarse ante los tribunales. Es esencial que en la legislación nacional se establezcan derechos lo suficientemente concretos como para que los recursos por su infracción sean efectivos<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, Observación general núm. 3 “La índole de las obligaciones de los Estados partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), párrs. 4 y 5.

<sup>53</sup> Comité de los derechos del niño, Observación general núm. 5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, párrs. 24-25.

### **3.3.3. Posibles límites a la legislación de ejecución incorporados por el Tribunal Constitucional**

La norma legislativa de ejecución debe tener también presente las prevenciones que, eventualmente, haya formulado el Tribunal Constitucional en el proceso de control de constitucionalidad del tratado. Esto significa que el legislador debe cuidarse de no caer en los posibles vicios de constitucionalidad que han sido advertidos por el Tribunal Constitucional al salvar la constitucionalidad de la norma. Estas prevenciones, aunque son escasas y de eficacia discutible en el ámbito internacional, siguen siendo relevantes al momento de determinar el cumplimiento nacional de las obligaciones que impone un convenio.

La primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, contiene una prevención que ilustra la función de la jurisprudencia constitucional sobre el cumplimiento nacional de un tratado internacional. En dicha sentencia se discutió la aplicabilidad interna de la norma excepcional sobre justicia penal indígena del art.9 del Convenio. Sobre ella, el Tribunal Constitucional chileno declaró:

“[E]l contenido, en esta parte, del artículo 9°, al ser incompatible con el sistema constitucional chileno de solución de conflictos penales, no puede tener aplicación y, como su natural consecuencia, no permite ser tachado de inconstitucional, toda vez que dispone el tratado que la norma en análisis va a recibir aplicación solo en cuanto sea compatible con el sistema jurídico propio de cada Estado, lo que en el caso de Chile, no ocurre por lo expuesto”<sup>54</sup> (cons. 53°).

### **3.3.4. Proceso legislativo y participación de grupos de interés**

Algunos instrumentos internacionales exigen directamente la participación de ciertos grupos en la elaboración de las políticas que inciden sobre sus intereses. Este es el caso paradigmático del Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, cuyo art. 6.1 letra a) indica que “[a]l aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. En otros casos, la participación es aconsejada por los órganos internacionales de supervisión, en materias como

<sup>54</sup> Tribunal Constitucional, sentencia rol núm. 309, 4 de agosto de 2000, cons. 53°.

la adopción de medidas a favor de los discapacitados<sup>55</sup>, las estrategias para desarrollar los derechos a la alimentación<sup>56</sup>, al agua<sup>57</sup> o a la protección de las minorías<sup>58</sup>.

Con relación a la participación de las comunidades indígenas, es pertinente transcribir lo relativo a la Observación general sobre el Convenio núm. 169 del Comité de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones:

“La Comisión toma nota de que en muchos países se han realizado auténticos esfuerzos en relación con la consulta y la participación a fin de aplicar el Convenio. Sin embargo, estos esfuerzos no siempre satisfacen las expectativas y aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales, y no cumplen con los requisitos del Convenio. En algunos casos se han creado instituciones con responsabilidades relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas y tribales, aunque en ellas hay poca o ninguna participación de esos pueblos o carecen de los recursos o la influencia suficientes. Por ejemplo, las decisiones fundamentales que afectan a los pueblos indígenas y tribales en muchos casos son adoptadas por los ministerios responsables de minería o de finanzas, sin coordinación alguna con la institución responsable de los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Como resultado de ello, esos pueblos no pueden opinar realmente sobre las políticas que les atañen. Aunque el Convenio no impone un modelo específico de participación, requiere la existencia o establecimiento de instituciones u otros mecanismos apropiados, con los medios necesarios para cumplir debidamente con sus funciones, y la participación efectiva de

<sup>55</sup> Comité de derechos económicos, sociales y culturales, Observación general núm. 5, “Las personas con discapacidad”, párr. 14: “[a] demás, la comunidad internacional ha reconocido en todo momento que la adopción de decisiones y la aplicación de programas en esta esfera deben hacerse a base de estrechas consultas con grupos representativos de las personas interesadas, y con la participación de dichos grupos”.

<sup>56</sup> Comité de derechos económicos, sociales y culturales, Observación general núm. 12, “El derecho a una alimentación adecuada”, párr. 29: “[a]l aplicar las estrategias específicas de cada país señaladas supra, los Estados deben establecer referencias verificables para la subsiguiente vigilancia nacional e internacional. En relación con ello, los Estados deben considerar la posibilidad de aprobar una ley marco como instrumento básico de aplicación de la estrategia nacional para el derecho a la alimentación. En la ley marco deben figurar disposiciones sobre el fin pretendido; las metas u objetivos que deben lograrse y el marco temporal que se fijará para lograr estos objetivos; los medios mediante los cuales podría conseguirse el fin buscado en términos generales, en especial la colaboración deseada con la sociedad civil y el sector privado y con organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional del proceso; y los mecanismos nacionales para vigilar el proceso, así como los posibles procedimientos de recurso. Los Estados partes al preparar las referencias y la legislación marco deben buscar la participación activa de organizaciones de la sociedad civil”.

<sup>57</sup> Comité de derechos económicos, sociales y culturales, Observación general núm. 15, “El derecho al agua”, párr. 48: “[a]l formular y ejecutar las estrategias y planes nacionales de acción con respecto al agua deberán respetarse, entre otros, los principios de no discriminación y de participación popular. El derecho de los particulares y grupos a participar en los procesos de decisión que puedan afectar a su ejercicio del derecho al agua debe ser parte integrante de toda política, programa o estrategia con respecto al agua”.

<sup>58</sup> Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 23, “Derechos de las minorías”, párr. 7: “[p]or lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”.

los pueblos indígenas y tribales. Estas instituciones o mecanismos aún se tienen que establecer en una serie de países que han ratificado el Convenio.

La Comisión no puede sino subrayar la importancia que tiene garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a decidir sus prioridades de desarrollo a través de consultas significativas y eficaces y la participación de esos pueblos en todas las etapas del proceso de desarrollo, especialmente cuando se debaten y deciden los modelos y prioridades de desarrollo. No realizar dichas consultas y no dejarles participar tiene graves repercusiones para la aplicación y éxito de programas y proyectos específicos de desarrollo, ya que de esta forma resulta poco probable que reflejen las aspiraciones y necesidades de los pueblos indígenas y tribales. Incluso cuando hay cierto grado de participación general a escala nacional y se realizan consultas ad hoc sobre ciertas medidas, puede que esto no sea suficiente para cumplir con los requisitos del Convenio en lo que respecta a la participación en la formulación e implementación de los procesos de desarrollo. Por ejemplo, cuando los pueblos interesados consideran que la agricultura es la prioridad, pero solo se los consulta en relación con la explotación minera después de que se haya elaborado un modelo de desarrollo para la región en el que se da prioridad a la minería.

En relación a las consultas, la Comisión toma nota de dos desafíos fundamentales: i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión - con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas - de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos. Por consiguiente, la Comisión considera importante que los gobiernos, con la participación de los pueblos indígenas y tribales establezcan, de forma prioritaria, mecanismos apropiados de consulta con las instituciones representativas de esos pueblos. Debería realizarse

una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos interesados, a fin de continuar mejorando su eficacia”.

Por último, cabe tener presente, respecto de este último procedimiento de consulta, lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia rol núm. 1.050, de 3 de abril de 2008:

“Que la consulta a los pueblos interesados que dispone el N° 1 del artículo 6° del Acuerdo remitido no podrá, desde luego, entenderse que implique el ejercicio de soberanía, pues ella, conforme al claro tenor de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, reside esencialmente en la Nación y se ejerce por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la propia Constitución establece. La forma de participación consultiva que la norma en examen contempla tampoco podría adoptar la modalidad de un plebiscito o de una consulta popular vinculante, pues la Carta Fundamental regula estos modos de participación, de manera incompatible con tal posibilidad, en los artículos 118 y 128 de la Constitución (cons. 13°)”.

### 3.3.5. Algunos aspectos formales de técnica legislativa

Existen algunos criterios de técnica legislativa que también son relevantes al momento de redactar el proyecto de ley de desarrollo del instrumento internacional. Estos criterios se relacionan con la intitulación de la ley, la exposición de motivos, las referencias normativas y la reproducción de los contenidos del convenio.

a) *Intitulación de la ley.* A diferencia de lo que es práctica habitual en materia económica<sup>59</sup>, las leyes nacionales que han desarrollado las obligaciones contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos no suelen incluir, como parte de su título, la referencia general o particular a los convenios que ejecutan. Aunque el título debe ser conciso, puede ser de utilidad una breve referencia que indique el objetivo de la ley.

b) *Exposición de motivos.* Salvo los códigos, las leyes en Chile no suelen ir precedidas de una exposición de motivos. Sin perjuicio de lo anterior, puede ser conveniente identificar en la fundamentación de la idea

<sup>59</sup> Así por ejemplo las leyes núm. 19.612 (D. Of. de 31 de mayo de 1999) “Modifica la Ley N° 18.525, relativa a distorsiones de precios en las importaciones, para establecer un procedimiento de salvaguardias conforme al acuerdo de Marrakech”; núm. 19.716 (D. Of. de 9 de febrero de 2001), “Adecua a las normas de la Organización Mundial del Comercio, el impuesto adicional al Impuesto al Valor Agregado que grava a las bebidas alcohólicas que se indican”; núm. 19.912 (D. Of. de 4 de noviembre de 2003) “Adecua la legislación que indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América”; y núm. 20.332 (D. Of. de 17 de febrero de 2009) “Modifica la ley N° 18.455, sobre producción, elaboración y comercialización de alcoholes etílicos, bebidas alcohólicas y vinagres, para adecuar sus disposiciones a compromisos internacionales adquiridos por Chile y perfeccionar sus mecanismos de fiscalización”.

de legislar, contenida en el mensaje o la moción, el instrumento, sentencia, recomendación o informe que espera cumplir con el proyecto en cuestión. La precisa identificación de la fuente de la obligación facilitará la adecuada comprensión de los márgenes dentro de los cuales habrá de moverse el legislador. Adicionalmente, la exposición de motivos puede facilitar las explicaciones futuras que el Estado debe ofrecer para fundamentar la elección de una medida u otra<sup>60</sup>.

Como es práctica ya habitual, los motivos pueden quedar incardinados en los artículos de entrada del proyecto de ley. A través de estas normas se hará explícita la finalidad de la ley.

c) *Las referencias normativas*. El primer criterio que debe tenerse en cuenta es la no conversión de las normas a través de las remisiones normativas. En efecto, hay acuerdo en la doctrina y Derecho comparado en que las referencias a instrumentos no obligatorios no transforma a estos últimos en instrumentos vinculantes<sup>61</sup>. Con todo, en caso de incluirse aquella suerte de *soft law* en la legislación nacional ejecutora de las obligaciones internacionales, aquel podría servir de instrumento auxiliar para la interpretación de la misma. Lo anterior, también se entiende sin perjuicio de que -como acontece con los llamados usos interpretativos en materia contractual civil- la referencia a un instrumento no obligatorio, como por ejemplo el contenido de una Declaración, tenga algún efecto internacional en tanto evidencia de la práctica del Estado con relación al mismo instrumento.

Finalmente, el segundo criterio a tener presente se relaciona con lo que puede identificarse con la “falta de dominio” del legislador sobre el texto de las normas internacionales. La falta de dominio es la ausencia de competencia sobre las disposiciones de un tratado por parte del legislador nacional. Dicho de otro modo, el legislador nacional carece de competencia para intervenir sobre el contenido de los tratados, en la medida en que aquel solo puede intervenir hasta dónde llega la soberanía del Estado. Esto implica que es aconsejable abstenerse de reproducir los contenidos del tratado en el articulado de la ley, a fin de no ofrecer a los operadores la oportunidad de creer que el texto es *íntegramente nacional* y que, por lo tanto, se encuentra también sujeto a las normas nacionales de interpretación, aplicabilidad y validez.

<sup>60</sup> Véase en este sentido Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación general núm. 25, “Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – Medidas de carácter temporal”, párr. 28 y ss.

<sup>61</sup> “Una referencia a un acto no obligatorio contenida en la parte dispositiva de un acto obligatorio no hará que el primero se convierta en un acto obligatorio. Si los redactores desean hacer total o parcialmente obligatorio el contenido del acto no obligatorio, conviene, en la medida de lo posible, que el texto de este acto se reproduzca como parte del acto obligatorio”, Acuerdo interinstitucional relativo a las directrices sobre la calidad de la redacción de la legislación comunitaria (Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas), 22 de diciembre de 1998, párrafo 17.



## Del Gatt a la OMC: la participación de Chile en la liberalización del comercio internacional

Federico Vallejos de la Barra\*

### Resumen

Con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la sociedad internacional ha dado un paso fundamental en el perfeccionamiento de la institucionalidad de post-guerra; ampliamente lograda, en el plano político, principalmente, con el establecimiento de la Organización de Naciones Unidas (ONU); pero, inconclusa, en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales al dar vigencia provisoria al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (Gatt).

Para nuestro país, la participación en la OMC representa, por una parte, mantener su adhesión a los principios que contribuyó a desarrollar en el seno del Gatt, y, por otra, ampara la inserción de nuestra economía en los grandes mercados de la economía internacional gracias a los mecanismos de solución de controversias consolidados en el Acuerdo de Marrakech.

En ese contexto, nos parece de interés exponer, por una parte, los principios fundamentales que orientan los Acuerdos de la OMC, su estatuto jurídico, su estructura orgánica, sus funciones; y, por otra, la eficiencia y fiabilidad que para un país en desarrollo ofrecen los mecanismos de solución de controversias, según lo muestran las planteadas por o contra Chile, tanto en el marco del Gatt como de la OMC.

### Abstract

With the creation of the World Trade Organization (WTO), the international community took an essential step forward in consolidating the postwar institutional framework. In the political sphere this had been largely achieved with the founding of the United Nations (UN), but had been left unfinished in the sphere of international trade relations after the signing of the General Agreement on Tariffs and Trade (Gatt).

For our country, participation in the WTO represents our commitment to the principles that contributed to the development of the members of Gatt and, in addition, it protects the integration of our economy in the large international markets by means of the dispute settlement mechanisms established in the Marrakesh Agreement.

In this context, it seems of interest to examine, on the one hand, the fundamental principles that guide WTO agreements, its legal status, its organic structure, and its functions; and, on the other hand, to examine the efficiency and reliability of the dispute settlement mechanisms with respect to an emerging country, by reviewing the decisions and outcomes in favor of Chile or against Chile in the framework of both the Gatt and the WTO.

\* Abogado por la Universidad de Chile, doctor en derecho por la Universidad de Paris. Ex Secretario Jefe de Comisiones de la Cámara de Diputados.

El año 2010 se cumplieron 15 años de funcionamiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC), creada por los Gobiernos, las Comunidades Europeas y economías participantes en la Octava Ronda de Negociaciones Comerciales Multilaterales, conocida como Ronda Uruguay, convocada por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros (Gatt), el instrumento que, desde el año 1948, se había ocupado de promover el libre acceso de las economías nacionales al comercio internacional como fuente de la prosperidad económica de los pueblos.

La decisión de crear esta nueva organización internacional fue calificada por los participantes en la Ronda Uruguay como un logro histórico que debiera fortalecer la economía mundial y dar paso a un mayor crecimiento del comercio, las inversiones, el empleo y los ingresos en todo el mundo.<sup>1</sup>

En particular, es manifiesta la confianza en que la OMC es un marco jurídico más fuerte y más claro que el instituido en el Gatt para el desarrollo del comercio internacional, con un mecanismo de solución de diferencias más eficaz y fiable.

Por otra parte, la OMC es concebida como una instancia que permitirá dar un tratamiento diferenciado a los países en desarrollo, con especial atención a los países menos adelantados.<sup>2</sup>

El Gobierno de Chile, previamente a su aprobación por el Congreso Nacional, se hizo parte del “Acuerdo de Marrakech” a partir del 28 de diciembre de 1994, fecha en la que depositó ante el Director General del Gatt, 1947, su instrumento de aceptación, con reservas que, en lo sustancial, tuvieron por objeto aplazar la plena aplicación del Acuerdo conforme a plazos especiales establecidos en favor de los países en desarrollo.

Con la creación de la OMC culmina la acción que, como organización internacional provisional o de facto, desarrolló el Gatt durante la segunda mitad del siglo XX a favor de la liberalización del comercio exterior entre sus Miembros, incrementando, de ese modo, la interdependencia entre los países.

Además, con el “Acuerdo de Marrakech” se instituyó, definitivamente, la “Organización Internacional del Comercio” (OIC) que los Estados Unidos de América propusieron crear en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU), como entidad complementaria de los esfuerzos por la reconstrucción de las economías devastadas por las Guerras Mundiales asumidos por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD o Banco Mundial).

<sup>1</sup> N° 1 de Declaración de Marrakech, de 15 de abril de 1994.

<sup>2</sup> Segundo preámbulo del Acuerdo de Marrakech.

Es sabido que el Senado de los Estados Unidos se opuso a prestar su aprobación a la “Carta de La Habana”, el instrumento jurídico que por iniciativa del Gobierno estadounidense, institucionalizaba la OIC; rechazo que se justificó por considerar la mayoría de los Senadores que la regulación del comercio internacional por una organización especializada de la ONU podría, por una parte, limitar las posibilidades de la economía estadounidense de exportar sus excedentes agrícolas, así como, por otra parte, podría favorecer el desarrollo de las economías centralizadas en el Estado sostenidas por miembros de la ONU; particularmente, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y los países pertenecientes, en la época, a su área de influencia.

La historia registra que el Senado norteamericano se negó a sancionar la Carta de la Habana porque consideró que la OIC no era suficientemente librecambista.<sup>3</sup>

El fracaso de los modelos económicos estatistas y la consiguiente globalización de las economías abiertas al mercado internacional, especialmente, en países en desarrollo; la aparición de economías industrializadas en áreas geográficas en desarrollo, como en Corea del Sur; Hong Kong, Singapur y Taiwán, así como la consolidación de procesos regionales de integración económica y política sobre la base de modelos económicos de libre circulación de personas, bienes y servicios crearon condiciones favorables al definitivo establecimiento de una organización internacional permanente que se ocupara de las tareas que, provisionalmente, venía cumpliendo el Gatt, desde 1948, en vista del fracaso de la Carta de La Habana, entidad que ahora se crea fuera del ámbito institucional de la ONU.

En ese escenario internacional, Chile fue uno de los 23 países fundadores del Gatt, hoy sucedido por la OMC, organización de la cual se ha hecho miembro activo desde el 1° de enero de 1995. El Acuerdo de Marrakech, que la instituye, fue promulgado en el orden interno por el decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 16, de 1995, publicado en el Diario Oficial el 17 de mayo del mismo año.

Al momento de ser creada la OMC, estudios de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) destacaban el significativo impacto económico de las negociaciones comerciales multilaterales realizadas al amparo del Gatt, ya que el nivel de aranceles existente al inicio de sus funciones era de alrededor del 40%; en cambio, al momento de la Ronda Uruguay alcanzaba niveles inferiores al 10%, situándose en algunos casos entre el 3% y el 5%.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Díez de Velasco Vallejo, Manuel: “Las Organizaciones Internacionales”, Undécima Edición, Editorial Tecnos, S.A., 1999.

<sup>4</sup> Doc. LCR 1447, de 9 de septiembre de 1994. La Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales: una evaluación para América Latina y el Caribe, preparado por Sebastián Sáez, experto de CEPAL.

El mensaje en que el Presidente de la República propuso al Congreso Nacional la aprobación del Acuerdo de Marrakech,<sup>5</sup> sostuvo que para una economía pequeña como la chilena, con un 0,2% de participación en las exportaciones mundiales y un 0,3% de las importaciones mundiales, abierta al comercio internacional, que basa su crecimiento en el desarrollo de las exportaciones y sin capacidad de tomar medidas de represalia comercial que sean efectivas ante medidas arbitrarias tomadas en los mercados de exportación en contra de productos chilenos, era esencial contar con un régimen multilateral de comercio, como el constituido en la Ronda Uruguay, que avance hacia una mayor liberalización de los mercados, defina reglas claras para el comercio internacional, instituya mecanismos que compensen las diferencias de tamaño entre países y reglamente el uso de medidas de protección.

Sostuvo el mensaje, además, que la OMC no solo regulará el comercio internacional de mercancías sino que también otros ámbitos de la actividad productiva, como la agricultura y los servicios, lo que constituye un paso trascendental en los objetivos de expandir y liberalizar el comercio mundial.

Cabe señalar que con su participación en la OMC, nuestro país ha incorporado al orden interno, además, los Códigos Antidumping y de Valoración Aduanera y se ha beneficiado con las reducciones arancelarias negociadas en el marco de la Ronda Uruguay, participando de pleno derecho en las negociaciones sobre servicios y otras materias, tales como el comercio y el medio ambiente; políticas de competencia y derechos laborales, además, de acceder al nuevo mecanismo de solución de diferencias para proteger los intereses de nuestra economía en caso de conflictos o desacuerdos comerciales con otros miembros de la OMC.

En el análisis de tan importante organización internacional, nos ocuparemos, en una primera parte, de sus aspectos institucionales fundamentales, y, en una segunda parte, de la eficacia y fiabilidad que para un país en desarrollo presentan los procedimientos de solución de diferencias establecidos en el marco de la OMC; de los precedentes que resultan de las decisiones adoptadas a propósito de las diferencias en las cuales Chile ha tenido participación, y de las modificaciones que podrían perfeccionar el derecho a la defensa del demandado.

## **1. Aspectos institucionales fundamentales de la OMC**

Se trata, específicamente, de analizar su estatuto jurídico, su estructura orgánica, sus funciones y principios fundamentales que orientan su acción.

<sup>5</sup> Boletín Cámara de Diputados N° 1.375-10.

### **1.1. El estatuto jurídico de la OMC**

La OMC es una organización internacional permanente, integrada por 154 países; la Unión Europea y cuatro economías desarrolladas en territorios no autónomos: Hong Kong, Macao, Antillas Holandesas y Taiwán.

En calidad de observadores participan los Gobiernos de treinta Estados; entre ellos, el de la República Popular China y el de la Federación de Rusia.

Con la creación de la OMC, los miembros del Gatt se han propuesto desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero que abarque el Gatt 1947 así como a los resultados integrales de las ocho negociaciones comerciales multilaterales celebradas al amparo del Gatt desde 1947 a la fecha: las de Ginebra (1947, 1956, 1960, 1964, 1973 y 1986), de Annecy (1949); de Torquay (1951), y las Rondas Dillon (1961), Kennedy (1979), Tokio (1979) y Uruguay (1984), en todas las cuales se negociaron reducciones arancelarias, medidas no arancelarias y antidumping, servicios, propiedad intelectual, solución de diferencias, textiles y agricultura, entre otras materias.

Para el ejercicio de sus funciones, la OMC goza de personalidad jurídica de derecho internacional e interno y de privilegios e inmunidades similares a los conferidos a los Organismos Especializados de la ONU, promulgada en nuestro país por decreto supremo 531 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1951, publicado en el Diario Oficial del 12 de noviembre del mismo año.

Para la adopción de decisiones, la OMC mantendrá, por mandato del artículo IX del Acuerdo de Marrakech, la práctica del consenso seguida en el marco del Gatt 1947. En consecuencia, se considerará que el órgano de que se trate ha adoptado una decisión sobre un asunto sometido a su decisión si ningún miembro presente en la reunión se opone formalmente a ella.

Salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso, la cuestión objeto de examen se decidirá por votación, para lo cual cada Miembro tendrá derecho a un voto en la Conferencia Ministerial y en el Consejo General.

Cabe señalar que en el marco de la OMC no se habla de “Estado Miembro” sino simplemente de “Miembro”, en consideración a la participación que en ella tienen la Unión Europea y los territorios aduaneros de Hong Kong, Macao y Taiwán.

A propósito del estatuto jurídico de la OMC cabe recordar que el mensaje que solicitó la aprobación parlamentaria del Acuerdo de Marrakech señala que el objetivo de dicho Acuerdo era “crear una organización supranacional que administre y reglamente la normativa multilateral que regirá el comercio

mundial”.<sup>6</sup>

Tal afirmación fue refutada por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados encargada de estudiar el Acuerdo de Marrakech, por estimar que este instrumento internacional no confiere a los órganos de la OMC un poder de decisión o de regulación que surta efectos jurídicos directos en los Miembros, que obliguen a los órganos del Estado o a las personas naturales o jurídicas, sin necesidad de acción intermedia alguna por parte de las autoridades nacionales.

Se sostuvo que ello no es posible en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto cualquier regla internacional de aplicación general requiere para su incorporación a la normativa interna de un acto administrativo o legislativo de aprobación, según ella incida en materias del ámbito de la potestad reglamentaria o legislativa.

Se agregó que el atributo de la supranacionalidad de las organizaciones internacionales no está reconocido en nuestra Constitución Política e implícitamente es rechazado en el inciso segundo del N° 1 de su artículo 50 (inciso tercero del N° 1 del actual artículo 54), cuando dispone que las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. Al tenor de este precepto constitucional, no podrían ser aplicadas, sin la previa aprobación parlamentaria, las decisiones de la OMC adoptadas en el marco del Gatt, 1994, cuando sus normas incidan en el ámbito legal interno.

Por lo señalado, la Comisión y el Ministerio de Relaciones Exteriores concordaron en que la OMC es una organización intergubernamental, sin poderes supranacionales. Ello no se contrapone con la participación de la Unión Europea porque esta organización, además de ser supranacional, tiene facultades para obligar internacionalmente a sus Estados Miembros.

## **1.2. La estructura orgánica de la OMC**

El órgano supremo de la OMC es la Conferencia Ministerial, que se reúne, por lo menos, cada dos años; compuesta por representantes de todos los Miembros. A ella le corresponderá desempeñar las funciones de la organización, para lo cual tendrá la facultad de adoptar decisiones sobre todos los asuntos comprendidos en el ámbito de los Acuerdos Multilaterales, si así se lo pide un Miembro, conforme lo dispone el N° 1 del artículo IV.

En los intervalos entre las reuniones de la Conferencia Ministerial, desempeña sus funciones el Consejo General, también integrado por

---

<sup>6</sup> Mensaje, p. 10.

representantes de todos los Miembros.

A este Consejo le corresponde actuar como órgano de solución de diferencias establecido en el “Entendimiento sobre Solución de Diferencias” (ESD)<sup>7</sup> y como órgano de examen de las políticas comerciales instituido en el “Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales”.<sup>8</sup>

Además, se establecen Consejos Especializados para determinados acuerdos:

- el Consejo del Comercio de Mercancías para supervisar el funcionamiento de los Acuerdos Comerciales Multilaterales del anexo 1° del Acuerdo de Marrakech;

- el Consejo de Comercio de Servicios para supervisar el funcionamiento del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, denominado “AGCS” y

- el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, denominado también Consejo de los ADPIC, encargado de supervisar el funcionamiento del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, conocido por su denominación abreviada como “Acuerdo sobre los ADPIC”.

La Secretaría de la OMC es dirigida por un Director General nombrado por la Conferencia Ministerial. Tanto él como el personal de Secretaría cumplen funciones internacionales de manera que en su desempeño no pueden solicitar ni aceptar instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna otra autoridad de la OMC, absteniéndose de realizar cualquier acto incompatible con su condición de funcionarios internacionales. Corresponde a los Miembros de la OMC respetar el carácter internacional de la Secretaría y no tratar de influir en el cumplimiento de sus deberes.

Los aportes financieros de los Miembros al presupuesto de la organización son determinados en una escala de contribuciones que prorratea los gastos, los que en el caso de Chile, son aportados por la ley de presupuestos de la nación en el ítem de participación en las Organizaciones Internacionales, partida del Ministerio de Relaciones Exteriores.

### **1.3. Las funciones de la OMC**

Sus funciones principales las indica el artículo III del Acuerdo de Marrakech. En términos generales serán:

3.1. Facilitar la aplicación, administración y funcionamiento de los acuerdos Multilaterales y Plurilaterales, favoreciendo la consecución de sus objetivos.

<sup>7</sup> Anexo 2 al Acuerdo de Marrakech.

<sup>8</sup> Anexo 3 al mismo Acuerdo.

Los Acuerdos Multilaterales son los relativos al Comercio de Mercancías; al Comercio de Servicios, y a los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales conciernen al Comercio de Aeronaves Civiles; a la Contratación Pública; al Comercio de los Productos Lácteos y de la Carne Bovina.

3.2. Servir de foro para las negociaciones comerciales multilaterales entre sus Miembros.

3.3. Administrar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) y el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (MEPC), y

3.4. Cooperar con el Fondo Monetario Internacional (FMI) y con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF – Banco Mundial), con el fin de lograr una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas mundiales.

#### **1.4. Los principios fundamentales que orientan los Acuerdos de la OMC**

Los Acuerdos de la OMC y, por tanto, su acción a favor de la liberalización del comercio internacional, se orientan por principios comunes fundamentales, aplicables a los intercambios en los ámbitos de la agricultura, textiles y vestidos, servicios bancarios, telecomunicaciones, contratación pública, normas industriales y seguridad de los productos, reglamentos de sanidad de los alimentos y propiedad intelectual. Estos principios se orientan, básicamente, a lograr un comercio sin discriminaciones, más libre, previsible, competitivo y ventajoso para los países, tanto en el mercado internacional como en el mercado interno.

##### **1.4.1. El principio del tratamiento de la nación más favorecida (NMF)**

Garantiza el igual trato para todos los intercambios comerciales en el mercado internacional.

En el marco de los diversos acuerdos de la OMC, los países no pueden normalmente establecer discriminaciones entre sus socios comerciales; de manera que si conceden a un país una ventaja especial, por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos, tienen que hacer lo mismo con los demás Miembros de la OMC.

Este principio, fundamental en el sistema del Gatt, es traspasado integralmente a la OMC. En general, significa que cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio o abre un mercado, también tiene que hacerlo para los mismos productos o servicios de todos sus interlocutores comerciales,

“sean ricos o pobres, débiles o fuertes”.<sup>9</sup>

De este tratamiento quedan excluidas las preferencias vigentes entre territorios de la Commonwealth; entre dos o más territorios que, al 1° de julio de 1939, estuvieron unidos por una soberanía común o por relaciones de protección o dependencia en la Unión Francesa, en el Benelux (Unión de Bélgica, Holanda y Luxemburgo), o Estados Unidos y Filipinas; las vigentes exclusivamente entre Estados Unidos de América y Cuba; y las vigentes entre países vecinos: Argentina, Bolivia, Chile y Perú, por una parte, y Palestina, Transjordania, Unión Sirio-Libanesa, por la otra.<sup>10</sup>

Una de las excepciones al principio de la igualdad de trato, más importantes y reivindicadas por los favorecidos, ha sido la que los países desarrollados otorgan en el marco del Sistema de Preferencias Generalizadas (SGP) para los productos originarios de países o territorios menos adelantados.

#### **1.4.2. El principio del trato nacional**

Según este principio, tan importante como el anterior, las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir, en el mercado nacional, el mismo trato. Lo mismo debe ocurrir entre los servicios extranjeros y nacionales; y entre las marcas de fábrica o de comercio, los derechos de autor y las patentes extranjeras y nacionales.

Este principio de “trato nacional” orienta la aplicación del artículo 3 del Gatt; el artículo 17 del AGCS y el artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Este principio del trato nacional, como ya está señalado, se impone una vez que el producto, servicio u obra de propiedad intelectual extranjero ha ingresado al mercado nacional; por lo tanto, la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una transgresión al principio en comentario, aunque a los productos nacionales no se les aplique un impuesto equivalente.

#### **1.4.3. El principio de la reducción general y progresiva de los aranceles para lograr una mayor libertad de comercio**

Estas reducciones se logran mediante las negociaciones entre los Miembros de la OMC: toda reducción negociada por dos o más Miembros se extiende a todos los demás por efecto de la TNMF. Es la estrategia para alcanzar gradualmente un comercio internacional más libre.

<sup>9</sup> “Entender la OMC”, publicación de la División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación de la OMC, 2003, Ginebra, Suiza, pág. 11.

<sup>10</sup> N° 2 de artículo 1 del Gatt, 1994.

Desde la creación del Gatt, se han realizado ocho rondas de negociaciones comerciales. Actualmente está en curso una novena ronda, en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo.

La apertura de los mercados puede ser beneficiosa, pero también exige adaptación. Los Acuerdos de la OMC permiten que los países introduzcan cambios gradualmente, mediante una “liberalización progresiva”. Por lo general, los países en desarrollo disponen de plazos más largos para cumplir sus obligaciones.

Nuestro país, por nota 727, de 28 de diciembre de 1994, de la Misión de Chile ante los Organismos Internacionales en Ginebra, informó a la Secretaría del Gatt, según lo señala el cuarto considerando del preámbulo del decreto supremo 16, de 1995, promulgatorio del Acuerdo de Marrakech, que el Gobierno de Chile se acogía al trato especial y diferenciado establecido a favor de los países en desarrollo para retrasar, en el marco de la OMC, por 5 y 3 años, su aplicación del Gatt, 1994, y acogerse a los programas de asistencia técnica y ayuda a los países en desarrollo.

#### **1.4.4. El principio de eliminación de las restricciones cuantitativas**

Se aplican mediante contingentes, licencias de importación o exportación u otras medidas.

Ninguna parte contratante podrá imponer ni mantener –aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas- prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación o por medio de otras medidas.

Sin embargo, tales medidas podrán ser aplicadas temporalmente y con las medidas de publicidad previstas, para:

- *Prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte exportadora;*

- *La aplicación de normas o reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la comercialización de productos destinados al comercio internacional;*

- *Restringir la cantidad del producto nacional similar que pueda ser comercializada o producida o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser substituido directamente por el producto importado;*

- *Eliminar un sobrante temporal del producto nacional similar o, de no haber producción nacional importante del producto similar, de un producto nacional que pueda ser substituido directamente por el producto importado,*

poniendo este sobrante a la disposición de ciertos grupos de consumidores del país, gratuitamente o a precios inferiores a los corrientes en el mercado; o

- *Restringir la cantidad que pueda ser producida de cualquier producto de origen animal cuya producción dependa directamente, en sus totalidad o en su mayor parte, del producto importado*, cuando la producción nacional de este último sea relativamente desdeñable.<sup>11</sup>

## **2. Eficacia y fiabilidad para un país en desarrollo de los procedimientos de solución de diferencias establecidos en el marco de la OMC**

Uno de los instrumentos fundamentales de que dispondrá la OMC será el mecanismo de solución de diferencias comerciales entre sus Miembros, calificado por los Gobiernos como *“más eficaz y fiable”*, en comparación implícita con el establecido en el Gatt. Su regulación establecida en el *“Entendimiento relativo a las normas y procedimientos, por los que se rige la solución de diferencias”* (ESD), constituye a juicio del ex Director General de la OMC, Renato Ruggiero, el pilar central del sistema multilateral de comercio y la contribución más particular de la OMC a la estabilidad de la economía mundial.

Muy pronto la aceptabilidad internacional de este mecanismo fue constatada por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (OSD) en su informe del año 1996, donde señala que en los dos primeros años de aplicación del ESD se había registrado un número considerablemente mayor de asuntos sustanciados en el Gatt en períodos similares; observando que los principales participantes en la solución de diferencias habían sido las grandes naciones comerciantes, y que los países en desarrollo habían hecho un mayor uso del sistema que en los tiempos del Gatt.<sup>12</sup>

Durante el estudio parlamentario del Acuerdo de Marrakech hecho en nuestro país se observó que el Gatt de 1947 contemplaba procedimientos muy flexibles y no jurisdiccionales para la solución de diferencias, especialmente a propósito del aumento de derechos de aduana consolidados; de la conversión de derechos específicos en derechos ad valorem; del establecimiento de cuotas; de las ayudas a la exportación y de las políticas agrícolas; materias a las cuales se han agregado las diferencias en el comercio de servicios y en la protección internacional de los derechos de propiedad intelectual.

Se precisó, además, que el procedimiento de solución de diferencias de la OMC era uno de los elementos claves del orden comercial multilateral y que las reformas que se le han introducido son de la mayor transcendencia.

<sup>11</sup> Art. XI del Gatt, 1994.

<sup>12</sup> Documento OMC: WT/DSB/8, del 28 de octubre de 1996, p. 16 y 17, y Blackhurst, Richard: *“The WTO and the Global Economy”*, en *The World Economy*. Vol. 20 N° 5, agosto 1997, p. 529. Blackwell Publishers, Oxford, UK& Boston, Estados Unidos.

Se hizo presente que este nuevo procedimiento constituía el más poderoso instrumento multilateral de defensa de los intereses de los participantes en el sistema multilateral de comercio adoptado hasta la fecha.

La eficacia del nuevo procedimiento se demuestra en sus primeros ocho años de aplicación, en que 302 diferendos han sido notificados en el marco de la OMC, más que los planteados durante los más de cincuenta años de existencia del Gatt.

## **2.1. Descripción del procedimiento de solución de diferencias establecido en el marco de la OMC**

El Entendimiento o acuerdo que regula los procedimientos de solución de controversias (ESD), adoptado en la Ronda Uruguay, consta de 27 artículos y cuatro apéndices, relativos a los acuerdos en los que se aplica.

La etapa preliminar de un diferendo es la *demanda de consultas* hecha por un Miembro que se estima lesionado por determinadas medidas contrarias a los acuerdos de la OMC. Si las consultas no conducen a un acuerdo satisfactorio en un plazo de 60 días, el Miembro afectado puede demandar la *constitución de un Grupo Especial*, consistente en un panel para que conozca de la demanda a la luz del acuerdo que se alega haber sido desconocido.

El *Grupo Especial*, normalmente integrado por *tres expertos*, ajenos a la administración de la OMC y a los nacionales de las partes en el diferendo, *con audiencias a las partes interesadas*, fija un plazo para responder a las presentaciones escritas recibidas.

En caso de no encontrar solución, el Grupo Especial elabora, *en el término máximo de seis meses*, un *informe* en el que expone las pruebas reunidas y sus recomendaciones a las partes, el *que pasa a ser examinado por el Órgano de Solución de Diferendos (OSD)*, en un plazo de *60 días*, salvo apelación de las partes.

*En ausencia de apelación, el informe es adoptado, a menos que el OSD decida por consenso rechazarlo.* En caso de apelación, el informe del Grupo Especial es sometido al conocimiento del Órgano de Apelación, compuesto de siete juristas y especialistas en comercio internacional, el que debe entregar su opinión en un plazo de *60 días*.

*En total el procedimiento, en ausencia de apelación, debe durar un máximo de 9 meses*, según si las partes no interponen apelación, y, en caso contrario, *12 meses*.

*El Miembro condenado debe dar cuenta, dentro de los 30 días siguientes, sobre las medidas que adoptará para cumplir con las recomendaciones del OSD*, para lo cual se le otorga un plazo razonable, al término del cual, *si no cumple, puede ser objeto apremiado con medidas de retorsión* que pueden

consistir en la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el mismo sector afectado (comercio de mercancías, servicios o propiedad intelectual).

Para la administración de los procedimientos que regula el Entendimiento se establece el *Órgano de Solución de Diferencias (OSD)*, al que se le faculta para establecer grupos especiales, adoptar informes de tales grupos y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y los Plurilaterales, más el relativo a la OMC (artículo 2).

*El objetivo central del procedimiento es la suspensión de las medidas de que se trate si se constata que estas son incompatibles con las disposiciones de los Acuerdos de la OMC y el último recurso previsto es la posibilidad de suspender, de manera discriminatoria contra el miembro autor de la medida, la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones, siempre que el OSD lo autorice (N° 7 del artículo 3).*

*Si no se llega a una solución en el plazo de 60 días, la parte demandante podrá solicitar el establecimiento de un Grupo especial, o se podrá recurrir a los buenos oficios, la conciliación y la mediación (artículo 5).*

Los *Grupos especiales* estarán formados por *tres integrantes o cinco* si las partes así lo acuerdan, quienes *actúan a título personal y no en calidad de representantes de un Gobierno o de una organización*, por lo que los *miembros deben abstenerse de darles instrucciones o de ejercer presión sobre ellos* en los asuntos sometidos a su conocimiento (N° 9 del artículo 8).

*La apelación al informe del Grupo Especial ante el Órgano de Apelación es una de las novedades importantes que se introducen al procedimiento.* Ella solo tendrá por objeto las cuestiones de derecho tratadas en dicho informe y las interpretaciones jurídicas formuladas en él.

*El informe resultante será adoptado por el OSD y aceptado sin condiciones por las partes en la diferencia, a menos que el OSD tome por consenso una decisión contraria a su adopción (artículos 16 a 19).*

*La compensación y la suspensión de concesiones son medidas temporales* a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas.

Tanto el mensaje como los informes parlamentarios coincidieron en que el *perfeccionamiento y reforzamiento de los mecanismos de solución de diferencias en el marco de la OMC es conveniente para los intereses del país*, por cuanto permitirá al sector exportador disponer de recursos más eficaces para defenderse de medidas restrictivas o de distorsión en los mercados a los que acceden los productos nacionales.

En doctrina se ha precisado, además, que *este procedimiento, adoptado en la Ronda Uruguay, ha generalizado y perfeccionado el aplicado por el Gatt*

por cuanto “ya no se limita a las diferencias sobre el comercio de mercancías, sino que se extiende a todos los nuevos acuerdos regulados por la OMC, por ejemplo, servicios y propiedad intelectual.<sup>13</sup>

Por otra parte, la estadística de la aplicación del nuevo procedimiento de solución de diferendos sometidos demuestra que *en sus primeros cuatro años ellos fueron 123 y 302 en los cuatro años siguientes, lo que equivale a un aumento de 145,6%*, lo que revelaría que el procedimiento de arreglo de diferencias se ha transformado en una pieza esencial de la OMC.

Se precisa, además, que el *62% de las demandas son planteadas por países desarrollados*, dos tercios de las cuales son diferencias suscitadas entre ellos; mientras que el *59% de la demandas de los países en desarrollo son dirigidas contra países desarrollados*.<sup>14</sup>

## 2.2. Las características generales del procedimiento de solución de diferencias en la OMC

Entre las innovaciones introducidas al procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC, que explicarían su eficiencia y eficacia, se destaca el que su *jurisdicción sea obligatoria, exclusiva, excluyente y multilateral*.

Todo Miembro que considera que otro ha infringido sus obligaciones según el régimen normativo de la OMC o que sus beneficios han sido menoscabados o anulados, tiene el derecho *de iniciar las consultas previstas en el OSD*; sin perjuicio que pueda asociarse a ellas aquel Miembro que tenga un interés comercial sustancial en las resultas del procedimiento en curso.

*Se presume la existencia de anulación o menoscabo*, por lo que existe una presunción *juris tantum* (que admite prueba en contrario), de que *toda trasgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros miembros de la OMC*.

El *miembro emplazado*, a su vez, *está obligado a responder y no puede cuestionar el procedimiento*, por cuanto *este ya fue aceptado por efecto del acto de ratificación del Acuerdo de Marrakech* y sus acuerdos multilaterales conexos.

La *jurisdicción es exclusiva y excluyente* por cuanto cualquier infracción a los acuerdos de la OMC solo puede ser juzgada o reparada conforme a sus normas y procedimientos. Un Miembro *no puede demandar o pretender reparaciones por tales infracciones mediante otros procedimientos*, sean ellos nacionales o internacionales, distintos a los previstos en la normativa de la

<sup>13</sup> Manuel Díez de Velasco: “Las Organizaciones Internacionales”, undécima edición, p. 454.

<sup>14</sup> Michel Rainelli: “L’organisation mondiale du commerce”, 7e. Edition. Edition La Découverte, 9 bis, rue Abel-Hovelacque. 75013 Paris.

OMC.

Finalmente, el *procedimiento es multilateral*. Primero, porque una vez infringido o cuestionado un acuerdo, el *afectado no puede, legítimamente, responder con acciones unilaterales sin incurrir en una infracción*. Su única acción posible es seguir el procedimiento multilateral de la OMC. Segundo, es multilateral porque cada etapa del procedimiento debe ser aprobada por el OSD, integrado por los representantes del conjunto de los Miembros.

En suma, se afirma que el *cambio radical respecto del Gatt ha sido el reemplazo de un procedimiento en que prevalecían los acuerdos políticos y diplomáticos por otro en que las controversias son resueltas por tribunales independientes conforme a los hechos y la norma internacional pertinente: los acuerdos multilaterales o plurilaterales suscritos en el marco de la OMC*.

Lo señalado lleva a sostener que *de todos los organismos internacionales existentes, el más importante para América es la OMC*.<sup>15</sup>

## **2.3. Cuestiones planteadas por Chile en el Gatt y en la OMC**

### **2.3.1. En el marco del Gatt**

La primera cuestión fue la reclamación en contra de Australia (1950) por el retiro de una subvención que se concedía al nitrato de sodio (salitre chileno), mientras se mantenía la misma para las importaciones de sulfato de amonio.

Posteriormente, las principales reclamaciones de Chile fueron contra la Comunidad Económica Europea (CEE) por las restricciones a las importaciones de manzanas chilenas (1979 y 1989) y por los reintegros y cargas a las importaciones de carne ovina (1990).

También fueron importantes las solicitudes presentadas en contra de los Estados Unidos de América por el retiro de Chile del Sistema Generalizado de Preferencias (1988) y por la suspensión de importaciones de fruta chilena como consecuencia de haber sido descubiertos dos granos de uva chilena inyectados con cianuro (1989).

### **2.3.2. En el marco de la OMC**

En el marco de la OMC, también aparecen la CEE, hoy Unión Europea (UE), y los Estados Unidos de América como principales contrapartes de Chile en reclamaciones interpuestas contra socios comerciales; del mismo modo

<sup>15</sup> El procedimiento de solución de controversias de la OMC. La experiencia de América Latina y el Caribe. Gonzalo Riggs. Revista de la CEPAL, agosto, 2005.

como se plantean reclamaciones por incumplimiento de los Acuerdos OMC.

### 2.3.2.1. Reclamaciones planteadas por Chile

- **Contra las Comunidades Europeas** por la denominación comercial de los moluscos del género “pectinidae”, ostiones, en 1995, en la que intervienen como terceros: Australia, Canadá, Islandia, Japón y Estados Unidos de América. La reclamación se refería a una orden del Gobierno francés por la que se establecen nombres oficiales y la denominación comercial de los moluscos del género “pectinidae”.<sup>16</sup>

La reclamación sostenía, en lo sustancial, que tal orden francesa violaba el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, deteriorando la posición competitiva del producto nacional en el mercado francés en la medida en que ya no se podría vender como “*Coquille Saint Jacques*” a pesar de no existir diferencia entre sus productos y los productos franceses por lo que hace al color, el tamaño, la textura, el aspecto externo y la utilización. Es decir, que se aduce que son “productos similares”.

Las partes, después de las actuaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación resolvieron dar por terminada la diferencia mediante solución mutuamente convenida o desistimiento (5.VII.1995).

- **Contra los Estados Unidos de América** por la investigación en materia de derechos compensatorios iniciada por el Departamento de Comercio del Gobierno de los Estados Unidos de América en las importaciones de salmón procedente de Chile, Nuestro país alegaba que la investigación se ordenaba sin pruebas suficientes del daño causado y sin representatividad de los productores de filete de salmón. Esta diferencia se encuentra aún en estado de consultas.<sup>17</sup>

- **Contra los Estados Unidos de América**, acción ejercida conjuntamente con Argentina, Brasil, Comunidades Europeas, India, Indonesia, Japón, República de Corea y Tailandia; más Argentina, Canadá, Costa Rica, Hong Kong, China, Israel, México y Noruega, como terceros, por la ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000 (Enmienda Byrd), lo que violaría, principalmente, el Acuerdo Antidumping de la OMC.<sup>18</sup>

- **Contra Perú** por decretos supremos del Perú que modifican la tributación aplicable a ciertas categorías de cigarrillos, lo que podría significar una discriminación contra los importados desde Chile y una violación de las normas del Gatt 1994. Diferendo que termina por retiro de la reclamación chilena, atendido el fallo del Tribunal Constitucional del Perú que impide el

<sup>16</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds14\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds14_s.htm)

<sup>17</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds97\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds97_s.htm)

<sup>18</sup> Procedimiento en curso: [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds217\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds217_s.htm)

establecimiento de un impuesto discriminatorio a los cigarrillos dentro del sistema común del Impuesto Selectivo al Consumo del Perú.<sup>19</sup>

- **Contra México**, por medidas que afectan a las importaciones de fósforos por considerarlos un producto explosivo y peligroso y, en consecuencia, sujetaban a los fósforos chilenos al control de la Secretaría de Defensa Nacional y a requisitos de embalaje, internación, desaduanamiento, transporte y almacenamiento, aplicables a explosivos y otras sustancias peligrosas, con el objeto de otorgar una protección a la industria mexicana; lo que sería contrario al Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación y del Gatt 1994. La solicitud de consultas sobre tales medidas fue retirada por Chile.<sup>20</sup>

- **Contra Argentina**, por medida de salvaguardia definitiva aplicada a las importaciones de duraznos en agua endulcorada, incluido el jarabe, conservados en agua o en otra forma; medidas contrarias al Acuerdo de Salvaguardia y al artículo XIX del Gatt 1994. Argentina retira las medidas.<sup>21</sup>

- **Contra Perú**, por el trato fiscal aplicado por el Gobierno peruano a las importaciones de frutas frescas, hortalizas, pescado, leche, té y otros productos naturales del Perú. En concreto, Chile explicó que antes de la promulgación de la ley 27.614, tanto la venta en el mercado peruano como la importación al Perú de los productos en cuestión estaban exonerados del pago de los impuestos sobre las ventas. Tras la promulgación de la referida ley, la importación de dichos productos quedó grabada con impuesto sobre las ventas del 18%, mientras que la venta de esos productos en el mercado quedaba exonerada de tal impuesto; lo que constituía una violación del principio del trato nacional asumido por Perú como Estado miembro de la OMC y en el Acuerdo de Complementación Económica chileno-peruano (ACE 38).

Este diferendo terminó el 25 de septiembre de 2002, una vez que Perú derogó la norma de su ley 27.614 que establecía dicho gravamen.<sup>22</sup>

- **Contra Uruguay**, por el impuesto específico uruguayo que grava la primera enajenación y la importación por no contribuyentes de ciertos bienes, entre ellos, bebidas alcohólicas, jugos, agua mineral, tabaco, cigarrillos, automóviles, lubricantes y combustible.

Esta diferencia terminó el 8 de enero de 2004, al informar las partes al OSD que habían alcanzado una solución mutuamente convenida.<sup>23</sup>

- **Contra Ecuador**, a propósito de medida de salvaguardia aplicada a las importaciones de tableros de fibra de madera de densidad media; medida

<sup>19</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds227\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds227_s.htm)

<sup>20</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds232\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds232_s.htm)

<sup>21</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds238\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds238_s.htm)

<sup>22</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds255\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds255_s.htm)

<sup>23</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds261\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds261_s.htm)

que Chile considera incompatible con las obligaciones contraídas por las partes conforme al Acuerdo sobre Salvaguardia suscrito por los Miembros de la OMC.<sup>24</sup>

- **Contra las Comunidades Europeas** por medida de salvaguardia impuesta contra las importaciones de salmón de piscifactoría que afecta gravemente a las exportaciones chilenas al mercado de las Comunidades y desconoce las obligaciones que los Miembros de la OMC han contraído en el Acuerdo de Salvaguardia. Esta diferencia termina con el retiro de la solicitud de consultas presentada por Chile dado que la medida de salvaguardia en litigio había sido suprimida el 27 de abril de 2005.<sup>25</sup>

### 2.3.2.2. Reclamaciones presentadas en contra de Chile

- **Por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos de América por el impuesto especial a las bebidas alcohólicas**, más elevado que el aplicado al pisco de fabricación nacional; diferencia a la cual se sumaron Canadá, México y Perú.

Esta diferencia termina con la aprobación de las modificaciones legales que dieron, en el mercado interno, igual tratamiento tributario a las bebidas alcohólicas nacionales e importadas, conforme al principio del trato nacional contemplado en los Acuerdos de la OMC.<sup>26</sup>

- **Por las Comunidades Europeas contra las medidas que afectan al tránsito y a la importación de pez espada**, con la adhesión, como terceros, de Australia, Canadá, Ecuador, India, Nueva Zelandia, Noruega, Islandia y los Estados Unidos.

En su reclamación las CE afirmaban que Chile no permitía a las embarcaciones de las Comunidades que operaban en aguas del Pacífico Sudeste descargar pez espada en los puertos chilenos para su depósito y transbordarlos a otras embarcaciones, lo que hace imposible el tránsito de los peces espadas por sus puertos, lo que resultaba ser incompatible con las normas de libre tránsito establecidas a favor de los barcos y otros medios de transporte en el Gatt, 1994 (Art. V) y el compromiso de eliminar las restricciones cuantitativas al comercio internacional (Art. XI). Este procedimiento, por acuerdo entre Chile y las CE, se encuentra suspendido.<sup>27</sup>

- **Por Argentina, contra el sistema de bandas de precios establecido por la ley 18.525, y las medidas de salvaguardia provisionales sobre las importaciones de varios productos; entre ellos, el trigo, la harina de trigo y los aceites vegetales comestibles**, por considerarlo, en lo sustancial,

<sup>24</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds303\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds303_s.htm)

<sup>25</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds326\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds326_s.htm)

<sup>26</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds87\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds87_s.htm); [s/ds109\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds109_s.htm), y [s/ds110\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds110_s.htm)

<sup>27</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds193\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds193_s.htm)

incompatible con los compromisos contraídos conforme al Gatt, 1994.

A esta reclamación se adhieren Australia, Brasil, Canadá, China, Colombia, Costa Rica, Unión Europea, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Japón, Nicaragua, Paraguay, Perú, Tailandia, República Bolivariana de Venezuela y Estados Unidos de América.

El Grupo Especial constituido para conocer de esta diferencia concluyó, en lo sustancial, que el Sistema de Bandas de Precios chileno es incompatible con el Acuerdo OMC sobre la Agricultura y el Gatt 1994; análoga conclusión adoptó respecto de las medidas de salvaguardia chilena adoptadas a favor del trigo, la harina de trigo y los aceites vegetales comestibles.<sup>28</sup>

- **Por Argentina, contra medida de salvaguardia adoptada sobre las mezclas de aceites comestibles**, consistentes en una sobretasa arancelaria ad valorem del 48% a las importaciones de estos productos; por estimarla incompatible con las obligaciones contraídas por Chile en el Gatt 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.<sup>29</sup>

- **Por Argentina, con medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de fructosa**, al considerarla contraria al Gatt 1994 y al Acuerdo sobre Salvaguardias.<sup>30</sup>

- **Por Argentina, contra medida de salvaguardia provisional sobre determinados productos lácteos**, con la adhesión de los Estados Unidos de América, por ser contraria al Acuerdo sobre Salvaguardia. Retirada.<sup>31</sup>

- **Por Argentina, contra medidas antidumping sobre las importaciones de harina de trigo procedentes de Argentina, consideradas incompatibles con las obligaciones contraídas por Chile en el marco de los Acuerdos OMC**,<sup>32</sup>  
y

- **Por Colombia, por medidas de salvaguardia aplicadas al azúcar contrarias a los acuerdo de la OMC, que anularían sus ventajas en el mercado**.<sup>33</sup>

### 2.3.2.3. Reclamaciones a las que Chile se ha adherido como tercero

Además de los 10 casos en que Chile recurre al ESD como reclamante y de los 13 casos en que lo ha hecho como demandado, habría que señalar que en otros 26 actúa como tercero adherido a reclamaciones presentadas por otros Miembros de la OMC, en materias como las siguientes:

- **denominación comercial** de productos y competitividad en el mercado (demandado CE);

<sup>28</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds207\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds207_s.htm) y [s/ds220\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds220_s.htm)

<sup>29</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds226\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds226_s.htm)

<sup>30</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds278\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds278_s.htm)

<sup>31</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds351\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds351_s.htm) y [s/ds356\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds356_s.htm)

<sup>32</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds393\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds393_s.htm)

<sup>33</sup> [http://www.wto.org/spanish/trato\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds228\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/trato_s/dispu_s/cases_s/ds228_s.htm)

- daño por **medidas antidumping y derechos compensatorios**, sin establecer debidamente los hechos que las justificaran o para permitir su venta a precio inferior al “valor justo” (demandados: Egipto, USA, CE, China, Argentina);

- aplicabilidad de un **“impuesto especial de equiparación”** a favor de productos nacionales para mejorar su competitividad en el mercado con productos extranjeros similares (demandado USA);

- **medidas restrictivas a la importación de productos competitivos** con productos nacionales (demandado Australia);

- **medidas que favorecen las exportaciones de productos nacionales mezclados con productos importados** (demandado Canadá);

- **régimen de cuarentena** aplicable a las importaciones (demandado Australia);

- **medidas que afectan las importaciones de productos agropecuarios y productos alimenticios** (demandado CE);

- **medidas que afectan aprobación y comercialización de productos biotecnológicos** (demandado CE);

- **medidas que afectan a la importación y venta de cigarrillos** (demandado República Dominicana);

- **extinción de los derechos antidumping impuestos a las importaciones de productos determinados** (demandado USA);

- **medidas que afectan a la importación y venta de vinos y bebidas espirituosas procedentes de las CE** (demandado India);

- **medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia** (demandado India);

- **limitaciones a las exportaciones de materias primas** (demandado China);

La activa participación de Chile en los mecanismos de solución de diferencias comerciales, tanto en el Gatt como en la OMC, muestra la eficacia y fiabilidad que un país en desarrollo puede tener en ellos; del mismo modo que permite identificar los perfeccionamientos que se podrían introducir a los procedimientos para reforzar sus aptitudes jurídicas y políticas.

Su eficacia jurídica dependerá de la objetividad de los fundamentos jurídicos y de equidad en que se apoyen las recomendaciones de los Grupos Especiales. Así se puede generar una verdadera “jurisprudencia” que favorecería el desarrollo del derecho internacional, reconocida por los Miembros de la OMC cuando afirman en el ESD su adhesión a las prácticas precedentes resultantes de las diferencias planteadas al amparo de los artículos XXII y XXIII del Gatt de 1947.

En numerosos informes de Grupos Especiales se ha hecho referencia a las interpretaciones que del Acuerdo General se contienen en los informes

de otros Grupos Especiales, respetándolas en unos casos y en otros no, como ocurrió en los informes recaídos en las reclamaciones de Chile y los Estados Unidos de América por las restricciones de la CEE a las importaciones de manzanas, en los que los Grupos se reservaron el derecho a llevar a cabo su propio examen exhaustivo de la cuestión, no obstante que determinadas materias ya habían sido analizadas anteriormente por otros Grupos a propósito de análogas diferencias planteadas entre las mismas partes Contratantes<sup>34</sup>

En otra ocasión se afirmó que las interpretaciones que hacen los Grupo Especiales cobran el valor de normas del Gatt cuando sus informes son aprobados por el Consejo, como lo sostuvo el representante de los Estados Unidos de América en la Reunión del Consejo que examinó el informe del asunto de las medidas relativas a las ventas interiores de aceite de soja.<sup>35</sup>

Más aún, en la solicitud de consultas formulada por la CEE (1989) por los impuestos que Chile aplica a los aguardientes, se sostiene que las conclusiones del Grupo Especial que conoció de parecida situación producida en Japón, constituían un precedente aplicable al caso de los impuestos chilenos.<sup>36</sup>

Finalmente, el Grupo Especial constituido en 1995 para conocer de las reclamaciones de las CE, los Estados Unidos de América y Canadá en contra de Japón por los impuestos internos que recibe en virtud de su Ley de Impuestos a las Bebidas Alcohólicas, según las modificaciones que le introdujo en 1989, opinó que los informes de los Grupos Especiales aprobados tenían un reconocimiento institucional consagrado en el apartado b IV) del artículo 1 del Gatt, 1994, por lo que debía que tenérseles en cuenta al examinar una cuestión análoga, pero *no precisó que sus razonamientos y recomendaciones tuvieran que ser seguidos forzosamente*.<sup>37</sup>

El estudio de los informes de los Grupos de Trabajo o de los Grupos Especiales constituidos para resolver las diferencias que han interesado a Chile, permite ver, por un lado, que en algunas materias se han sentado *precedentes relevantes para el desarrollo del derecho internacional* aplicable a la solución de diferencias comerciales internacionales, cuyo conocimiento permite evaluar la idoneidad jurídica del mecanismo.

Por otro lado, las *recomendaciones o decisiones que se han formulado para resolver el conflicto de intereses entre las partes han sido generalmente favorables a las reclamaciones de Chile*, lo que mostraría que un país en desarrollo puede confiar en la idoneidad jurídica y política del instrumento aun cuando la diferencia comercial lo enfrente a un país desarrollado.

<sup>34</sup> Guía de las normas y usos del Gatt, Vol. 2, p. 839 y 840. Publicación de la OMC, 1995, Ginebra. Suiza.

<sup>35</sup> Op. Cit., p. 843.

<sup>36</sup> Op. Cit., p. 844.

<sup>37</sup> Documento OMC: WT/D88/R, del 11 de julio de 1996, pp. 129 y 130.

### 2.3.3. Precedentes que resultan de informes elaborados en las diferencias que han interesado a Chile

Los principales precedentes establecidos por los Grupos que han conocido reclamaciones chilenas se relacionan, entre otras materias, con la anulación o menoscabo de una ventaja, con o sin infracción; el alcance del concepto de “producto similar” para los efectos del tratamiento de la nación más favorecida y de las restricciones a las importaciones; a la extensión del “período de referencia anterior” y del concepto de “factores especiales” en la aplicación de dichas medidas.

#### ***- Alcance de la anulación o menoscabo de una ventaja, con o sin infracción de disposiciones (N° 1, letra b) del artículo XXIII).***

El primer informe en el que figura una constatación de anulación o menoscabo de una ventaja con infracción o sin ella de las disposiciones del Gatt fue el del Grupo de Trabajo que examinó la reclamación de Chile por la subvención concedida por Australia a las importaciones de sulfato de amonio y el retiro de la misma subvención otorgada a las importaciones de nitrato de sodio chileno.

El Grupo de Trabajo sostuvo que la medida era incompatible con las obligaciones contraídas por Australia en virtud del Gatt y que ella importaba para Chile un menoscabo de ventajas obtenidas con la negociación de la consolidación del régimen de franquicias para el nitrato de sodio, al trastornar el Gobierno de Australia la relación de competitividad entre dos abonos que recibían un trato uniforme hasta antes del retiro de la subvención.<sup>38</sup>

#### ***- Tratamiento general de la nación más favorecida se limita solo a los “productos similares” (N° 1 del artículo primero).***

En el mismo caso referido en el número anterior, el Grupo de Trabajo sostuvo que el tratamiento general de la nación más favorecida establecido en el N° 1 del artículo primero del Acuerdo General se limita solo a los “productos similares” y que el nitrato de sodio y el sulfato de amonio no lo eran. Agregó que en el Arancel australiano los dos abonos estaban clasificados en partidas diferentes y se les concedía un trato diferente. No se pronunció si eran directamente competidores o si podían sustituirse entre ellos.

Más tarde, en 1978, el Grupo de Expertos que se ocupó del asunto “Medidas de la CEE en relación con las proteínas destinadas a la alimentación

<sup>38</sup> Guía de las normas y usos del Gatt, Vol. 10, p. 728 y 729. Publicación de la OMC, 1995, Ginebra, Suiza. Informe del Grupo de Trabajo. Docto. Gatt/CP.4/39, adoptado el 3 de abril de 1950.

animal”, adoptó el mismo criterio.<sup>39</sup>

**- Alcances del concepto de “producto similar” para los efectos de las restricciones a las importaciones (artículo XI).**

En 1980, el Grupo Especial que examinó las restricciones a las importaciones de manzanas chilenas dispuestas por la CEE juzgó que las manzanas europeas y chilenas eran “productos similares”, no obstante ser de variedades distintas; de modo que las medidas restrictivas reclamadas por Chile violaban el compromiso que el artículo XI del Acuerdo General imponía a la CEE de no aplicar restricciones respecto de cualquier producto agrícola que tenga por efecto restringir la cantidad del producto similar que pueda ser vendido o producido o, de no haber suficiente producción nacional del producto similar, de un producto nacional que pueda ser sustituido directamente por el producto importado.

Posteriormente, en 1989, los Grupos Especiales que conocieron las reclamaciones de Chile y los Estados Unidos de América por restricciones impuestas por la CEE a las importaciones de manzanas de mesa, sostuvieron que si bien entre las manzanas chilenas y estadounidenses y las de la CEE había diferencias de precio, variedad y calidad, que no permitían considerarlas “productos similares” en estricto sentido, se debía concluir que dichas diferencias no bastaban para contrarrestar la similitud fundamental, ya que estos productos, importados o nacionales, cumplen una función similar para el productor y todos se venden como manzanas; es decir, como productos sustancialmente similares y, en consecuencia, afectos al compromiso que impide establecer restricciones a su importación, conforme lo dispone el párrafo 2 c) i) del artículo XI del Acuerdo General.<sup>40</sup>

**- Una restricción cuantitativa a la importación no es un derecho o una carga que exceda de la concesión arancelaria otorgada en Lista anexa al Acuerdo (letra b) del N° 1 del artículo II).**

El Grupo Especial que conoció la diferencia entre Chile y la CEE por las restricciones impuestas a las manzanas chilenas sostuvo que la medida de suspender importaciones no era un derecho o carga que excediera la concesión arancelaria establecida en la lista de la CEE, por lo que la medida no era posible juzgarla como una violación de dicho compromiso, conforme al apartado b) del párrafo 1 del artículo II del Acuerdo General; pero consideró apropiado examinarla al tenor del compromiso de eliminación general de las restricciones cuantitativas, contemplado en el artículo XI.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Op. Cit. vol. 1, pp. 39 y 40.

<sup>40</sup> Op. Cit., vol. 1, p. 369, y Docto. Gatt: L/6491, 365/142 (Chile) y L/6513,365/153 (Estados Unidos).

<sup>41</sup> Op. Cit., p. 110.

Agregó que aun adoptadas en el contexto del N° 2, letra c), párrafo i) del artículo XI, como medida tendiente a restringir la cantidad del producto nacional similar que pueda ser comercializada o producida, o para evitar que dicho producto sea substituido por el producto importado, la medida debió haber determinado el volumen y valor de las importaciones a restringir, procediendo a la publicidad de la medida, conforme al inciso final del artículo 11.<sup>42</sup>

***-Extensión del “período representativo anterior” para determinar la proporción o la relación existente en el comercio nacional entre el producto nacional y el producto importado para los efectos de determinar los alcances de una medida restrictiva de las importaciones (inciso final del artículo XI).***

El Grupo Especial que en 1980 tomó conocimiento de las restricciones impuestas por la CEE a la importación de manzanas chilenas consideró apropiado utilizar un “período de tres años anteriores al año en que las medidas estuvieron en vigor” para los efectos de determinar la relación entre las exportaciones de los países abastecedores y las importaciones totales de la CEE durante un “período representativo anterior”, como recurso para juzgar la procedencia de las medidas restrictivas.<sup>43</sup>

El informe de 1989 del Grupo Especial que se ocupó de las restricciones que la CEE impuso a las manzanas de mesa, constató que el período de referencia empleado por la CEE a los efectos de asignar las partes del contingente, es decir, los tres años anteriores, era conforme a las obligaciones que le imponía el artículo XIII.<sup>44</sup>

Cabe hacer presente que ni la letra del artículo XIII ni las notas y disposiciones suplementarias a los artículos XI y XIII, anexas al Acuerdo General, establecen dicha duración para el “período de referencia anterior”. De manera que ésta es una complementación hecha por la jurisprudencia de los Grupos Especiales, particularmente a partir de las reclamaciones de Chile.

***-Diferencias entre restricciones a las exportaciones voluntariamente negociadas y restricciones unilaterales a las importaciones (N° 1 del artículo XIII).***

A propósito del compromiso que las partes contratantes han contraído en el N° 1 del artículo XIII del Acuerdo General, para no aplicar restricciones cuantitativas a las importaciones discriminatorias, el Grupo Especial de 1980 señaló que la suspensión aplicada por la CEE a las importaciones de manzanas procedentes de Chile no era una restricción semejante a la derivada de

<sup>42</sup> Docto. Gatt L/5047, párrafo 4.7 y Guía, p. 384.

<sup>43</sup> Op. Cit., p. 445.

<sup>44</sup> Op. Cit., p. 442 y docto. Gatt L/6491 párrafos 12.20 y 12.2.

acuerdos de limitación voluntaria de las exportaciones negociadas con los demás países abastecedores, primordialmente teniendo en cuenta que había una diferencia de transparencia entre las dos clases de medidas; además, había una diferencia en la aplicación de las restricciones, pues una era una restricción de las importaciones y la otra una limitación a las exportaciones, y agregó que la suspensión de las importaciones era unilateral y obligatoria, mientras que la otra medida era voluntaria y negociada.<sup>45</sup>

**- Aumento en la eficiencia de la producción o de la capacidad de exportación pueden ser “factores especiales” para los efectos de las restricciones cuantitativas a las importaciones. (inciso final del artículo XI y artículo XIII).**

En informe de 1989, el Grupo Especial encargado de conocer el asunto de las restricciones de la CEE a las importaciones de manzanas de mesa se atuvo a la nota al párrafo 4 del artículo XIII para determinar que los “factores esenciales” que deben ser apreciados al decretar una medida restrictiva de las importaciones eran las variaciones de la productividad relativa entre los productores nacionales y extranjeros, o entre los distintos productores extranjeros, pero no las variaciones provocadas artificialmente por medios que el Acuerdo General no autoriza.

El Grupo constató que la CEE no había tenido debidamente en cuenta la tendencia general al aumento de la eficiencia relativa de la producción y de la capacidad de exportación de Chile, ni tampoco la reducción temporal de la capacidad de exportación de ese país debida al terremoto de 1985.<sup>46</sup>

El Grupo Especial encargado de examinar las restricciones de la CEE a la importación de manzanas chilenas, constató que los programas de arranque de manzanos ejecutados por la CEE en los años 1969 y 1976 parecían ser medidas aisladas destinadas a controlar la producción, no inscritas en una política permanente y duradera destinada a restringir la producción.<sup>47</sup>

Además sostuvo que dichos programas no habían tenido como resultado ninguna disminución considerable de la producción.

**- Inaplicabilidad de las restricciones a las importaciones de productos en camino a la fecha de publicación de la medida (párrafo 3, letra b) del artículo XIII).**

El Grupo Especial que se ocupó en 1989 de las restricciones de la CEE a las importaciones de manzanas de mesa, constató que al permitirse únicamente la entrada de productos en camino para los que se había expedido

<sup>45</sup> Op. Cit. pp. 446 y 447.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Op. Cit., p. 379.

un certificado de importación antes de la entrada en vigor del Reglamento, la CEE había exigido un nuevo requisito para el que no existía base en el artículo XIII, cuyo texto significaba claramente que a las manzanas en camino, es decir a las embarcadas con destino a la CEE, antes de la publicación de la medida de suspensión de los certificados de importación para Chile, debía permitírseles su entrada al mercado de la CEE.<sup>48</sup>

Al tenor de citado artículo, no se puede prohibir la entrada de productos que se hallaban en camino al momento de efectuarse la publicación de la medida que dispone la restricción a la importación mediante la fijación de contingentes.<sup>49</sup>

***- La protección de la salud y la vida de las personas o la preservación de los vegetales permiten discriminar en la tributación interna respecto de productos similares o directamente competidores (artículo XX).***

El Grupo Especial que examinó las reclamaciones de la CEE por los derechos de aduana, impuestos y prácticas de etiquetado que Japón aplica a los vinos y bebidas alcohólicas importados observó que las excepciones generales del artículo XX del Acuerdo General pueden justificar la aplicación de tasas impositivas interiores diferentes a productos similares o directamente competidores, cuando son necesarias para proteger la salud y la vida de las personas o para preservar los vegetales.<sup>50</sup>

El Grupo constató que el Acuerdo General daba a cada parte contratante un amplio grado de libertad para determinar con autonomía los objetivos, el nivel, los principios y los métodos de sus impuestos internos sobre las mercaderías.<sup>51</sup>

***- Preeminencia de las facultades reglamentarias y las opciones de política interna en la determinación de los “productos similares” en el contexto del tratamiento nacional (artículo III).***

En informe de 1992, el Grupo Especial encargado del asunto “Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivados de la malta”, se indicó que es imperativo que la determinación de productos similares en el contexto del artículo III, relativo al tratamiento nacional en materia de tributación y reglamentación interna, se haga de manera que no interfiera innecesariamente con las facultades reglamentarias ni con las opciones de política interna de las partes contratantes. Más adelante se recuerda que los objetivos de política general que en los Estados Unidos de

<sup>48</sup> Op. Cit., pp. 451 y 452.

<sup>49</sup> Letra b) del N° 3 del artículo XIII.

<sup>50</sup> Apartado b) del artículo XX.

<sup>51</sup> Docto. Gatt LI6216, párrafo 5.13.

América justificaban establecer diferencias entre las bebidas alcohólicas por su contenido alcohólico eran la protección de la vida y la salud humana y preservar la moral pública, sin favorecer a los productores nacionales más que a los productores extranjeros.<sup>52</sup>

**- Compromiso de no dictar y aplicar reglamentos técnicos que creen obstáculos técnicos innecesarios al comercio internacional. (párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio).**

El 24 de julio de 1995, Chile solicitó el establecimiento de un Grupo Especial para que conociera de una reclamación en contra de las Comunidades Europeas por la dictación de un reglamento francés que restringía la denominación comercial que podía ser utilizada en Francia para comercializar el molusco chileno (ostión) del género “pectinidae”, limitándola a la utilización del término “pétoncle (Saint Jacques)” o “petoncle” simplemente, en circunstancias de que en la práctica comercial tradicional eran vendidos como “noix de Coquille St. Jacques” o “noix de St. Jacques”.

Tal cambio en la denominación del producto causaba anulación y menoscabo de los beneficios resultantes para Chile de la normativa de la OMC, especialmente del tratamiento de la nación más favorecida y del tratamiento nacional establecidos en los artículos I y III del Acuerdo General, y violaba el compromiso que las partes contratantes del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio contemplaba en sus artículos 2.1 y 2.2, que hacen especialmente aplicables los referidos tratamientos y que impiden a las partes dictar reglamentos técnicos que creen obstáculos innecesarios al comercio internacional.

No obstante estar constituido el Grupo Especial, las partes Contratantes interesadas (Chile, Perú y Canadá, por la demandante, y las CE, por la demandada) llegó a una solución mutuamente convenida que permitió reponer en el mercado francés la denominación comercial tradicional del ostión chileno.<sup>53</sup>

#### **2.3.4. Idoneidad política de las recomendaciones propuestas en los informes emitidos en las diferencias que han interesado a Chile**

Las diferencias comerciales internacionales no son meros conflictos jurídicos entre Estados; ellas conllevan, generalmente, elementos de poder que dificultan su solución. Si un informe de Grupo Especial es adecuado para resolverla, aun en tales circunstancias, el mecanismo da pruebas de su

<sup>52</sup> Guía de las normas y usos del Gatt, pp. 177, 190 y 191.

<sup>53</sup> Doctos. OMC WT/DS 14/1; WT/DS14/5 y WT/DS12/12.

idoneidad política para los intereses de la parte más débil en la diferencia. Es la confianza que deben tener los países en desarrollo cuando plantean su reclamación ante el OSD.

La experiencia chilena es un buen ejemplo de resultados positivos en el uso de los mecanismos de solución de diferencias en el Gatt o la OMC.

En el primer caso planteado en el Gatt, el año 1950, a propósito de las subvenciones australianas a las importaciones de sulfato de amonio, el Grupo de Trabajo se pronunció, favorablemente, a los planteamientos chilenos al señalar que la medida objetada importaba un menoscabo de las ventajas obtenidas por Chile en las negociaciones de franquicias y que el Gobierno australiano debía hacer desaparecer la desigualdad de trato otorgado al nitrato de sodio chileno.

En los casos de las restricciones dispuestas por la CEE a las importaciones de manzanas chilenas, los Grupos Especiales también formularon recomendaciones favorables a los intereses de Chile.

El informe de 1980 constató, en lo fundamental, que las medidas restrictivas adoptadas por la CEE no se ajustaban al artículo XIII del Acuerdo General y que se concluía, por tanto, que ellas significaban anular las ventajas que beneficiaban a Chile. De tal modo que recomendó que las partes buscaran una solución mutuamente satisfactoria. El informe de 1989 reconoció que las restricciones impuestas por la CEE eran incompatibles e injustificadas en el marco del artículo XI del Acuerdo General; agregó que la administración de los contingentes era discriminatoria y su aplicación retroactiva era incompatible con el artículo XII del Acuerdo General.

El caso planteado el año 1995, en contra de las CE por la denominación comercial dispuesta por Francia para los ostiones chilenos encontró solución negociada favorable a los planteamientos chilenos, después de haberse constituido el Grupo Especial, por lo que las partes notificaron a la OMC los alcances del acuerdo logrado, en la forma prevista en el mecanismo de solución de diferencias que administra la Organización.

Se puede concluir, por tanto, que estos mecanismos han sido eficaces para Chile y, por ende, pueden serlo para cualquier país en desarrollo.

### **2.3.5. Observaciones sobre los posibles perfeccionamientos que podrían introducirse a los procedimientos de solución de diferencias**

La experiencia chilena en la solución de sus diferencias comerciales internacionales, particularmente en las diferencias antes comentadas, permite formular algunas observaciones sobre los perfeccionamientos que podrían introducirse en los procedimientos que administra la OMC, en la perspectiva de la agenda futura de la Conferencia Ministerial, conforme lo programado

por la Decisión sobre aplicación y examen del ESD.

Como se ha señalado anteriormente, estas sugerencias se orientan en tres sentidos. Primero, se piensa en la posibilidad de abreviar los procedimientos en casos de medidas de corta duración; segundo, se postula la institucionalización de un procedimiento especial para atender las situaciones resultantes de actos atentatorios al comercio internacional, y, finalmente, se sugiere introducir modificaciones que mejorarían el derecho a la defensa del demandado.

### **2.3.5.1. Sobre la abreviación de los procedimientos en los casos de diferencias provocadas por medidas de corta duración**

Las restricciones a las importaciones de manzanas chilenas dispuestas por la CEE, en los años 1979 y 1988, fueron aplicadas entre los meses de abril y agosto. Los informes correspondientes fueron aprobados cuando las medidas ya habían dejado de ser aplicadas.

En el primer caso, el Grupo Especial fue establecido en julio de 1979; en noviembre del mismo año el Consejo acordó el mandato del Grupo, y el 29 de enero de 1980 se comunicó su composición. Es decir, cinco meses después de vencida la vigencia de las medidas, el Grupo estuvo en condiciones de iniciar su cometido.

En el segundo caso el Grupo celebró su primera reunión dos meses después de agotadas las medidas impugnadas (24).

El ESD ha establecido plazos breves para el desarrollo de los procedimientos, especialmente para casos de urgencia o de situaciones que involucran productos perecibles, como lo disponen los Nos. 8 y 9 del artículo 4 del ESD. Además, se ha mantenido la aplicación del procedimiento especial establecido en la decisión del 5 de abril de 1966, que permite a los países en desarrollo obtener, después de un período de dos meses de consultas, que en el plazo de 60 días un Grupo Especial se pronuncie en situaciones en las que es esencial resolver con rapidez.

No obstante, el tiempo que toman las consultas, la constitución del Grupo; la elaboración del informe; su aprobación por el OSD y la aplicación de las recomendaciones pueden tomar más tiempo que el de la duración de las medidas en cuestión.

En situaciones como las señaladas, que afectan la eficacia y fiabilidad del sistema, podría autorizarse al OSD para ordenar la suspensión temporal de las medidas impugnadas cuando de los antecedentes expuestos por la parte recurrente surjan presunciones graves, precisas y concordantes sobre la ilegalidad de la medida y los daños que su aplicación produce.

### **2.3.5.2. Sobre la institucionalización de un mecanismo especial ante actos atentatorios al comercio internacional**

A propósito del problema planteado ante la suspensión por los Estados Unidos de América de las importaciones de fruta chilena por la sospecha de contaminación, Chile propuso, en mayo de 1989, al Consejo del Gatt que su Presidente celebrara consultas con las partes contratantes interesadas para analizar el establecimiento de un mecanismo que, garantizando los derechos de las partes contratantes, minimizara los daños ocasionados por medidas similares. El delegado de Chile declaró que las medidas adoptadas por el Gobierno de los Estados Unidos de América habían afectado a frutas y hortalizas valorizadas en cientos de millones de dólares, las que tuvieron que ser destruidas o reexportadas o confiscadas, negándose a otras su ingreso al mercado estadounidense. Todo lo anterior, como consecuencia de haberse descubierto que dos racimos de uva contenían sustancias tóxicas.

Tal situación llevó a Chile a proponer que dicho mecanismo se estableciera en la estructura permanente del Gatt, para servir en la celebración de consultas rápidas, en el intercambio de información, en la adopción de decisiones que equilibren los intereses de todos los Miembros, en forma proporcionada a la amenaza.

Como consecuencia de la proposición chilena, el 11 de octubre de 1989, el Consejo del Gatt aprobó el “Establecimiento de un mecanismo ágil que permite compatibilizar los intereses de las partes contratantes ante actos atentatorios al comercio”, con las directrices siguientes:

- Ninguna medida debe ser más estricta de lo necesario ni permanecer en vigor más tiempo del preciso para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales y preservar los vegetales de que se trate, en conformidad con lo dispuesto en el apartado b) del artículo XX.

- La parte importadora notificará la medida al Director General lo antes posible o hará una notificación telefónica seguida inmediatamente después de una comunicación por escrito, que se distribuirá a las partes contratantes.

- Se esperará de la parte contratante importadora que acepte realizar rápidas consultas informales con la parte contratante interesada en cuanto se haya producido un acto atentatorio al comercio, para llegar a una visión común sobre la dimensión del problema y de la mejor manera de resolverlo con eficacia (Doctos Gatt C/M 236, p. 7 y 8, y C/M/365/73)).

La creación de este mecanismo no fue objeto de una decisión de las partes contratantes del Gatt de 1947 porque no hubo acuerdo para establecerlo como una estructura formalizada, limitándose el Consejo a tomar nota de la recomendación de su Presidente.

El Acuerdo General de 1994 incorporó a su régimen jurídico diversos instrumentos vigentes en el marco del Gatt, 1947, entre ellos las decisiones de

las partes contratantes. Por su parte, los Miembros de la OMC han afirmado su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados al amparo de los artículos XXII y XXIII del Gatt, 1947, entre los cuales no se encuentra el mecanismo en cuestión.

Para los Países en desarrollo, expuestos a situaciones de fuerza como la que dio origen a la proposición chilena, la institucionalización formal de este mecanismo como una estructura permanente de la OMC contribuiría a darle eficacia y confiabilidad al sistema de solución de controversias. Esta podría ser una de las tareas de la Conferencia Ministerial cuando efectúe el examen completo del ESD como lo han programado los Miembros.

## **2.4. Sobre las modificaciones que podrían perfeccionar el derecho a la defensa del demandado**

En esta materia se recogen las observaciones hechas en el Coloquio de Niza de 1996, dedicado al análisis de los resultados de la Ronda Uruguay, ocasión en la que se hizo notar que el procedimiento de trabajo de los Grupos Especiales ordenado por el apéndice 3 del ESD presenta inconvenientes para la plena defensa del demandado.<sup>54</sup>

### **2.4.1. Modificación del orden de las exposiciones en la segunda reunión sustantiva**

En primer lugar, se sostiene que no se justifica que, en conformidad a lo dispuesto en el N° 7 del apéndice 3 del ESD, en la segunda reunión sustantiva del Grupo Especial la demandada tenga que hablar en primer lugar y que a continuación lo haga la demandante, más aún si las partes han debido presentar previamente sus réplicas por escrito. Se agrega que este orden no permite al Grupo Especial efectuar un buen examen del asunto ni tampoco permite a la parte demandada hacer una presentación adecuada de su defensa. La lógica, se afirma, indica que la parte demandada tenga la última palabra y sea ella quien responda a los últimos argumentos de la demandante.

De dicho orden se pueden derivar serias consecuencias para la demandada, ya que después de la segunda audiencia no hay otras. En el caso, cada parte expondrá todos sus argumentos para convencer al Grupo, comprendidos los argumentos nuevos. La demandante podrá responder, incluso brevemente a los de la parte demandada, pero la inversa no será posible, aún cuando el presidente del Grupo ofrezca a las partes la posibilidad

<sup>54</sup> Renouf, Yves: Garantir les "Droits de las Défense", quelques remarques préliminaires sur la nécessité de Developper les règles de procédure Dans le règlement des differends de l'OMC. En "La reorganisation mondiale des échanges. Colloque de Nice. Société Francaise pour le Droit International). Editions A. Pedone. 1996. Francia.

de un último comentario después de las dos exposiciones.

Se ha señalado que la prueba del interés de los demandantes por la regla citada es que raramente dejan de usarla. También se indica que una excepción se presentó en el segundo caso de las bananas, en el cual los demandantes aceptaron exponer sus argumentos en primer lugar, pero se reconoce que las circunstancias eran especiales.

#### **2.4.2. Establecer plazos iguales para que demandante y demandado presenten sus primeras comunicaciones escritas**

El N° 12 del apéndice tres ya señalado, establece que la parte reclamante dispondrá de tres a seis semanas para presentar su primera comunicación escrita al Grupo, mientras que a la demandada se le otorga un plazo de dos a tres semanas.

Al respecto se hace ver que en la práctica es inimaginable la ventaja de la demandante, ya que ella ha originado el proceso y, en consecuencia, ha tenido largo tiempo para madurarlo, utilizando todo el tiempo necesario para solicitar la constitución de un Grupo, pudiendo incluso empezar a preparar su primera presentación aun antes de que se inicie el plazo. Se estima que en una lógica de más igualdad entre las partes, se podría aceptar la situación inversa.

En consecuencia, se juzga conveniente otorgar un plazo más o menos equivalente a ambas partes, otorgando a la demandada todas las garantías de un debido proceso.

### **3. Conclusión**

La experiencia chilena en el uso de los mecanismos de solución de diferencias en el Gatt y en la OMC demuestra que ellos son idóneos, eficaces y fiables; sin embargo, estas cualidades es necesario ampliarlas a procedimientos especiales para situaciones que requieren soluciones equilibradas en tiempos más breves.



## ¿Indulto, amnistía? Comentario de “Terror, pena y amnistía” de Juan Pablo Mañalich Raffo y “¿El perdón sin memoria? Respuesta a un general” de Patricio Hales Dib \*

Diego Pardo Álvarez\*\*

### 1.

Es difícil clasificar la reciente obra del Prof. Juan Pablo Mañalich, Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn y profesor asociado del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su título “terror, pena y amnistía”, indica que se trata de un libro cuya pretensión crítica y constructiva se dirige hacia la plástica y equívoca categoría denominada “justicia transicional”. Mañalich no desconoce que el terror de Estado, esto es, la violación masiva y sistemática de los derechos humanos de su población, es un fenómeno radicalmente contemporáneo; y que por tanto las disciplinas jurídicas que intentan dar cuenta de ello se encuentran en una condición embrionaria y limitada. La urgencia del tema a tratar, y las limitaciones inevitables de una disciplina rudimentaria, sin embargo, no dispensan a Mañalich de asumir una fuerte carga argumentativa. En “terror, pena y amnistía” se aprecia como, al servicio de una original solución al problema del terror de Estado en Chile, Mañalich es capaz de integrar, con erudición y originalidad, la teoría del derecho, la filosofía analítica, la teoría política contemporánea y la teología.

\* Mañalich, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía* (en adelante TPA). Flandes Indiano, Santiago, 2010. Hales, Patricio. *¿El perdón sin memoria? Respuesta a un General* (en adelante PM). Alfabeto, Santiago, 2010.

Agradezco a Sebastián Aylwin Correa y a Javier Contesse Singh sus comentarios al borrador.

\*\* Abogado por la Universidad de Chile. Coordina el programa de Magíster en Derecho mención Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la misma universidad. Es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica Silva Henríquez.

De otra forma, sería inevitable que el terror de estado sea trivializado por el derecho. Mañalich acomete contra este riesgo de trivialización en el primer capítulo de su obra. Afirma, correctamente, que el derecho es incapaz de comprender en toda su magnitud este fenómeno:

“en la medida en que la punición se articula como *la* respuesta a los hechos del terror, lo único que alcanza a ser tematizado en cada instancia de persecución y juzgamiento es la objetivación de la culpabilidad aislada que se expresa en el hecho punible respectivo” (TPA, p. 2).

La solución jurídica al terror de Estado en Chile, sin perjuicio de las buenas intenciones de sus promotores, implica el reconocimiento pragmático de que el derecho no fue sustantivamente disuelto en dictadura. Así, el intento de superar una experiencia de terror mediante el derecho penal, necesariamente oculta la dimensión *estructural* de la responsabilidad por esos hechos.

“Es exactamente esto lo que da pie para preguntarse por el significado último del sometimiento incondicionado de los hechos del terror a un régimen de punibilidad —formalmente intacto bajo el derecho penal chileno— cuya aplicación encierra la proposición contra-fáctica de que el *ethos* de la comunidad en cuyo nombre se impone y ejecuta la pena, no se habría visto decisivamente socavado, de hecho, por la práctica del terror estatal; lo cual equivaldría a decir: que el terror no fue terror” (TPA, p. 43).

Esta afirmación, empero, debe ser matizada. Para Mañalich, el establecimiento de la responsabilidad jurídico-penal de los perpetradores no es incorrecta *per se*. Lo incorrecto, en cambio, es la ingenua creencia en que la respuesta penal constituye *la base* de la solución frente al terror de Estado (TPA, p. 41). Ello no necesariamente obliga a descartar el derecho en los extremos de una solución. La respuesta al terror no puede buscarse *en* el derecho, mas puede encontrarse *con* el derecho. No es radicalmente implausible, así, que una comunidad política pretenda tratar jurídico-penalmente el terror sin con ello, *eo ipso*, trivializar y perpetuar el pasado. Para ello, en todo caso, la comunidad política tendría que apropiarse del pasado en términos estructurales, no solo jurídicamente, sino también políticamente.<sup>1</sup>

El sombrío diagnóstico que se encuentra al principio del primer capítulo es enteramente congruente con lo dicho:

<sup>1</sup> Fundamental para ello es lo sostenido con ocasión de la amnistía (infra II).

“(…) cabe sostener, a modo de diagnóstico global, que el triunfo de esa estrategia reduccionista consiste en una normalización de la violencia fundacional sobre la cual descansa el régimen político asociado a la vigencia de la Constitución de 1980. Que algunos constitucionalistas chilenos hayan llegado a hablar, a este respecto, de la ‘Constitución de 2005’ confirma este diagnóstico. Pues lo que esto supone es que el orden político así impuesto ha llegado a ser legitimado hasta el punto de que su marca de origen pretende ser obviada a través de la sola sustitución de una firma” (TPA, p. 10).

Para ir al encuentro de un concepto estructural de responsabilidad, Mañalich intenta rescatar de su perdición el concepto de amnistía. Un intento semejante, en todo caso, es incapaz de sostenerse si se insiste en una justificación prevencionista de la pena. Mañalich, en el segundo capítulo de su obra, provee de una soberbia justificación de la pena en términos retributivos. En un debate público caracterizado por el rechazo de la pena retributiva, la contribución de Mañalich a esta discusión no puede ignorarse.<sup>2</sup>

La estrategia de Mañalich es peculiar. Con su justificación retributiva de la pena, posiciona frente al concepto de amnistía un fuerte enemigo. Ello puede ser ineficaz al perseguir persuasión, pero es indispensable a nivel conceptual. El otorgamiento de una amnistía, para Mañalich, muestra los límites y las restricciones de la forma de vida asociada al imperio de la justicia (TPA, p. 52). Luego, entender correctamente la amnistía requiere mostrar cómo la imposición de la pena es un imperativo de justicia. Con su justificación retributiva de la pena, Mañalich persigue ese objetivo. Si se insiste, en cambio, en una justificación puramente prevencionista (i.e. utilitaria) de la pena (y de la amnistía), no se hace más que profundizar en la trivialización jurídica descrita al principio de su libro.

En los últimos dos capítulos de su obra, Mañalich afronta la discusión sobre la (in)validez del decreto ley de amnistía y sobre la (im)prescriptibilidad de las violaciones a los derechos humanos. Ambos capítulos son contribuciones fundamentales para el desarrollo de una judicatura coherente respecto al terror de Estado. Por tanto, su lectura es ineludible para quienes tengan interés en el tratamiento judicial de los crímenes de la dictadura, así como para quienes se encuentren en la difícil posición de generar políticas respecto a nuestro pasado reciente.

“Terror, pena y amnistía” es, en consecuencia, una lectura imperativa en el actual escenario político chileno. Para quienes están al tanto de la discusión sobre amnistía e indulto, la contribución de Mañalich no pudo

<sup>2</sup> Al respecto, véase también Mañalich, Juan Pablo. “La pena como retribución”, *Revista de Estudios Públicos* 108, 2007; y Mañalich, Juan Pablo / Kindhauser, Urs. *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Ara, Lima, 2009.

haber llegado en mejor momento. Sus páginas refrescan un debate al que le cuesta mirar afuera de sus estrechas fronteras. Aparte de oportuna, la contribución de Mañalich es tenaz y lúcida. Pues estamos frente a un libro valiente. Mañalich no teme entregar una fuerte y profunda argumentación aquí donde el tema es urgente, donde abundan las malas interpretaciones y los insistentes lugares comunes. La urgencia y relevancia del tema exigen con intensidad un tratamiento riguroso y maduro. “Terror pena y amnistía”, en sus densos y sofisticados argumentos, y en sus ricos y múltiples contenidos, significa un paso cualitativo en la discusión legislativa y judicial sobre la transición chilena.

## 2.

Quiero detenerme en el tratamiento que Mañalich hace de la amnistía en el tercer capítulo de su libro. Su argumentación es enrevesada y sus conclusiones son iluminadoras. Mi exposición al respecto no será exhaustiva. Quiero, del total de su argumentación, tomar algunos elementos para vincular su trabajo con el de Hales. Mi intuición es que revisando el vínculo, quizá artificioso, que trazaré entre ambos trabajos, pueden sacarse algunas fructíferas conclusiones para el actual debate sobre indulto propiciado por la iglesia católica. Mi limitaré a plantear solo algunas preguntas.

Mañalich considera que la amnistía es la forma jurídica que adopta la gracia. Su investigación entiende a la gracia primariamente como atributo divino. De esta consideración teológica extrae varias consecuencias. En primer lugar, el estándar de justicia divina es asimétrico respecto al estándar humano. En cierto sentido, la justicia divina es opaca a la justicia humana. Frente a la justicia retributiva, la gracia divina no puede más que aparecer como misericordia, es decir, no como realización de la justicia, sino más bien como su derrota bajo el ejercicio de un razonamiento esencialmente excepcional. Por ello, en segundo lugar, la gracia no reconoce patrón general que regule su ejercicio. El ejercicio de un derecho de gracia no puede someterse a un patrón jurídico preexistente. Esto no significa, para Mañalich, que la gracia deba considerarse arbitraria, sino más bien, y en tercer lugar, significa que la gracia puede apreciarse como un momento de genuina autodeterminación política (TPA, p. 134). Dicha autodeterminación política no debe necesariamente fundarse en una consideración favorable respecto del agraciado (TPA, p. 130).<sup>3</sup> El acto de gracia, por el contrario, exhibe la dignidad propia de quien lo ejerce:

<sup>3</sup> Por eso la argumentación de Carlos Peña es incompleta. Él se posiciona en contra de indultar a militares por razones humanitarias pues, argumenta, esto significaría que dichos militares instrumentalizarían por tercera vez el aparato del Estado (primero al cometer los crímenes del terror, segundo al ocultarse bajo el decreto ley de amnistía y tercero al ser indultados). Véase Reportajes de El Mercurio, domingo 13 de marzo.

“...a diferencia de la punición como realización de la justicia retributiva, por la cual se responde al hecho superándolo por vía de contradicción, reafirmando así la validez del derecho quebrantado, la gracia no constituye una respuesta al hecho en sus propios términos, sino más bien una renuncia a esa respuesta. Si bien el *hechor*, en tanto autor del *hecho*, merece – en su dignidad – recibir una respuesta a este en sus propios términos, el autor del acto de gracia se muestra por encima del hecho y de la necesidad de su refutación, esto es, se muestra digno (nada más que) *de sí mismo*, renunciando a ejercer su derecho en el diálogo de la punición” (TPA, p. 132).

Estos argumentos están en la base de la respuesta de Mañalich a la pregunta por la invalidez del decreto-ley de amnistía. Pues Mañalich considera, contrariamente a lo que denomina las estrategias de elusión, que el decreto-ley de amnistía adolece de invalidez inmanente, porque quien otorga una amnistía para sí mismo (como es el caso del decreto-ley 2191), afecta el principio de alteridad subjetiva de la responsabilidad penal. La premisa de su argumento consiste en que “no puede haber adjudicación de responsabilidad penal respecto del titular mismo del *ius puniendi* (TPA, 185)”. Luego, si el titular del *ius puniendi* otorga una amnistía para sí mismo, reconoce que la responsabilidad penal respecto de sí tiene pleno sentido (pues de otra forma la amnistía sería innecesaria). Esto entrañaría el reconocimiento pragmático de que no es el titular del *ius puniendi* y que, por tanto, no tiene capacidad de amnistiar. Quien decreta una auto-amnistía se contradice a sí mismo (TPA, p. 188).

### 3.

Este debate viene a ser enriquecido por el pequeño libro, que contiene la extensa respuesta, del Diputado Patricio Hales Dib a una carta abierta del General Hernán Núñez dirigida al Presidente de Chile. El tono del Diputado Hales, como corresponde a su posición, no es el propio del académico. En este libro podemos encontrar una respuesta apasionada, orgullosa y directa, a muchas de las incorrectas consideraciones hechas valer a favor de la amnistía y el indulto en beneficio de militares autores de crímenes durante la dictadura.

La respuesta de Hales se deja leer por sí misma. Lo que quiero destacar aquí, brevemente, son las cuestiones que nos deja el carácter y contenido de la polémica entre el Diputado y el General. Para ello, antes de reseñar la respuesta a un General, me gustaría introducir una fructífera tesis. En sus lecciones en el Collège de France de 1975-1976,<sup>4</sup> Michel Foucault pretende

<sup>4</sup> Publicadas bajo el título *Defender la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D. F. 2006.

restaurar el lugar de la guerra como principio de análisis de las relaciones de poder en los órdenes sociales. A diferencia del discurso de la soberanía, el discurso de la guerra muestra cómo dentro de un cuerpo social formalmente homogéneo, se inscriben y articulan distintas luchas de poder entre los diferentes grupos sociales que la componen. Lo que pretende mostrar Foucault es que bajo el manto de la tranquilidad institucional, se esconden y reformulan distintos conflictos y relaciones de poder no resueltos. Las sociedades, desde este punto de vista, ocultan irremediabilmente relaciones de guerra y dominación.

“Pero esto no quiere decir que la sociedad, la ley y el Estado sean como el armisticio de esas guerras o la sanción definitiva de las victorias. La ley no es pacificación, puesto que debajo de ella la guerra continúa causando estragos en todos los mecanismos de poder, aun los más regulares. (...) Así pues, estamos en guerra unos contra otros; un frente de batalla atraviesa toda la sociedad, continua y permanentemente, y sitúa a cada uno en un campo o en el otro. No hay sujeto neutral. Siempre se es, forzosamente, el adversario de alguien.”<sup>5</sup>

A la luz de este principio, quiero destacar algunas de las afirmaciones hechas por Hales en su respuesta. El objetivo crítico de su texto es cerrar la puerta a la tesis de que los militares deben ser indultados por haber, supuestamente, salvado a la patria del cáncer marxista. Del hecho de esta errónea lectura de la misión militar no se sigue, empero, que los mandos medios o bajos no sean también víctimas del terror de Estado. Una polémica contra esta idea no puede ser desarrollada aquí. Otras afirmaciones de Hales, a mi juicio, tienen mayor potencial explicatorio de la situación actual:

“[Los militares] están [sic] prohibidos por la Constitución de participar en la política activa. Pero el 73 se entregaron al servicio de un grupo político y se ensañaron con otro” (PM, p. 34).

“La derecha política, participando dentro del gobierno, creó bandos, decretos, leyes, argumentos, doctrina, para fundamentar y justificar la prohibición de derechos, la persecución política, la división entre los buenos y los malos chilenos. Esos políticos de derecha crearon hasta una Constitución Política de 1980 que literalmente prohibía nuestras ideas y su difusión” (PM, p. 39).

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 56.

“El grueso de la derecha se dedicó a apropiarse de las empresas del Estado o dirigían el país desde lo más altos cargos políticos con el poder absoluto, sin fiscalización alguna, sin Parlamento, sin prensa libre y protegida por los militares” (PM, p. 40).

El primer párrafo transcrito, creo, muestra radicalmente el carácter bélico que atraviesa nuestra institucionalidad a partir de los años del terror. Los dos siguientes muestran cómo se intensificó irremediabilmente la polaridad vivida, adquiriendo carácter pétreo e irreversible. La vulgarización del terror por el derecho no significa más que perpetuar el pasado en el presente.<sup>6</sup> Si tenemos por válido el argumento de Mañalich de que una autoamnistía es inválida inmanentemente a causa de su carácter contradictorio, ¿cuál sería el carácter de una amnistía o un indulto en el escenario descrito por Hales? ¿No sería un fiel reflejo de las relaciones de poder y de guerra institucionalmente fosilizadas en nuestra sociedad? Si la amnistía muestra la dignidad propia del soberano ¿existen las condiciones institucionales para “ser digno de sí”?

---

<sup>6</sup> TPA, p. 41 y ss. Entrevistado por The Clinic (Nº 385, 17 de marzo de 2011, pp. 10 y ss.), el Ministro de Justicia Felipe Bulnes argumentó a favor de aplicar “medidas de racionalidad carcelaria” también a autores de crímenes de lesa humanidad en dictadura. Su argumento consiste en que estos beneficios solo son medidas de racionalidad penitenciaria, que nada tienen que ver con el carácter, naturaleza e importancia de los delitos cometidos por los beneficiados. “No se trata de un indulto sino de una legislación carcelaria para quien se encuentra en esta situación. Si tú hablas [sic] de condiciones humanitarias, no tiene sentido distinguir si andaba de civil o uniforme al momento de cometer un delito”.



## **Rol del Congreso Nacional en la historia de Chile**



# VI

## El Parlamento y las elites\* Alfredo Jocelyn-Holt Letelier\*\*

### Resumen

Desde el inicio del primer Congreso Nacional en 1811, esta institución ha sido conceptuada como oligárquica. Ello no obstante haberse aceptado el principio de soberanía popular, el que, por supuesto, se entiende delegado y representado, y no de acuerdo a la acepción prejuiciada y democrática de nuestros días. Dicho carácter oligárquico —toda una filosofía moral—recorre toda la historia de la institución hasta 1973, como consta en diversos estudios disponibles. Con todo, el que haya sido una institución oligárquica no significa que fuese retardataria. Por el contrario, pluralizó la representación ciudadana a la vez que confirió estabilidad. Afirmar que el Congreso ha sido históricamente oligárquico en ningún caso debe entenderse como algo negativo. Se equivoca, pues la historiografía cuando limita el término oligarquía solo al período “parlamentarista” o cuando quiere con ello denostar a una clase social o elite en el poder. En suma, nuestra historia política republicana es oligárquica y plural-representativa; ambos conceptos, sinónimos.

### Abstract

From the first National Congress (1811) onwards this institution has been conceived in oligarchic terms. This notwithstanding the fact that popular sovereignty was also accepted; the latter notion always understood to be delegated and represented, unlike how we tend to see it nowadays given our democratic prejudices. Said oligarchic character —a moral philosophy in and of itself— covers the entire history of the institution up to 1973, as it appears in numerous well-known studies. That this may be an oligarchic institution in no way means that it was reactionary. On the contrary, it pluralized civic representation while providing stability. Hence, to argue that historically Congress has been oligarchic should not be understood in a negative sense. Historiography is wrong when it limits the term oligarchy only to the “parliamentary” period, or when it tries to revile a social class or elite in power. All in all, our political and republican history is oligarchic as well as plural-representative, both concepts more synonymous than contradictory.

\* Ponencia desarrollada en el Seminario “Rol del Congreso Nacional en la Historia Política de Chile”, organizado por la Academia Parlamentaria el día 26 de abril de 2011, en la sede del Congreso Nacional.

\*\* Licenciado en derecho por la Universidad de Chile, magíster en estudios humanísticos por la Universidad Johns Hopkins y doctor por la Universidad de Oxford. Es profesor de las facultades de Derecho, Filosofía y Humanidades, y Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, además de profesor visitante de las universidades de Cambridge, Roma Tres, Salamanca, y Chicago.

“En el único modo posible y legal, se ve por la primera vez congregado el pueblo chileno. En las respetables personas, dignas de la general confianza, y en cuya elección han tenido parte todos sus habitantes, se reúne para tratar el más grave, delicado e importante negocio que recuerda la memoria.” Con estas primeras palabras de su discurso —algunos lo llaman “oración” para darle más prestancia— Juan Martínez de Rozas daba inicio al primer congreso nacional en julio de 1811.<sup>1</sup>

Son palabras retóricas, por cierto, muy de abogado. “En el único modo posible y legal”, es decir, conforme a derecho (no a otras lógicas), se convoca y junta al “pueblo”. Esto último (lo del “pueblo”), un decir, una ficción legal, como también el que se haya recurrido a una elección en que habría participado la totalidad (dudosa) de sus habitantes. En definitiva, Martínez de Rozas hace aquí el saludo y reverencia correspondientes al principio de legitimación revolucionaria y democrática —la soberanía popular— y, tras deshacerse de tamañas altisonancias y con semejantes gárgaras protocolares, procede a lo fundamental y *únicamente posible*: dirigirse a “las respetables personas, dignas de la general confianza”. Las únicas con quienes se puede hablar en una situación crítica como la que se vivía: el colapso del imperio español, el rey secuestrado, y la necesidad de darse un gobierno y una constitución local. Esto otro, lo de las “respetables personas, dignas de la general confianza”, una nueva ficción que introduce puesto que el “respeto” y la “dignidad” política (dejemos a un lado el aspecto social por un momento) son cualidades *especulares* (“espejito, espejito...”), es decir, se las autoconfieren ellos mismos, quienes se reúnen en el acto —este del 4 de julio de 1811—, al que ellos mismos han convocado para, de paso, autoconfirmarse.

En el fondo, se recurre a una solución jurídica oligárquica (lo que supone a muy pocos), aunque una fórmula muy distinta a la anterior, a la Junta de Gobierno de diez meses antes (septiembre 1810). La Junta era corporativa; sus miembros lo eran en propiedad, toda vez que pertenecían a ella en cuanto tales, en cuanto origen social, actividad gremial, sectorial o por tradición o adscripción según se tratara de los distintos cuerpos de la sociedad organizada, esto es, el estamento noble, la Iglesia, los militares, el vecindario español, o bien, criollo, de Santiago o de Concepción.<sup>2</sup> En cambio, el Congreso reuniría a dignatarios individuales elegidos solo de acuerdo a

<sup>1</sup> Cfr. “Discurso de don Juan Martínez de Rozas, vocal de la Junta de Gobierno, en la instalación del Congreso”, reproducido en *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile, 1811 a 1845*, Santiago, 1887, Tomo Primero, pp. 38-43.

<sup>2</sup> Me detengo en la Junta, en su carácter corporativo, y cómo esta da a lugar al Congreso en los siguientes estudios de mi autoría: “Chile 1808-1809: La descomposición de la máquina institucional”, en Roberto Breña, editor, *En el umbral de las revoluciones hispánicas: El bienio 1808-1810, El Colegio de México y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, México y Madrid, 2010, pp. 299-312; “Chile 1808-1809: La crisis a tiempo corto” en *Secuencia: Revista de Historia y Ciencias Sociales del Instituto Mora*, Número Conmemorativo: “Soberanía, lealtad e igualdad: las respuestas americanas a la crisis imperial hispana, 1808-1810”, México D.F., diciembre 2008, pp. 231-242; “El escenario juntista chileno, 1808-1810” en Manuel Chust, editor, 1808. *La eclosión juntera en el mundo hispano*, pp. 269-285, El Colegio de México, México, 2007, pp. 269-285; y en mi libro, *La Independencia de Chile: Tradición, modernización y mito* [1992], última edición, Santiago, 2009.

votación popular. Y, si bien, lo “popular” continuaría aludiendo a un conjunto restringidísimo, exclusivo, de ciudadanos —a un Senado (a patricios o pueblo elector) y no tanto a un *populus*, una *plebs*, o al *vulgus* (plebe carente de privilegios políticos)— no, por ello, dejaba de ser un universo muchísimo más amplio el contemplado por el Congreso que el de la Junta, habiéndose descartado los criterios anteriores.<sup>3</sup>

Es más, se trataría de dignatarios *representativos*. Un aspecto en que suele no repararse o no se entiende con la profundidad que merece. Veamos, representación puede significar muchas cosas. Alude a cierta calidad (“autoridad, dignidad, categoría de la persona” según la Real Academia Española), como también a una “figura, imagen o idea que sustituye a la realidad” (que es como también lo define el *Diccionario* de la RAE). La Junta había sido una solución claramente realista: reconocía y contemplaba los distintos cuerpos que configuraban la entonces comunidad organizada. El Congreso, por el contrario, se constituía a partir de un universo en expansión, un cosmos que debe haberles parecido a los congregados por Martínez de Rozas, y seguramente nos sigue pareciendo hoy, infinito —la democracia progresiva—, pudiendo ser abarcado solo ficticiamente; ya sea, mediante la imaginación filosófica teórica, o de manera más aterrizada, jurídicamente hablando, que es lo que hace Rozas, recurriendo a ficciones legales. Desde luego, a la soberanía popular, principio legitimador y republicano. Hasta ahí todo bien; no objetaban para nada el que fuese republicano, que se votara, que les pudiese servir para validar el poder que había caído en sus manos y demases; pero, ya algo más complicado era que este también fuera un principio jacobino, revolucionario, en potencia plenamente democrático, asambleísta, tribunicio plebeyo y tumultuario. Es decir, confiable pero con reservas, confiable hasta por ahí no más. Por eso se optó por reconocer y consagrar la soberanía popular (en las constituciones, por ejemplo), pero “delegando” y limitando su ejercicio. Esta, una solución afín al republicanismo, aunque dando un paso más allá, dentro, conforme a coordenadas liberales, acotadas, finitas, para que el asunto no se escapara de las manos:

“La Nación chilena es la reunión política de todos los chilenos naturales y legales [...] En ella reside esencialmente la Soberanía, y el ejercicio de ésta

<sup>3</sup> La distinción es clásica. El término *populus* servía para diferenciarlo del Senado romano, un grupo de ancianos que descendía, en teoría al menos, de los ramnes o ramnenses, una de las tres tribus que se unieron para fundar Roma, y quienes habrían sido elegidos, a su vez, por Rómulo. *Populus* podía aludir a todo el pueblo de Roma; sin embargo, ocasionalmente, servía para marcar diferencia también con los plebeyos; de ahí que plebeyo en tanto adjetivo mantenga hasta nuestros días un significado peyorativo, al igual también que *vulgus*. Véase, al respecto: George Boas, “The People” en *The History of Ideas: An introduction*, Nueva York, 1969, p. 169. Conste que, al terminar su discurso, Martínez de Rozas insiste en denominar a los miembros del Congreso “magistrados”, término que todavía, en aquel momento, poseía el sentido jerárquico también clásico: el de “superior en el orden civil” (mi énfasis), de hecho, la primera acepción que recoge la Real Academia Española en su *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, Vigésima primera edición, Tomo II, p. 1292.

en los poderes supremos con arreglo a las leyes. No puede ser el patrimonio de ninguna persona o familia” (art 1 de la Constitución de 1828).<sup>4</sup>

“El Gobierno de Chile es popular representativo” (art. 2 de la Constitución de 1833); “La soberanía reside esencialmente en la Nación que delega su ejercicio en las autoridades que establece esta Constitución” (art. 4, Constitución de 1833).<sup>5</sup>

En palabras de Alberto Edwards, “Fuera o no el pueblo capaz de elegir a sus mandatarios y de ejercer en realidad la soberanía, era indispensable respetar esa fórmula [...] [N]uestros constituyentes debieron [...] poner a la cabeza de las instituciones el reconocimiento de la soberanía del pueblo”.<sup>6</sup> La expresión “a la cabeza” da a entender algo así como una corona, que presta realce, pero que puede que sea solo decorativa.

Dudo que alguien, hoy, se atreva a hablar de esta manera, tan descarnadamente y sin eufemismos. Presumir que tanto nuestra fuente última de legitimidad —la soberanía popular— como su materialización práctica son “invenciones” políticas, un poco decorativas, no se aviene con nuestro sentido de empoderamiento plenamente democrático de ahora último, de nuestros días. Y, eso que Martínez de Rozas, seguido por los constituyentes de a lo menos dos potentes constituciones (las del 28 y 33, en este punto contestes), también por Edwards, y si acopiáramos más fundamentos, de seguro que por casi la plenitud de los hombres públicos chilenos del siglo XIX y parte del XX, habrían estado plenamente de acuerdo con dicha premisa.

No se habrían espantado ni angustiado en concordar y reconocer que todo nuestro sistema político se edifica sobre bases medio quiméricas, medio utópicas, medio decorativas<sup>7</sup>; en el fondo, resta, descansa, en acuerdos sobre esencialidades que, mejor, no meneamos. No, a menos que estemos dispuestos a tener que admitir la posibilidad o realidad terrible de un pueblo, nuestro pueblo (al trasto si es *populus* o *plebs*, a estas alturas), no siempre capaz de elegir a sus mandatarios o ejercer responsablemente la soberanía que se le atribuye. Las mayorías en este país, estos últimos 47 años, si nos atenemos a su apoyo manifiesto en los momentos más plebiscitario-democráticos de nuestra historia (1964, 1970, 1988), para qué decir si nos remitimos a la adhesión sistemática que han manifestado hacia ofertas revolucionarias extremas (la Revolución en Libertad, la Revolución Marxista-

<sup>4</sup> Mi énfasis.

<sup>5</sup> También mi énfasis.

<sup>6</sup> Alberto Edwards Vives, *La organización política de Chile [1913]*, Santiago, 1972, p. 123.

<sup>7</sup> De esto no habría por qué alarmarse. En las monarquías constitucionales —la británica su mejor ejemplo— la calidad o peso real del soberano es ambigua: figurativa, ornamental, pero no despreciable. El caso español reciente —don Juan Carlos— demuestra cómo esa ambigüedad intrínseca al “soberano”, a todo soberano desde quizá siempre, vuelve a la monarquía tan simbólica como potencialmente efectiva. A su vez, la soberanía popular, en tanto legataria histórica de la soberanía monárquica, no tendría porqué ser menos decorativa, figurativa, ficticia o ambigua, por lo mismo. Para un brillante análisis sobre el papel del soberano en la tradición inglesa, remítase a Walter Bagehot, *The English Constitution* (1867).

Leninista vía Chilena al Socialismo, la Revolución Silenciosa Neoliberal), las mayorías populares chilenas han sido de todo y, para peor, díscolas, desleales, contradictorias, bipolares, ciclotímicas, vulgares (consumidoras de televisión), sin columna vertebral, en fin, para nada confiables. Justo lo contrario a lo que Martínez de Rozas suponía del liderazgo político de su época, “las respetables personas, dignas de la general confianza” con que iniciaba su discurso y quienes habrían de presidir ese honorable Congreso o Parlamento. Y no solo presidirlo en 1811 si no de ahí en adelante hasta el fin de los tiempos. En 1811 se da inicio no solo a una institución, también a una lógica, a una filosofía moral, y a una solución práctica que habría de convertirse en tradición política de larga, prolongada, e histórica data de ahí en adelante.

Aludo a la idea y práctica que sostiene que, no obstante que el poder soberano resida teóricamente en el “pueblo”, es preferible, prudente y sensato que su ejercicio sea confiado, antes bien que a mandatarios (eso todavía puede que suene demasiado teórico y quimérico) —seamos, pues, más realistas— su ejercicio sea encomendado o *abandonado* a selectas minorías preparadas, doctas en el arte de legislar y gobernar, minorías plurales, con arraigado y probado sentido público, en fin, oligarquías tal y cual. La idea y práctica, también, consistente en querer centrar, focalizar, la política en el Parlamento puesto que esta sería la institución más patricia, “senatorial” y, por ende, oligárquica.

El carácter oligárquico del Congreso Nacional es vagamente conocido, y así es como se ha querido que sea, para no menear demasiado la cosa; supongo que si se supiera más de él —cómo se compone y cómo funciona— se arruinaría el efecto que se quiere obtener manteniendo la ficción, el aura. Los únicos estudios que yo conozco sobre la composición de las cámaras son de extranjeros (¿es que los nacionales nos creemos el cuento o ficción?), y eso que los extranjeros son la gente probablemente más inadecuada para hacer estudios prosopográficos; ignoran las sutiles conexiones genealógicas, tienden a ver el fenómeno como antropológico, tribal-exótico, son medio ingenuos (estoy siendo generoso, podría usar otros términos), son gringos, y por eso suelen pasar por alto una serie de otras variables que demuestran que las interconexiones, las relaciones de afinidad, parentesco, endogamia, historias de familia y negocios son mucho más intrincadas que como ellos, con la mejor voluntad del mundo, las presentan. Con todo, les debemos mucho; casi todo lo que sabemos a ciencia cierta, sobre las extensiones oligárquicas del Congreso nacional, se lo debemos a estudiosos como Mary Lowenthal Felstiner (“The Larraín Family in the Independence of Chile, 1780-1830”, 1970), Gabriel Marcella (“The Structure of Politics in Nineteenth-Century Spanish America: The Chilean Oligarchy, 1833-1891”, 1973), Arnold Bauer (*Chilean Rural Society from the Spanish Conquest to 1930*, 1975), Shirley Anne

Weathers (“Rule by the Elite in Chilean Independence and Early Nationhood: Political Process Towards Action Through Kinship, 1810-1830”, 1983), Maurice Zeitlin y Richard Earl Ratcliff (*Landlords and Capitalists: The Dominant Class of Chile*, 1988).<sup>8</sup>

Sabemos, gracias a Marcella, por ejemplo, “que una familia extendida, los Errázuriz, contribuyó con 4 presidentes de la república y 59 parlamentarios en el período 1831-1927. En ocasiones hasta seis de esos miembros ocuparon puestos en la misma legislatura. En general, Marcella informa que entre 599 diputados y senadores (de un total de 782 congresistas de los que se dispone algún tipo de datos de parentesco) aparecen 98 sets de hermanos, 61 sets de padre-hijo, 57 sets de tío-sobrino, 20 de primos, 12 de padre-yerno, y 32 de cuñados entre sí.”<sup>9</sup> Es llamativo, también, que en el mismo período (1834-1888), 35 parlamentarios se apelliden Errázuriz, 51 Larraín, 42 Valdés y 30 Vicuña.<sup>10</sup>

Evidentemente, Marcella está recabando información sobre el período más oligárquico de la historia de Chile, si exceptuamos la Independencia. El fenómeno, sin embargo, viene de mucho antes. Las investigaciones de Mario Góngora y de Jacques Barbier, para el período colonial, claramente apuntan a una también vieja tradición de entroncamientos, cliques, camarillas, endogamia, y todo tipo de estrategias, algunas muy complejas, para aglutinar familias, consolidar sus patrimonios, y posicionarlas en situaciones favorables frente al poder, sea en el cabildo, como también en la burocracia, ocupando cargos o bien entablando todo tipo de vínculos, algunos de parentesco directo, con funcionarios reales.<sup>11</sup> Según Felstiner, “hacia 1810 probablemente cada miembro de la nobleza criolla, o bien de los hombres ricos no nobles, estaba relacionado distantemente en términos de parentesco. La familia Larraín [la de “los Ochocientos” —objeto de estudio de la tesis de Felstiner— el número ya nos dice mucho], por ejemplo, estaba vinculada a través de matrimonio con por lo menos siete de las trece principales familias amayorazgadas de Chile”.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Los estudios prosopográficos aplicados a instituciones parlamentarias —el clásico por excelencia en este género es *The Structure of Politics at the Accession of George III* (1929) de Lewis Namier— tienden a corroborar la capacidad autoreproductora de estas agrupaciones. El estudio de Namier es adicionalmente interesante porque, no obstante su fuerte interrelación, los conglomerados producidos —se señala— son fluidos, cambiantes, y apegados a realidades locales. De ahí que Namier infiera una mucha menor importancia de temas, “issues”, o definiciones de tipo nacional que las puramente locales. Evidentemente para un autor como Namier las relaciones locales serían más “representativas” que las distinciones de orden ideológico. A Namier le hubiese parecido nada más absurdo un comentario “democrático” como el de Carlos Peña en *El Mercurio*, “cuando se ejercen funciones públicas, la corrección y la virtud no se miden por el carácter o las redes personales, sino por la fidelidad a las reglas” (24 de abril 2011). Por cierto, el comentario es obtuso: ¿qué es esto de “fidelidad a las reglas”, y a qué “reglas” debemos necesariamente remitirnos? Peña, siempre tan preocupado de la contingencia, suele ser casuístico y débil como comentarista teórico.

<sup>9</sup> Brian Loveman, *Chile. The Legacy of Hispanic Capitalism*, New York y Oxford, 1979, p. 176.

<sup>10</sup> Sobre la actualidad del fenómeno, véase: Alfredo Jocelyn-Holt, “¡Viva el cambio! Vuelven los Larraínes” en revista *Qué Pasa*, 3 de junio 2006; también mi artículo, “¡Siempre en Chile los parientes!”, *Qué Pasa*, 14 de agosto 2009, pp. 27-29.

<sup>11</sup> Véase: Mario Góngora, *Encomenderos y Estancieros: Estudios Acerca de la Constitución Social Aristocrática de Chile Después de la Conquista, 1580-1660*, Valparaíso, 1971; y del mismo autor, “Urban Social Stratification in Colonial Chile” en *Hispanic American Historical Review*, 55, 3, pp. 421-448, August 1975; Jacques A. Barbier, “Elite and Cadres in Bourbon Chile” en *Hispanic American Historical Review*, 52, No. 3, 1972; y del mismo autor, *Reform and Politics in Bourbon Chile, 1755-1796*, Ottawa, 1980.

<sup>12</sup> Alfredo Jocelyn-Holt Letelier, *La Independencia de Chile: Tradición, modernización y mito*, [1992] Santiago, 2009, p. 119 nota 47; cfr. Mary Lowenthal Felstiner, “The Larraín Family in the Independence Period of Chile, 1780-1830”, Tesis Doctoral sin publicar, Stanford

Por su parte, Bauer estima en doscientas familias el “vecindario noble” a fines del siglo XVIII, lo que da una cierta idea del enorme poder y tentáculos que eso podía llegar a significar.<sup>13</sup>

En efecto, estamos hablando de una vocación o tendencia oligárquica desde muy atrás. Pero, además, de una práctica exitosa, eficaz y probada, que había superado los recelos y vallas impuestas anteriormente por la Corona. El que la Corona objetara esta práctica, sin poderla erradicar, la vendría a fortalecer aún más, e indicarles por donde debían continuar después de 1810, con mayor razón, sin la Corona y sus funcionarios de por medio. Dicho de otro modo, lo interesante no es que esta elite haya sido oligárquica —todas lo son o tienden a ser<sup>14</sup>— sino que la Independencia, el quiebre institucional, el nuevo discurso republicano y liberal, hayan fortalecido incluso más esta tendencia. De hecho, lejos lo más significativo es que el peso y la influencia del parentesco aumentara, no decayera, en tiempos de la república, cuestión que sabemos que definitivamente ocurrió entre 1834 y 1888, siendo confirmado precisamente por la composición del Parlamento.

He ahí el punto que me parece más sobresaliente de todo esto. Es la nueva política, son las nuevas instituciones, y entre ellas el Congreso en particular, lo que afianza y consolida esta proclividad anterior de tipo oligárquico. Pero, eso no es todo. El que haya aumentado el carácter oligárquico no significa que se trate de los mismos miembros de esa elite, o dicho de otro modo, no es que la elite no haya cambiado en el entretanto. De hecho, se abre y coopta a nuevos grupos, como en su momento también lo hiciera durante la Colonia, lo que le sirvió, y con creces, para convertirse en una fuerza amén de poderosa e incontestable, flexible a la par que nucleada y exclusiva. Esto es bien notable. El que se haya abierto le permitió esquivar el riesgo de anquilosamiento, o de volverse una fuerza reaccionaria o retardataria, y conste que nadie serio ha dicho que lo haya sido. Por el contrario, la elite chilena del XIX siempre ha sido vista como modernizante.

Esta elite oligárquica, desde luego, se abre al dinero en la segunda mitad del siglo XIX; y ya antes, a partir de la Independencia, a extranjeros, profesionales, comerciantes (de primera hornada) y militares. Tendencia que persistirá, favoreciéndose a estas mismas nuevas fuentes de entroncamiento,

---

University, 1970, pp. 103 y 47.

<sup>13</sup> Arnold J. Bauer, *Chilean Rural Society from the Spanish Conquest to 1930*, Cambridge, 1975, p. 17. Es interesante notar que Alexis de Tocqueville computara en unas “veinte mil familias” la nobleza francesa a la época de la revolución de 1789; cfr. “Estado social y políticos de Francia antes y después de 1789”, en *El Antiguo Régimen y la revolución [1856]*, Madrid, 1982, I, p. 13. Evidentemente, se trata de experiencias y realidades muy distintas, como también de una fórmula de cálculo en un caso y otro seguramente incomparable, pero igual la cifra para Chile demuestra una altísima concentración de poder en muy pocas personas.

<sup>14</sup> Robert Michels, discípulo de Weber, es el principal teórico sobre este punto, véase su obra *Partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna de 1915*, y su “ley de hierro” de la oligarquía: quien dice organización, dice oligarquía; tanto en democracia como en cualquier otro sistema siempre se impondrá una minoría. Cualquiera sean las instituciones o leyes que limiten su poder, unos pocos tenderán “a reconocerse unos a otros y actuar instintivamente en concierto. Podría decirse, entonces, que la oligarquía es la condición natural de todo gobierno, incluso en estados legalmente constituidos como monarquías o democracias”, Roger Scruton, *A Dictionary of Political Thought*, London, 1982, pp. 332-333.

a lo largo del siglo XX. Con la particularidad, eso sí, de una segunda, también, constante, en lo que se refiere al mundo de la política: la preferencia de esta elite por acceder a puestos de elección popular proviniendo de dos grandes ámbitos, el de los abogados y terratenientes. Gonzalo Vial, con todas las reservas que merecen sus antojadizas conclusiones y también su a menudo mañosa metodología de análisis, registra un dato relevante. De 68 de los 71 senadores propietarios (es decir, sin incluir a los “subrogantes” y “suplentes”), en el período 1834-1870, 41 % eran abogados, y 21% de ellos, agricultores, cifras muy por encima de las restantes otras actividades que pesquiza (i.e. militares, comerciantes, banqueros, mineros, sacerdotes, ingenieros).<sup>15</sup> Cuando llegamos a 1924, que es el otro Senado que Vial examina, los dos grupos, el de “abogados” y el de “agricultores”, siguen siendo prominentes y muy poderosos independientemente de donde provengan socialmente; a esas alturas, “más de la tercera parte del Senado [era] francamente mesocrática”.<sup>16</sup> Parece que, esta vez, Vial no se equivoca. Las cifras que proporciona Weston H. Agor, en su estudio sobre el Senado chileno, al comparar datos de los senados de 1933-37 con los de 1965-69, confirman la tendencia: para el primer período, Agor constata 21 abogados o el 46.8% mientras que para el segundo, encuentra también 21 senadores o el 46.3%.<sup>17</sup> Cifras, fuera de constantes, muy altas.

A lo que voy con esto, y por supuesto en lo que Vial no repara, es que cualquiera que haya sido el cambio producido en la composición social de sus miembros, es presumible que en el Senado se haya mantenido una larga continuidad cosmovisual compartida. Ello dada la propensión jurídica y rural de sus principales miembros. Es decir, lo más probable es que tendieran a resguardar la propiedad privada; como también, se mostraran inclinados a ser más cautos, menos audaces o especulativos que si hubiesen sido, por ejemplo, mayoritariamente, gente dedicada al mundo minero o financiero bursátil. En otras palabras, me llama la atención que las áreas económicas más de punta en su momento (las señaladas: la minería y la bolsa) no coincidieran, no acapararan o definieran la composición del Parlamento. En realidad, es significativo que, en medio de auges notorios como el financiero bancario, o el salitrero mercantil, siguiera habiendo tanto abogado y terrateniente, o incluso más, que algunos poseedores de estas nuevas riquezas optaran por volverse terratenientes y, al parecer, solo así pudieran acceder al Congreso y esgrimir poder político. Por supuesto, no se me escapa que los abogados puede que estén defendiendo los intereses plutocráticos, y definitivamente se sabe que el mundo rural proveía cuantiosos votos; de hecho, en cierto

<sup>15</sup> Gonzalo Vial Correa, Pablo Valderrama Hoyl y David Vásquez Vargas, *Historia del Senado de Chile*, Santiago, 1995, p. 57.

<sup>16</sup> Vial Correa et al, op. cit., pp. 128-129.

<sup>17</sup> Weston H. Agor, *El Senado Chileno: Distribución interna de la influencia*, Santiago, 1973, p. 30.

momento (después de 1891 y tras la promulgación de la ley sobre Comuna Autónomas) se produjo una sobre-representación favorable al sector rural.

De eso se ha hablado mucho sin avanzar demasiado en la discusión. Lo que me interesa resaltar es de otra índole. Independientemente a qué apuntara el país, o cuáles fueran los nuevos derroteros de sus sectores más de avanzada, que el común denominador del Senado a lo largo del tiempo —la presencia de un muy alto número de abogados y terratenientes— de seguro que marcó la institución: volvió al Congreso en un poder conservador consistentemente elitista aristocrático, o bien, meritocrático señorial.

Hasta bien avanzado en el siglo XX, hasta el año 1973, se dijo que el Congreso era el club más exclusivo de Chile. El ya citado Weston H. Agor, tratándose de explicar por qué el Senado chileno todavía ejercía una influencia efectiva en *decisión making* mientras en muchos otros países (incluyendo varias viejas democracias) esa influencia parlamentaria decaía, señala entre varios factores a su haber: una prolongada trayectoria histórica de ciento cincuenta años, la existencia de una mayoría opositora en una de las dos cámaras, apoyo público a un sistema democrático que reconoce la autonomía del Congreso respecto al Ejecutivo, la estabilidad de sus miembros, y “lazos personales (económicos y de parentesco) entre los senadores y el medio que circunda al sistema del Senado”.<sup>18</sup> Todos ellos, criterios que parecieran confirmar de nuevo su carácter oligárquico conservador. Con la particularidad que Agor describía el Congreso de fines de la década de 1960, sin perjuicio de que podría haber estado hablando de versiones de mucho más atrás, y eso que se ubicaba en uno de los momentos más extremadamente críticos, radicalizado y revolucionario como no se viviera nunca antes.

¿Anacrónico el Congreso por lo mismo? No creo que corresponda tacharlo tan liviana y despectivamente de anacrónico. A juzgar por como se jugaron todas las fuerzas políticas en las parlamentarias de marzo de 1973, y también por sus resultados, digamos que “empatados”, se seguía creyendo bastante en tan venerable institución. Se seguía pensando y apostando en que ese era y seguía siendo el espacio político institucional donde, de persistir la cordura y razón, se podía dirimir los tan trascendentales conflictos que nos embargaban por aquel entonces. Ello a pesar del extremismo creciente en contra de instituciones liberales meramente “formales”, como gustaba denostarse desde el polo izquierdista, o bien, a pesar del desprecio que quedó muy luego en evidencia de parte de la derecha y centro democristiano neofascista y militarista que se encargó de terminar con la institución una vez producido el golpe.

---

<sup>18</sup> Véase Agor, op. cit., p. 3, y capítulo 1.

Es más, que el fin de la institución —¿o hemos de pensar ingenuamente que se trató solo de una “interrupción”, una interrupción algo larga, la más larga de su más bien casi ininterrumpida trayectoria?— haya coincidido, por un lado, con el fin del sentido compartido que proveía el derecho en cuanto medio para producir acuerdos, transacciones y la mantención de un trato mínimamente civil, y también, por el otro lado, con el fin del mundo agrario (el factor, qué duda cabe, de mayor estabilidad social en toda nuestra historia) y al que tan desastrosamente y sin compasión arrasaron, me hace pensar que no fue menor esa otrora predominancia tan sobresaliente de abogados y terratenientes en su composición interna.

Con todo, no es mi ánimo, aquí o en otros textos anteriores suficientemente conocidos, convertir la historia política e institucional en sub-apéndice de la historia agraria-alfalfa-y-chacra de este país. Al contrario, es justamente lo opuesto a lo que trato de apuntar. Lo que resulta notable del agro chileno es la conversión y proyección del mundo hacendal patronal en poder civil y político. En el fondo, cómo de *amos* fácticos, inicialmente meros poseedores necesitados y por tanto muy primarios, estos hacendados y patronos se convirtieron en *señores* dueños, reconocidos, respetados en cuanto tales, para luego volver a reconvertirse, esta vez, en *patricios*, fundadores de la República, y eventual y consiguientemente en *oligarcas*, es decir, en políticos.<sup>19</sup> O sea, aceptaron reducir su poder social amplio y omnímodo admitiendo participar en instancias políticas e institucionales. Podrían no haberse integrado a un espacio mayor que el de la hacienda, donde gozaban de un poder “natural”, total, sin límites. Les podrían haber bastado los fundos, como a los argentinos sus estancias. Pero no, siguieron gozando de ese mundo al margen, periférico, pero sin abandonar su compromiso con la ciudad colonial, luego con la capital de la nueva república; aceptaron integrarse y participar de un proyecto político mayor —desde el primer Congreso Nacional (recalquemos esto último) en adelante— que fue convertir a un país, huérfano de repente, de madre patria y perdido en el confín del mundo, en una unidad política nacional. Además, quizá no sea algo menor que el número de parlamentarios abogados que menciona Vial haya sido el doble que el de los terratenientes. En una de estas, por cada terrateniente (“huasamaco” y bruto), hubo dos abogados “civiles” y cuerdos (en el mejor de los casos); dicho de otro modo, pueden haber aquí frenos internos significativos sobre los cuales habría que investigar más.

<sup>19</sup> Me extendiendo largamente sobre esta tesis en el tercer tomo de mi *Historia General de Chile*. 3. *Amos, señores y patricios*, Santiago, 2008; también, en “Las elites chilenas, de ayer a hoy” en revista *Qué Pasa*, 9 de agosto 2008; y más recientemente, en los artículos: “El aporte de la elite a la cultura” en Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, *La construcción cultural de Chile*. Ponencias sostenidas durante el panel “La construcción cultural del país: diversas visiones para un destino común” de la VI Convención Nacional de la Cultura, Valparaíso, 2010, pp. 37-48; y “La elite como resistencia frente al poder y su estigmatización histórica” en *Mapocho*. Revista de Humanidades, No. 67, Primer semestre de 2010, pp. 113-123.

Es que no termina de llamarme la atención que este patriciado aceptara las ficciones que, al final de cuentas, los obligaba, ficta o no, lúdicamente o en serio, volver a sus personeros en “iguales” a su prójimo civil, cualquiera haya sido su rango; a la vez que mirar los cargos públicos como cargas, responsabilidades, tendientes a propender la felicidad pública, teóricamente de todos. Podrían no haberlo hecho; Latinoamérica está llena de ejemplos de elites que no asumieron ese desafío y esas limitaciones.

Me impresiona también que hayan podido reunirse en “tiendas”, conglomerados, corrientes, inorgánicas inicialmente, luego organizaciones cada vez más jerárquicas, disciplinadas, capaces de manejar ideas y eventualmente programas ideológicos: los partidos políticos. Y, es más, que hayan admitido y estimulado su propia pluralidad interna, intraclase, sin por ello comprometer mayormente la homogeneidad del todo social, y sin que sus diferencias políticas implicaran quiebres mayúsculos en los momentos más álgidos o críticos. En una misma familia o clan podían darse hijos, sobrinos, yernos, conservadores, liberales, o incluso radicales y así sucesivamente, y cada vez más al ir ampliándose el abanico de ofertas; si hasta Mapus llegó a haber (¡lo que hace la tolerancia!). Que los partidos políticos pudieran, particularmente en el tronco más “conservador”, dar rienda suelta a sus tendencias cismáticas y metastásicas—casi siempre a causa de esa corporación divisiva, autoritaria, intolerante y bolsa de gatos que siempre ha sido la Iglesia—pero sin que ello nos llevara a conflictos irreparables, como suelen ser siempre las guerras religiosas, y, es más, que dichas fragmentaciones en el bando católico posibilitaran flujos políticos, alianzas, coaliciones, fusiones cambiantes en torno al eje laico-clerical, también me parece extraordinario. Sorprende otro tanto la unidad que periódicamente se produce en torno a política exterior, deponiéndose diferencias, en aras de una causa nacional aglutinadora, las guerras con nuestros vecinos desde luego. Y, por último, y lo que más valoro, encuentro fundamental que se logran consensos también potentes, en contra de gobiernos, ejecutivos, y presidencialismos fuertes (el poder absoluto) a lo largo y ancho del espectro político partidista. Agreguémosle a ello, el que se haya reformado múltiples veces una Constitución que duró 92 años sin que fuese necesario derogarla, periclitando, caducando en el camino su presidencialismo autoritario inicial, y pavimentando, vía prácticas, consensuadas por todos los grupos *across the board*, a favor de la fiscalización y rendimiento de cuentas de parte del poder estatal, administrativo y central. *Pas mal*. Nada de mal. Cuánto de todo esto se logró desde el Congreso, desde las dos cámaras, y desde una lógica oligárquica compartida también *across the board*, pienso—sin mayor riesgo de equivocarme— que no poco.

Existen numerosos malos entendidos respecto al carácter oligárquico de los períodos formativos de nuestras principales instituciones políticas,

entre ellas, y muy en especial, el Congreso. Por de pronto, no hay acuerdo sobre la exacta definición y uso del término oligarquía. A veces, por ejemplo, hace las veces de sustantivo, otras de adjetivo. En estricto rigor oligarquía significa, y viene significando desde los griegos, el gobierno de los pocos; sin embargo, a menudo en la literatura historiográfica se la confunde erróneamente con el gobierno de los ricos. Y eso que para esto último también existe y se recurre a otro concepto, el de plutocracia. Como si esto no fuera ya de por sí enmarañado y no especialmente iluminador, hay quienes asocian a la oligarquía con clase social. Por ejemplo, cuando Sergio Villalobos Rivera en su texto *Origen y ascenso de la burguesía chilena* (1987) sentencia: “La oligarquía chilena, como nos la entrega el término [el fin, la segunda mitad] del siglo XIX, es una clase que ha consolidado su riqueza y disfruta de ella con holgura” (p. 19) —ojo que él también califica de “burguesía” a la “oligarquía” en este libro—; en fin, nadie más enredoso y confuso que Villalobos Rivera; no sabe donde está parado ni de qué está hablando.<sup>20</sup>

El uso adjetivo del término suele ser simplemente un recurso denostador u ofensivo. Cuando, por ejemplo, sin pausa ni respiro reflexivo alguno, se reserva el calificativo para el período signado por el peso del salitre y sus secuelas desmoralizadoras en el grupo dirigente tradicional (supuestamente dejan de ser sobrios y austeros, se vuelcan al lujo y el derroche, parten a París, se “venden” a los ingleses, le hacen la guerra a Balmaceda y bla bla bla). Este argumento puede cubrir el espectro ideológico historiográfico completo; va desde un socialista como Julio César Jobet a Gonzalo Vial, este último según Mario Góngora un “conservador antioligárquico”. Es decir, “oligárquico” aquí denota simple y peyorativamente un síntoma, una degeneración moral, lo que no ayuda, a digamos, una mejor comprensión del fenómeno.

Otros, en un registro más político (lo que es una buena señal), circunscriben el término “oligárquico” a la llamada “Época del Parlamentarismo” y esta exclusivamente al período 1891-1924/25, con lo cual arruinan la buena señal e intuición inicial. Sabemos por Julio Heise que el parlamentarismo viene de mucho antes, de fines de la década de 1860, si es que no es remontable a incluso mucho más atrás.<sup>21</sup> Isidoro Errázuriz y su *Historia de la Administración Errázuriz* (1935), en realidad su “introducción” a dicha historia pareciera retrotraer el asunto a lo que él llama “movimiento

<sup>20</sup> Similares críticas podrían hacerse a otros libros referidos a la elite de fines del siglo XIX y principios del XX, por ejemplo: Julio César Jobet, *Ensayo crítico del desarrollo económico-social de Chile*, Santiago, 1955; Luis Barros Lezaeta y Ximena Vergara Johnson, *El modo de ser aristocrático: El caso de la oligarquía chilena hacia 1900*, Santiago, 1978; Gonzalo Vial Correa, *Historia de Chile (1891-1973)*. I. *La sociedad chilena en el cambio de siglo (1891-1920)*, Santiago, 1981; Cristián Gazmuri, *El Chile del Centenario, los ensayistas de la crisis*, Santiago, 2001; y los dos libros de Manuel Vicuña Urrutia, *El París Americano: La oligarquía chilena como actor urbano en el siglo XX*, Santiago, 1996; y *La Belle Époque chilena: Alta sociedad y mujeres de elite en el cambio de siglo*, Santiago, 2001. Al final de cuentas, el problema con estos libros es que su antielitismo es tan agudo y profeso que suele nublar la comprensión histórica a que (se supone) aspiran esclarecer.

<sup>21</sup> Véase de Julio Heise González, *Años de Formación y Aprendizaje Políticos, 1810-1833*, Santiago, 1978; y también de Heise su *Historia de Chile: el Período Parlamentario, 1861-1925*, 2 volúmenes, Santiago, 1974 y 1982.

y la lucha de los partidos”, ¡desde tan atrás como 1823! De lo que se colige que (a) no existe una “época del Parlamentarismo”, y (b) probablemente, este —el parlamentarismo— es una constante, con grados más y con grados menos, desde la década de 1820, tras la caída de O’Higgins. Con todo, la asociación entre “oligarquía” y “parlamentarismo” (entendido este último como las prácticas y tendencias que llevan al Congreso a servir de freno, equilibrio, competidor o incluso de usurpador de prerrogativas del Ejecutivo independientemente de cualquier sector social ahí representado) no es tan disparatada, quizás. Alberto Edwards, en *La Fronda Aristocrática*, afirma que, post 1891, “Los izquierdistas de formación reciente que el norte o la frontera enviaba a Santiago [al Congreso se subentiende], eran hombres a quienes para convertirse en oligarcas nada faltaba y mucho menos el deseo. Los más ariscos se habían domesticado a los pocos meses”.<sup>22</sup> Edwards está mucho más inspirado en cierta recta doctrina marxista de lo que se cree; recordemos que Marx sostuvo textualmente alguna vez que “los *whigs* eran los representantes aristocráticos de la burguesía”<sup>23</sup>, a lo que posteriormente el leninismo y su lógica bolchevique de cuadros y vanguardia, implícitamente replicó y parafraseó dando a entender que los comunistas eran los *representantes aristocráticos del pueblo*. ¿Qué o si no fueron los comunistas chilenos cuando finalmente ingresaron al Congreso? ¿Martínez de Rozas habría objetado en 1811 la inclusión de comunistas leninistas si estos hubiesen existido y se hubiesen comportado como es debido? Es decir, si se les hubiese permitido calificar de “respetables personas, dignas de la general confianza”. De hecho, lo fueron; se les terminó por conferir crédito de confianza, cuando —*vía chilena a la representación* mediante— aceptaron las reglas del juego. Entre ellas las ficciones legales de que hablamos al inicio.

Podría seguir ofreciendo más argumentos. Pero el punto, quiero pensar, es al callo y está ahí para la discusión. Sostengo que hay buenas razones para aconsejar que el término “oligarquía” y “oligárquico” en sentido histórico (para el caso chileno) lo reservemos exclusivamente para: (a) fenómenos políticos, no sociales; (b) en ningún caso para referirse a una sola clase social, facción política, o al supuesto comportamiento degenerativo “moral” de dicho grupo; (c) tampoco limitándolo a un período específico de nuestra historia institucional de 150 años (1823-1973); (d) sí, en cambio, para describir y calificar, en buena ley, a colectividades e individuos que admitieron funcionar conforme a lógicas “representativas”, no democrático-directas, no plebiscitarias ni masivo-mayoritarias, sí “faccionadas” y con vocación de

<sup>22</sup> Alberto Edwards, *La fronda aristocrática en Chile*, [1927] Santiago, 1976, p. 219. Es curioso que el adjetivo al que Edwards recurre —“ariscos”—suene tan parecido a aristos, aristoi. ¿Es que los más “ariscos” entre los izquierdistas de entonces, una vez llegados al Parlamento, se demostraron más que afines a las lógicas oligárquicas políticas internas de esta institución?

<sup>23</sup> Cfr. Karl Marx, “The Elections in England. Tories and Whigs” en la *New York Tribune*, 1852.

minoría consciente y potente, preferentemente en instituciones públicas, y muy en especial, en el Parlamento o Congreso Nacional de Chile. En suma, nuestra historia política republicana es, querámoslo o no, oligárquica, plural-representativa (ambos, entendidos como sinónimos), y dicho Congreso o Parlamento, mientras lo hubo, fue uno de sus más eximios espacios.

Muchas gracias.

# VII

## El parlamento de más larga vida en el mundo hispanico, 1831-1924\* Bernardino Bravo Lira\*\*

### Resumen

El discurso de instalación del Congreso Nacional en 1831 sirve como hito para entender su prolongado funcionamiento, al dar cuenta de un Estado en formación, donde instituciones extrañas, como las constituciones o los mismos congresos nacionales, comienzan su asentamiento en las nuevas repúblicas. Sin embargo, y a contracorriente, el autor destaca que el éxito de tal funcionamiento no pasó por haber adoptado un rol propio o autónomo en la institucionalidad, sino adaptativo a las prácticas o a la constitución no escrita, al servir de apoyo o, inclusive, ser funcional a la presidencia de la república, centro del nuevo orden en tanto nuevo monarca, lo que garantizaba la paz y el funcionamiento institucional.

### Abstract

The opening speech of the National Congress in 1831 serves the understanding of its long term performance, by showing a forming State in which new institutions –like constitutions and the same Congress– start their settlement in the new republics. However and against the main opinion, the author underlines that this success was not caused by an autonomous role, but by adapting to the practices and being functional to the Presidency of the Republic, center of the new order as a new monarch, what guaranteed peace and institutional work.

\* Ponencia desarrollada en el Seminario "Rol del Congreso Nacional en la Historia Política de Chile", organizado por la Academia Parlamentaria el día 26 de abril de 2011, en la sede del Congreso Nacional.

\*\* Abogado por la Universidad de Chile. Es profesor de historia del derecho en la misma universidad y de historia de las instituciones en la Pontificia Universidad Católica, además de integrante de número de la Academia Chilena de la Historia, entre otras. Premio Nacional de Historia, 2010.

“Evitar novedades violentas, perfeccionar nuestra Constitución, por los medios que ella misma franquea, sin cortar la continuidad de la vida política, es el voto de los pueblos y la marcha que sin duda aconsejará la prudencia”.

*Discurso de instalación*

El título de esta exposición puede sonar un tanto presuntuoso. La verdad es que resulta casi modesto. Desde España hasta Filipinas no hay en el mundo hispánico, ningún otro parlamento que, como el de Chile, haya durado en funciones casi un siglo entero, 92 años para ser exacto. Es una lástima que los chilenos no hablen de esto y que muchos ni siquiera lo sepan. Algunos se acomplejan, creyendo que el Congreso nacional data de 1990, fecha de su más reciente restauración. Eso lo equipararía con el de España, cuyos treinta años se celebraron con alborozo en 2008. Si es por eso, los más orondos deberían ser los portugueses, ya que su actual parlamento es de 1976, es decir, tiene dos años más que el español. Pero lo que cuenta no es cuando empezaron a funcionar sino hasta cuando lo harán.

En realidad, para justificar el título de esta exposición, basta una mirada a los países hispánicos y sus parlamentos, a los que Sánchez Agesta calificó de intermitentes. No sin razón, puesto que tan sólo tres vencieron la barrera del medio siglo de funcionamiento, que es lo menos que puede pedirse para una institución de esta naturaleza. El primero en latinoamérica, aunque no propiamente hispánico, fue el de Brasil, instalado en 1826 y disuelto en 1889 por el golpe de Estado que puso fin a la monarquía. Luego vino el de Chile y un siglo después el de México. Este es un caso único por hallarse actualmente en funciones, después de no menos de 80 años de sesiones regulares.

La historiografía está en deuda con el Congreso chileno. En este país de historiadores no se tiene medianamente claro ni cuando nació ni como se asentó ni por qué tuvo tan larga vida. En esta tierra casi ignota queremos entrar aunque sea a manera de exploración.

Evidentemente lo primero sería revisar la historiografía disponible, determinar el estado de la cuestión. Pero eso nos tomaría mucho tiempo. Me limitaré a mencionar tres hitos de la investigación. Primero la visión panorámica de Alberto Edwards en *La fronda aristocrática*, de 1928, luego, el estudio de Fernando Silva Vargas, *La organización política*, agudo análisis de las prácticas parlamentarias criollas, publicado en 1976, y, por último, la comparación altamente original que hace Sergio Carrasco Delgado entre las constituciones escritas de Chile y la práctica, cuya tercera edición apareció en 2002.

Como entrar derechamente en el tema puede resultar pesado, me fijaré primero en una escena llena de colorido y de significación: la ceremonia de instalación del Congreso el 1 de junio de 1831. A continuación nos ocuparemos de la vigencia del parlamento, que no sin variaciones se prolongó, de década en década, hasta el *ruido de sables* que le puso fin un día de 1924. A grandes trazos pueden señalarse tres etapas, que sin más bien épocas, pues corren ligadas a cambios de mentalidad. Al parlamento de notabilidades de 1831-1861, nacido con la república ilustrada, sigue el de grandes hombres de partido de 1861-1891, que corresponde a la república de partidos, y, finalmente, el parlamento de simples hombres de partido de 1891-1924, de la república parlamentaria.

### **1. Instalación del Congreso**

Vale la pena detenerse en los primeros momentos de un parlamento como éste. Tuvo lugar en la única gran sala que había en Santiago entonces, la del consulado, con capacidad para más de doscientas personas. El edificio se alzaba, calle Bandera de por medio, frente a lo que es hoy el Museo Precolombino. En cuanto al recinto, estaba cargado de historia. Allí se había celebrado el Cabildo Abierto de 1810 y doce años después la asamblea que forzó a O'Higgins a dejar el mando supremo. Quien en esta ocasión presidía la instalación del Congreso, el Vicepresidente Fernando Errázuriz, había tomado parte en ambos acontecimientos. También había visto fracasar, unos tras otro, en 1825, 1826 y 1828, los tres intentos de establecer en Chile un congreso permanente.

Abierto el acto, pronunció unas palabras llamativamente breves. Pieza central de la inauguración fue el discurso que, a nombre del vicepresidente, leyó el ya destacado ministro del interior, Diego Portales. Es una cuenta de la labor realizada por el gobierno desde el fin de la guerra civil del año anterior, que era casi totalmente obra suya. Sin embargo, no hizo otra cosa que dar lectura al texto redactado no por él mismo sino por Andrés Bello. No puso la menor nota personal. Bello se hallaba en Chile desde hacía poco más de un año, tiempo suficiente para haber visto y vivido cómo Portales había restablecido el orden en un país que desde hacía veinte años parecía condenado al desgobierno y la anarquía, tanto que Bolívar, quien sabía bastante del tema, lo había catalogado como el *país de la anarquía*.

Encargado del discurso, Bello revisó, sin duda, pormenorizadamente su contenido con Portales. No podía ser de otro modo, sin embargo no dejó de poner de su parte lo que vio necesario decir en un momento como éste. Detrás del texto están ambos de consuno. Esto explica la, a primera vista inesperada, significación fundacional que tuvo. Nos da la clave de la república ilustrada, con mayor fuerza que todas las constituciones escritas juntas, no sólo la de 1828 vigente entonces, sino también la reformada de 1833. Al respecto, las palabras finales son un anuncio. Claramente dan por sentado que lo presente es tan solo el cimiento de un edificio, llamado a ser completado con el tiempo: “el cuadro que acabo de presentaros presenta, sin duda grandes vacíos. En el estado de nuestras instituciones descubriréis sombras que no pueden menos haceros gemir. Completar el edificio de que apenas hemos zanjado los cimientos, sólo puede ser obra del tiempo. Evitar novedades violentas, perfeccionar nuestra Constitución por los medios que ella misma franquea, sin cortar la continuidad de la vida política, es el voto de los pueblos y la marcha que sin duda aconsejará la prudencia”.

## **2. Consolidar la paz y las instituciones de Chile**

La república ilustrada no es ni una invención feliz ni una imitación de algún modelo extranjero. Como aclaró Portales, sus miras eran “consolidar la paz y las instituciones de Chile”. Eso fue lo que efectivamente hizo. En la

medida en que el Congreso entró en esta constitución propia de Chile, no escrita pero operante, pudo perpetuarse junto a las instituciones tradicionales del país. Sin otro precedente que la asamblea legislativa del imperio de Brasil, a la que por otra parte sobrevivió, este Congreso de Chile tuvo en verdad una estabilidad más digna de una monarquía que de una república.

Por espacio de tres décadas, hasta 1861, se vio al presidente acudir al Congreso de año en año a inaugurar sus sesiones con un discurso que mantuvo la más perfecta continuidad. Su redactor fue siempre el mismo -el propio Andrés Bello- y el plan de exposición también el mismo, casi como parte del orden instituido. Sobrio, pero no exento de elegancia, se abre con una invocación a Dios, a quien se agradecen sus dones en favor de la república. Tras un bosquejo de las relaciones exteriores, se extiende más o menos ampliamente acerca de la situación del país, en el siguiente orden: primero la iglesia, luego el gobierno y, a tono con los ideales de la ilustración, las letras y las artes, para terminar con el ejército y la hacienda.

Bello volcó en esta alocución lo mejor de su talento, desde luego el saber y experiencia de gobierno de sus años como oficial de la presidencia de reino de Venezuela, equivalente a ministro del interior, pero también la visión del concierto mundial que le dieron veinte años de exilio en Inglaterra. No contento con eso, se autoimpuso la tarea de comentar el discurso presidencial y la respuesta de las cámaras, al mismo desde las columnas de *El Araucano*, periódico fundado por el gobierno en 1830.

Dentro de este marco estable se insertó el Congreso, lo que le permitió arraigarse, a diferencia de lo que ocurría en los demás países hispánicos. Allí, como explica el autor peruano García Calderón, el presidente o el gobernante que fuere, se encontraba, a la corta o a la larga, ante el dilema: o atenerse a la Constitución y ser derribado por ineficiente o saltarse la Constitución y hacer un gobierno como Dios manda. Si Chile escapó a esta disyuntiva, fue porque el Congreso, en lugar de ser un cuerpo extraño que entrabara la acción del gobernante y representara una amenaza para el orden establecido, le prestó colaboración en su tarea de guardián del mismo. Esto es lo que caracteriza a su primera fase y lo que, en definitiva, hizo posible su larga vida.

Nada de esto fue fácil de conseguir. Ante todo hubo que asegurar la idoneidad de los parlamentarios, esos “hombres, verdadero modelo de virtud y patriotismo para enderezar a los ciudadanos en el camino del orden y las virtudes” como describiera Portales. Por esas fechas, bajo la dictadura de O’Higgins, próxima a su fin, se había intentado manejar las llamadas elecciones populares. Pero O’Higgins no lo supo hacer. Portales sí. Le bastó una escueta esquila -de la que se conservan ejemplares autógrafos- para hacer saber cortésmente a los intendentes, qué personas vería el gobierno con agrado que fueran elegidas en la provincia respectiva. Era un modesto deseo del presidente. No otra cosa fue la lista oficial. Y los intendentes, por su parte, se preocuparon de que el gobierno no tuviera ni sorpresas ni disgustos en las elecciones. De esta manera se consiguió que algo tan relevante como la generación del Congreso no quedara entregada a su suerte. Esta práctica se institucionalizó y fue tanto o más fundamental para la república ilustrada que la colección de leyes y decretos del gobierno. Desde entonces el manejo de las elecciones y la selección de quienes debían ser elegidos, fue una de las responsabilidades capitales del ministro del Interior. Los parlamentarios, no debieron sus escaños a los votos, sino al favor del ministro. Así como el presidente velaba por la idoneidad de quienes desempeñaban cargos públicos -ministros, personal administrativo, jueces y eclesiásticos-, veló también, a través del ministro, por la de los senadores y diputados.

Esta práctica fue el origen y razón de ser del parlamento de notabilidades, que sólo más tarde, desde que surgieron en 1857 los partidos políticos, comenzó a despertar resistencia.

### **3. Congreso de notabilidades**

Basta echar una mirada a los trece senadores y treinta y ocho diputados congregados en la sala del Consulado con motivo de la instalación del Congreso para tener una imagen de su composición. De ellos hay un núcleo de gente mayor, de tiempos de la monarquía, nacidos entre 1772 y 1792 y otro más joven, del que forma parte el propio Portales, nacidos entre 1793 y 1817.

Del primero provienen antiguos servidores del rey, que pasaron a

serlo de la república. Tal es el caso de Agustín de Vial Santelices, oficial de la Secretaria de la Presidencia bajo la monarquía y hasta su muerte en 1838 Consejero de Estado bajo la república. No menos destacado fue su sobrino, Juan de Dios Vial, Presidente de la Corte Suprema hasta su muerte en 1850 y eclesiásticos como el primer Presidente del Senado, José Ignacio Cienfuegos, luego obispo de Concepción o como el último rector de la Universidad de San Felipe y primero de la de Chile, Juan Francisco Meneses, hasta 1850 director de la Academia de Práctica Forense. Abundan los parlamentarios abogados. Entre ellos sobresalen Gabriel José de Tocornal y su hermano Joaquín, Presidente de la Corte de Apelaciones el uno y ministro del Interior el otro, además de Carlos Rodríguez. También encontramos varios hombres de armas, como los presidentes, almirante Blanco Encalada, Francisco Antonio Pinto y Joaquín Prieto. Entre los hombres públicos de dilatada actuación, los presidentes o vicepresidentes Domingo Eyzaguirre, Fernando Errázuriz y Diego José Benavente. En fin, algunos como el Conde de Quinta Alegre, Juan Agustín Alcalde o Gaspar Marín, ministro de la Corte Suprema no estuvieron presentes en la instalación, pero se incorporaron más adelante. La lista puede alargarse.

Del grupo más joven, muchos eran, al igual que Portales, gente de orden, que no en vano había experimentado el contraste entre el esplendor de la última fase de la monarquía y los veinte años de desgobierno y guerra civil que siguieron a la Junta de Gobierno de 1810. Entre ellos se contaban nada menos que Mariano Egaña, fiscal de la Corte Suprema, Manuel Rengifo, ministro de Hacienda, el presbítero, Manuel Frutos Rodríguez, luego presidente de la Cámara de Diputados, Rafael Valentín Valdivieso, después arzobispo de Santiago, José Joaquín Pérez, último presidente decenal (1861-1871), Manuel Carvallo y otros que sería prolijo enumerar.

A pesar de que el país venía saliendo de la guerra civil de 1829 la selección de los parlamentarios se hizo con amplitud y altura de miras. Se excluyeron, por supuesto, los indeseables, autores del desorden o militares vencidos, buscándose no incondicionales, sino gente capaz. Algunos nunca se entendieron con Portales, como Juan de Dios Vial o Carlos Rodríguez, presidente y ministro de la Corte Suprema, y Cienfuegos, presidente del

Senado.

Se consiguió así, en primer lugar, adecentar el Congreso y conferirle cierta respetabilidad. Comenzó a verse en él un cuerpo en el que estaba la mejor gente y al que no era una deshonra pertenecer. No menos importante fue la regularización de sus sesiones. Pero, lo más importante fue la convergencia de miras entre el gobierno y los parlamentarios a través del Congreso. Gracias a ella se reprodujo bajo una nueva forma el fenómeno político propio de la ilustración. Los elementos más dinámicos y creadores se aglutinaron alrededor del presidente, que encarnaba los ideales de orden y adelanto del país.

#### **4. Los grandes hombres se topan en la cima**

De todo lo anterior, aparece de manifiesto que ese edificio de que se habla en el discurso inaugural es todo menos un papel, como las constituciones escritas, en las que, por lo demás, ni Portales ni Bello creían. A lo menos diez años antes, por 1820, uno en Londres y el otro en Chile, habían llegado, cada uno por su cuenta, a la convicción de que no había otra salida para la espantosa situación en que se debatían los países americanos desde 1810, que soluciones operantes basadas en su historia y manera de ser.

Nada de documentos ni de imitaciones extranjeras que resultaban perfectamente inútiles. Mientras Bello reconocía que los americanos “no eran para republicanos” y que únicamente la monarquía, podía devolver la estabilidad el Estado, Portales, de su lado descartaba tanto la monarquía, cuya restauración en Chile en 1814 calificó de terrible, como la democracia que pregonan los ilusos. Se inclinaba, en cambio por una república ilustrada, entendida como gobierno fuerte cuyos hombres fueran modelos de virtud y patriotismo. Ésta fue su meta, desde que tomó el poder al término de la guerra civil de 1829. Como reza el adagio francés, sin conocerse, ambos se habían encontrado efectivamente en la cumbre.

Indudablemente, consolidar algo vivo y operante como las instituciones de Chile, lo que podría llamarse su constitución histórica, desbordaba en todo sentido a las constituciones de papel. Era algo de otra magnitud. Portales no tuvo empacho, durante los meses de ministro en invertir de hecho estas

construcciones librescas. Sin tocar la constitución escrita, dio un giro en 180 grados a la relación que la constitución de 1828 pretendía establecer entre el Congreso y el presidente. Era algo verdaderamente increíble. No se sabe cómo mediante un papel se quería anteponer un Congreso que no era ni siquiera viable a la imponente figura de un presidente, con siglos de tradición. Portales con el más elemental elemental sentido de la realidad, transformó al presidente gobernante, sujeto al derecho y la regulación del Congreso, en un presidente monocrático, garante del orden y de las instituciones. El Congreso, pasó decididamente a un segundo plano, de colaborador suyo en esas tareas. No menos realista fue invertir también la relación entre el Estado y la iglesia, que se había tornado bastante conflictiva bajo el patronato y restablecer de hecho la colaboración entre los dos poderes, sobre una base neoregalista. De este modo desatascó y echó a andar de nuevo el núcleo duro del Estado, que persiste hasta el presente: la administración con sus oficinas, ministerios e intendencias.

Su manera de proceder, coincide con lo que en Europa central se llamó *Scheinkonstitutionalismus*, esto es, constitucionalismo de fachada. Allí no se discute al país real de las instituciones su primacía sobre el legal de las constituciones escritas. Lo primero es la estabilidad. No hay constitución que valga cuando ella está en juego. Portales hizo lo mismo. Tampoco se le pasó por la mente, imponer a un país hecho un modelo extraño, como en vano se ha intentado en tantas veces en el mundo hispánico. Sin complicarse mayormente, instauró el plano político un gobierno fuerte, al paso que en el eclesiástico se ponía fin a la acefalia de los obispados, mediante administradores apostólicos nombrados por el Papa. En otras palabras, Portales y Bello consolidaron la república ilustrada sin inventar nada ni copiar nada. Sus pilares efectivos fueron la monocracia y el neoregalismo.

## **5. República ilustrada**

Esto quedó de manifiesto con la reforma constitucional de 1833. Admirada como la más duradera entre las constituciones hispánicas, se ha creído explicar su larga vida por su contenido, sin reparar en que su

originalidad radica en que fue algo seguro. Se limitó a sancionar lo establecido, en lugar de aventurarse a establecer otra cosa, lo que es más incierto todavía, pretender desconocerlo todo y empezar de nuevo. No pretendió innovar, cambiar o alterar nada. Antes bien, dio patente legal a los cambios institucionales realizados por Portales, el terrible hombre de los hechos, que estaban en pugna con el texto de la Constitución de 1828. Aunque el propio Portales no intervino en su redacción, la Constitución de 1833, podría considerarse como una especie de ley de amnistía constitucional, que ajustó el texto a los cambios institucionales obrados por él. No obstante sus redactores, influidos por modelos europeos, incurrieron en una ingenua incongruencia, que sólo vino a ser reparada por la constitución de 1980. Colocaron en primer lugar lo que era menos, el Congreso, y después de él, al presidente, a quien dotaron de un Consejo de Estado para asistirlo en el ejercicio de sus enormes poderes. Apenas mencionaron a la judicatura. En cuanto a la Iglesia, se atuvieron a la práctica de las constituciones escritas de los países hispánicos, que la anteponían a todo lo demás, no sin reforzar el Patronato del Estado.

Insertado en este marco, el Congreso no fue un cuerpo extraño sobrepuesto artificialmente a las instituciones del país. Menos aun, un elemento perturbador para la estabilidad o un lastre injertado por imitación extranjera, que era necesario apuntalar para que no se hundiera. Antes bien, por primera vez, tuvo un lugar propio dentro de la trama institucional, lo que lo hizo viable. En una palabra, tuvo todo lo que ningún papel podía darle: un ámbito de competencia -intervenir en la legislación y fiscalizar- vida propia y sesiones regulares. Todo lo cual le habilitó para convivir con las demás instituciones, echar raíces, consolidarse y durar largo tiempo. Comienza así su apasionante historia, de la que enunciaremos sus grandes etapas desde 1831 hasta 1924.

## **6. Congreso de grandes hombres de partido**

El Congreso de notabilidades corresponde a un Estado cuyos fines supremos y permanentes, definidos en la trilogía religión-patria-legalidad del juramento presidencial, se hallan fuera de discusión. Al cabo de tres décadas,

durante las cuales el Estado y la Iglesia, conforme al neoregalismo, moderaban sus pretensiones en aras de la armonía, surgieron los partidos políticos y con ellos sus pretensiones de replantear el orden instituido bajo el influjo de los *ismos* decimonónicos.

Entonces cobró forma el Congreso de grandes hombres de partido, que trasformaron esos fines del Estado en objeto de disputa, entre confesionalidad y aconfesionalidad del Estado, presidencialismo y parlamentarismo, ley de protección de los débiles y ley uniforme para todos. El Congreso se convirtió en instrumento de los partidos, y desde entonces dejó poco a poco de girar en torno al presidente y los fines del Estado. Pasó a servir intereses de los sectores dominantes, lo que se prolonga por otros treinta años desde 1861 hasta 1891 y va a parar en la revolución de 1891.

En lo inmediato, el motor de esta mutación fueron los partidos políticos. A diferencia de las facciones conocidas hasta entonces, se caracterizan por contar con dirigentes, miembros y metas permanentes, lo que les dio cierta consistencia doctrinaria e institucional. Con ellos se abrió paso una nueva mentalidad. Toda una generación, nacida después de 1817 había crecido en un clima de orden y estabilidad, que hasta cierto punto, consideraba natural. Esto la predispuso para acoger los “ismos” y las tendencias entonces en boga en Europa. Más que identificarse con los fines del Estado -Dios-patria-ley-, adhieren: el liberalismo, el socialismo y otras corrientes, disparidad que los lleva a sustentar posiciones encontradas. Es decir, los partidos son todo menos simples corrientes de pensamiento. Son batalladores, verdaderas máquinas de guerra que combaten entre sí en favor o en contra de un ideario. Por eso no pueden menos que desmontar la república ilustrada. No tienen otro camino para hacer valer sus planteamientos. Pocos entendieron mejor este astillamiento que el canciller de Austria, príncipe de Metternich. Sus palabras ahorran muchas explicaciones. En carta de 1852 al español Donoso Cortés, dice: “Vea usted en que vienen a parar y se convierten todos estos sustantivos: Dios, razón, filosofía, sentimiento, constitución, sociedad, común. En cuanto se les aplica aquella terminación “ismo”, se convierten en deísmo, filosofismo, sentimentalismo, constitucionalismo, socialismo, comunismo.”

Entre los parlamentarios de esta época sobresalen grandes polemistas. Conforme o a su ideario se despliegan como un abanico, desde la vieja guardia, donde se sitúan, más que nada, notabilidades, cuyo lema podría ser el de Montt, *orden y libertad*, defendido por Bello en *El Araucano*, hasta jóvenes de ideas nuevas, llenos de iniciativas. Volvemos a encontrar, pues, a Meneses, Bello, Benavente, Blanco Encalada, Juan de Dios Correa, Juan Agustín Alcalde. A la nueva hornada pertenecen hombres nacidos a partir de 1817, de posiciones muy dispares y disparatadas. Antonio Varas, José Victorino Lastarria, Manuel Antonio Matta, José Ignacio Víctor Eyzaguirre, Antonio García Reyes y Manuel Antonio Tocornal. Más jóvenes, inquietos y talentosos son Benjamín Vicuña Mackenna, Domingo Fernández Concha, Abdón Cifuentes y Carlos Walker Martínez.

La carrera de los partidos hay que seguirla de cerca, porque no es obra sólo de estos hombres. Si llegaron a manejar el Congreso no fue por sus propias fuerzas, sino gracias al apoyo del presidente, quien, al decir del autor de *La fronda aristocrática*, se transformó de gran elector en gran interventor. Pero, como anticipamos, la cosa no fue tan fácil como antes. Ahora su intervención en favor de determinados partidos encontró resistencia y oposición.

Sin embargo no fue raro que el presidente resistiera a las presiones partidistas. En estos casos, se impuso lo que Góngora llama *el genio del lugar*. El patriotismo prevaleció sobre el partidismo. Un caso concreto es el de Santa María, campeón del partidismo, del poder del congreso en desmedro del presidente, del laicismo frente a la Iglesia. Más tarde él mismo reconoció que como presidente tuvo que ser interventor, porque no podía dejar que se deshiciera la obra de Portales y de Montt. O sea, el presidente acude a la intervención electoral a fin de preservar las instituciones. Lo cual vale incluso para la iglesia. Un hombre como él, promotor de las leyes laicas, se negó redondamente a la separación entre ella y el Estado.

Aun así, el mundo doctrinario de los “ismos” terminó mal. Acabó en 1891 en una cruenta guerra civil, que, aparte de otras secuelas, tuvo enormes consecuencias institucionales.

## **7. Congreso de simples hombres de partido**

La victoria de los partidos sobre el Presidente, un hecho sin precedentes en la historia de Chile, cobró dimensiones fundacionales demoledoras. Se implantó una nueva forma de gobierno de partido, el llamado régimen parlamentario o de gabinete. Los partidos se hicieron dueños del gobierno y el parlamento experimentó una nueva mutación, se convirtió en un Congreso de simples hombres de partido.

El presidente se vio reducido a jefe de Estado casi sin poderes de gobierno y sin manejo de las elecciones. Junto con esto, fueron desmanteladas las tres cuartas partes de la institucionalidad: el ejército, la judicatura y la administración. A partir de entonces el país quedó convertido en una especie de casa sin dueño, con un Presidente neutral, espectador del juego de los partidos.

Todo pareció girar en torno al gabinete. En principio los ministros eran nombrados y removidos por el Congreso, pero en la práctica dependían de los partidos que hacían y deshacían la mayoría en su seno. La tan pregonada libertad electoral, no fue otra cosa que el paso del manejo de las elecciones por el presidente al de los partidos. Desaparecida la lista oficial, llegar al Congreso fue cada vez más caro, un verdadero lujo, pues aunque los candidatos eran designados por los dirigentes partidistas, quienes los hacían elegir eran aquellos que podían financiar o financiarse la campaña.

Bajo las nuevas condiciones, cambiaron las prácticas partidistas y con ellas las instituciones mismas, es decir, la constitución efectiva del país. Todo lo cual se impuso por sí solo, sin que se pensara siquiera en hacerlo caber dentro de una constitución. No se consideró necesario legalizarlas ni dadas sus proporciones, tampoco habría sido posible hacerlo.

El gobierno de gabinete funcionó sobre la base de la alternancia entre la Alianza liberal y la Coalición, dos conglomerados partidistas formados el uno en torno a los radicales y el otro a los conservadores. Los demás partidos: nacionales y fracciones liberales, inclinaban la balanza hacia uno u otro lado. En la vida parlamentaria se ilustraron Carlos Walker Martínez como orador y Enrique Mac-Iver, como doctrinario y como campeones de la moderación

Barros Luco, Pedro Montt y Rivas Vicuña. Hacia el final de la época, entran en escena el demócrata Malaquías Concha, el socialista Luis Emilio Recabarren y los nacionalistas Alberto Edwards, Francisco Encina y Guillermo Subercaseaux.

Los propios partidos cambiaron. Neutralizado el Presidente y dueños del gobierno, comenzaron a entenderse entre ellos. Se moderaron. La negociación prevaleció sobre la confrontación. En su interior maduró la creencia, eminentemente parlamentaria en la virtud de la discusión, el poder de los argumentos y la ventaja de los compromisos. Sin ocultar su satisfacción podía decir en 1905 el senador liberal Marcial Martínez que si bien no habían desaparecido los antagonismos religiosos, revestían ahora una nueva forma, atenuada: la lucha por las partidas de presupuesto. Se llega así al compromiso: si se pide una subvención para el club radical de Copiapó, los conservadores solicitan otra para una escuela parroquial de Chiloé. Tal vez esta política del compromiso fue lo más valioso del régimen parlamentario.

En más de un aspecto este Chile de los compromisos representó un reencuentro con el país profundo. Todo se arregla así, al menos entre los partidos. El juego alcanzó un refinado virtuosismo. Aplicado a los cargos públicos el hoy por ti, mañana por mí tenía algo de viejo Chile de los cabildos, con su ideal de que los cargos públicos circularan entre la gente de calidad, en lugar de asignarse por el gobernante. No obstante este estilo político tuvo su precio. Como señaló Feliú Cruz el juego partidista se convirtió en el deporte de la oligarquía y, sacrificó a sus propias conveniencias los grandes intereses nacionales. Ya lo había visto venir en 1904 el parlamentario Julio Zegers. Las elecciones manejadas por los partidos condujeron inevitablemente a hacer prevalecer el partidismo sobre el patriotismo: “la verdadera causa de la diferencia entre los antiguos y nuevos gobiernos -dice- está en que la intervención oficial, inspirada en elevados propósitos políticos, favorecía la elección de ciudadanos honestos y patriotas; y la elección libre de nuestros días, maleada por el mercado de los votos es inescrupulosa en las designaciones”.

Ese fue el talón de Aquiles del Congreso de simples hombres de partido. Servicial con su clientela política, se desentendió de los grandes problemas nacionales, algunas tan de bulto como las consecuencias sociales de la industrialización. A la postre, la inoperancia de los partidos y del

Congreso se tornó insoportable y, por contraste, realizó la tradicional figura del presidente. Evidentemente en Chile, como en la Europa de los años 20 el parlamento decimonónico se quedó corto frente a las nuevas exigencias sociales, económicas y políticas. Nadie mostró mejor este anacronismo que el ardoroso Arturo Alessandri, quien ganó en 1915 el apodo de *Léon de Tarapacá* en una estruendosa y millonaria campaña por la senaturía de esa región y nadie sacó más resueltamente sus consecuencias que los coroneles que en 1924 pusieron fin a la larga vida del Congreso.

Lo mismo ocurría por esos años en Europa, donde los parlamentos caían unos tras otros como árboles barridos por un vendaval. Sin duda, este derrumbe tiene muchas causas, pero hay una que, en cierto modo las resume todas: el inexorable paso del tiempo. Lo que ocurre en Chile con el Congreso dista mucho de ser un accidente, un caso aislado. Antes bien es la punta del témpano: una mínima parte de una crisis de dimensiones mundiales que arrastra a todo el andamiaje institucional decimonónico, desde la constitución escrita, hasta las elecciones populares y los partidos políticos mundiales. En una palabra tiene mucho de fin de época. Nos remite al tránsito de la modernidad racionalista bajo cuyo signo nacieron estas instituciones, a una posmodernidad de contornos todavía indecisos, en la que ellas resultan indiferentes.

A esto precisamente apunta Fernando Silva Vargas, el mejor conocedor de las prácticas parlamentarias en Chile, cuando se pregunta “¿No será que la evolución de las instituciones políticas en estos dos siglos ha seguido un ritmo diferente al de la evolución de la estructura social de los mecanismos económicos y del instrumento tecnológico? ¿No obedecen la actual indiferencia hacia la política y los políticos a que aquélla y éstos quedaron anclados en 1791?”

La continuidad del parlamento chileno terminó con el ruido de sables en las galerías del Congreso, en 1924. Después, como en otros países hispánicos, se intentó varias veces más, pero ninguno logró igualar ni en prestigio ni en duración a los 92 años que acabamos de reseñar.



# VIII

## El Congreso durante el parlamentarismo. Revisión crítica del centralismo presidencial\*

Sofía Correa Sutil\*\*

### Resumen

Este artículo argumenta que la persistencia en Chile del presidencialismo centralizador como régimen de gobierno en el siglo XX, se debe en gran medida a la imagen negativa del periodo parlamentario, la cual surge como una construcción historiográfica para legitimar el régimen presidencial establecido en la Constitución de 1925. Por tanto, en este artículo se propone una revalorización del periodo parlamentario en todas sus dimensiones, sean económicas, sociales, o políticas, considerando la cuantiosa inversión fiscal de la riqueza del salitre y un escenario político que cuenta con la consolidación de los partidos como canales de representación de una sociedad cada vez más compleja, a través de sus redes que cubren todo el territorio del país. En consecuencia, se propone mirar al Congreso Nacional durante el Parlamentarismo como el espacio político por excelencia para la representación de una amplia gama ciudadana.

### Abstract

This article argues that long lasting centralist presidentially dominated governments in 20th century Chile are due, in no small degree, to the negative image of the parliamentary period in Chilean history, and that this interpretation should be understood, instead, as a historiographical construct intent in legitimating the presidential Constitution of 1925. Moreover, it proposes a positive reconsideration of the parliamentary period in all of its dimensions, be they economic, social or political. Nitrate wealth was well spent by the governments of the time and political parties and their far reaching networks throughout the country were able to represent a society that was becoming more and more complex. Consequently, National Congress in the said period should be seen as the political sphere par excellence standing for an ever widening spectrum of the country's citizenry.

\* Ponencia desarrollada en el Seminario "Rol del Congreso Nacional en la Historia Política de Chile", organizado por la Academia Parlamentaria el día 26 de abril de 2011, en la sede del Congreso Nacional.

\*\* Historiadora por la Universidad Católica de Chile, doctorada por la Universidad de Oxford. Es académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

La concentración de facultades en el Presidente de la República con el consiguiente debilitamiento del Congreso Nacional que caracterizan al régimen de gobierno bajo la Constitución actual, solo esporádicamente ha sido una preocupación en el Chile del bicentenario, a pesar de sus perniciosos efectos en la calidad de la política y en la vitalidad de los partidos, impactando de este modo la capacidad de representación de nuestro sistema político.

Esta falta de preocupación por la debilidad del Congreso Nacional, contrasta con lo que fue el debate académico y político de la década de 1980 y comienzos del 90. En efecto, en aquel entonces académicos de un amplísimo espectro ideológico y dirigentes de prácticamente todos los partidos expresaron su acuerdo compartido sobre la necesidad de aprobar cambios constitucionales de tal magnitud que llevaran al país a un régimen parlamentario, o semiparlamentario, o bien semipresidencial, para de este modo poner fin al presidencialismo que caracterizara a la Constitución de 1925, al cual se le adjudicó una enorme responsabilidad en el quiebre democrático de 1973.<sup>1</sup>

Así por ejemplo, el Grupo de Estudios Constitucionales, creado en 1978 por constitucionalistas opositores de la dictadura militar, y coloquialmente conocido como el Grupo de los 24, propuso establecer en Chile un régimen “semipresidencial” en el cual se separasen las funciones de Jefe de Estado, que debería asumir el Presidente de la República, y las del Gobierno, que debía quedar en manos del ministerio encabezado por la figura de un primer ministro, cuyo programa de gobierno debía contar con el apoyo de la mayoría de la Cámara de Diputados.<sup>2</sup>

Posteriormente, con el inicio de la transición a la democracia se expresó, con mayor decisión aún, el consenso en torno a la necesidad de cambiar el régimen de gobierno establecido en la Constitución del 80 por uno semipresidencial o incluso decididamente parlamentario. Tanto así, que a comienzos de 1990 los presidentes de los partidos Renovación Nacional (Andrés Allamand), Democracia Cristiana (Gutenberg Martínez) y PPD (Jorge Schaulson) hicieron un llamado conjunto a abrir un amplio debate para cambiar el régimen político.<sup>3</sup> Asimismo, se mencionaba como favorables a establecer un régimen “de tipo parlamentario” a políticos de todo el espectro partidista: Ricardo Lagos, Andrés Allamand, Andrés Zaldívar, Genaro Arriagada, Ángel

<sup>1</sup> Tal es la tesis sostenida tempranamente por Arturo Valenzuela en su influyente libro *The Breakdown of Democratic Regime: Chile*. John Hopkins University Press, Baltimore 1978, traducida al castellano como *El quiebre de la democracia en Chile*, FLACSO, Santiago, 1989, UDP, Santiago, 2003.

<sup>2</sup> Véase “Informe del Grupo de Estudios Constitucionales”, citado por Eduardo Palma en el prólogo para el libro de Sergio Micco y Eduardo Saffirio, *¿Abandonar el Presidencialismo? Presidencia, quiebre y redemocratización en Chile*. Centro de Estudios del Desarrollo (CED), Santiago, 2000, pp. xviii y xix.

<sup>3</sup> Véase Ignacio Rivadeneira Hurtado, “Los regímenes o sistemas políticos. Evolución, características, ventajas y desventajas: estudio comparativo del caso chileno”, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004, pp. 254-261.

Flishfish, Hernán Larraín.<sup>4</sup> En el CEP y en la Universidad Católica se organizaron seminarios con reputados académicos invitados desde el extranjero, en los cuales se generó un consenso en torno a la valorización del régimen parlamentario con una fuerte crítica al presidencialismo.<sup>5</sup> Se pensaba en esos años que la apertura democrática tendría que venir acompañada de un cambio constitucional que diera paso a un régimen “de tipo parlamentario”, el cual se consideró más propicio a la democracia que el presidencialismo tendiente de por sí al autoritarismo. Como lo expresara Genaro Arriagada en uno de aquellos seminarios:

“la gran tarea de los chilenos en los próximos cuatro años, esto es bajo el gobierno de Patricio Aylwin, será crear un sistema político nuevo, verdaderamente democrático y capaz de fundar una convivencia estable... algunos de los más influyentes políticos han concordado en la conveniencia de una reforma en ese sentido... de que el semipresidencialismo sea el sistema político en que culmine nuestra actual transición a la democracia.”<sup>6</sup>

Antes de mediados del año 1990, la Cámara de Diputados recogió la inquietud de los círculos académico-políticos y creó la “Comisión Especial de Estudio del Régimen Político Chileno”<sup>7</sup>, la que convocó a exponer ante ella a muchos de los científicos políticos, chilenos y extranjeros, que venían discutiendo el tema en los encuentros académicos. En conjunto con el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad Católica, del CEP y de la FLACSO, la Comisión Especial organizó un seminario sobre régimen político, estabilidad democrática y eficiencia gubernativa, en el que intervinieron a la par académicos y parlamentarios. A comienzos de 1991, esta Comisión, con el apoyo del Instituto de Relaciones Europeo-Latinoamericano, con el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, y con la Comisión de Comunidades Europeas, organizó un seminario en España en el cual participaron académicos y políticos europeos y chilenos, con el propósito de comparar experiencias con vistas a cambiar el régimen de gobierno en Chile. En estos encuentros académico-políticos se generó consenso en torno a la necesidad de aprovechar el período de transición democrática para adoptar en Chile un régimen parlamentario, o al menos, semi-presidencial, para consolidar la democracia. Al cabo de dos años, la Comisión Especial concluyó su informe

<sup>4</sup> Así lo señaló Arturo Fontaine Talavera en la apertura de la Mesa Redonda organizada por el CEP, publicada en Estudios Públicos N° 36, 1989.

<sup>5</sup> Estos seminarios fueron organizados por el Instituto de Ciencias Políticas de la PUC y por el CEP. En el primer caso tuvieron el apoyo del Latin American Studies Program de George Washington University y del National Endowment for Democracy. Desde EEUU vinieron los científicos políticos Juan Linz, Giovanni Sartori y Arturo Valenzuela. Estos encuentros fueron publicados en: Estudios Públicos Ns. 36 (1989) y 42 (1991); por Oscar Godoy en *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990, y en *Cambio de régimen político*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992.

<sup>6</sup> Genaro Arriagada, “Después de los presidencialismos... ¿qué?”, en Oscar Godoy, editor, *Cambio de régimen político*, op.cit., p. 57

<sup>7</sup> Como ésta fuese presidida por el diputado Eugenio Ortega Riquelme, el informe que emitiera en noviembre de 1991 se le conoce como Informe Ortega. Véase “Pre-Informe de la Comisión Especial de Estudio del Régimen Político Chileno creada por acuerdo de la Cámara, adoptado el 9 de mayo de 1990”, manuscrito inédito.

proponiendo la creación de una comisión mixta de senadores y diputados para avanzar en este propósito. Sin embargo, a pesar del impulso que traía la preocupación por cambiar el régimen de gobierno, la comisión mixta no fue creada y la discusión se paralizó.

En efecto, llama la atención que durante el primer gobierno de la Concertación, los dirigentes políticos de todos los partidos abandonaron, no solo esta preocupación, sino incluso sus propias propuestas de cambio de régimen político. De allí que, con ocasión de la celebración de los 180 años del Congreso Nacional en 1991, el presidente del Senado, Gabriel Valdés, se quejara amargamente de la falta de poder del Congreso Nacional, afirmando:

“El Poder Ejecutivo, fortalecido en nombre de la eficacia, se rodea de tecnoburocracias que buscan reemplazar el papel del Parlamento... no creemos que este Congreso tenga todas las facultades que le corresponden en una democracia moderna, ni siquiera las que tenía en el pasado. Ciertos desequilibrios entre los poderes del Estado conspiran contra la expresión plena de lo que debe ser un Congreso. Lo vemos claramente después de un año de funcionamiento”, sentenció.<sup>8</sup>

Presumo que en tales circunstancias pesó más el “realismo político”, dadas las dificultades que implicaba impulsar una profunda reforma constitucional que, junto con fortalecer al Congreso frente a la Presidencia, debía asegurar la fidelidad de la representación política, lo que conllevaba, por lo menos, poner fin a los senadores designados y vitalicios (reforma que recién se aprobó en 2005) y al sistema electoral binominal (que todavía nos rige, para comodidad de las dirigencias partidistas).

Además, es posible que, habiéndose perdido el impulso de la discusión académica-política de los años precedentes, haya pesado más el temor que produce en círculos políticos la sola idea de avanzar hacia una forma de gobierno parlamentaria o incluso semiparlamentaria, temor que hunde profundas raíces en la mítica versión prácticamente incuestionada del desastre que habría significado para Chile la vigencia del régimen parlamentario en el cambio de siglo.

En efecto, cuando intelectuales y políticos discutieron hace dos décadas sobre la conveniencia de instalar un régimen semiparlamentario en Chile, descartaron que este tuviese semejanza alguna con la experiencia histórica chilena, sobre la cual reiteraron la condenación, con la sola excepción de Arturo Valenzuela.<sup>9</sup> Así pues, afirmaron que el mal llamado parlamentarismo chileno era un régimen de asamblea, irresponsable, oligárquico, ineficiente,

<sup>8</sup> Citado por Ignacio Rivadeneira Hurtado, *op.cit.*, pp. 287 y 288.

<sup>9</sup> Arturo Valenzuela, “Partidos políticos y crisis presidencial en Chile: proposición para un gobierno parlamentario” en Oscar Godoy, ed., *Hacia una democracia moderna...* *op.cit.*

estéril, pernicioso<sup>10</sup>, y de este modo consolidaron la percepción de que solo el presidencialismo puede ser exitoso en nuestro país.

De modo que es posible sostener que la propuesta de moverse a un régimen semiparlamentario, tan potente hace dos décadas, se debilitó profundamente al no haber abordado una revisión historiográfica sobre el parlamentarismo chileno de fines del siglo XIX y comienzos del XX, habiendo de este modo dejado incólume el mito presidencialista persistente en la conciencia histórica nacional. Una primera aproximación a esta revisión historiográfica es lo que planteo a continuación. Para ello es necesario abordar tres problemas históricos. El primero, la construcción mítica de la leyenda negra del parlamentarismo en Chile, que se acompaña de la idea de que Chile necesita tener un régimen de gobierno centralizado fuertemente en el Presidente de la República para poder asegurar su progreso social, económico y político. En segundo lugar, será necesario reevaluar el período parlamentario, prescindiendo para ello de la leyenda negra elaborada en el siglo XX. Por último, para encarar las debilidades y logros del parlamentarismo chileno, es necesario conocer cómo funcionaba efectivamente este régimen de gobierno, qué papel jugaba en este el Presidente de la República, el gabinete parlamentario y el Congreso Nacional, ya que es por todos sabido que en Chile no se crearon mecanismos constitucionales ni se implementó una forma de gobierno parlamentaria como se la conocía entonces en los países de Europa Occidental.

### **1. La leyenda negra sobre el Chile parlamentario**

Antes de iniciarse la década de 1920 se comenzaron a expresar voces que, espantadas por las manifestaciones de la “cuestión social” y por la desvalorización monetaria que golpeaba especialmente a los sectores medios emergentes, pidieron una mayor intervención del Estado y por tanto una mayor concentración de poderes en el Presidente de la República, a contrasentido de lo que venía siendo la tradición histórica del país desde principios de la década de 1860, la que había consistido en una continua y permanente limitación de las atribuciones del Ejecutivo. Ejemplifica este cambio, la derrota, en la primera década del siglo, al interior del Partido Radical, de Enrique Mac Iver con sus posturas liberales, por Valentín Letelier portador de posiciones positivistas proclives a otorgar mayores facultades al Ejecutivo; a la vez, en el Partido Conservador este cambio lo representa Guillermo Subercaseaux, de acuerdo a la caracterización que de él hace Mario Góngora en su *Ensayo*

---

<sup>10</sup> Véanse los distintos artículos contenidos en Oscar Godoy, ed., *Cambio de régimen político*, op.cit.

*histórico*.<sup>11</sup>

No obstante la presencia de estas nuevas voces, la Constitución presidencialista de 1925 no contó inicialmente con el apoyo de los partidos, los cuales por entonces aspiraban a una reforma del sistema parlamentario. En efecto, con el propósito de abordar el cambio constitucional, a la vuelta de su exilio en 1925, Arturo Alessandri convocó a una Comisión Consultiva pluripartidista. En ella los partidos se inclinaron por mantener el régimen parlamentario, reformándolo. Sin embargo, el presidencialismo fue impuesto por la presión del Ejército, representado también en dicha Comisión. De hecho, para el plebiscito convocado para aprobar la nueva Carta Fundamental, los partidos conservador, radical y comunista, llamaron a la abstención, la que resultó altísima, superando el 50% de los inscritos. Si bien la Constitución fue aprobada con dicho plebiscito, su legitimación no se logró sino durante la segunda presidencia de Arturo Alessandri en la década de 1930.<sup>12</sup>

En el proceso de legitimación del régimen presidencial no fue banal el papel que jugara la crítica despiadada al parlamentarismo que lo había precedido. En ello tuvo un papel decisivo la influencia intelectual que ejerciera la ya clásica obra de Alberto Edwards, *La Fronda Aristocrática en Chile*, presentada inicialmente, en 1927, como artículos de prensa publicados por El Mercurio, y que al año siguiente se editara como libro, el cual ha visto numerosas reediciones a lo largo del siglo.

En *La Fronda Aristocrática*, Edwards plantea que gracias al genio de Diego Portales, Chile tuvo un desenvolvimiento político en el siglo XIX excepcional en el concierto iberoamericano. Tal habría sido el régimen portaliano, basado en la obediencia del país a la figura presidencial despersonalizada, mientras que el Presidente ejercía el mando al margen de los intereses en juego y de los bandos en pugna. Se trataría de una suerte de restauración monárquica sin rey, idea genial de Portales, a su juicio, y origen de la creación de un “Estado en forma”, excepcional en la América Española. El desmantelamiento del autoritarismo presidencial que comienza a partir de la década de 1860, lo ve Edwards como el inicio de un proceso de decadencia, que se habría profundizado después de 1891 durante el régimen parlamentario, cuando, afirma, la clase dirigente habría hecho de la política un juego de salón intrascendente. Ello le permite escribir lo siguiente, por ejemplo:

“El desenlace de larga lucha entre el presidencialismo y la fronda trajo como consecuencia un período de letargia política, tal como no la había

<sup>11</sup> Véase Mario Góngora en *Ensayo histórico de la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Editorial Universitaria, Santiago, 1986, pp. 92-95, 102-107.

<sup>12</sup> Véase Sofía Correa, et.al, *Historia del siglo XX chileno. Balance Paradojal*. Editorial Sudamericana, Santiago, 2001, capítulo iv, “Un orden en paréntesis”; sobre la elaboración de la Constitución de 1925, véase p. 101.

conocido la República. Por más de un cuarto de siglo todo iba a permanecer inmutable. Si hubiese alguna verdad en la sentencia de que son felices los pueblos sin historia, Chile habría sido entonces el más feliz de todos.”

[...]

[...] “Así, una vez derrotado el poder presidencial, la oligarquía pudo dominar en paz y entregarse, sin temor a ser perturbada, a sus queridos juegos de diletantismo político. El país se había echado a dormir en sus brazos [...]. Seguros de la fidelidad de sus vasallos espirituales, los caudillos de los círculos aristocráticos de Santiago divertían sus ocios en hacer o deshacer alianzas, y en formar o derribar Ministerios, sin ningún alto propósito definido, porque, en realidad, todos esos grandes personajes estaban de acuerdo en el fondo: sus luchas eran de predominio personal o de círculo, no de interés o doctrinas.”<sup>13</sup>

[...]

“De allí la prolongación indefinida de esa suave anarquía de salón, en la que la política se había transformado en un deporte más para amenizar la vida y distraer los ocios de algunos magnates opulentos. Cada tres o cuatro meses, una crisis ministerial o una nueva combinación de partidos, daban cierto calor a las charlas amistosas del “salón verde” o del “salón colorado” del Club de la Unión, mientras los pretendientes y novedosos acudían en enjambre a los estrados de los caudillos, de los jefes de círculo, de los expertos en maniobras cortesanías, hasta que se organizaba un nuevo Gobierno, exactamente igual al anterior, salvo en los nombres, y a veces en el marbete.”<sup>14</sup>

Esta visión del régimen parlamentario como el despliegue de un juego diletante de la oligarquía que derivó en un período de total inacción, fue amplificada por Francisco Antonio Encina en su profusamente leída Historia de Chile<sup>15</sup>, y se convirtió en la nota común de un coro polifónico de voces de izquierda, de centro y de derecha, durante el resto del siglo XX.

En efecto, la condenación del régimen parlamentario y la exaltación del autoritarismo presidencial de corte “portaliano” fue replicada por voces tan disímiles como los socialcristianos de los años 30 y 40, desde Eduardo Frei Montalva a Jaime Eyzaguirre (no por casualidad el periódico de los falangistas se llamó “Lircay”); por los nacionalistas ibañistas, quienes escribían en la revista “Estanquero”; y en la izquierda por autores como Aníbal Pinto Santa-Cruz. Este último, en su influyente libro *Chile, un caso de desarrollo frustrado*, vincula la interpretación histórica de Encina sobre la decadencia política, con

<sup>13</sup> Alberto Edwards, *La Fronda Aristocrática*, capítulo XXX, “La Oligarquía Parlamentaria”, Editorial Universitaria, Santiago, 2001, pp. 190-191.

<sup>14</sup> Alberto Edwards, op.cit., capítulo XXXI “Alianzas y Coaliciones”, p. 198.

<sup>15</sup> Publicada entre 1940 y 1952, la Historia de Chile de Francisco Antonio Encina tuvo un tiraje de 20.000 ejemplares; fue reeditada en la década de 1980 en forma de fascículos de los cuales se vendieron casi 160.000, a lo que hay que agregar el éxito de ventas del resumen autorizado de la obra realizado por Leopoldo Castedo. Véase Alfredo Jocelyn-Holt, “Encina, ¿Cíclope o Titán?”, prólogo a la reedición de La literatura histórica chilena y el concepto actual de la historia de Francisco Antonio Encina, Editorial Universitaria, Santiago, 1997.

sus estudios económicos, con el resultado de que aparece en el período de los decenios autoritarios como una etapa de llamativo progreso y expansión económica, en contraste con el parlamentarismo en el cual se habría malgastado la riqueza del salitre y se habría perdido una oportunidad histórica única. Esta idea, que ha sido repetida numerosas veces, lleva a identificar el presidencialismo autoritario como el régimen de gobierno que mejor puede conducir el país por las vías del progreso económico, social y cultural.

A su vez, los historiadores de izquierda de mediados del siglo XX condenaron el parlamentarismo por su carácter plutocrático, y lo caracterizaron dirigido por una oligarquía incapaz de resolver los graves problemas económicos y sociales del país que se acumulaban sin que se intentara siquiera remediarlos. La riqueza del salitre se habría entregado sin más al capital extranjero, y el resto se habría dilapidado en lujos inútiles en medio de la miseria popular.

La misma idea resuena en el historiador conservador Gonzalo Vial, en los primeros tomos de su *Historia de Chile*, publicados en 1981, recogiendo como testimonio irrefutable las voces más críticas que se expresaron con ocasión de la celebración del Centenario y en torno a la “cuestión social”. Por lo demás, estas voces críticas del Centenario, especialmente las de Alejandro Venegas y de Luis Emilio Recabarren, fueron replicadas una y otra vez en los años 80 para respaldar una interpretación histórica que buscó reivindicar el presidencialismo democrático del siglo XX. La interpretación de Alberto Edwards también recibió un nuevo impulso en esos años a través del influyente *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, de Mario Góngora, publicado inicialmente en 1981, quien resulta aún más lapidario que Edwards en su caracterización del período parlamentario. Bajo el rótulo de “política fantasmal”, dirá Góngora:

“Paradójicamente, el momento en que esta aristocracia plutocratizada logra el poder total, al no estar sometida a un gobierno fuerte de estilo portaliano, ya no puede decidir: tal es el riesgo fantasmagórico a que se refería Edwards; por eso este dice: ‘No puede hacerse alta historia en esos años’”<sup>16</sup>

En suma, lo que nos interesa destacar es que la crítica lapidaria al régimen parlamentario es una construcción historiográfica que surge a partir de la necesidad de legitimar el presidencialismo de la Constitución de 1925. Sostenemos, pues, que la legitimación del presidencialismo como la única forma de gobierno adecuada para Chile proviene tanto de los procesos políticos que vivió el país desde los años 20, como por la difusión de una interpretación historiográfica que condena el período parlamentario de fines

<sup>16</sup> Mario Góngora, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*. Editorial Universitaria, Santiago, 1986, p. 76. La primera edición del libro, bajo Ediciones La Ciudad, es de 1981.

del siglo XIX y principios del XX a la vez que exalta los decenios autoritarios. Por eso, como lo ha señalado el constitucionalista José Luis Cea,

“la cultura política chilena ha sido marcada por una concepción autoritaria del gobierno” pues de la interpretación que exalta a “la concepción portaliana del gobierno fuerte y centralizador, con el Presidente como resorte principal de la máquina política... fluye una imagen paternalista, personalizada, mesiánica y concentrada del mando supremo, identificada con el Jefe de Estado como autoridad superior a las demás instituciones y situada sobre los partidos, grupos y la sociedad misma”, en consecuencia, “el gobierno ha sido entendido como obra realizable por dominación, hegemonía o imposición presidencial, y no como tarea de unión, cooperación y consenso entre las instituciones políticas, los partidos y los grupos sociales en una comunidad pluralista.”<sup>17</sup>

En contra de esta generalizada interpretación historiográfica de exacerbación presidencialista escribió Julio Heise González, publicando en los años 70 y 80 dos tomos sobre la historia del parlamentarismo<sup>18</sup>, donde argumentó que este, iniciado en 1861, habría sido la etapa más fructífera y estable de la historia chilena. Veremos sus argumentos a continuación.

## 2. La pujanza del Chile parlamentario

Julio Heise sostiene que el período parlamentario en Chile comienza en 1861, dado que los dirigentes de entonces entendieron que en la medida en que la Constitución señalaba que Chile tenía un régimen representativo, este no podía sino ser parlamentario, sobre todo dado que no había incompatibilidad alguna entre ser Ministro de Estado y diputado o senador.<sup>19</sup> De hecho, como es bien sabido, nunca se redactó una Constitución de corte parlamentario, sino que este tipo de régimen se asentó en unas prácticas políticas inspiradas en el parlamentarismo europeo (las interpelaciones a los ministros de Estado<sup>20</sup>, y los votos de censura como manifestación de disconformidad con el gobierno), sumadas a un conjunto de reformas constitucionales y electorales promulgadas entre mediados de la década de 1860 y la de 1870, que le fueron quitando atribuciones al Presidente de la República.

Esta percepción de vivir bajo un régimen parlamentario que era

<sup>17</sup> José Luis Cea, “Presidencialismo reforzado. Críticas y alternativas para el caso chileno”, en Oscar Godoy, editor, *Cambio de régimen político*, op.cit., pp. 107-108. No obstante Cea no revisa críticamente la visión condenatoria del período del parlamentarismo chileno.

<sup>18</sup> Julio Heise González, *Historia de Chile. El período parlamentario (1861-1925)*. Editorial Jurídica, Santiago, 1974; y del mismo autor, *El período parlamentario 1861-1925. Tomo II. Democracia y gobierno representativo en el período parlamentario*, Editorial Universitaria, Santiago, 1982.

<sup>19</sup> Por ejemplo, Jorge Hunneus afirmaba en 1879 “el gobierno de Chile es parlamentario” (Jorge Hunneus Zegers, *La Constitución ante el Congreso*), citado por Ignacio Rivadeneira Hurtado, op.cit., p. 241.

<sup>20</sup> Las interpelaciones no estaban contempladas en la Constitución, pero se incorporaron al reglamento de la Cámara de Diputados en 1846, y se convirtieron en práctica habitual en la segunda mitad de la década de 1870. Véase Julio Heise González, op.cit., primera parte.

compartida por la elite política, impregnó también al Ejecutivo después de la presidencia de Manuel Montt, de modo tal que a partir de 1861, el Presidente, con la única excepción de Balmaceda, no recurrió nunca más a estados de excepción constitucional para gobernar, lo que contrasta con el período precedente, de presidencialismo autoritario.<sup>21</sup> En efecto, de acuerdo a información de Germán Urzúa Valenzuela, durante casi todo el período entre 1829 y 1861 el Presidente gobernó haciendo uso de Facultades Extraordinarias otorgadas por un Congreso dócil, las que implicaban incluso delegación de la potestad legislativa, o bien declarando estado de sitio con lo que se suspendía la vigencia de la Constitución. Ello ocurrió en los años 1829 a 1831, 1833 a 1834, 1836 a 1840, 1846, 1851 a 1853 y 1859 a 1861. Incluso muchas de las elecciones del período se llevaron a cabo bajo estados de excepción constitucional.<sup>22</sup>

En el período parlamentario, hubo en cambio, argumenta Heise, “perfecta regularidad jurídica y constitucional”, sometimiento del poder militar al poder civil, “respeto absoluto de las prácticas parlamentarias”, “juego regular entre gobierno y oposición”, “funcionamiento regular del sistema representativo”, “respeto absoluto a las libertades públicas” con irrestricta libertad de prensa, de reunión y de asociación. Por eso, durante la guerra contra Perú y Bolivia, el Congreso continuó con sus prácticas de interpelar a los ministros, incluso respecto de la conducción bélica. En la prensa se informó y se opinó con entera libertad, y se realizaron con toda normalidad elecciones municipales, parlamentarias y aun presidenciales. El período parlamentario habría sido, sostiene Heise, la “escuela cívica del pueblo chileno”, en él habría aprendido a participar políticamente aceptando triunfos y derrotas.<sup>23</sup>

La vigencia de las libertades de prensa, reunión y asociación facilitó la organización de sociedades de artesanos, de obreros y de estudiantes. Numerosas asociaciones mutuales coexistieron con las combativas sociedades de resistencia y las mancomunales, culminando estas últimas en la fundación del Partido Comunista.<sup>24</sup> La creación y consolidación de los partidos políticos fue una de las características más distintivas del período parlamentario.

No está de más señalar que bajo el parlamentarismo el país manejó con gran acierto las relaciones internacionales, especialmente con sus tres vecinos, que luego de la guerra del 79 se habían vuelto mucho más complejas y difíciles.

Ahora bien, a esta dimensión política rescatada por Julio Heise, es necesario agregar la pujanza económica del período. Los estudios de

<sup>21</sup> Véase Julio Heise González, op.cit., primera parte.

<sup>22</sup> Véase Germán Urzúa Valenzuela, *Historia política de Chile y su evolución electoral (desde 1810 a 1992)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1992, pp. 75-77.

<sup>23</sup> Véase Julio Heise González, op.cit., quinta parte.

<sup>24</sup> Ibid.

economistas como Markos Mamalakis<sup>25</sup> y Osvaldo Sunkel<sup>26</sup> han demostrado que una cuantiosa proporción de la riqueza del salitre fue invertida por el Estado chileno en obras de infraestructura urbana y portuaria, en comunicaciones, en educación, en las fuerzas armadas, y en expandir la administración y los servicios públicos por todo el territorio nacional, que en la década de los 80 se había triplicado con la incorporación del norte salitrero y las tierras de la Araucanía.

En efecto, la elite política chilena fue capaz de exigir a los capitales salitreros que pagasen hasta un 40% de impuesto sobre el valor del salitre exportado, proporción que hicieron subir desde un 8.5% que pagaban en 1880. En concreto ello significó, de acuerdo a los cálculos de estos especialistas, que, considerando todo el período salitrero, un tercio de la riqueza del salitre quedara en manos del Estado de Chile por la vía del impuesto a las exportaciones, mientras que otro tercio cubriera los costos de producción; de allí que se pueda sostener que la mitad de los excedentes del salitre quedaron en manos del Estado de Chile.<sup>27</sup> Además, el norte salitrero se constituyó en un polo de atracción de mano de obra y de consumo de productos agrícolas, de carbón y de manufacturas. Así, contrariamente a lo que se venía sosteniendo, se puede afirmar que el ciclo del salitre dinamizó a la agricultura chilena, al comercio, a la minería del carbón y a la industria manufacturera de bienes de consumo, y también de bienes de capital.<sup>28</sup>

La riqueza proveniente del impuesto al salitre permitió expandir el gasto público y asegurar una cuantiosa inversión fiscal. Así, la red ferroviaria estatal se duplicó en una década, desde 1.100 kms. de líneas férreas en 1890 a 2.100 kms. en 1900, para volver a duplicarse en la siguiente década llegando en 1915 a más de 5.100 kms.<sup>29</sup> De este modo el ferrocarril recorrió de norte a sur todo el país, llegando hasta Puerto Montt, con ramales hacia el interior, además de las líneas transandinas internacionales a Mendoza y La Paz construidas en esta época.

También la administración y los servicios públicos fueron cubriendo todo el territorio, desde el desierto recién incorporado hasta la Patagonia, lo que implicó contratar un mayor número de empleados públicos. Así por ejemplo, en el Ministerio del Interior, que incluía rubros tan variados como intendencias y gobernaciones, correos y telégrafos, estadísticas y policías, el empleo prácticamente se cuadruplicó en 20 años, aumentando desde 568 personas en 1880 a 1935 funcionarios en 1900, para luego crecer más de siete

<sup>25</sup> Markos Mamalakis, *The Growth and Structure of the Chilean Economy from Independence to Allende*. Yale University Press, New Haven, London, 1976.

<sup>26</sup> Carmen Cariola y Osvaldo Sunkel, *Un Siglo de Historia Económica de Chile, 1830-1930. Dos ensayos y una bibliografía*. Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1982.

<sup>27</sup> Carmen Cariola y Osvaldo Sunkel, op. cit., cuadro 18 p. 137.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Op. cit., cuadro 24-B p. 142.

veces en los siguientes veinte años, llegando a 13.828 empleados en 1919.<sup>30</sup> La creciente urbanización del país fue de la mano con servicios públicos de alumbrado, alcantarillado, agua potable, telégrafos, pavimentación, transporte.

La inversión en educación fue también impactante. Por ejemplo, el número de alumnos en la enseñanza primaria fiscal aumentó desde 153.000 en 1895 a 291.000 en 1910, a 400.000 en 1920.<sup>31</sup> Por cierto, hubo que contratar más profesores y construir más escuelas, y a fines del siglo se creó el Instituto Pedagógico de la Universidad de Chile para profesionalizar el oficio de profesor de enseñanza secundaria.

Esta inversión fiscal tan cuantiosa impulsó una transformación de la estructura social chilena, potenciando la consolidación de una clase media vinculada al sector servicios. Mientras que la transformación de la estructura productiva generaba una masa proletaria en oficinas salitreras, puertos, minas y ciudades, hasta entonces desconocida.

El país se transformaba profundamente en el período del salitre, bajo un gobierno parlamentario.

### **3. Parlamentarios, ministros, presidente: ¿cómo funcionaba el régimen de gobierno?**

Si el Chile Parlamentario fue tan pujante como lo hemos mostrado, ¿cómo es que ello se conjuga con la inacción del periodo que señalaba Alberto Edwards, y que la ejemplificaba en la reiterada rotativa ministerial? ¿Se podrían llevar adelante proyectos gubernamentales, si los ministros duraban solo un par de meses en funciones? Y, sin embargo, tales proyectos de gobierno se materializaron exitosamente, como hemos apreciado. Cabe entonces preguntarse por la forma concreta cómo funcionaba el régimen de gobierno, y sobre el papel político que específicamente jugaba el Congreso Nacional. Para ello, ¿tenemos que retroceder el Chile Parlamentario a 1861 con Julio Heise o debemos atenernos a la periodización clásica que lo hace partir en 1891?

A pesar de la elocuente argumentación de Heise de que el régimen parlamentario se inició en Chile en 1861, el triunfo del Congreso en la guerra civil contra Balmaceda marca una nueva etapa en la historia política chilena. Si bien no hay ninguna reforma constitucional después de 1891, lo que efectivamente cambia es que con el triunfo del Congreso queda asegurada la no intervención del Ejecutivo en los procesos electorales, y por lo tanto el Presidente ya no

<sup>30</sup> Op. cit., cuadro 23 p. 141.

<sup>31</sup> Op. cit., cuadro 26 p. 143.

podrá definir la composición de las cámaras. Ello fue fruto de la convicción de la elite triunfante en la guerra civil, acompañada de la promulgación de la ley de Comuna Autónoma, que permitió a los partidos políticos controlar el desarrollo de las elecciones, dado que las municipalidades eran el centro de todos los procesos electorales en el siglo XIX chileno.<sup>32</sup> En la medida en que después de 1891, el Congreso pudo conformarse en forma independiente de la voluntad presidencial, fue capaz de imponerse al Presidente, y le obligó a constituir gabinetes que reflejaran las mayorías circunstanciales del Congreso. De allí la rotativa ministerial tan criticada.

No obstante, Julio Heise, el principal historiador del período parlamentario, que intentara infructuosamente rescatarlo de la leyenda negra en que se ha visto sumergido, ha minimizado la importancia de la rotativa ministerial. Heise argumenta que su recurrencia fue menor bajo el régimen parlamentario, considerado desde 1861, con la sola excepción de Balmaceda y Alessandri, que la frecuencia con que los cambios ministeriales ocurrían bajo los gobiernos presidenciales del siglo XX. Además, ha hecho ver que la rotativa ministerial no afectaba la conducción del gobierno. En efecto, Heise argumenta que el Presidente de la República gobernaba con los subsecretarios y jefes de servicio, que permanecían por largos años en sus cargos, viendo pasar muchos ministros en sus respectivas carteras, y que incluso permanecían por más de un período presidencial. Serían ellos los que le dieron continuidad a las políticas emprendidas y aseguraron la eficacia de la administración. De allí que los presidentes incluso buscaran la rotativa de ministros para quedar con libertad de acción, las habrían provocado intencionalmente, asegura Heise. Entre un ministerio “político” y el que se estaba gestando en las negociaciones parlamentarias, se organizaban “gabinetes de administración”, los que habrían sido más eficaces en lograr la aprobación de la agenda legislativa y además dejaban al Presidente con mayor libertad de acción. De lo contrario, afirma Heise, los presidentes llegaron a actuar, especialmente en materias de Relaciones Exteriores, sin tomar en cuenta al ministro del ramo.<sup>33</sup>

Si seguimos la argumentación de Heise estrictamente, nos encontramos con que el gobierno era hábil y eficazmente conducido por el Presidente de la República con los subsecretarios y jefes de servicio, y que el papel jugado por los ministros de Estado se reduciría a acompañar el debate parlamentario de

<sup>32</sup> La ley de Comuna Autónoma aumentó de 72 a 267 el número de municipios en el país. Véase Julio Heise, *El Período Parlamentario*, op.cit., p. 251.

Samuel Valenzuela destaca, en cambio, la importancia de la ley electoral de 1890 por cuanto al introducir la cámara secreta para emitir el voto garantizaría el secreto de este. Valenzuela minimiza la importancia de la práctica del cohecho, a diferencia de Julio Heise, y de múltiples testimonios sobre su ocurrencia entre 1891 y 1958. Véase Samuel Valenzuela “La ley electoral de 1890 y la democratización del régimen político chileno” en *Estudios Públicos* N° 71, 1998; y Julio Heise González, *El Período Parlamentario*, op.cit. pp. 225 y ss.

<sup>33</sup> Véase Julio Heise, *Historia de Chile*, op.cit., pp. 285 y ss.

las leyes impulsadas por el Presidente, con sus equipos de la alta burocracia.<sup>34</sup> Cabe entonces preguntarse qué papel jugó el Congreso Nacional, sus diputados y senadores, en el proceso político del Chile del salitre. ¿Tendrá entonces razón Alberto Edwards cuando afirma que para ellos la política era un mero juego aristocrático jugado en los elegantes salones de la capital? Pienso que no. Sugiero en cambio intentar comprender el papel del Congreso en este período mirando la importancia de la actividad de los partidos políticos desplegada a lo largo del territorio nacional, la que va haciendo posible la representación de un Chile cada vez más diverso y complejo.

En efecto, si en sus inicios los partidos no fueron más que agrupaciones en torno a personalidades —el Presidente, alguno de sus Ministros, o el Arzobispo—, ya en la etapa parlamentaria han tenido que constituirse como estructuras con permanencia en el tiempo, y con vínculos estables con la ciudadanía.<sup>35</sup> La clave está en las prácticas electorales, una vez liberados los partidos de la intervención del Ejecutivo en las elecciones.

En primer lugar, es necesario señalar que el universo electoral de aquellos tiempos no era pequeño, considerando el momento histórico. Después de la reforma electoral de 1874, que estableció la presunción de derecho de que quien supiera leer y escribir tenía la renta necesaria para votar, el universo electoral se duplicó para la siguiente elección, desde 49.000 electores en 1873 a 106.000 en 1876, creciendo a 150.000 en 1879. Esta última cifra equivalía a alrededor de un 7% de la población total, y a un 30% de los hombres adultos, una proporción alta considerando que la tasa de alfabetización de hombres adultos era de un 35%, de acuerdo a la información trabajada por Samuel Valenzuela.<sup>36</sup> Para dimensionar la expansión del sufragio en el Chile parlamentario, conviene considerar que hasta mediados del siglo XX, la inscripción electoral correspondía a un 9% de la población del país.<sup>37</sup>

Regía en el período parlamentario el sistema de voto acumulativo, legislado en 1874 para las elecciones de diputados, y a partir de 1890 para todas las elecciones. Es decir, cada votante disponía de tantos votos como cargos a elegir en su circunscripción, y los podía concentrar en una sola persona. Ello no solo permite la incorporación de minorías políticas al Congreso, sino que además obliga a los partidos más grandes a hacer sofisticados cálculos electorales para definir cómo deben distribuirse los votos de sus partidarios, de modo de no perder candidatos que podrían salir electos, como de hecho

<sup>34</sup> Arturo Valenzuela ha sostenido que este no era un régimen parlamentario sino un presidencialismo débil. Véase Arturo Valenzuela, "Partidos políticos y crisis presidencial en Chile: Proposición para un gobierno parlamentario" en Óscar Godoy, ed., *Hacia una democracia moderna*, op.cit., p. 138.

<sup>35</sup> Véase Samuel Valenzuela, "Orígenes y transformaciones del sistema de partidos en Chile" en Estudios Públicos N° 58, 1995.

<sup>36</sup> Véase Samuel Valenzuela, "Hacia la formación de instituciones democráticas: prácticas electorales en Chile durante el siglo XIX" en Estudios Públicos N° 66, 1997.

<sup>37</sup> Véase Sofía Correa Sutil, *Con las riendas del poder. La derecha chilena en el siglo XX*, Editorial Sudamericana, Santiago, 2004, pp. 72-73.

sucedió en la primera elección realizada bajo el sistema acumulativo.<sup>38</sup> Para conseguir la adecuada distribución de votos en cada lista partidista se requería, en primer lugar, conocer bien el electorado local; y en segundo lugar, asegurarse de que la distribución de los votantes se diera según el diseño previo. Aquí es donde entra a tener un lugar central el cohecho o compra de votos, pues por medio de esta práctica agentes locales pueden efectivamente distribuir los votos de acuerdo a la cantidad que se había calculado que necesitaba cada candidato en la lista del partido.

Por lo tanto, cada uno de los grandes partidos debía tener redes locales con agentes de nivel intermedio confiables, que fueran capaces de hacer los cálculos electorales, movilizar al electorado, recibir y manejar las platas, comprar los votos para cada candidato según los cálculos electorales y de acuerdo a un precio de mercado que variaba a cada momento durante el día de la elección, verificar que el elector cohechado cumpliera con su parte del trato, y organizar una fiesta de celebración, al igual que las concentraciones previas para entusiasmar al electorado. Aún más, antes de la elección los agentes partidistas locales tenían que asegurarse la inscripción de los votantes afines, y vigilar que los rivales no inscribieran a quienes no tuvieran los requisitos para ello. Durante la elección y el escrutinio, había que vigilar para evitar fraudes que los perjudicaran. Todo esto, en cada una de las 267 comunas del país. Además los partidos tenían que tener suficientes dirigentes de nivel intermedio para llevarlos como candidatos a los cargos municipales y como electores de Presidente de la República que debían ser muy confiables para que mantuvieran la opción partidista en la elección indirecta.

Una vez electos los parlamentarios, estos debían mantener activas sus relaciones con los dirigentes locales, y responder a sus demandas clientelísticas, para lo cual los vínculos que el parlamentario mantenía con la Administración eran decisivos<sup>39</sup>; de allí, presumimos, la importancia de llegar a ser Ministro de Estado.

De este modo, durante el parlamentarismo, los partidos se consolidaron como instituciones con raíces profundas en todo el país, capaces de canalizar políticamente la representación de amplios sectores sociales hasta en las localidades más distantes del centro de la toma de decisiones. En el Congreso es donde se procesaban y se respondía a las demandas locales.

Desde esa perspectiva es que es necesario, a mi juicio, comprender el papel que jugó el Congreso Nacional durante el régimen parlamentario. Si el Presidente administraba y dirigía el gobierno junto a la alta burocracia, desde el Congreso se estaba construyendo el tejido político-social que hizo que en

<sup>38</sup> Véase Samuel Valenzuela, "Orígenes y transformaciones del sistema de partidos en Chile", op.cit., pp. 24-25.

<sup>39</sup> Véase Julio Heise, *El Período Parlamentario*, op.cit., cuarta parte.

este país la institucionalidad política fuese vigorosa y resistente a múltiples embates. Se trata, por cierto, de un papel decisivo, que fortalece la democracia y consolida la institucionalidad, que al fortalecer a los partidos políticos como canales de representación dificulta la existencia de movimientos populistas de alguna importancia, y asegura que los procesos políticos se pudiesen canalizar a través de canales institucionales democrático-representativos.

## Bibliografía

- Cariola, Carmen y Sunkel, Osvaldo, *Un Siglo de Historia Económica de Chile, 1830-1930. Dos ensayos y una bibliografía*. Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1982; segunda edición, Editorial Universitaria, Santiago, 1991.
- Cea, José Luis, "Presidencialismo reforzado. Críticas y alternativas para el caso chileno", en Oscar Godoy, editor, *Cambio de régimen político*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992.
- Correa Sofía, et.al, *Historia del siglo XX chileno. Balance Paradojal*. Editorial Sudamericana, Santiago, 2001
- Correa Sutil, Sofía, *Con las riendas del poder. La derecha chilena en el siglo XX*, Editorial Sudamericana, Santiago, 2004; segunda edición DeBolsillo, Santiago, 2011.
- Edwards, Alberto *La Fronda Aristocrática*, Editorial Universitaria, Santiago, 2001.
- *Estudios Públicos* Ns. 36 (1989) y 42 (1991) (transcripción de las mesas redondas sobre regimenes parlamentarios)
- Godoy, Oscar, ed., *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990.
- Godoy, Oscar, ed., *Cambio de régimen político*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1992.
- Góngora, Mario, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*. Editorial Universitaria, Santiago, 1986.
- Heise González, Julio, *Historia de Chile. El período parlamentario (1861-1925)*. Editorial Jurídica, Santiago, 1974.
- Heise González, Julio, *El período parlamentario 1861-1925. Tomo II. Democracia y gobierno representativo en el período parlamentario*, Editorial Universitaria, Santiago, 1982.
- Jocelyn-Holt, Alfredo, "Encina, ¿Cíclope o Titán?", prólogo a la reedición de *La literatura histórica chilena y el concepto actual de la historia* de Francisco Antonio Encina, Editorial Universitaria, Santiago, 1997.
- Mamalakis, Markos, *The Growth and Structure of the Chilean Economy from Independence to Allende*. Yale University Press, New Haven, London,,1976.
- Micco, Sergio y Saffirio, Eduardo, *¿Abandonar el Presidencialismo? Presidencia, quiebre y redemocratización en Chile*. Centro de Estudios del Desarrollo (CED), Santiago, 2000.
- "Pre-Informe de la Comisión Especial de Estudio del Régimen Político Chileno creada por acuerdo de la Cámara, adoptado el 9 de mayo de 1990", manuscrito inédito.
- Rivadeneira Hurtado, Ignacio, "Los regímenes o sistemas políticos. Evolución,

características, ventajas y desventajas: Estudio comparativo del caso chileno”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

-Urzúa Valenzuela, Germán, *Historia política de Chile y su evolución electoral (desde 1810 a 1992)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

- Valenzuela, Arturo, *The Breakdown of Democratic Regime: Chile*. John Hopkins University Press, Baltimore, 1978, traducida al castellano como *El quiebre de la democracia en Chile*, FLACSO, Santiago, 1989; UDP, Santiago, 2003.

- Valenzuela, Arturo, “Partidos políticos y crisis presidencial en Chile: Proposición para un gobierno parlamentario” en Óscar Godoy, ed., *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1990.

- Valenzuela, Samuel, “Orígenes y transformaciones del sistema de partidos en Chile” en *Estudios Públicos* N° 58, 1995.

- Valenzuela, Samuel, “Hacia la formación de instituciones democráticas: prácticas electorales en Chile durante el siglo XIX” en *Estudios Públicos* N° 66, 1997.

- Valenzuela, Samuel, “La ley electoral de 1890 y la democratización del régimen político chileno” en *Estudios Públicos* N° 71, 1998.

# IX

## La clase media. Alessandri Palma, Ibáñez y la intervención militar de 1924-1925. El ruido de sables en el Senado\*

Cristián Gazmuri Riveros\*\*

### Resumen

Las siguientes líneas muestran que la asunción a la presidencia de la República de Arturo Alessandri Palma, en 1920, fue el resultado de un cambio significativo de la participación ciudadana en la actividad política.

Bajo un prisma de análisis mixto, entrelazando la historiografía donde el sujeto de la historia es el personaje individual y el colectivo, el autor sostiene que desde dicho momento hasta nuestros días, la clase media adquiere un rol central, e indisputado, en la actividad política del siglo XX chileno, controlando el poder presidencial.

### Abstract

The following lines show that the assumption of the Chilean Presidency by Arturo Alessandri Palma in 1920 was the result of a significant change in the political participation of the citizenship.

Under an analysis that mixes historiographies in which the subject of history is the individual and the collective, the author states that from that moment onwards, the middle class acquires an undisputed central role in the twentieth century political activity, controlling the presidential power.

\* Ponencia desarrollada en el Seminario "Rol del Congreso Nacional en la Historia Política de Chile", organizado por la Academia Parlamentaria el día 26 de abril de 2011, en la sede del Congreso Nacional.

\*\* Abogado e historiador por la Universidad Católica, magister en historia del arte por la Universidad de California Berkeley y doctor en historia por la Universidad Pantheon-Sorbonne.

## 1. La campaña presidencial de 1920

La proclamación de Arturo Alessandri como candidato a la Presidencia de la República por la Alianza Liberal vino a quebrar el control oligárquico de la vida política nacional que venía desde la independencia. “Quiero ser una amenaza para los espíritus reaccionarios”, dijo al ser proclamado.

Alessandri había nacido en Longaví en 1868. Su abuelo fue un inmigrante italiano de condición modesta pero de grandes méritos personales. Arturo estudió en los Padres Franceses y Derecho en la Universidad de Chile, graduándose de abogado en 1893. Se casó con la señora Rosa Ester Rodríguez.

Miembro del Partido Liberal, y cliente político de Fernando Lazcano, entre 1897 y 1915, representó a Curicó y Vichuquén en la Cámara de Diputados. Ingresó al Senado en 1915 después de una disputada elección por la provincia de Tarapacá donde derrotó al caudillo por la zona, Arturo del Río; entonces ganó el nombre de *León de Tarapacá*. Fue Ministro de Industrias y Obras Públicas en la administración de Errázuriz Echaurren (1898), de Hacienda en la de Barros Luco (1913) y Ministro del Interior y jefe del gabinete en la presidencia de Juan Luis Sanfuentes (1918). Pero hacia 1920 era un rebelde

Alessandri fue un hombre apasionado, de carácter explosivo y fuerte, a la vez que astuto y calculador. Dado a los gestos espectaculares. No hay duda que algo tenía de Mussolini.

La campaña del año 1920 no fue significativa ni novedosa por los programas de los candidatos, sino por su emotividad, poblada de valores simbólicos que aseguraban un futuro cambio y porque en ella se expresaron, pública y masivamente, intereses ineditos en la historia nacional.

La Alianza Liberal, que apoyaba a Alessandri, estaba compuesta políticamente por el Partido Radical, el Partido Liberal Doctrinario, de tendencia avanzada, el Partido Liberal Democrático y el Partido Nacional. Su composición social era mayoritariamente de sectores medios, pequeños comerciantes, medianos industriales y agricultores, muchos de ellos de provincia, junto con artesanos y obreros. Quería hacer cambios profundos en el Chile oligárquico de 1920, cuando aún incluía a algunos oligarcas progresistas.

La alianza adversaria, la Unión Nacional, estaba compuesta por el Partido Liberal Unionista, que se había separado del tronco liberal el año anterior, precisamente para evitar la candidatura de Alessandri; una parte de los partidos Liberal Democrático y Nacional y el Partido Conservador. Socialmente representaba a los grupos más tradicionales, a los grandes comerciantes o industriales, a los terratenientes que controlaban el voto campesino, a la mayoría de los profesionales liberales y a los banqueros. Su candidato, Luis Barros Borgoño, hombre de negocios, liberal, culto, era un fiel representante de sus pares.

Los programas de ambos candidatos no fueron significativamente diferentes. Propusieron la libertad electoral y de conciencia, la estabilización de la moneda, el fomento de la industria y de las obras públicas, la instrucción primaria obligatoria y la legislación social. Pero los discursos de Barros eran académicos y fríos, dichos para hombres como él; los de Alessandri eran incendiarias piezas de oratoria que apelaban a la sensibilidad de las multitudes.

Ambos candidatos se diferenciaban por elementos más profundos. La post Primera Guerra Mundial era un momento de transformación social que abría posibilidades enormes para el futuro y debía traducirse en una nueva institucionalidad. La visión de Alessandri era optimista. Su contendor, en cambio, evaluaba el presente con temor, ya que estimaba que las nuevas fuerzas sociales, que las nuevas ideologías, que todos los cambios que se percibían en la Europa de postguerra y en Chile eran una amenaza a la libertad, por lo que se debía reforzar la autoridad y el orden.

Ninguno negó la importancia de una legislación social, pero mientras Barros Borgoño la supeditaba a la defensa del orden, Alessandri la situaba como el eje de una democracia renovada.

Para sus partidarios, Alessandri aparecía como el símbolo de las reivindicaciones de los sectores medios y populares. Salvaría al país de la conducción de la oligarquía parlamentaria decadente, estructurando un Estado protector y reformista, abierto a las necesidades de las mayorías. En cambio, para sus opositores, Alessandri representaba la ruptura de la tradición republicana por sus reivindicaciones “maximalistas” y de “semblanza rusa”. Su temor se fundaba en el cambio de estilo político que introducía Alessandri.

El pueblo de Santiago y de las provincias salió a las calles a vitorearlo, se reunió en asambleas comunales, en desfiles callejeros, escribió poemas, compuso canciones y rodeó su casa de la Alameda día y noche. El “Cielito Lindo”, canción de la candidatura, se cantó más que el Himno Nacional. El astuto nieto del inmigrante italiano, les gritaba “mi chusma querida”, así supo recoger este fervor e impuso un nuevo estilo político. Recorrió el país pueblo por pueblo e hizo sentir a esta nueva audiencia que él representaba sus anhelos. Más de una vez, el debate político del año 1920 ha sido considerado como pura demagogia, pero en su anhelo de cambio era sincero.

## **2. Nuevos actores se manifiestan**

El sector organizado de los estudiantes y de los obreros contribuyó en buena medida a la agitación y a la mística del año 1920. Eran actores nuevos en la vida política y social chilena, aunque su desarrollo había comenzado con el siglo. La posición de ambos grupos en la campaña de ese año no se inscribía dentro de la oposición Alianza-Unión y por ello es necesario hacer

una referencia específica de cada uno.

Desde su fundación en 1906, la característica predominante de la Federación de Estudiantes de Chile (Fech), que aglutinaba no solo estudiantes propiamente tales sino a intelectuales y juventud en general, fue su preocupación por la cuestión social, produciéndose así el primer encuentro entre el mundo estudiantil y el obrero. En sus centros se reunían la avanzada anarquista obrera, militantes socialistas, sindicalistas, artistas e intelectuales, profesionales y estudiantes que profesaban toda la gama de las doctrinas europeas en boga. La Fech representaba a la juventud del sector medio ilustrado, que había tenido acceso a la enseñanza superior, en gran parte por la ampliación del aparato estatal universitario, y que manifestaba su desacuerdo y su rechazo a la vieja república oligárquica.

Aunque la mayoría de sus dirigentes estuvieron afiliados a la Juventud Radical y la Fech tenía posiciones políticas y postulaba el fracaso del sistema existente, no fue partidista. No había en ella una ideología homogénea, sino una aspiración de cambio, que se alimentaba de distintas disciplinas intelectuales. En términos muy generales, profesaban el socialismo de Estado y se mantenían alejados del marxismo. En la práctica, sin embargo, su lealtad estaba con los marginados del sistema.

Si bien los estudiantes de la Fech apoyaron con entusiasmo a Alessandri y contribuyeron a la mística callejera y a la esperanza de salvación nacional, no fueron incondicionales del candidato aliancista, puesto que no confiaban en que pudiera hacer un programa de gobierno que favoreciera verdaderamente al proletariado. Pero el asalto de la juventud conservadora a la sede de la Fech en julio de 1920, el encarcelamiento de algunos de sus miembros, la muerte de un joven poeta en la cárcel, la obligada clandestinidad y la persecución que cayó sobre ellos, radicalizó su posición y fortaleció su alianza con los sectores revolucionarios. Consideraron el triunfo de Alessandri como una victoria de la soberanía popular, aun cuando muy luego le quitaron su apoyo, debido a la matanza de salitreros en San Gregorio en 1921.

Para los obreros organizados, anarquistas y socialistas en su mayoría, Alessandri no representaba sino una nueva candidatura de los partidos burgueses. Los anarquistas, opositores a ultranza de la actividad política organizada, no le dieron ningún crédito y, más aún, llamaron a los obreros a no dejarse engañar por sus promesas. Los socialistas, en tanto, consideraron que Alessandri significaba una fase democrática más avanzada del régimen capitalista y que les era favorable, aunque solo implicara mayor libertad de organización y menos represión.

El triunfo de Alessandri no fue fácil. Ambos candidatos se atribuyeron el triunfo por la mayoría de los electores al día siguiente de los comicios. Las cifras oficiales dieron 179 electores para Alessandri contra 175 para Barros

Borgoño. Pero como hubo reclamos de fraude, la calificación de los electores debía quedar en manos del Congreso Pleno. Y como en el Parlamento dominaba la Unión Nacional, se desató una enorme agitación callejera para que se respetara la mayoría relativa de los electores. Se temió incluso que intervinieran los militares en favor de Alessandri, ante lo cual el Gobierno alejó las tropas de Santiago hacia la frontera norte por supuestas amenazas de Perú y Bolivia; fue la llamada “Guerra de don Ladislao”, por el nombre del Ministro de Guerra de la época, Ladislao Errázuriz. Después de una ardua negociación, se decidió que la elección la resolviera un Tribunal de Honor. Este determinó que Alessandri había ganado por un solo elector. El Congreso proclamó, entonces, a Arturo Alessandri Presidente de la República.

### **3. El difícil Gobierno de Alessandri**

Alessandri asumió el Gobierno en medio de un ambiente de gran expectativa. De uno y otro lado se esperaba las realizaciones de un Presidente que había prometido cambios significativos. Su primer ministerio (y los posteriores) se conformaron con hombres capaces y cultos de clase media y alta, entre los que sobresalieron: Pedro Aguirre Cerda, Jorge Matte Gormaz, Daniel Martner, Enrique Oyarzún, Hector Arancibia Lazo, Víctor Celis, Galvarino Gallardo Nieto, Ernesto Barros Jarpa, Ángel Guarello, Manuel Rivas Vicuña, Carlos Aldunate Solar, Marcial Martínez, Emilio Bello Codesido, Guillermo Subercaseaux y otros. Una pléyade de hombres notables.

Sin embargo, las condiciones imperantes no eran favorables para el nuevo Gobierno. En parte como consecuencia de la Primera Guerra Mundial y las dificultades en el mercado del salitre, en el país se había deteriorado la situación financiera. Ello se manifestaba en un déficit fiscal cada vez más grande y una inestabilidad monetaria creciente, debida a las continuas emisiones y al mayor endeudamiento, el que se producía justamente para paliar los efectos de la inestabilidad monetaria.

Por otro lado, el Senado mayoritariamente opositor impedía que las reformas propuestas por el Gobierno, como la creación de un Banco Central, la implantación del impuesto a la renta y otras medidas tendientes a estabilizar la moneda, regular el crédito y proteger la industria nacional para enfrentar la crisis, se materializaran. De esta forma se llegó al año 1924 sin avances al respecto. En materia social sucedió otro tanto; los puntos más importantes del programa social de Alessandri, como la promulgación del Código del Trabajo y la Previsión Social, fueron obstaculizados sistemáticamente en el Parlamento, también el alza del sueldo de los militares que era ciertamente bajo.

El Presidente Alessandri veía en esas leyes la forma de abrir un cauce legal a la protesta obrera, permitiendo una evolución social pacífica del país

basada en la justicia, como alternativa frente a las fórmulas represivas que acallaban el clamor popular con métodos no solo reprobables moralmente, sino que además, de dudoso resultado a largo plazo.

En todos los mensajes presidenciales, el Jefe de Estado insistió en la urgencia de despachar con prontitud esos proyectos y lo mismo hicieron cada uno de sus ministerios. Al mismo tiempo, utilizó a las multitudes como un elemento de presión sobre el Parlamento.

Sin embargo, pese a los malogrados esfuerzos presidenciales, el malestar social continuó acrecentándose y el desprestigio del sistema político empezó a alcanzar también al Presidente. Los sectores laborales encabezados por la Federación Obrera de Chile (Foch) y la International Workers of the World (IWW), incentivaron nuevas huelgas y conflictos como medio de presión.

En febrero de 1921 se produjeron los sucesos de la salitrera San Gregorio. Ante el anuncio de cierre de la oficina, un grupo de obreros decidió permanecer en el campamento hasta el pago del desahucio, con el apoyo de trabajadores de otras oficinas. Su desalojo, ocurrió en medio de violentos altercados que terminaron con la vida del teniente de ejército que dirigía la operación, de otros tres soldados y 36 obreros, más numerosos heridos. Durante los años siguientes se sucedieron las huelgas a lo largo del país, sin que se lograran los cambios esperados y prometidos. Así el entusiasmo de la campaña fue cediendo paso al cansancio, escepticismo y a una sensación de frustración colectiva.

No obstante, 1924 se inició con las expectativas de las elecciones parlamentarias, pero ellas no vinieron más que a confirmar el cuadro de los años anteriores. Pese al triunfo de los partidarios del Gobierno, el Senado, que se elegía por parcialidades, impidió, una vez más, contar con las anheladas leyes, con lo cual ya no había nada que esperar. Las críticas se hicieron cada vez más intensas y la crisis política parecía precipitarse. El Presidente insistía en la responsabilidad del Parlamento, mientras la oposición lo acusaba de intentos dictatoriales, de corrupción administrativa y de incompetencia.

#### **4. La intervención de los militares**

A fines de 1923 se enviaron al Congreso proyectos tendientes a solucionar los problemas salariales de los militares, pero estos chocaron una vez más con la indiferencia de los círculos políticos que justificaban su inacción en la angustiosa situación del erario.

Pero unos meses más tarde el asunto tomaría otro rumbo cuando el Congreso inició la discusión de una ley para aprobar una dieta parlamentaria, es decir un sueldo para los parlamentarios, el que hasta entonces no existía,

y que tenía importancia para la democratización del Congreso, pues abría acceso a personas sin fortuna personal. Sin embargo, para los militares, con ser una iniciativa progresista, parecía una burla el que los parlamentarios pensarán en un sueldo en tanto el proyecto de mejoramiento de los suyos permanecía empantanado.

El día 2 de septiembre de 1924, cuando el Senado se ocupaba de ese proyecto, un grupo de oficiales de Ejército concurrió a sus tribunas para expresar su molestia, lo que hicieron golpeando los sables contra el piso. Luego, envalentonados por la conmoción que causó su actitud, se constituyeron en un Comité y presentaron al Presidente Alessandri un memorándum con una serie de peticiones. Tras el movimiento militar estaba el entonces mayor Carlos Ibáñez y un grupo de amigos, todos de la ascendente y preparada clase media.

Pero lo interesante es que la intervención militar que de hecho era un golpe de estado, se hacía contra una iniciativa social progresista que beneficiaba a la misma clase media a la que ellos pertenecían. Eso quedaría en evidencia poco después.

Ibáñez, otro descendiente de inmigrantes relativamente recientes (cuyo apellido original era inglés: Evans) había nacido en Linares en 1877. Realizó sus estudios en la Escuela de las Niñas Ortega, en la Escuela Pública Nº 1 y en el Liceo de Linares.

El 12 de marzo de 1896 ingresó como cadete a la Escuela Militar. Tras dos años como cadete y uno como alférez, pasó al Ejército con el grado de teniente 2º, destinado al Regimiento de Cazadores de la guarnición de Santiago.

Al inicio del siglo XX fue ascendido a teniente. En 1903 integró una misión militar contratada por el gobierno de la República de El Salvador. Durante ésta, ocurrió una guerra con Guatemala y aunque los instructores chilenos tenían indicaciones precisas de mantener neutralidad, Ibáñez participó victorioso en la Batalla de El Platanar o Las Escobas. Esto provocó un desborde de entusiasmo patriótico. Ibáñez fue incluido en las celebraciones y el Senado de El Salvador lo hizo teniente coronel.

En ese país conoció a la joven aristócrata Rosita Quiroz y Ávila. Se casaron el 11 de septiembre de 1907.

En 1909, Ibáñez regresó a Chile acompañado de su esposa y de su hija recién nacida, Rosita. Años después, el 12 de octubre de 1918, una tuberculosis pulmonar terminó con la vida de su esposa y entonces el capitán debió enfrentar la difícil tarea de educar a sus dos hijos de corta edad.

En el mismo año 1909, Ibáñez fue destinado al Regimiento de Cazadores. En 1912 ingresó a la Academia de Guerra, desde donde egresó como oficial de Estado Mayor en 1916; posteriormente ejerció como ayudante

de la Inspección de Caballería.

En 1918 estuvo nuevamente en el Regimiento de Cazadores y luego fue nombrado director de la Escuela de Carabineros. Más tarde ejerció como prefecto de Iquique, responsabilidad que cumplía en el momento de las agitadas elecciones presidenciales de 1920, que llevaron a la presidencia a Arturo Alessandri.

El recién elegido Presidente lo nombró director de la Escuela de Caballería, uno de los más ambicionados cargos en el Ejército.

En el ejercicio de su cargo en la Escuela de Caballería, surgieron las quejas castrenses en torno a los malos sueldos y jubilaciones, el mal equipamiento, los recursos insuficientes para la conscripción y la falta de movilidad al interior del Ejército.

Ibáñez era, al contrario de Alessandri, un hombre flemático y casi enigmático. Rara vez sus acciones reflejaban espontaneidad. Pero también era de pasiones fuertes y tenía una astucia menos espectacular que la Alessandri, pero igualmente aguda.

No tenía ideología. A lo largo de su carrera política fue progresista, anticomunista, populista, antipolítico, nacionalista, pragmático, cazurro y, a veces, torpe.

En el momento de su aparición en la política nacional, en 1924, sus peticiones iban más allá de las reivindicaciones puramente militares, abarcando una serie de puntos de los que estaban contenidos en el programa presidencial de Alessandri y que no habían logrado materializarse. Entre esas aspiraciones los militares contemplaron la reforma a la Constitución Política del Estado, el despacho inmediato de la ley del Código del Trabajo, la aprobación de las leyes de empleados particulares, la modificación al impuesto a la renta y otras de interés general. La situación no era casual. Durante los años anteriores Alessandri, en visitas a los establecimientos militares, había hecho encendidas defensas de su programa ante los uniformados.

Tres días después del “ruido de sables”, el Parlamento aprobó las peticiones militares que habían sido previamente aceptadas por Alessandri.

Fue así que en el aspecto social las peticiones militares significaron la realización del programa de Alessandri. Bajo la presión de estos, el Congreso despachó el 8 de septiembre los proyectos referentes a: cooperativas, contratos de trabajo, sindicatos profesionales, tribunales de conciliación y arbitraje, indemnización por accidentes de trabajo, caja de empleados particulares, caja de seguro obligatorio y derecho a huelga. En cambio, no se llegó a acuerdo respecto al impuesto a la renta. También se aprobaron las “leyes militares”.

Pero este empuje de sensibilidad social tuvo el reverso de la medalla en 1925 con la matanza de La Coruña, en plena pampa norteña. No hemos

encontrado cifras (para los comunistas, fueron muchos cientos, para el Gobierno unos 80 o algo más), para los capitalistas ingleses que estuvieron detrás del hecho en parte, fueron menos. Se utilizaron fusiles de repetición, ametralladoras y ahora también cañones.

El Comité Militar decidió seguir funcionando hasta terminar con la depuración política y administrativa del país y el Presidente Alessandri recibió la noticia de que se solicitaría la disolución del Congreso. Ante estos hechos, que hacían evidente que el Primer Mandatario había perdido el control del poder político, este decidió renunciar a su cargo y abandonar el territorio nacional, aunque en su fuero interno no podía sino estar contento con lo que había sucedido.

A partir del 11 de septiembre de 1924 se constituyó una Junta Militar que anunció su propósito de acabar con la corruptela política, y convocar a una Asamblea Constituyente, con el fin de redactar una nueva carta fundamental acorde con los propósitos nacionales. Con ello -afirmaban- “habrá terminado nuestra misión”.

La opinión pública recibió con beneplácito la nueva situación, especialmente la clase media que se sentía interpretada por los militares. Por otra parte, la oligarquía también parecía contenta, se habían librado de Alessandri y, en un vuelco inesperado, se mostraba obsequiosa y dócil ante los militares, confiando en que su cúpula era de tendencia conservadora. Y de gobernar estos en una junta militar, por jerarquía estaría integrada por el alto mando.

Efectivamente, entre los líderes de este movimiento militar destacaban los jóvenes oficiales Carlos Ibáñez del Campo y Marmaduke Grove, pero el poder lo asumió una Junta de Gobierno, integrada por el general Luis Altamirano, el almirante Francisco Neff y el general Juan Pablo Bennet, vale decir el alto mando.

Esto representaba un giro hacia la derecha y fue, probablemente, lo que precipitó el alejamiento de Alessandri y otorgó un cariz “unionista” a la Junta de Gobierno, provocando inmediatas diferencias entre esta y la Junta Militar, liderada por Ibáñez, que representaba el verdadero espíritu de la rebelión. Ahora se comenzó a dar una lucha entre la oligarquía militar y la clase media militar.

Así, a los pocos meses, cundía el desaliento en el Ejército y la opinión pública. La Junta Militar se disolvió y comenzó una campaña para el retorno de Alessandri, lo que resultaba lógico, pues la clase media y sus aspiraciones sociales se unían. La Junta de Gobierno terminó siendo apoyada por los sectores más conservadores, mientras los partidos Radical, Demócrata y ciertos sectores liberales, manifestaron su deseo de que se restableciera cuanto antes el gobierno civil.

De este modo se fue preparando la revuelta del 23 de enero de 1925, cuando el grupo de militares acaudillados por Ibáñez, el segundo gran líder de clase media del período, después de Alessandri, derrocó a la Junta de Gobierno presidida por Altamirano. Una nueva Junta constituida por Emilio Bello Codesido, el almirante Carlos Ward y el general Pedro Pablo Dartnell, anunció que se haría cargo del Gobierno hasta que el presidente Alessandri reasumiera su puesto. Carlos Ibáñez asumió como Ministro de Guerra y era el que verdaderamente tenía el poder político.

Alessandri fue ovacionado a su regreso a Chile en marzo de 1925. El acuerdo entre él y los militares era completo y se basaba en dos tareas principales: la elaboración de una Carta Fundamental que terminara con el régimen parlamentario y el posterior regreso de las Fuerzas Armadas a sus cuarteles.

Consecuentes con estos propósitos, Alessandri designó una Comisión Consultiva integrada por personas representativas de todos los círculos sociales y tendencias para preparar y organizar una Asamblea Constituyente que, sin embargo, no llegó a materializarse. En cambio, la Comisión Consultiva elaboró un proyecto de Constitución que fue aprobado en un plebiscito. El 18 de septiembre se promulgó la nueva Constitución.

Desde entonces la clase media se convirtió en la columna vertebral del siglo XX chileno.

Todos los presidentes de la República chilenos, desde entonces, serían de origen medio. Arturo Alessandri nacido en Longaví y nieto de un inmigrante de condición humilde; Carlos Ibáñez, descendiente cercano de un inmigrante británico (su apellido original era Evans); Pedro Aguirre Cerda; aunque descendiente de antiguas familias chilenas, nació en Pucuro, una aldea de Los Andes hacia la cordillera, hijo de campesinos de condición más bien humilde; Juan Antonio Ríos, nacido en Arauco rural; Gabriel González Videla, de la clase media de La Serena; Jorge Alessandri, hijo de don Arturo; Eduardo Frei hijo de un inmigrante austríaco; Salvador Allende (la excepción) vástago de la oligarquía de Valparaíso, pero no de la antigua aristocracia santiaguina; Augusto Pinochet, nacido en Valparaíso, pero con antecedentes familiares en la zona de Chanco; Patricio Aylwin, con antecedentes familiares de un inmigrante inglés en Constitución (aunque su padre había sido Presidente de la Corte Suprema); Frei Ruiz-Tagle, hijo de don Eduardo; Ricardo Lagos, vástago de antiguas familias de clase media; Michelle Bachelet Jeria, descendiente de inmigrantes franceses relativamente recientes. En cambio, antes de 1920 todos los primeros mandatarios pertenecían a la aristocracia-oligarquía, con la relativa excepción de Manuel Montt. Por contraste no ha habido aún un solo Presidente de Chile de genuino origen popular.

## Bibliografía

- Arturo Ahumada, *El Ejército y la revolución del 5 de septiembre de 1924*, Santiago, 1925.
- Raúl Aldunate, *Ruido de sables*, Santiago, borrador
- Arturo Alessandri Palma, *Las cuestiones económicas, el régimen parlamentario y la cuestión social en Chile, desde 1891 hasta 1925*, en revista *Atenea*, Universidad de Concepción. Nº 299.
- Arturo Alessandri Palma, *Recuerdos de gobierno*, Ede. Nascimento, Santiago, 1967; 2 vols.
- Armando Donoso, *El Presidente Alessandri y su gobierno*, sin pie de imprenta, Santiago, 1925.
- Patricio Bernedo, *Prosperidad económica bajo Carlos Ibáñez del Campo, 1927-1929* en *Historia*, (24): 5-105, Santiago 1989.
- Leonidas Bravo, *Ruido de sables*, manuscrito.
- Luis Correa, *El Presidente Ibáñez, la política y los políticos*, Santiago 1962.
- Ricardo Donoso, *Alessandri agitador y demolidor*, Fondo de cultura Económica, México, 1953-1954, dos vols.
- Cristián Gazmuri "Chile 1981-1973", en *Nueva historia de Chile*, Zig-Zag, Instituto de Historia PUC, varias ediciones.
- Cristián Gazmuri, "Clase media en Chile en siglo XX", Art. Aparecido en *La tercera*, el 03/09/2002.
- Hernán Godoy, *Estructura social de Chile*, Editorial Universitaria, Santiago, 1971
- Mario Góngora, *Ensayo histórico sobre la noción de estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Ed. Universitaria, Santiago, 1998.
- Augusto Iglesias, *Alessandri una etapa de la democracia en América* Editorial Andrés Bello, Santiago 1960, estaba planificada en dos volúmenes pero apareció solo el primero.
- René Montero, *La verdad sobre Ibáñez*, Editorial Freeland, Buenos Aires, 1953.
- Mariano Navarrete (Gral.), *Mi actuación en las revoluciones de 1924 y 1925*, Ed. Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 2004.
- Ernesto Wurth, *Ibáñez caudillo enigmático*, Editorial del Pacífico, Santiago, 1958.



**Fiscalización de los actos del Gobierno por la  
Cámara de Diputados**





## Informe de la Comisión Investigadora sobre la Calidad de la Construcción (extracto)\*

### 1. Características del terremoto

Chile sufrió uno de los diez sismos más importantes de los que se tiene registro en el mundo. Más aún, ya había sufrido tres terremotos calificados dentro de los diez mayores del planeta. Éstos ocurrieron en Vallenar, Valdivia y Cobquecura. Los siguió, el terremoto de 1906 en Valparaíso con 7,9 grados de magnitud. El Mercurio publicó que de toda la energía que el planeta había liberado entre 1906 y 2010 a través de sismos, el 25 por ciento se había originado en Chile.

En este contexto, el terremoto del 27 de febrero fue el quinto mayor ocurrido en el mundo. El epicentro se ubicó al norte de Cobquecura y afectó a las regiones V de Valparaíso, a la Región Metropolitana, a la Región VI del Libertador Bernardo O'Higgins, a la VII o Región del Maule, a la Región del Biobío y a La Araucanía. En otras palabras, el evento afectó a parte importante de la población del país, a más de 12 millones de habitantes. Es importante destacar que tuvo un elemento dañino adicional. Ello fue su duración, de casi tres minutos, lo que implicó una intensificación de los daños.

Hay que agregar a todo esto, el *tsunami* que tornó mucho más dramática la situación de los ya afectados, abarcando a la zona central, es decir a, prácticamente, 500 kilómetros de costa.

---

\* Extracto elaborado por Álvaro Halabí Diuana, abogado, y Alicia Gariazzo Gavilán, analista económica, ambos de Comisiones de la Cámara de Diputados.

## 2. Daños causados

Las cifras entregadas a la Comisión son temporales, corresponden a abril 2010, en las fechas en que se desarrolló el trabajo de la Comisión. Muchas de ellas variaron en el transcurso de los meses siguientes al evento, considerando ajustes y decantaciones de análisis más profundos.

### 2.1. En las viviendas

La distribución de las viviendas dañadas fue similar en el área urbana y en el área rural. Ligeramente superior en aquellas con 'daño mayor' en el área urbana.

De 10 mil edificios habitacionales construidos en los últimos 25 años, solo colapsó uno, hay catorce con orden de demolición y veinte que se declararon inhabitables o con recomendación de evacuación.

Hay varios edificios y viviendas colapsados por daño estructural. Los casos más graves se produjeron en Santa Cruz, donde colapsó un edificio Serviu y murieron dos personas. En Constitución, donde también colapsó otro edificio, hubo seis fallecidos. Asimismo, colapsaron varios bloques en Rancagua y en otras partes.

Con respecto a las cifras, hay 18.210 viviendas con daño mayor. De esas, 5.817 deberán ser demolidas, por poseer daño estructural. Habrá que estudiar el saldo, de aproximadamente 13 mil viviendas, porque a veces reparar una vivienda, que está muy dañada, sale igual o más caro que construir una nueva.

En las viviendas del Serviu hubo daños en edificios de albañilerías reforzadas con colapso de los dos primeros pisos.

Según los datos proporcionados por el Programa Nacional de Reconstrucción en Vivienda, implementado a través del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, el mayor porcentaje de viviendas destruidas o con 'daño mayor' corresponde a aquellas edificadas con alguna técnica basada en adobe. Algunos datos se resumen en el siguiente cuadro:

*Viviendas de adobe dañadas<sup>1</sup>*

Ubicación	Destruídas	Daño Mayor	Daño Menor	Total
Adobe Urbano	26.038	28.153	14.869	69.060
Adobe Rural	24.538	19.783	22.052	66.373
<b>Total de viviendas en adobe</b>	<b>50.576</b>	<b>47.936</b>	<b>36.921</b>	<b>135.433</b>
<b>Total de viviendas</b>	<b>81.444</b>	<b>108.914</b>	<b>179.693</b>	<b>370.059</b>
<b>% de daño en el adobe</b>	<b>62,09%</b>	<b>44,01%</b>	<b>20,54%</b>	<b>36,59%</b>

<sup>1</sup> Fuente: Programa Nacional de Reconstrucción en Vivienda. Disponible en [http://www.Minvu.cl/opensite\\_20100329164919.aspx](http://www.Minvu.cl/opensite_20100329164919.aspx) (Abril, 2010).

Estos impactos reavivaron la discusión acerca de la calidad del adobe, es decir si es un material adecuado para territorios sometidos a actividad sísmica<sup>2</sup>. Diversos expertos opinaron que es necesario distinguir los distintos escenarios en que se examina su comportamiento. Es posible usarlo en obras patrimoniales, pero no es recomendable en viviendas sociales, puesto que su uso no está normado. Bien usado se puede utilizar, pero es complejo y caro hacer las mezclas adecuadas para que sea antisísmico.

Pese a su valor patrimonial, algunos expertos consideraron que debería prohibirse su uso. Otros que debería mantenerse como adorno en áreas patrimoniales, aun cuando su mantenimiento es caro.

## 2.2. En las obras públicas

El impacto sufrido en las obras públicas fue grande y la responsabilidad de estas, tanto en mantenimiento como en reposición, corresponde a diferentes instancias del Ministerio de Obras Públicas, como la Dirección de Obras Portuarias, la Dirección de Vialidad, la Dirección de Arquitectura y otras. Los primeros impactos que se informan pueden resumirse de la siguiente manera:

### *Principales impactos producidos por el terremoto en obras públicas*

<b>Grandes puentes</b>	Puente Lo Gallardo en Ruta 66 , San Antonio Puente Los Morros Ruta G-45, San Bernardo Puente Itata, Coelemu, Ruta Los Conquistadores, Región del Bío Bío Puente Llacolén y accesos; Puente Juan Pablo II y Puente Chacabuco en ciudad de Concepción Puente Raqui I, Raqui II y Tubul en Arauco Ruta P-22
<b>Agua potable rural</b>	420 sistemas de AP rural con daños en estructuras y tanques lo que corresponde al 40% del APR
<b>Caletas pesqueras</b>	Resultaron dañadas 27 Caletas Pesqueras que afectan a 77.380 personas 3 caletas dañadas en la Región de Valparaíso 3 caletas dañadas en la Región de O'Higgins 8 caletas dañadas en la Región del Maule 12 caletas dañadas en la Región del Bío Bío 1 caleta dañada en la región de la Araucanía
<b>Aguas lluvias y cauces</b>	Estero Las Ánimas y el Carbón en Constitución, Región del Maule Estero Quilpue en Los Ángeles Estero Dichato en Dichato

<sup>2</sup> Disponible en <http://blogs.elmercurio.com/columnnasycartas/2010/04/15/construccion-en-adobe-1.asp> (Abril, 2010)

<b>Riego</b>	Daños a los canales afectan a empleos permanentes en: Canales Pencahue y Melozal en la Región del Maule Canales Bío Bío Sur frente a Rucalhue (amenaza localidad de Quilaco) y Canal Bío Bío, Negrete en Munilque en la región del Bío Bío
--------------	---

*Fuente: MOP, exposición del ministro del MOP frente a la Comisión Investigadora.*

En materia vial, en las zonas afectadas, el 4,3% de las estructuras mayores -puentes- sufrió algún daño y el 0,6% colapsó.

En la red caminera, el 2,9% sufrió daños y la falla que debe mirarse con mayor atención es la asociada a terraplenes.

En el aeropuerto Arturo Merino Benítez, los daños correspondieron fundamentalmente a recubrimientos (cielos falsos principalmente) y equipamiento. El Estadio Nacional, presentó daños en: pilares, marquesinas, muros de coronamiento superior, juntas de dilatación, muros interiores en niveles 1° y 2°, estos últimos no son estructurales. La capacidad original histórica era de 55.000 espectadores sentados en graderías, tablón corrido. Quedará con una capacidad para 50.000 espectadores sentados en butacas individuales numeradas. Con estándares de seguridad según las recomendaciones de la FIFA.

También hubo daños parciales en los embalses de propiedad fiscal de Coihueco (25 millones de m<sup>3</sup>) y Tucapel (5 millones de m<sup>3</sup>), ambos en la VIII región, cuya reparación es abordada por la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH).

En el caso de embalses privados para riego, en el ámbito de acción de la DOH, resultaron con daños Lliu Lliu, en la V región y Millahue, en la VI región. También las obras de reparación se realizan a través de la DON, de acuerdo con las disposiciones del DEL 1.123 y los acuerdos del Consejo de Ministros sobre la materia.

Cabe destacar que obras mayores impulsadas por el MOP como el embalse El Yeso (hoy de propiedad de Aguas Andina), Convento Viejo, Bullileo, Digua y Laguna del Maule no fueron afectadas por el sismo.

El costo de la emergencia le significó al Ministerio de Obras Públicas, hasta el momento de la exposición del Ministro frente a la Comisión, un total \$659.511.000.000, cuya distribución se presenta en el cuadro siguiente:

*Costo total de la emergencia y reconstrucción del MOP (millones de \$, 2010)*

Servicio	Reg V	Reg VI	RMS	Reg VII	Reg VIII	Reg IX	Reg X	Total	Reajust 10%	TOTAL Con reajuste
Agua potable rural	1.380	4.380	3.140	5.860	10.690	2.710	0	28.160	1	30.976
Arquitectura <sup>3</sup>	150	3.000	0	2.269	1.138	0	0	8.056	1	8.862
Aeropuerto	0	0	530	0	270	38	0	838	1	922
Direcc Gral de Aguas <sup>4</sup>	0	0	0	0	0	0	0	485	1	534
Obras Hidráulicas	2.489	568	1.763	9.605	14.590	220	600	29.835	1	32.819
Vialidad <sup>5</sup>	13.895	38294	5.800	25.315	325.069	18.765	0	457.288	1	503.016
<b>TOTALES</b>	<b>18.088</b>	<b>46.414</b>	<b>11.233</b>	<b>50.280</b>	<b>418.533</b>	<b>22.273</b>	<b>600</b>	<b>599.556</b>		<b>659.511</b>

### 2.3. En las obras concesionadas

También hubo daños en las obras concesionadas a privados, los que pueden visualizarse en el siguiente cuadro:

*Resumen del daño en los contratos concesionados*

Tipo	Cantidad con daños	% Incidencia <sup>3</sup>
Número Puentes	15	2,3%
Número Pasos Superiores	10	1,6%
Número Pasos Inferiores	14	3,0%
Número Pasarelas	52	11,8%
Daños en calzadas (KM)	100	2,9%

### 2.4. En las localidades

Las localidades que fueron siniestradas con el terremoto y posterior maremoto, parten en el sector norte por Cobquecura, siguen por caleta Perales, Dichato, como ciudad-balneario; Coliumo, Caleta del Medio, Los Morros, Cocholgüe, Penco, Lirquén, Tumbes, Talcahuano, Lo Rojas, Puerto Norte, Isla Santa María, Tubul y Llico, en Arauco, al igual que Lebu, Quidico, Tirúa e Isla Mocha.

La comuna más dañada fue Constitución y Talca la ciudad más dañada de todas las ciudades afectadas por el sismo.

## 3. Capacidad técnica y profesional del país

### 3.1. Sismología

Chile es el país más sísmico del mundo, pero no cuenta con profesionales especialistas como sismólogos en las reparticiones encargadas de las emergencias. Menos aún con expertos en *tsunamis*. Ello quedó demostrado en esta experiencia.

También faltan instrumentos. Solo a partir del terremoto de 1960 se empezaron a colocar algunos acelerógrafos.

Hay un trabajo de 1999, revisado y ampliado al 2006, en el cual, sobre la base de GPS y acelerógrafos, dispuestos en territorio chileno, fue posible medir corrimientos del territorio en la zona que ahora resultó amagada por

<sup>3</sup> El monto solo incluye inmuebles MOP, no se incluyen obras maniatadas.

<sup>4</sup> Inversión no regionalizada.

<sup>5</sup> El monto total con reajuste, incluye el monto para asesorías a la Inspección Fiscal de MM\$30.150.

<sup>6</sup> El reajuste corresponde a posibles variaciones en las estimaciones de costos.

<sup>7</sup> Respecto del total de los contratos concesionados.

el terremoto por efecto de la placa de Nazca. Esta placa empieza a empujar la placa continental y la tierra comienza a arrugarse. Así se detectó, por ejemplo, que Concepción retrocedía hacia Argentina.

Cuando se empiezan a hacer esas mediciones en forma sistemática, a través de una adecuada instrumentación, se puede concluir lo mismo que aquellos investigadores concluyeron con su trabajo, esto es, que iba a haber un terremoto sobre 8,5, que era la magnitud que se esperaba. El que ocurrió fue de 8,8, e iba a afectar una faja de territorio de aproximadamente 400 kilómetros de longitud: fueron 500 kilómetros de longitud. Lo que no se pudo predecir fue la fecha del fenómeno, pero es probable que con adecuados instrumentos y convenios con centros de investigación más avanzados se pueda, en el futuro, llegar a predecir las fechas de este tipo de eventos.

Es importante que el país cuente con una red sismológica que permita detectar rápidamente su ocurrencia y brinde una información apropiada y oportuna. En ese sentido, es vital implementar una red de acelerógrafos, porque si bien implicará un costo adicional, permitirá tener información acerca de cómo se comporta el terreno ante sismos de esta magnitud. Esto trae como consecuencia elaborar normas flexibles, de manera que se vayan incorporando las experiencias que se produzcan en estos laboratorios reales que constituyen los terremotos.

Asimismo, es importante contar con convenios internacionales para la instrumentación del país. Las visitas extranjeras que han venido a estudiar el comportamiento de este terremoto podrían hacer un aporte para que se pueda implementar esa red de instrumentos que permita contar con información no solo para Chile, sino que para otros países, transmitiendo así experiencias que podrían ser consideradas en otras naciones, particularmente al establecer sus normas.

### **3.2. Tsunaminología**

En Chile, con 6 mil 435 kilómetros de costa, el país más *tsunamigénico* del mundo, han ocurrido por lo menos once maremotos importantes desde la llegada de los españoles. Ello significa que gran parte de sus terremotos tiene gran potencial de generar maremotos, pero se ignora cómo se comporta el mar. No existe una normativa respecto de las obras portuarias. Se ignora cómo incorporar los esfuerzos y solicitudes asociados a maremotos, tormentas y oleajes cuando se desarrollan obras costeras, poblaciones costeras. Todo esto deja al país en una situación de déficit.

No existe tradición respecto a la formación de profesionales capacitados para analizar las problemáticas asociadas al oleaje. Solamente hay un par de escuelas que están empezando a desarrollar ingenieros especializados en

ingeniería oceánica, materia que no solo se refiere a la construcción, sino a la condición costera y a la morfología natural.

Construir, para resistir un maremoto, no es factible por su costo y por el tipo de construcción que se requiere, pero por lo menos, habría que desarrollar sistemas de evacuación o definir las obras que pueden desarrollarse en las zonas de vulnerabilidad, donde el peligro puede ser mayor.

Aún no existe nada al respecto, ni siquiera los planes reguladores lo han considerado.

Un elemento básico es demarcar las zonas susceptibles de inundación en las ciudades, así como diseñar y difundir planes de alerta y de evacuación temprana, pues no solo se necesita trabajar en las normas, sino también con la conducta de las personas.

Otra recomendación es incorporar cartas geológicas y de inundación en la planificación territorial.

#### **4. Causas específicas de los daños**

Las distintas comitivas internacionales que vinieron de visita a observar los daños del terremoto coincidieron en que, pese a las características del terremoto, este tuvo menos efectos catastróficos que los causados por sismos menores en otros países. Hubo menos víctimas fatales que las esperadas. Comparándolo con las que produjo el recién ocurrido en Turquía, el de 1985 en México, o incluso el terremoto de Kobe en Japón en 1995.

##### **4.1. Parque habitacional**

En términos generales, el parque habitacional desarrollado en el país en el último tiempo cumplió con las obligaciones técnicas y responsabilidades sociales, sobre todo, si se considera que en comunas como San Pedro, Curicó y Maipú, las aceleraciones del sismo superaron en más de un 250 por ciento los umbrales definidos en la norma.

La buena respuesta se debe a que la industria de la construcción, y particularmente el mercado, son actividades claramente reguladas en sus aspectos técnicos. Los proyectistas, las constructoras, los proveedores de materiales y las inmobiliarias son certificados o supervisados por una serie de actores públicos y privados, que velan por buen desempeño de nuestras estructuras. Aun cuando muchos expertos invitados a la Comisión insistieron en que la fiscalización en Chile era débil.

## 4.2. Infraestructura vial

En el caso de infraestructura vial también el comportamiento fue bastante bueno. Hay algunas excepciones en construcciones bien particulares, como las pasarelas, en accesos a los pasos sobre nivel y, probablemente, el confinamiento de esos rellenos.

Lo destacable es el costo de reparación y la pérdida de conectividad por falla de algunos puentes, aspecto que amerita tener en consideración para futuras construcciones.

## 4.3. Ingeniería

Desde el punto de vista de la ingeniería, es importante aclarar que el colapso de los edificios con fallas estructurales pudo tener varios orígenes. El material de construcción de las edificaciones fue sin duda la principal causa del daño o el colapso de las estructuras en ciudades como Talca, donde las edificaciones de adobe macizo y su variante, adobe con madera, la quincha, representan el 91% de las viviendas destruidas.

También hay una arquitectura que al cobijar estacionamientos debajo de los edificios, ha provocado todos los colapsos.

Por ejemplo las Torres de Tajamar, edificio de 28 pisos, construido en 1965 –audacia en la época, porque Chile construía edificios de no más allá de 10 o 12 pisos-, se ha comportado en forma fantástica durante 40 o 50 años.

Ello se debe, en primer lugar, a que no tiene estacionamientos subterráneos. En segundo lugar, los muros del primer piso son de 45 centímetros y los del segundo pasan a 35 centímetros. Posteriormente siguen hasta el piso 28 en 35 centímetros, sin ninguna singularidad. Es decir, el muro, tal como está ahí, sigue derecho hasta arriba.

En Ñuñoa, desde 1990 a la fecha, se han construido alrededor de 500 edificios, 320 de los cuales se construyeron con posterioridad a 1996. De ellos solo fallaron tres: el Emeraldita y otros dos, cuyos daños estructurales son recuperables. Es decir, la ingeniería respondió bien.

La Municipalidad ha revisado más de tres mil inmuebles y la mayoría de los problemas corresponden a daños constructivos, como los tabiques, los hormigones celulares, y a la falta de mantenimiento en algunos edificios, como ocurre con los de la Villa Olímpica, de la Villa Frei, de la Salvador Pulgar y de la Villa Canadá. En esas villas hay seis edificios inhabitables, pero en el caso de la Villa Olímpica, existen los mismos problemas de 1985. El mantenimiento es fundamental. Las estructuras que no han sido bien mantenidas están destinadas a fallar. Eso se da claramente en la vivienda social. Los pobladores ni el Estado tienen la capacidad de mantener en buen estado esas viviendas.

#### **4.4. Carencia de estudios de suelos**

También las fallas que ha habido en viviendas sociales se han producido por falta de acuciosidad en los estudios de suelos. Cuando se construyen edificios y viviendas de lujo se hacen en cualquier tipo de terreno, pero con los mejores estudios. Esos altos edificios modernos no tuvieron problemas, porque están muy bien hechos, puesto que en algunos casos tienen contruidos seis o siete pisos hundidos, los que nadie ve a nivel de la calle.

A las empresas constructoras no se les exigen estudios de suelo. Estos se realizan durante el desarrollo del estudio de ingeniería y corresponden a distintos tipos de prospecciones y ensayos de suelos destinados a determinar la capacidad portante o resistente de estos.

En viviendas sociales, los estudios no son tan profundos y se usan los peores terrenos, como basurales olvidados que se descubren al momento en que se va a comenzar a ejecutar un proyecto o terrenos que forman parte de un valle que se inunda desde los tiempos de la Colonia, pero que era el único que se podía comprar para levantar 300 o 500 viviendas sociales.

En Chile, en términos generales, se construyen edificios y casas no sociales en cualquier tipo de terreno, estructuras que en general están bien diseñadas, lo que se puede comprobar a partir de las construcciones levantadas en lugares difíciles, las cuales la mayoría de la gente piensa que se van a caer con un terremoto, como edificios altos muy lujosos levantados sobre terrenos ubicados en laderas arenosas. Contrario a lo que muchos piensan, esos edificios están muy bien hechos, puesto que en algunos casos tienen contruidos 6 o 7 pisos hundidos, los que nadie ve a nivel de la calle. Esas construcciones, que se asemejan a una muela muy bien cimentada, son edificios respecto de los cuales mucha gente auguraba un desastre, pero que no les pasó nada, porque se llevan a cabo, con mucha ética profesional, estudios de suelos profundos y caros.

##### **4.4.1. Piso blando**

Con respecto a los daños hay cosas que se repiten. Primero, todas las construcciones que han colapsado o que están por demoler fallan en un piso. No es un daño generalizado como el que se supone cuando los ingenieros diseñan la estructura, que se tiene que demoler entera. Aquí se concentra el daño en un piso y eso se llama “piso blando”.

El nombre de “piso blando” se generó a partir del famoso colapso del hospital Olive View de San Fernando, en Los Ángeles, California, en 1971. El “piso blando” se llama cuando colapsa el primer piso y la parte superior del

edificio queda intacto.

Ello se produce por la singularidad que significa que muros que vienen de arriba no continúen hacia abajo produciéndose una interrupción debido a la colocación de los estacionamientos y una serie de otras cosas. No se puede llegar a edificios de 28 pisos con muros de 20 centímetros abajo, pero se da.

Esa es una arquitectura sísmicamente vulnerable, que ha aparecido por primera vez en Chile y que no está normada.

Respecto a los muros, Chile acostumbraba a construir los edificios en altura con muros de 30 a 35 y 40 a 45 centímetros de espesor; los edificios colapsados tienen muros de 20 centímetros de espesor.

Los muros del primer piso de los edificios que colapsaron tenían 20 centímetros, algunos incluso 15 centímetros. En segundo lugar, en el segundo o tercer piso de los edificios que han tenido daño, la estructura cambia, lo que los hace sísmicamente vulnerables.

## **5. La normativa**

Los únicos organismos públicos encargados de regular la calidad de la construcción son los establecidos en la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Estos son: las municipalidades, a través de las direcciones de obras municipales, el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, por medio de los SEREMI, y el Ministerio de Obras Públicas, en materia de edificaciones fiscales y construcciones de vialidad. Ni los arquitectos tienen atribuciones legales en tal sentido.

Tradicionalmente, la inspección técnica la efectuaban las direcciones de obras de las distintas municipalidades. La Corporación de la Vivienda tenía su propio departamento de inspección para las obras que encargaba y el Ministerio de Obras Públicas efectuaba la inspección técnica de todos los edificios públicos y de las obras de vialidad.

Las constructoras se inscribían y se les otorgaban grados, de manera que cualquier persona no podía efectuar una construcción si no tenía un grado de categoría.

Respecto del proceso de aprobación de los permisos municipales, el 50% o 60% de las personas que deseaban obtener un permiso debía concurrir a las respectivas municipalidades.

La NCh 433 es la norma principal de Ingeniería Estructural Antisísmica de Chile, basada en la normativa de la American Concrete Institute, ACI, adaptada a las condiciones locales de sismicidad.

Esa norma, creada en 1972, bajo el nombre de Cálculo Antisísmico, establece valores mínimos para las sollicitaciones sísmicas en edificios de todo tipo y la clasificación de edificios en tres tipos diferentes, pero no considera

variaciones por zona sísmica. Además, establece tres tipos de suelo y condiciones para momento volcante y torsor, además de diversas regulaciones para el desempeño cualitativo de elementos secundarios.

En 1993 se aprobó la primera modificación, que incorporó lo aprendido a raíz del sismo de 1985.

En 1996 se aprueba una nueva modificación, actualmente vigente, que, básicamente, disminuye factores de modificación de respuesta, limitando el cálculo de sistemas constructivos a modelos estáticos de, a lo más, dos pisos. Introduce el concepto de espectro de diseño para el cálculo de corte basal y coeficiente sísmico máximo.

Actualmente, se encuentra en proceso de evaluación internacional la modificación 2009 de esta normativa, cuyas modificaciones fundamentales son la definición de aplicabilidad a materiales con norma técnica de diseño sísmico o que tengan propiedades mecánicas de ductilidad equivalentes a los requerimientos de esta norma.

Se cambia la clasificación de estructuras e incorpora la última modificación a la norma de diseño de estructuras de hormigón armado del año 2008 y a la norma NCh 3171 de combinaciones de carga.

En cuanto a la filosofía de diseño de la norma NCh 433, de 1996, está orientada a la protección de la vida, lo cual implica lograr que las estructuras resistan, sin daños, movimientos sísmicos de intensidad moderada; con daños limitados en elementos no estructurales durante sismos de mediana intensidad, los cuales, aunque presenten daños, eviten el colapso durante sismos de intensidad excepcionalmente severa.

Las exigencias para el estudio de suelos, correspondiente a contratos supervisados por Inspectores Fiscales del MOP y la respuesta de la Dirección de Arquitectura, es que en todas las licitaciones de consultorías y diseños de edificación pública se hace especial mención a la necesaria existencia de estudios de mecánica de suelos, acordes con la normativa vigente y debidamente validados por el calculista, el que finalmente entrega su proyecto estructural. Otro tanto se efectúa en los casos en los cuales se delega en los contratistas la realización de los proyectos para su construcción, en los que el oferente debe dejar expresa constancia de su cumplimiento respecto de la mecánica de suelos.

Finalmente, y en cualquier caso, se ha instruido a los inspectores fiscales de diseño y obras especial atención a la calidad de los estudios de mecánica de suelo, los que podrán ser revisados por especialistas, independiente de la responsabilidad que por sobre ellos mantiene el calculista de la obra.

Las prospecciones más comunes son calicatas de distinta profundidad y distribución a lo largo del camino, sondajes -que se usan básicamente en el caso de estructuras-, perfiles geosísmicos, ensayos de placa de carga, de

resistencia a la penetración.

Ello se produce por la singularidad que significa que muros que vienen de arriba no continúen hacia abajo produciéndose una interrupción debido a la colocación de los estacionamientos y una serie de otras cosas

La normativa está básicamente asociada a la parte estructural. Por lo tanto, hay allí un elemento importante de mejorar: incluir normativas respecto de las partes accesorias de los edificios.

Ahora las municipalidades reciben documentos, antecedentes, certificados y planos firmados por profesionales que se entiende tienen ética, tanto los que proyectan, los que calculan como los que inspeccionan. La municipalidad recibe normas urbanísticas y otorga la recepción final sobre la base del antejardín, el distanciamiento, el medianero, la rasante, el coeficiente de constructibilidad y de ocupación de suelos.

No hay fiscalización respecto de la calidad de la construcción de los materiales que se utilizaron ni de los profesionales que intervinieron en la obra. Eso se certifica, la municipalidad obra como ministro de fe a partir de la documentación que entregan las inmobiliarias para la obtención del permiso municipal. En la actualidad la Municipalidad es un Conservador, no como antes. Pero, cuando se comete un error y se produce algún problema o algún daño, la gente mira hacia las Direcciones de Obras, porque antes eran las encargadas de recibir y fiscalizar las construcciones.

Hace algunos años los funcionarios de las Direcciones de Obras usaban una libreta de obras con la cual se recibía primero el trazado, después las fundaciones, luego la obra gruesa, a continuación las terminaciones y, por último, las pruebas de instalaciones, como la de humo, la de presión, la de bolitas, etcétera. En ese entonces las municipalidades tenían la responsabilidad de fiscalizar las construcciones, por lo que la gente podía ir a reclamar al municipio.

Esta responsabilidad se modificó por ley y se jibarizaron las funciones de las municipalidades. La recepción que hacen hoy las municipalidades es recibir un edificio cuando está construido, por lo que la responsabilidad queda entregada, principalmente, a los profesionales, tanto a los arquitectos como a los ingenieros constructores. Incluso muchas inmobiliarias contratan la supervisión técnica de terceras empresas para que hagan el desarrollo del proyecto como corresponde.

Respecto de la aprobación de los proyectos, se creó la figura del revisor independiente, que es independiente entre comillas, porque el 30 por ciento que corresponde a los derechos municipales los pagan las inmobiliarias, así es que se trata de una independencia un poco curiosa.

Con respecto al cálculo, el artículo 1.2.14 de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones señala: “Los planos de estructura y la memoria

de cálculo, que incluirá, cuando corresponda, el estudio de mecánica de suelo, serán de exclusiva responsabilidad de los profesionales competentes que los suscriban.”

“No corresponderá al Director de Obras Municipales ni al revisor independiente revisar la memoria de cálculo, los planos de estructura y el estudio de mecánica de suelo.”

Esa es la realidad y la Dirección de Obras no puede ir más allá de lo que la ley permite.

## **6. Los seguros**

Los primeros antecedentes con que se contó indicaron que las obras públicas no estaban aseguradas. Las únicas que están aseguradas son las obras concesionadas.

Tampoco todas las viviendas estaban aseguradas. Las de adobe no son aceptadas por las compañías de seguros. Hay muchos edificios de copropiedad inmobiliaria, sistema en el que mayoritariamente se está viviendo hoy, que aseguran las áreas comunes, pero no los bienes comunes.

Hay que asegurar los bienes comunes que, de acuerdo con la ley de copropiedad inmobiliaria, son el suelo, las estructuras, las instalaciones sanitarias, en resumen todo.

En general se identifica el terremoto con efectos residenciales, pero resulta que los efectos residenciales corresponden solamente en los daños económicos a un 19 por ciento.

A su vez, parece relevante la necesidad de que las comunidades definan mecanismos reales que aseguren a lo menos los espacios y bienes comunes de las copropiedades, pero hoy esto resulta inaplicable en cuanto a su obligatoriedad bajo la figura de las juntas de vigilancia o administraciones, quienes no tienen el patrimonio de la figura legal apropiada para responder a eventos de esta índole.

Los seguros deben trabajarse de manera más rigurosa. La ley de copropiedad inmobiliaria considera los seguros para sismos solo como adicionales al de incendio, pero la verdad es que el incendio y el sismo deberían ser actores permanentes en el caso de una comunidad. Eso abarca una gran cantidad de viviendas y lo mismo sucede, por supuesto, con las viviendas subsidiadas, con las que están adquiridas con crédito hipotecario y con los activos públicos, que también deberían contar con un seguro, pero que, en muchos casos, no lo tienen. Eso significa que el Estado debería destinar recursos adicionales para pagar las primas mensuales.

La incorporación de seguros de sismo para edificaciones permite tener un tercero externo, en este caso la compañía de seguros, mucho más vinculado

al control de la ejecución de la obra, porque haría una supervisión que no está relacionada con los profesionales directos. Es decir, al contratar una póliza de seguro, con toda certeza la compañía de seguros será bastante rigurosa en verificar, como ocurre con los bancos cuando financian construcciones, pues son bastante rigurosos en verificar los avances.

## 7. Los cambios necesarios

La ocurrencia del sismo de febrero debe permitir efectuar una revisión de la normativa vigente para garantizar que no se generen daños ante la ocurrencia de un sismo de iguales características.

Es necesario incluir en la zona urbana costera estrategias de mitigación o barreras disipadoras de maremotos, junto a la definición clara de vías de evacuación.

También parece necesaria la definición de zonas de riesgo o de restricción vinculadas a estas catástrofes, sobre todo para usos particulares como las edificaciones públicas y de emergencia, las cuales no pueden quedar anegadas en situaciones catastróficas.

Es importante difundir planes de alerta y de evacuación temprana, especialmente en los colegios. Si bien cuando no se tiene cercanía se pierde el entusiasmo, es un trabajo que se debe hacer de manera permanente, al igual que capacitar a los habitantes de una localidad para enfrentar estos desastres naturales.

Respecto de los suelos, se debe contar con mapas geológicos que indiquen cuál es la característica en el ámbito fundamental y en grandes extensiones de los terrenos.

Lo mismo debe ocurrir en el caso de la norma 433, particularmente en el tipo de suelos y parámetros de corrección. Es necesario incorporar el estudio de mecánica de suelos para otorgar los permisos de edificación. Si bien es cierto que prácticamente todos los edificios lo tienen, es una muy buena recomendación incorporar ese estudio, porque en terrenos muy cercanos a veces los efectos no son los mismos, no obstante que pueden estar uno al lado del otro.

También se debería incorporar como obligatoria la norma 1.508, que se refiere a geotécnica y mecánica de suelos.

En cuanto al diseño arquitectónico, es recomendable maximizar la cantidad de muros que lleguen a las fundaciones. Sin embargo, esto no debe limitar la creatividad en el diseño. A los arquitectos hay que reconocerles su gran capacidad creativa, pero está claro que mientras más complejo sea el diseño, más coordinación se requiere, más revisión se necesita. Por eso, es importante que en el inicio participen todos los actores. No solo en el diseño,

sino que hay edificios que requieren de una coordinación mucho más rigurosa para asegurar una buena conducta ante estas solicitudes, que son bastante inesperadas.

También se recomienda incluir en la carrera de arquitectura una cátedra sobre estructuras, aunque muchas universidades ya la tienen.

Crear inspecciones técnicas independientes del mandante y de las instituciones, que constituyan un cuerpo colegiado organizado por los ministerios de Vivienda y Urbanismo y de Obras Públicas, en el cual se inscriba la gente especializada en materia de calidad de la construcción, como inspectores técnicos, constructores o ingenieros, cuerpo de inspectores que debe ser obligatorio de cumplir, de acuerdo con las distintas categorías. Habrá inspectores de primera categoría, para edificios de más de diez pisos, de segunda y hasta de cuarta categoría, que pueden ser maestros con acreditación, pero independientes del mandante y del ministerio.

Se requiere de una nueva filosofía de diseño. La filosofía amparada solo en la protección de la vida no es suficiente. Se requiere un comportamiento tal que evite la inhabitabilidad, porque la gente que se ha quedado sin vivienda está pagando un precio muy elevado.

Se deben reforzar las exigencias del debido cumplimiento de normas; reforzar las exigencias de la debida revisión del proyecto de cálculo; reconsiderar la validez de los métodos de análisis, porque hoy son distintos, se puede incorporar disipación de energía y aislación, que son elementos distintos al terremoto; reforzar las disposiciones de diseño y sujeción de elementos no estructurales, incentivar el uso del sistema de disipación de energía, revisión del espectro, pues hay tres normas oficiales en el país y tienen tres espectros distintos, como si los terremotos preguntaran a la estructura cuál quiere. El terremoto es el terremoto y la estructura debe acomodarse a ello de acuerdo a sus normas específicas; pero la demanda que ejerce un terremoto es siempre la misma.

Asimismo, se requiere de exigencia de estudios de mecánica de suelo propios del emplazamiento de cada proyecto. No se puede decir que se hizo un edificio a lado con un estudio de mecánica de suelo, y esto es prácticamente igual. El suelo es tremendamente heterogéneo y la economía que se logra por evitarse un estudio especializado se traduce en que el expediente de un proyecto sea incompleto y haga referencia a otros proyectos, y en una economía mal pensada. Porque no se está dando lugar a la casualidad, al hecho fortuito de que un terreno heterogéneo se manifieste entre un metro y otro metro de distancia.

Se debería crear normas que consideren las distintas condiciones del borde costero y la altura de la ola esperada. Incluso, esta norma podría prohibir algunas ubicaciones para la carga. En algunos casos específicos podría

prohibirlo, pero depende de una norma que considere todas las condiciones de cada lugar. Tal como existe una norma sísmica, que exista una norma de carga. Pero no prohibir.

El control de la ejecución de la obra no está normado. Eso es un déficit que sería muy bueno abordar. Hoy en día, las inspecciones técnicas no ven mucho la obra gruesa, y como no tienen normas, se dedican a lo que luce y a lo que le pide el cliente. Y para bajar costos, han reducido la inspección sobre la obra gruesa. Ese es otro déficit que hay que normar.

No hay una respuesta clara, pero se debe incorporar, a nivel de evaluación o de diseño sísmico, algún tipo de solicitudes que la estructura sea capaz de resistir. A lo mejor, se tiene que incorporar el análisis sobre oleajes y condiciones extremas, pero obviamente que eso encarecerá los estudios y las obras.

## **8. Grandes desafíos**

El desafío actual no solo consiste en la reparación de viviendas, sino en recrear la localidad, puesto que desapareció la huella urbana, como calles, el sistema de servicios de alcantarillado, las luminarias y la totalidad de la estructura que soporta y permite hacer funcionar con cierta normalidad a una localidad urbana.

Dentro de los objetivos específicos, se pretende que el proceso sea una reconstrucción con equidad y calidad y que permita mejorar ciertos elementos funcionales, desde los puntos de vista urbanístico y cualitativo, que no tenían el estándar suficiente antes del 27 de febrero. Es decir, en el proceso de reconstrucción hay una oportunidad implícita para hacer mejor las cosas respecto de como estaban antes. Asimismo, se intenta que sea un plan integrado, es decir, que logre sincronizar las distintas acciones del Estado y de los distintos ministerios que han dispuesto recursos para ese proceso; que intente lograr el máximo estándar de seguridad posible, que incorpore el concepto de calidad de vida y sustentabilidad como una variable en el proceso de reconstrucción; que restablezca las actividades productivas, que son el soporte para lograr sustentabilidad desde el punto de vista económico en esas localidades; que sea participativo, elemento esencialmente importante.

Lamentablemente, a veces la velocidad del proceso complica, pero se está haciendo junto con las comunidades afectadas, que, de alguna manera, determinan las características o la visión que tiene el proceso de reconstrucción. Además, se trata de fortalecer la identidad de esas localidades y, finalmente, lograr la inclusión y la participación del sector privado, en el entendido de que normalmente en una ciudad no más del 15% de la inversión total es del Estado y el 85% restante es privado. Por lo tanto, es iluso pensar

que el proceso de reconstrucción será ciento por ciento público en la ciudad.

Entre los productos que se esperan del plan de reconstrucción, hay 18 planes maestros en elaboración que ordenan las intervenciones de los distintos organismos del Estado en el proceso de reconstrucción. Se quiere lograr modelos de barrios y tipologías acordes a la identidad y a los preceptos de sustentabilidad; identificar los proyectos urbanos estratégicos; modificar los instrumentos de planificación territorial, de manera que integren las variables sobre todo de seguridad y de vulnerabilidad, y, finalmente, aportar a un proceso para crear una normativa que incorpore a nivel nacional la variable de seguridad frente a los problemas o la vulnerabilidad ante *tsunamis*.

El plan está compuesto por ocho líneas de acción, y el plazo para su implementación es septiembre de este año. La primera línea tiene que ver, fundamentalmente, con la reconstrucción segura. Básicamente, eso atiende a establecer en el proceso de reconstrucción las medidas de diseño pertinentes para mitigar al máximo el nivel de exposición de esas localidades ante un futuro fenómeno de *tsunami*. Muchos dicen a veces que como este es un fenómeno tan poco frecuente es necesario ver la relación de la inversión versus el tiempo. Sin embargo, se debe considerar que en la bahía de Concepción hubo cinco *tsunamis* en el siglo XVIII, es decir, cada veinte años se registró ese fenómeno. Por lo tanto, el hecho de que no haya ocurrido en el pasado de la memoria colectiva no implica que no se esté expuesto permanente y más frecuentemente de lo que se cree. De modo que la variable de seguridad pasa a ser un elemento esencial del proceso de reconstrucción.

Por otra parte, la reconstrucción de la identidad es un elemento fundamental para enriquecer el capital social destruido. Principalmente se aborda esto con la participación de seis universidades que concluyeron recientemente su trabajo, en la cual se repartieron estas localidades en forma ordenada y entregaron los elementos sustanciales y esenciales desde el punto de vista de la identidad, para facilitar este proceso de reconstrucción con calidad.

## **9. Consideraciones y conclusiones aprobadas por unanimidad de los diputados participantes en la votación**

### **9.1. Solicitar al Supremo Gobierno:**

a. La creación de mecanismos que permitan la disposición de recursos económicos para crear un fondo de emergencia que haga frente a los daños causados por eventos catastróficos, sea terremoto o maremoto, suplementando, desde ya, el presupuesto de las instituciones del Estado que actúan frente a estos eventos, tales como las municipalidades, el Ministerio

de Vivienda y Urbanismo, del Interior, de Obras Públicas y la Oficina Nacional de Emergencia, entre otras.

b. La implementación de personal técnico, así como de especialistas, para que desarrollen en el país, los estudios necesarios para proveer los estándares técnicos que permitan una adecuada prevención ante riesgos de la naturaleza.

c. La creación de una institucionalidad específica cuya función sea la inclusión de estos estándares en las normas y legislación vigentes así como una adecuada difusión a la población de su existencia y alcances.

d. Un proceso de investigación y promulgación consecuente de las normas necesarias en aquellos aspectos que se ha detectado su carencia. (Normas para puentes, carreteras, pasos sobre nivel, sistemas de agua potable etc.)

e. La actualización de las normas técnicas chilenas actualmente vigentes a la luz de las enseñanzas que dejó el reciente sismo en aspectos como el efecto “piso blando” en el caso de las construcciones, normas para puentes, carreteras o pasos sobre nivel o en elementos no estructurales como cielos, tabiques, sujeción de instalaciones, entre otros temas.

## **9.2. Solicitar, en especial, al Ministerio de Vivienda y Urbanismo (Minvu):**

En relación con el establecimiento de responsabilidades cuando se producen fallas o defectos de edificación, la definición exacta de estos términos en la OGUC (Ordenanza General de Urbanismo y Construcción) y la definición de las responsabilidades que le caben a cada uno de los profesionales involucrados en el proceso de diseño, cálculo y construcción de un proyecto, especialmente de aquellos en que no está claramente especificada como en el caso del Revisor de Cálculo Estructural.

a. Asegurar, por la vía reglamentaria, una forma de selección de los revisores de cálculo estructural que impida que estos puedan ser seleccionados por el propietario para la revisión de sus propios proyectos. La selección de los revisores podría hacerse a partir de quinas o sorteos o formulas aleatorias en base al listado de quienes están inscritos en el registro de revisores de cálculo estructural.

Se estima indispensable corregir la anomalía reglamentaria que permite que hoy día un propietario que solicita permiso de construcción esté autorizado para contratar a los profesionales que elaboran el proyecto de cálculo estructural y a la vez, el mismo propietario elige, contrata y paga, al revisor del proyecto. Es decir el propietario selecciona quien diseña la estructura de su construcción y también elige a quien se la revisa.

Esta situación desvirtúa la ley 19.748 (23 agosto 2001) que estableció el principio general de que las obras de edificación deberán contar con un “Tercero independiente del profesional u oficina”, que haya realizado el proyecto. La ley estableció lo que se llama un par revisor, una segunda mirada independiente para juzgar el proyecto de estructuras. Actualmente el propietario selecciona a ambos profesionales, él escoge a quien diseña el proyecto de cálculo y a quien le revisa el proyecto de cálculo.

Independiente del juicio respetuoso que esta Comisión tiene por la honestidad, seriedad y buen cumplimiento de los profesionales y calculistas en Chile, le parece una sana práctica prohibir que el propietario pueda elegir a quien inspecciona y juzga el proyecto de su construcción. La Comisión desea resguardar la correcta ejecución de las revisiones e inspecciones de todo tipo.

b. Revisar los plazos de prescripción establecidos en el artículo 18 de la ley General de Urbanismo y Construcciones (decreto 458), en el sentido de ampliarlos, en especial en caso de falla o daño estructural por incumplimiento de normas de construcción, permitiendo que el propietario pueda ejercer la acción dentro de un plazo superior al señalado, contado desde el momento en que se advierta el daño, siempre que este sea preexistente con la fecha de recepción definitiva de la obra.

Se considera que todo comprador de un inmueble debe tener la posibilidad de reclamar judicialmente cuando la obra de construcción ha sido mal ejecutada por fallas en los diseños de los proyectos en su concepción, en las reglas del arte de construcción, por incumplimiento de las instrucciones de los proyectos al momento de construir.

La Comisión estima que cuando se aprobó la ley de la calidad de la vivienda, los plazos que se establecieron para reclamar judicialmente se hicieron considerando los tiempos que el usuario requería para detectar las fallas del bien adquirido y que le sería posible descubrir en el proceso de uso. Por eso es que se establecieron tiempos distintos para terminaciones, instalaciones, y estructura.

Para la detección de las fallas estructurales por parte del usuario comprador se estimó en 10 años. Jamás se supuso ni interpretó ni se expresó en los fundamentos del proyecto ni en el debate, que el usuario comprador sería el responsable de detectar vicios ocultos, insuficiencias en los tamaños de las enfierraduras, de los incumplimientos del proyecto estructural, de las insuficiencias en las dosificaciones de hormigón, las alteraciones en obra de la razón agua- cemento por nombrar solo algunas de la enorme cantidad de aspectos que el usuario del inmueble jamás podía descubrir por cuenta propia en los 10 años establecidos por la ley ni en ningún otro periodo de tiempo, pues dichas fallas solo aparecerán cuando la construcción sea sometida a un esfuerzo especial externo, como por ejemplo un sismo.

c. Modificar la ley 19.748, que implementó la figura de los revisores estructurales, tendiente a perfeccionar el sistema mediante la inclusión obligatoria en la recepción de las obras de un certificado de visación del revisor de cálculo estructural –respecto de su conformidad con la ejecución de la obra- y -por otra- la creación de un sistema de certificación de la dupla revisora de cálculo y calculista, que asegure la imparcialidad de este proceso.

d. Perfeccionar la calidad y detalle de los proyectos y planimetría de construcción y cálculo. Implementar una modificación en la OGUC en que se incluyan mayores exigencias a la calidad y detalles de los planos, distinguiéndose aquellos cuyo fin es dar cuenta de la obra de arquitectura de aquellos necesarios tanto en el proceso de cálculo como en el proceso constructivo. Consignar la suficiente información que permita dar cuenta acabada del proyecto, con el fin de que la implementación de un proceso de inspección técnica y fiscalización de ellos, cuente con la información para ejercer esta tarea.

e. Dada la existencia de zonas de riesgo (inundaciones por *tsunami*, fallas geológicas, remociones en masa etc.) en nuestro territorio, la inclusión de exigencias en el permiso de edificación, de una evaluación de los riesgos posibles a los que se encuentran sometidas las edificaciones o infraestructuras propuestas, con el objeto de promover la adopción de medidas cuya finalidad sea el cuidado de la vida y del patrimonio de las personas.

f. Implementar un sistema de Inspección Técnica externa, durante el proceso de construcción de las obras, cuyo objetivo sea certificar la calidad de los materiales, de los procesos constructivos y el cumplimiento estricto de las especificaciones y planimetrías de la obra.

g. Implantar un proceso de fortalecimiento del rol revisor de las Direcciones de Obras en término de implementar facultades que les permitan exigir el cumplimiento de estándares técnicos de los proyectos así como la calidad de ellos. Para esto se constató que es necesario solicitar tanto el estudio de las facultades con que ellas cuentan para esta tarea como la existencia de personal idóneo y suficiente para asumirlas.

h. Incluir en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcción (OGUC) la norma Nch 1508c 2008 sobre mecánicas de suelo y la exigencia obligatoria de los estudios de mecánica de suelo para la obtención de un permiso de edificación. Se estimo que fueron causantes de una parte de los daños, las condiciones de los suelos, ya sea porque no se realizaron los estudios adecuados, o por la existencia de fenómenos específicos como fallas geológicas que no fueron adecuadamente consideradas en el proceso de cálculo o edificación.

i. Crear nuevos estándares y regulaciones que aumenten la seguridad de la edificación nacional. Esta experiencia da cuenta de la necesidad de

que un país como Chile sometidos a distintos riesgos naturales, cuente con una adecuada red de profesionales y estaciones de medición que registre la información de los distintos riesgos naturales a los que está sometido nuestro territorio, para crear mecanismo tanto de prevención como de estándares de calidad. Por esta razón existe concordancia con la necesidad de solicitar al Estado la implementación de recursos y medios para que esta tarea sea llevada adelante.

j. Generar estándares adicionales para aquellas edificaciones cuyo funcionamiento es vital en caso de desastre como por ejemplo los hospitales, entendiendo que el objetivo de las normas sismorresistentes es asegurar que las personas puedan salvaguardar su vida y que la edificación no colapse. En dichos casos la utilización de tecnología especial como los disipadores sísmicos debería ser promovida y financiada. Para esto se cree necesario solicitar al Minvu como al Ministerio de Obras Públicas (MOP) la revisión de los estándares y exigencias para este tipo de edificaciones.

k. Modificar la OGUC, para incluir de manera obligatoria en la elaboración de estos instrumentos de planificación territorial todos los riesgos naturales a los que está sometido el territorio. En el caso de los planes reguladores, estos no fueron un factor de protección de la población frente a los efectos, especialmente de aquellos derivados del terremoto. En este mismo sentido se solicitará a la autoridad que instruya por una parte al Servicio Hidrográfico de la Armada (Shoa) la elaboración de cartas y planos de inundación de todas las localidades costeras y por otra al Servicio Nacional de Geología y Minería (Sernageomin) la elaboración de las cartas de microzonificación sísmica y de otros riesgos geológicos a los que se encuentren expuestos los territorios.

l. Poner a disposición de los municipios para su inclusión en los instrumentos de regulación, esta información base señalada en el punto anterior. Esto implicaría la evaluación de distintas categorías de riesgo, permitiendo la utilización de aquellos territorios en que el riesgo sea controlable y la prohibición en aquellos que no lo son. Además sugirió su vinculación a la ejecución de proyectos, de manera que estos adopten las medidas de mitigación necesarias para asegurar la vida de las personas que los utilicen.

m. Excluir el emplazamiento en zonas de riesgo de infraestructura de carácter vital ante una emergencia como hospitales, escuelas, etc., como asimismo consideraciones similares para la instalación de redes de suministro vitales.

### **9.3. Implementar seguros que cubran tanto las obras privadas como públicas**

Aun cuando los resultados del terremoto y el maremoto dan cuenta de un adecuado comportamiento de la edificación general, los daños representan para quienes lo sufrieron un alto costo económico (público o privados) En este sentido se propuso solicitar al Estado la implementación de medidas de promoción de seguros en el ámbito habitacional mediante mecanismos que promuevan su utilización como subsidios parciales. Por otra parte se hace necesario estudiar la factibilidad de que el Estado implemente la contratación de seguros para las obras de infraestructura estatal, lo que podría ser una alternativa adecuada ante la realidad sísmica y de riesgos que presenta el territorio nacional.

En caso de adquisición de viviendas mediante crédito hipotecario, establecer mecanismos legales para que, -además de la exigencia de los seguros que cubren el saldo insoluto de los referidos créditos-, los compradores puedan acceder a seguros complementarios de incendios, terremotos u otros similares respecto de sus propiedades, en que se cubra en forma íntegra los daños ocasionados al inmueble.

### **9.4. Solicitar al Ministerio de Educación la implementación obligatoria en las carreras del área de la construcción, de conocimientos acabados respecto de las solicitudes y exigencias sísmicas a las que se encuentra sometido el territorio**

Se busca evitar errores por las propuestas de proyectos no adecuados a la realidad nacional. En este mismo sentido, con el propósito de asegurar la calidad de las edificaciones, y la experiencia de los profesionales participantes, crear registros profesionales en que se vincule la magnitud de las obras a ejecutar con la experiencia en terreno disponible (mecanismo similar a las categorías de revisores de cálculo estructural actualmente vigentes).

### **9.5. Requerir tanto al Ministerio de Vivienda y Urbanismo como al Ministerio de Obras Públicas y otros entes estatales involucrados la creación de protocolos de revisión de los proyectos**

Se plantea que el énfasis se encuentre en aspectos de calidad y seguridad de las obras. Lo anterior, porque se consideró, en relación con los sistemas de licitación de las obras, que se prioriza el costo de ellas por sobre otros criterios de calidad de las obras.

### **9.6. Avanzar en procesos de certificación de los materiales de construcción**

Para asegurar su calidad y comportamiento, se plantea al Estado la creación de una institucionalidad que se encargue de la realización de esta tarea.

### **9.7. Solicitar al Estado la creación de técnicas que permitan la utilización segura del adobe (Técnica Constructiva) como de otras técnicas constructivas en tierra cruda.**

Las opiniones vertidas dan cuenta de la necesidad de hacerlo especialmente para la preservación de la construcción patrimonial y rural. Así también la realización de estudios que promuevan técnicas que aseguren la estabilidad y seguridad de las edificaciones.

### **9.8. Solicitar la información detallada**

La Comisión considera necesario para el futuro de la construcción en Chile, que se conozca un detalle serio de todo lo que ocurrió en materia de fallas de calidad de diseño de construcción que provocaron los daños del terremoto del 2010.

Transcurridos ya seis meses es necesario que el país conozca cuáles fueron las fallas en las construcciones construidas por privados, contratadas por el estado o por particulares, inmobiliarias, personas jurídicas, o naturales. Es necesario conocer respecto de las construcciones dañadas, a los menos, lo siguiente:

1. ¿La construcción se ejecutó cumpliendo con los planos, memorias y especificaciones técnicas?
  2. ¿El proyecto de estructura se ejecutó conforme a las obras?
  3. ¿Las fallas detectadas cumplieron solo los resguardos que indica la legislación chilena?
  4. ¿Qué recomiendan los especialistas para evitar el daño producido?
- La Comisión espera que el Ministerio de Vivienda y Urbanismo entregue una ficha de las obras públicas y privadas con el detalle del origen de los daños y recomendaciones a futuro.



# XI

## Informe de la Comisión Investigadora sobre las normas de seguridad en las faenas mineras y el derrumbe de la mina San José (extracto)\*

El 5 de agosto de 2010, se desplomó la mina San José, de propiedad de Compañía Minera San Esteban Primera, quedando atrapados 33 trabajadores a casi 700 metros bajo el nivel de suelo, por 69 días. El caso, que generó un impacto mundial y que tuvo un feliz final con el rescate de la totalidad de los mineros, fue analizado desde un comienzo por la Comisión de Minería y Energía, que se constituyó como Comisión Investigadora.

En efecto, el 10 de agosto de 2010, la Honorable Sala acordó constituirla para que se encargara de estudiar los motivos del desplome de la mina. La petición fue patrocinada por 49 diputados. En la sesión celebrada al día siguiente, la Cámara aprobó una nueva petición solicitada por 48 de sus miembros, para ampliar la competencia de la Comisión. Con la suma de ambas solicitudes, se la estableció como “Comisión de Minería y Energía, constituida en especial investigadora encargada de realizar un análisis de las disposiciones legales y administrativas que regulan las normas y estándares

---

\* Extracto elaborado por Enrique Winter Sepúlveda, abogado de Comisiones de la Cámara de Diputados.

en seguridad y prevención de riesgos que deben cumplir las empresas respecto a los trabajadores que se desempeñan en faenas mineras; recabar los antecedentes que los servicios públicos tuvieron a la vista para decretar el cierre del yacimiento San José, perteneciente a la empresa San Esteban, el año 2007, y para su reapertura en 2008; determinar las causas y el grado de responsabilidad de las autoridades públicas en el derrumbe ocurrido el 5 de agosto de 2010; analizar la participación que le caben al Servicio Nacional de Geología y Minería y a otros servicios públicos en materia de autorización, fiscalización y protección de los trabajadores de la pequeña, mediana y gran minería, y las acciones concretas realizadas en cumplimiento de su mandato legal”.

La Comisión realizó 25 sesiones, con un total de 81 horas de trabajo público, consistentes en 3 horas y 24 minutos de promedio por sesión. Puso a disposición de la ciudadanía un novedoso sistema de información por vía de la página *web*, en la que presentó permanentemente los videos de las sesiones, los oficios enviados y los documentos recibidos, además de las actas de acuerdo y taquigráficas, con el objeto de cumplir plenamente con el principio de transparencia activa.

### **1. Personas citadas o invitadas**

El ex Director Regional del Servicio Nacional de Geología y Minería (Sernageomín), señor Anton Hraste Carrasco; el ex Director Nacional del Sernageomín, señor Alejandro Vio Grossi; el ex Subdirector Nacional de Minería de Sernageomín, señor Exequiel Yanes Garín; por la Asociación Chilena de Seguridad, el Gerente de Prevención, señor Martín Fruns Quintana, y el Subgerente de Operación y Prevención, señor Horacio Soissa Stephens; el Jefe del Departamento de Propiedad Minera de Sernageomín, señor Patricio Leiva Urzúa; por la Compañía Minera San Esteban Primera S.A. (SEP), los dueños señores Alejandro Bohn y Marcelo Kemeny; el ex Director Regional de Sernageomín, señor Marcelo Guzmán Díaz; el asesor del Jefe del Departamento de Prevención de Riesgos de Sernageomín, señor Santiago Pinilla; por Enami, el Vicepresidente Ejecutivo, señor William Díaz Román y el Fiscal, señor Felipe Barros, además del Gerente Comercial, señor Jorge Jorratt, y el Subgerente de Abastecimiento Minero, señor Sergio Zúñiga.

Por los sindicatos de la Compañía Minera San Esteban Primera, asistieron los representantes del Sindicato N° 2, señora Evelyn Olmos Munizaga, Presidenta y los señores Javier Castillo Julio, Secretario, y Arnoldo Avilés Godoy, Tesorero; por el Sindicato N° 1, el señor Horacio Vicencio Araya, Presidente. Además participaron el Gerente General de la empresa E-Mining Technology S.A., señor Nolberto Contador Villegas; por Enami, el ex Vicepresidente

Ejecutivo, señor Jaime Pérez de Arce y el ex Fiscal, señor Sergio Hernández; el ex Ministro de Minería, señor Santiago González; el ingeniero geomecánico y de planificación de la Compañía Minera San Esteban Primera, señor Hugo Yáñez; el ex Superintendente en Prevención de Riesgos de la mina San José, señor Vincenot Tobar; el ex Director Nacional de Sernageomín, señor Patricio Cartagena Díaz; los ex Directores Regionales de Sernageomín, señores René Rojas San Martín y Rodolfo Díaz Godoy, y el Director Regional, señor Mariano Gajardo Morales. El Presidente del Directorio de Codelco, señor Gerardo Jofré Miranda; por la División El Teniente de Codelco, el Ingeniero Jefe de Minas, señor André Sougarret Larroquet; el Gerente de Sustentabilidad, señor Jorge Sanhueza, y el Superintendente de Gestión de Producción de la Gerencia de Recursos Mineros y Desarrollo, señor Manuel Montecinos; el Ministro de Minería, señor Laurence Golborne Riveros. Por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, la Ministra, señora Camila Merino Catalán; el Subsecretario, señor Bruno Baranda, y la Directora Nacional del Trabajo, señora María Cecilia Sánchez, además, los acompañó el Subsecretario de Minería, señor Pablo Wagner San Martín. Por último, la Comisión contó con el valioso testimonio de algunos de los mineros rescatados, señores Samuel Ávalos, Jorge Galleguillos, Daniel Herrera, Juan Illanes y Franklin Lobos.

## **2. Breve síntesis de la fiscalización previa de la mina San José**

La mina San José se ubica apenas a un kilómetro de la mina San Antonio, que también es propiedad de la Compañía Minera San Esteban Primera. El Sernageomín calificó en situación de riesgo operacional la actividad de la Compañía, desde el fallecimiento de un trabajador en la San Antonio, el año 2004. Desde entonces, realizó dieciséis inspecciones a las faenas, reforzadas luego de la muerte de don Fernando Contreras Véliz, el día 30 de noviembre de 2006, por un desprendimiento de roca en el mismo yacimiento. El Sernageomín ordenó, por ese hecho, la paralización de las faenas en la mina San Antonio, continuando en operación solo la mina San José.

### **2.1. El cierre**

La mina San José se explotó por 47 años consecutivos, de acuerdo a la declaración del señor Yanes. El 5 de enero de 2007 falleció don Manuel Villagrán Díaz, técnico geólogo, por un desprendimiento de material de la caja, debido a un estallido de roca, en la intersección de la rampa con el acceso del nivel 135 de esta mina. El Sernageomín paralizó las faenas hasta que se concluyeran *“las investigaciones, se identifiquen las causas basales de los accidentes, se establezcan responsabilidades y eventuales sanciones*

*administrativas (multas, cierre definitivo parcial o total)*”, de acuerdo al oficio 92 de 23 de enero de 2007 en respuesta a la ex Ministra Poniachik, y que el mismo servicio aprobara los estudios de geología estructural para la rampa y geomecánico para la estructura mayor. Si se determinaba la reapertura, la empresa debía presentar un nuevo proyecto minero.

El 16 de febrero de 2007, don Pedro Hiplan, Director Regional (S) de Atacama solicitó al Subdirector Nacional de Minería, la tramitación de la resolución que paralizara temporalmente la mina San José. El señor Cartagena, Director Nacional, dictó la resolución 316 al efecto, con fecha 22 de marzo de 2007. Con ella habría bastado para evitar el accidente que convocó a esta Comisión Investigadora.

## **2.2. La autorización de labores**

El señor Bohn, gerente general de la mina, envió dos cartas al Director Nacional de Sernageomín, fechadas el 3 y el 6 de julio de 2007, solicitando su autorización para realizar trabajos exploratorios en los niveles superiores de la mina San José, ubicados a cuatrocientos metros sobre el lugar del accidente, con el objetivo de reabrirla. El Director Nacional autorizó la inspección inicial de un profesional geomecánico.

El señor Yanes, Subdirector Nacional de Minería (S), se reunió con el señor Bohn el 17 de julio y, por el oficio 1.128 de 23 de julio de 2007, coordinó una visita inspectiva que se habría realizado el 1 de agosto, de la cual no consta documentación. Tampoco consta de la conversación del 1 de octubre, acerca de la propuesta de reapertura, a la que hizo mención el señor Bohn en su carta del 17 de octubre. En esta señala los nombres de ocho profesionales y un técnico, que harían los estudios geotécnicos, visitando las faenas periódicamente. El trabajo sería supervisado y monitoreado por la empresa E-Mining Technology, quien subcontrataría a Geosinergia. El señor Bohn pidió autorización para acceder a los niveles inferiores de la mina San José, para completar los estudios solicitados por el Sernageomín al momento de resolver su cierre temporal. El señor Yanes así lo aprueba por carta del 29 de octubre.

En consideración del informe de la inspección geotécnica de la rampa principal y del nivel 90 de producción, además de la estrategia para la puesta en marcha de la mina, realizados por E-Mining Technology S.A., el señor Yanes autorizó la iniciación de faenas bajo el nivel 500 hasta el nivel 75 y la explotación del nivel 90, como trabajo previo a la reapertura total de la mina, por medio del oficio 1.773, fechado el 19 de diciembre de 2007. Allí exigió que, para el reinicio de la explotación del resto de la mina, se presentaran un proyecto de ventilación, uno eléctrico, uno geotécnico completo y una política

de fortificación y monitoreo.

### **2.3. La reapertura**

El señor Yanes autorizó la continuación de las labores “*en el nivel 75 y la construcción de la rampa al nivel 60, como trabajos previos a la reapertura total de la mina San José*”, por medio del oficio 369 de 7 de marzo de 2008, pese a que el informe geotécnico solicitado aún no había sido entregado por el señor Bohn. Reiteró la necesidad de entregar los informes señalados en el oficio 1.773 para autorizar la reapertura total.

Esta sucedió por medio del oficio 756, y no por una resolución, firmada por el señor Leiva el día 30 de mayo de 2008, en calidad de Subdirector Nacional de Minería (S). El oficio señala que se habrían revisado y aprobado por el Sernageomín los proyectos de ventilación y eléctrico, y el estudio geomecánico. Sin embargo, manda que no ingresen trabajadores durante la ventilación de las tronaduras de producción, que las puertas sean dobles para evitar cortocircuitos, escalarar las chimeneas y comprobar con aforos el sistema de ventilación.

### **2.4. Comunicaciones posteriores**

El señor Guzmán, Director Regional de Atacama, firmó el 3 de julio de 2008 el oficio 4.080, por el que comunica las negativas conclusiones de la visita inspectiva realizada el 18 de junio. Señaló que el Sernageomín no fue atendido por empleados con poder de decisión, lo que constituye una infracción gravísima, al igual que la no paralización de los equipos diesel. El oficio hace hincapié en el uso del refugio como “choquera” (lugar para la colación) y en la “*pésima ventilación*” existente, la cual debía funcionar en un máximo de sesenta días, sino se paralizaría la mina nuevamente. No se vio fundación alguna para la instalación de los generadores eléctricos y la descarga de mallas se consideró ineficiente como fortificación.

El señor Bohn replicó el día 7 de julio, pidiendo aumentar a 120 días el plazo para realizar el trabajo de ventilación y a tres semanas el necesario para informar la cotización de los generadores. Señaló que la fortificación cumplía con altos estándares, de acuerdo a la empresa externa. Se desconoce lo resuelto por el Servicio.

El 10 de noviembre de 2009, don René Rojas, Director Regional de Atacama, aprobó las respuestas entregadas por don Vincenot Tobar, Superintendente de Prevención de Riesgos de la empresa, tras la fiscalización efectuada el 13 de abril de ese año. El señor Rojas instó a controlar los aspectos geomecánicos de la roca para evitar derrumbes, y la necesidad de

contar con una segunda labor conectada a la superficie para escapar en caso de emergencias y a mejorar la ventilación.

## **2.5. El último accidente**

El 3 de julio de 2010, un mes antes del suceso por el cual se constituyó esta Comisión Investigadora, don Gino Cortés Calderón sufrió la amputación de una pierna, debido a una explosión de roca en la misma mina San José.

Por oficio 4.074, don Rodolfo Díaz, Director Regional de Atacama, autorizó el reinicio de las labores el día 21 de julio, pues se habría dado *“cumplimiento a las medidas dejadas por este Servicio”*.

## **3. Consideraciones y conclusiones**

La Comisión centró su investigación en los siguientes temas: la conducta previa en seguridad de la Compañía San Esteban Primera, de acuerdo a los hechos enunciados; la sobreproducción del yacimiento; la remoción de don Anton Hraste y el autodespido de don Vincenot Tobar; la operación y retiro de E-Mining y otros operadores; la falta de ventilación y de una salida alternativa escalerada; la señalada reapertura por oficio y no por resolución de la mina San José, y la eventual reapertura de la mina San Antonio.

En cuanto al rol de Enami, la Comisión investigó la compra de concentrados por parte de esta empresa estatal, además del cambio en la decisión de su directorio, respecto a la deuda que con ella tenían los dueños del yacimiento en cuestión.

Se investigaron las circunstancias del accidente de don Gino Cortés; la relación entre la falta de fiscalización y el accidente del 5 de agosto; la falta de recursos y atribuciones de Sernageomín, y por último, el costo del rescate.

Luego de cinco meses de sesiones con invitados y decenas de oficios respondidos por las autoridades y ciudadanos pertinentes, la Comisión arribó a las siguientes conclusiones:

### **3.1. Del contexto**

**3.1.1. La fluctuación del precio internacional de los minerales impacta directamente en la proliferación o disminución de aperturas y reaperturas de pequeños yacimientos mineros, muchos de los cuales se verifican al margen de la normativa vigente, influyendo en la tasa de accidentabilidad**

La evolución positiva en los precios de la cotización internacional

de los metales, especialmente del cobre y del oro, junto con incrementar la recaudación fiscal por la producción y venta de cobre perteneciente a Codelco, apareja el incremento del interés por la explotación de pequeños y medianos yacimientos cupríferos y auríferos. Muchos de estos yacimientos se encontraban cerrados o con explotación menor en razón de su limitada rentabilidad con el anterior precio. Su reapertura se ha llevado a efecto sin la concurrencia de expertos en prevención de riesgos ni geólogos o ingenieros en minas especializados en calidad de suelo y medidas de protección de los yacimientos mineros. Tampoco se han adoptado las medidas adecuadas de seguridad laboral ni de fortificación de faenas, ni se ha contado con los permisos correspondientes de parte de la autoridad fiscalizadora, lo que, ciertamente, ha incrementado la tasa de accidentabilidad laboral.

Es del caso señalar que la Comisión envió al Sernageomín el oficio 47 de fecha 19 de agosto del año 2010, reiterado por el oficio 75 del 10 de septiembre del mismo año, por medio del cual solicitó los informes que relacionan la variable del precio del cobre con la tasa de accidentabilidad laboral en la industria cuprífera. A la fecha de estas conclusiones, el Servicio Nacional de Geología y Minería no había dado respuesta, pese a que contaba con dicha información y sus funcionarios confirmaron la relación expuesta en el párrafo precedente. Lo anterior constituye una falta grave del Sernageomín al cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas que regulan el funcionamiento de las comisiones investigadoras de la Cámara de Diputados.

La Comisión, durante el desarrollo de su investigación, pudo corroborar que el Estado, a través del Ministerio de Minería y, en particular, del Sernageomín, no cuenta con la capacidad organizacional ni con la flexibilidad necesaria para hacer frente preventivo o fiscalizador al aumento explosivo de la cantidad de faenas mineras motivado por el alza del precio y por la segura compra que hace Enami a todos los pequeños mineros. En síntesis, se genera un debilitamiento de la fiscalización.

### **3.1.2. Las medidas preventivas de seguridad laboral y fortificación de faenas mineras se consideran como un costo de producción y no como una inversión indispensable para el desarrollo de la industria**

Muchos ejecutivos de empresas intentan reducir al mínimo la inversión en seguridad de faenas para incrementar sus utilidades –principalmente en la mediana minería, que no cumple con los estándares de la gran minería ni con el conocimiento experiencial de los pirquineros o pequeños mineros–, y con ello crece de manera inversamente proporcional el riesgo de accidentes del trabajo o el empeoramiento de las condiciones laborales de su recurso humano. El sistema reacciona ante esta realidad entregando a entidades intermedias,

denominadas “mutualidades”, la facultad de promover y supervigilar la adecuación de las faenas laborales de las empresas a la normativa vigente, a fin de mejorar las condiciones de salubridad y seguridad laboral. La relación que existe entre la mutual y la empresa es una comercial, en que la empresa es el contratante y mandante de la mutual, razón por la cual un incremento de exigencias de seguridad laboral planteadas por la mutualidad respectiva podría motivar el cese de su relación contractual con la empresa exigida. Esta situación de “promoción contenida o consensuada” entre mutual y empresa apareja un efecto indeseado para los trabajadores, donde estos sufren la peor parte: su desprotección.

Por otro lado, el Estado adopta mecanismos de fiscalización a través de organismos públicos creados por ley con facultades para ello. El Sernageomín, la Dirección del Trabajo y las secretarías regionales ministeriales de Salud son algunas de las entidades facultadas para fiscalizar el cumplimiento de la normativa vigente relativa a la seguridad de las faenas mineras, la seguridad laboral y la sanitaria, según corresponda. Las formas de ejercer dicha fiscalización en la industria minera se reglan en resoluciones que la Comisión tuvo a la vista.

En el caso particular, los invitados a la Comisión fueron contestes en que la Compañía Minera San Esteban Primera estaba orientada fuertemente a la producción, ya que poseía una deuda previsional con sus trabajadores y con Enami. Esta situación de pasivos exigía incrementar la productividad para hacerles frente de manera oportuna y garantizar el funcionamiento de las faenas. Mientras algunos señalaron que los ejecutivos consideraban las inversiones en seguridad laboral “un mal menor”, otros sostuvieron que los señores Bohn y Kemeny estaban conscientes de la precariedad de la mina y que tenían un historial de incumplimientos de las normas de seguridad laboral. Así, se aseveró que con la llegada de Alejandro Bohn a la gestión de la mina, se implementaron medidas destinadas a incrementar su productividad, maximizando los recursos disponibles y postergando o cancelando inversiones necesarias para resguardar la seguridad de los trabajadores y el fortalecimiento de la mina. Su premura significó no respetar el método de explotación exigido en los protocolos ni hacerse cargo de la máxima que mientras más profundo es un pique, más cara resulta su explotación, justamente por las necesarias inversiones para asegurar la estabilidad de la mina. Según las informaciones recabadas por esta Comisión, los ejecutivos de la mina San José en vez de invertir en seguridad de sus faenas, optaron por subir levemente sobre el mercado la oferta de remuneraciones, de modo de contar siempre con trabajadores dispuestos a asumir los mayores riesgos de seguridad que poseía su yacimiento.

Junto con lo anterior, la necesidad de obtener prontas utilidades habría llevado a que los dueños exigieran –a través de sus jefes de mina– que los trabajadores se “comieran” los pilares del yacimiento y los puentes para extraer el máximo posible de minerales, debilitando estructuralmente la mina hasta su desplome, dejándolos atrapados en un refugio que el mismo señor Bohn prohibió en su momento que se construyera, para ahorrar costos, según consta de la declaración de los ejecutivos de la empresa E-Mining.

### **3.1.3. El órgano fiscalizador no debe limitar su accionar al principio de la buena fe, que rige la relación entre los particulares**

El modelo de desarrollo de las industrias en nuestro país se funda en la Constitución Política de la República, que consagra el derecho de cualquier ciudadano a ejercer libremente una actividad económica, dejando al Estado la facultad de regular ciertas actividades que el legislador considera fundamentales para la mantención del orden público económico. En razón de lo anterior, el derecho privado común que regula las relaciones entre particulares se funda –entre otros principios– en la buena fe. Lo anterior implica que los particulares pueden desarrollar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido por norma legal o reglamentaria. Así, se supone que las actuaciones se realizan de buena fe y corresponde –a contrario sensu– probar la mala fe a quien la alega.

Esto tiene relevancia para el caso particular, pues el mercado debe desarrollar sus actividades dentro del marco de la ley, y a la autoridad le corresponde solo fiscalizar la legalidad de la actuación del privado. La masividad de las actividades privadas en el sector minero impiden, en la práctica, que la autoridad fiscalizadora pueda ejercer de manera oportuna su capacidad de supervigilancia, dedicando su actuación a aquellos casos de manifiesta vulneración de la norma o a exámenes preventivos aleatorios en los diversos actores del mercado. El incremento de fiscalizadores resulta relevante para dar mayor capacidad fiscalizadora a los entes del Estado, pero aun así, *la responsabilidad primaria en el cumplimiento de las normas recae en el titular de los actos*, quien de conformidad al modelo, debe adoptar medidas destinadas a cumplir la ley y aplicar los derechos y deberes consagrados en ella. Así las cosas, se hizo presente la analogía del incremento de los fallecidos en la última década a consecuencia de accidentes de tránsito. Una interpretación extensiva podría llevar a algunos a culpar de dichas muertes a Carabineros de Chile al ser la institución obligada por ley a fiscalizar el cumplimiento de las normas de tránsito. Situación en extremo errada ya que la responsabilidad exclusiva recae en los conductores o peatones que participan de los accidentes

que producen los fallecimientos. Al caso particular, aun cuando el Sernageomín hubiere poseído un número mayor de fiscalizadores, dada la magnitud de la proliferación de yacimientos de explotación minera, estos no habrían garantizado la fiscalización suficiente para evitar los accidentes que ocurren en la industria minera, ya que si los particulares no poseen la voluntad de cumplir la ley, resulta en extremo dificultoso para la administración del Estado actuar preventivamente en todos los casos.

No obstante lo anterior, esta Comisión tuvo en vista el expediente de fiscalizaciones a las cuales fueron sometidas las minas San José y San Esteban. El expediente histórico de fiscalizaciones a la mina San José puede leerse como una permanente constatación de diversas faltas en materias de fortalecimiento, acondicionamiento de accesos, chimeneas, seguridad laboral y otras observaciones relativas a la seguridad del yacimiento, ante las cuales sus ejecutivos se comprometían a desarrollar las mejoras requeridas. Algunas de ellas con resultados positivos y otras que jamás se llevaron a efecto. A este respecto, cabe hacer presente que los antecedentes recibidos en esta Comisión permiten aseverar que no existe por parte del Sernageomín una resolución que consigne la recepción conforme de las obras solicitadas.

Quizás una de las situaciones de mayor complejidad es la actitud adoptada por las autoridades fiscalizadoras en torno a la mina San José. Las normas que rigen la administración del Estado son conocidas como de derecho público y dentro de sus principios básicos se encuentra primeramente el que consigna que las autoridades del Estado solo pueden actuar previa investidura legal y, en segundo orden, que a la administración del Estado solo le está permitido realizar aquello que la norma expresamente autoriza. Estas consideraciones sobre el derecho administrativo permiten cuestionar la actuación de los fiscalizadores de la mina San José, ya que, si de conformidad a las normas reglamentarias el Sernageomín había exigido por medio de una resolución fundada la construcción de una chimenea, no se observa fundamento plausible para autorizar la reapertura del yacimiento sin el cumplimiento de dicha exigencia. Si el Servicio consideró indispensable para la seguridad de la faena minera, además, la construcción y escaleramiento de la chimenea, resulta inexplicable entonces que, con posterioridad, la autoridad permita el funcionamiento sin su existencia. Así, es dable observar que más allá de la buena fe que puede presumir la autoridad de parte de los titulares de proyectos sometidos a su consideración, el historial de incumplimientos de los ejecutivos de la mina San José, permitía a los fiscalizadores al menos poner en duda su real voluntad de cumplimiento de las exigencias requeridas por el órgano fiscalizador. Por lo anterior, no se justifica que se autorizaran reaperturas parciales y luego una total a base de informes prometidos y no

cumplidos. Así, el señor Yanes autorizó la continuación de las labores “en el nivel 75 y la construcción de la rampa en el nivel 60, como trabajos previos a la reapertura total de la mina San José”, pese a que el informe geotécnico solicitado aún no había sido entregado por el señor Bohn. Luego, a través de una resolución del señor Leiva se procede a la reapertura total de la mina y durante el desarrollo de la primera visita inspectiva se dio cuenta de las “pésimas condiciones de ventilación del yacimiento”. A raíz de dicho informe se dio un plazo para mejorar el sistema de ventilación y, según lo informado a esta Comisión, tampoco se llevó a cabo.

Otro ejemplo de la “conducta de incumplimientos” de parte de los ejecutivos y de la inexplicable benevolencia del servicio para con ellos es que en las visitas inspectivas de fiscalización del Sernageomín no se encontraron fundaciones para la instalación de los generadores eléctricos y la descarga de mallas se consideró ineficiente como fortificación. Es decir, el fiscalizador hace presente –en sus informes de inspección– las malas condiciones de seguridad de la faena y, aún así, dicha información no significó la paralización de las faenas en atención a los nuevos compromisos asumidos por sus ejecutivos.

Los señores Yanes y Pinilla dijeron confiar en la empresa, lo cual, a la luz de los hechos fiscalizados, resulta inaceptable e inexplicable, toda vez que esta seguidilla constante y permanente permite concluir la existencia de una “conducta de incumplimientos” de las medidas de fortificación y seguridad laboral de parte de los ejecutivos de la mina San José, situación que esta Comisión estima como suficiente para establecer que la autoridad fiscalizadora debió proceder al cierre de faenas y no “confiar” en la voluntad de cumplimiento de parte de sus ejecutivos en desmedro de la seguridad de los trabajadores.

#### **3.1.4. La evolución de los presupuestos del Sernageomín no es proporcional al desarrollo de la industria minera**

Producido el accidente que motivó esta Comisión, la opinión pública conoció en forma masiva de la existencia de un servicio especializado en materias mineras, el Servicio Nacional de Geología y Minería (Sernageomín) dependiente del Ministerio de Minería. Muchos lo apuntaron como responsable inmediato del accidente, por no haber fiscalizado oportunamente a la empresa infractora. Luego se inició un debate sobre las condiciones de funcionamiento de dicha institución y la falta de capacidad para fiscalizar de manera oportuna y masiva la industria minera.

Durante el desarrollo de la investigación, se tuvo en vista la evolución presupuestaria de dicha institución, que da cuenta de la creciente importancia que las autoridades le otorgan en el nuevo escenario de la pequeña y

mediana minerías de nuestro país. Así, el presupuesto asignado a dicha institución subió de \$5.831 millones en 2007 a \$12.212 millones en 2010. De igual forma se constató que en las leyes de presupuesto se consignaron recursos para incrementar la dotación de fiscalizadores en un número de 30 adicionales. Dicho incremento se llevó a efecto de manera lenta, llegando en 2010 solo a contratar 18 nuevos fiscalizadores. En el caso particular de la región de Atacama, los testimonios de las diversas autoridades regionales y nacionales del Sernageomín permiten asegurar que solo llegaron a contar con cuatro fiscalizadores para la totalidad de las faenas mineras. Esta cantidad es insuficiente para realizar una labor adecuada en materia de fiscalización. Según las informaciones recabadas, los inspectores no pueden siquiera realizar una revisión por cada faena al año.

El Sernageomín tiene en la actualidad 349 personas contratadas, de las que 143 están dedicadas a la Subdirección de Geología y 127 a la Subdirección de Minería. De las 127 personas de la Subdirección de Minería, apenas nueve son profesionales encargados de la seguridad. Ellos revisan los métodos de explotación y los proyectos de cierre de faenas mineras. Se suman a ellos los 19 inspectores de seguridad.

De las 349 personas que integran la totalidad del Servicio, solo 144 trabajan en regiones, de las cuales 21 lo hacen en la región de Atacama, mientras que 205 trabajan en Santiago.

Al observar las estadísticas de fiscalizaciones realizadas, surge de inmediato la conclusión de que si bien se produce un incremento sostenido de las mismas, estas aún resultan insuficientes. En el año 2007, se realizaron 2.029 fiscalizaciones; en 2008 aumentaron a 2.285 y en el año 2009 se realizaron 2.310. Para el año 2010 se pretendía llegar a 2.400, producto de dos fiscalizadores nuevos y de algunas acciones de mejora. Sin duda, un incremento mucho menor a la proporción en que aumentan las faenas por la bonanza del precio del cobre, como se señalara en el punto 3.1.1 de las presentes conclusiones.

En razón de lo anterior y en medio de la discusión presupuestaria correspondiente al año 2011, la Comisión solicitó a los señores ministros de Minería y de Hacienda un incremento adicional en el presupuesto del Sernageomín, a fin de acelerar el proceso de incremento de fiscalizadores y expertos en prevención de riesgos para abocarlos a labores preventivas en los nuevos yacimientos medianos y pequeños.

La Comisión concluye que la primera industria del país requiere los primeros recursos en seguridad.

### **3.2. De las responsabilidades**

#### **3.2.1. De la Compañía San Esteban Primera**

##### **3.2.1.1. Los principales responsables del accidente son los empresarios señores Alejandro Bohn y Marcelo Kemeny**

Aparte de lo ya señalado a modo ejemplar en el punto 3.1.3, a propósito del abuso de la buena fe, los dueños de los yacimientos San Antonio y San José podrían haber evitado el accidente. Considerando los informes emanados del Sernageomín, las declaraciones de los invitados y de los propios mineros atrapados, no caben dudas respecto del mal accionar de los dueños y ejecutivos de la minera San José, quienes no solo no adoptaron las medidas de seguridad laboral y de faenas requeridas por la autoridad, sino que intentaron deslindar responsabilidades en los servicios fiscalizadores y luego en los trabajadores.

La falta de ventilación generaba temperaturas descritas como inhumanas por parte de los trabajadores. No existía tampoco una línea de abastecimiento directo al refugio. Entre los muchos operadores con que contó la mina San José, la empresa E-Mining daba plenas garantías a quienes declararon en la Comisión. Ésta instaló un sistema de geófonos que, por el no pago de la minera, solo entraron en funcionamiento por un par de días.

En términos de seguridad de las faenas, no cumplieron con los requisitos mínimos exigidos por el Reglamento de Seguridad Minera ni por el Sernageomín. No escalaron la chimenea, no se construyó otro ducto de ventilación ni el refugio contaba con las reservas necesarias para albergar a los mineros en caso de algún accidente.

En razón de lo anterior, esta Comisión acordó poner a disposición de la Fiscalía los antecedentes con que contó.

##### **3.2.1.2. Resultan preocupantes las denuncias de órdenes de sobreexplotación de la mina y de prohibiciones de evacuarla el día del accidente**

La principal causa del colapso de la mina se debe a la suma de la mala construcción de la rampa de acceso, el debilitamiento de pilares y puentes, y la insuficiente fortificación. Cabe destacar que los mineros habrían advertido de este riesgo, dando cuenta de fuertes ruidos en la mina a don Carlos Pinilla, quien era la autoridad de turno. Según el señor Galleguillos, uno de los mineros atrapados, se trata de “una persona de mucha explotación y poca seguridad” que, para ser satisfecho en sus metas de producción, los instaba a que “mientras avanz[ár]amos en el desarrollo para llegar a las vetas, empez[ár]amos a sacar de los rajos.”

Respecto al deseo del señor Galleguillos de informar las fallas en seguridad, comentó que el señor Pinilla le respondió que “esas cosas no se hablan, las arreglamos aquí”. El minero señor Ávalos corroboró que “toda la información pasaba por él [Pinilla], era como un filtro”.

Por último, el señor Galleguillos declaró que “el día del accidente, a eso de las 10.00 horas, se sintió una explosión fuerte. Se le avisó al jefe de turno, al capataz, estaba un ayudante de prevención de riesgos y el señor Carlos Pinilla. Y Pinilla estaba muy desesperado, porque sabía el accidente que iba a pasar; no tenía ninguna duda. No hallaba cómo salir, de alguna manera buscó y salió. Se le cambió el neumático de su camioneta y se fue. A la hora y media fue el derrumbe. Salió arrancando”, versión que fue apoyada por el minero señor Lobos: “a las 11.00 u 11.30 de la mañana, ocho o diez personas avisaron al jefe de turno y al capataz que el cerro estaba sonando muy fuerte.” El mismo señor Lobos concluyó que “si el jefe de turno le avisaba a Pinilla, se iba despedido inmediatamente. Ese era el poder que tenía el hombre. ¿Qué pasó con el jefe de turno? Si el jefe de turno sacaba al personal y se caía la mina quedaba como rey y el señor Pinilla también, porque alcanzó a salir todo el personal antes del accidente. Pero ¿qué pasaba si sacaba a todo el personal y la mina no se caía? Al otro día lo despedían. Ese era el riesgo que había.”

### **3.2.2. Del Sernageomín**

#### **3.2.2.1. Por su falta de fiscalización de las faenas mineras**

Aunque resultó evidente la falta de recursos, de tecnología y de atribuciones legales para poder desarrollar mejor su trabajo, a juicio de la Comisión, esto no justifica la falta de recepción de las obras que el Sernageomín solicita que se realicen. Quedaron en evidencia una serie de falencias en la fiscalización de las medidas de seguridad exigidas por el Reglamento de Seguridad Minera, sobre todo en lo que respecta a las medidas de fortificación, ventilación, salidas auxiliares y la construcción de la rampa de acceso de la mina.

Es responsable el señor Exequiel Yanes, Subdirector Nacional de Minería (S), quien se reunió con el señor Bohn y, por oficio de 23 de julio de 2007, coordinó una visita inspectiva, luego de la cual este último pidió autorización para acceder a los niveles inferiores de la mina San José. El señor Yanes la dio, para completar los estudios solicitados al momento de resolver su cierre temporal.

En consideración del informe de la inspección geotécnica de la rampa principal y del nivel 90 de producción, además de la estrategia para la puesta en marcha de la mina, realizados por E-Mining Technology, el señor Yanes, con fecha 19 de diciembre de 2007, autorizó la iniciación de faenas en el nivel 500 sobre el nivel del mar y la explotación hasta el nivel 90, como trabajo previo a la reapertura total de la mina. Allí exigió que, para el reinicio de la explotación del resto de la mina, se presentara un proyecto de ventilación, uno eléctrico, uno geotécnico completo y una política de fortificación y monitoreo.

El señor Yanes autorizó la continuación de las labores “en el nivel 75 y la construcción de la rampa al nivel 60, como trabajos previos a la reapertura total de la mina San José”, por medio del oficio 369 de 7 de marzo de 2008, pese a que el informe geotécnico solicitado aún no había sido entregado por el señor Bohn.

### **3.2.2.2. Por la falta de control de los actos administrativos emanados de sus funcionarios**

Destaca la responsabilidad del señor Patricio Leiva quien, al subrogar al señor Exequiel Yanes, autorizó la reapertura total de la mina sin verificar que se cumpliera con el estudio geomécanico y el proyecto de ventilación, el día 30 de mayo de 2008. En este oficio exigió que las puertas fueran dobles para evitar cortocircuitos, que se escaleraran las chimeneas y se comprobara con aforos el sistema de ventilación, lo cual no es cumplido por la empresa.

Igual responsabilidad recae en el Director Nacional, señor Alejandro Vio y en el señor Exequiel Yanes, por no consultar a la Fiscalía del Servicio y actuar de manera negligente en la autorización de una solicitud que tiene el carácter de excepcional. El señor Santiago Pinilla, en su carácter de especialista, recomendó la decisión.

De igual forma, queda manifiesta una irregularidad administrativa, cuando a través de un simple “ordinario” suscrito por un subdirector subrogante se procede a autorizar la reapertura de la mina y no por medio de una resolución suscrita por el jefe del Servicio, como corresponde de conformidad a las normas vigentes.

Apenas un mes después de la reapertura por oficio, don Marcelo Guzmán, Director Regional de Atacama, comunicó las negativas conclusiones de la visita inspectiva realizada el 18 de junio de 2008. Señaló que el Sernageomín no fue atendido por empleados con poder de decisión, lo que

constituye una infracción gravísima al Reglamento de Seguridad Minera, al igual que la no paralización de los equipos diesel. El oficio hizo hincapié en el uso del refugio como “choquera”: (lugar para la colación) y en la “pésima ventilación” existente, la cual debía funcionar en un máximo de sesenta días, sino se paralizaría la mina nuevamente. No se vio fundación alguna para la instalación de los generadores eléctricos y la descarga de mallas se consideró ineficiente como fortificación, ante lo cual las autoridades del Sernageomín no revirtieron decisión alguna.

Otro elemento que contribuyó a la falta de continuidad de la política pública y la visión de la autoridad regional sobre yacimientos mineros es que, entre el año 2007 y el año 2010, hubo cinco directores regionales, a saber: Anton Hraste, Pedro Hiplán, Marcelo Guzmán, René Rojas y Rodolfo Díaz, lo que impidió una continuidad real de políticas de prevención y seguridad, además de un fiel traspaso de conocimiento o memoria institucional regional.

### **3.2.2.3. Existió una falta de rigurosidad en la coordinación entre las autoridades laboral, sanitaria y el Sernageomín para la reapertura del año en curso**

Más allá de las irregularidades administrativas observadas en el proceso de reapertura de la mina en 2008 de parte de funcionarios del Sernageomín, el 3 de julio del año 2010, por un grave accidente laboral que significó la amputación de una pierna al trabajador Gino Cortés, la mina San José fue clausurada por resolución.

Al ser consultados los especialistas de la empresa E-Mining y algunas ex autoridades regionales del Sernageomín, coincidieron en señalar como causa del accidente, la explosión de roca. Proceso que –según los expertos– se produce natural y crecientemente en los yacimientos de mayor edad.

Una explosión de roca disipa mucha más energía que un derrumbe. A juicio de gran parte de los comparecientes a la Comisión, la mina no debió haberse reabierto luego de ese accidente, en atención a la inestabilidad del yacimiento. De manera más directa, el ingeniero en minas y uno de los expertos nacionales sobre faenas mineras, señor Contador, perteneciente a la empresa E-Mining, fue más específico al señalar que “ante un accidente de roca, sea por colapso, estallido o caída, es esencial pedir un informe de geotecnia antes de autorizar su reapertura.”

La fiscalización realizada por el personal de la Dirección Regional del Trabajo de Atacama los días 3 y 9 de julio, informó sobre la inestabilidad de la mina y, en particular de las precarias condiciones de seguridad de los trabajadores.

Mantener cerrada la faena es atribución tanto del Sernageomín como de la Inspección del Trabajo o el Servicio de Salud, de conformidad a

lo preceptuado en la ley 16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. En efecto, los artículos 23, 26, 27, 28 y 37 de la ley orgánica de la Dirección del Trabajo señalan entre las facultades del Director Regional y de los fiscalizadores, la posibilidad de ordenar el cierre inmediato de faenas cuando esté en juego la seguridad del trabajador.

La reapertura fue ordenada por la resolución número 2.225 de fecha 31 de julio de 2010 del entonces Secretario Regional Ministerial de Salud de la región de Atacama don Raúl Martínez, a quien correspondía legalmente, por haberla cerrado.

Argumentó en ese documento que se había dado cumplimiento a las medidas correctivas ordenadas por el Sernageomín. Sin embargo, estas no incluían un informe geotécnico que disipara sospecha alguna sobre esa calidad del yacimiento. El instrumento público sirvió de base a los ejecutivos de la mina San José para exigir a sus trabajadores el reinicio de las faenas, las que solo cinco días después colapsarían con el accidente que motiva esta Comisión.

#### **3.2.2.4. La mutual verificó el aumento de las tasas de accidentabilidad de la empresa por incumplimiento de las normas de seguridad laboral, pero esta información no se coordina con los órganos estatales**

La Asociación Chilena de Seguridad (ACHS) maneja datos de accidentabilidad no considerados por el Sernageomín que, si se hubiesen ponderado, habrían implicado una fiscalización más rigurosa de parte de las instituciones fiscalizadoras del Estado, Sernageomín e Inspección del Trabajo. Al observar las estadísticas exhibidas por la ACHS, surge la preocupación de que la mina San José poseía una tasa de accidentabilidad que llegaba al 9,5%, muy superior al 2,2% del promedio del resto de la industria. Lo mismo si los funcionarios hubiesen sabido del alto porcentaje de cotización en la mutual, que era de 5,37% en vez de 3,4% cual es el promedio de la industria minera.

## **4. Propuestas**

### **4.1. Respecto del Sernageomín**

#### **4.1.1. Separación de los roles de coordinación y fiscalización (por denuncias), de aquel de la prevención**

Resulta indispensable que el Sernageomín se reestructure, tal y como ha señalado el Subsecretario de Minería en esta Comisión. Por lo demás, se recomienda que el Sernageomín tenga dos roles fundamentales en materia de

seguridad que a la fecha no ha cumplido o lo ha hecho de manera imperfecta.

El primero de ellos es un rol coordinador y fiscalizador de los distintos antecedentes en materia de seguridad minera. Fueron muchos los antecedentes y datos que permitían prever el desplome de la mina, esto sin considerar los lamentables accidentes y las últimas muertes ocurridas en las minas San Antonio y San José que, por sí mismas, eran una señal de alerta más que suficientes. El Servicio debiese ser un canalizador de las denuncias en materia de seguridad y coordinador de los distintos servicios relacionados, como la autoridad de Salud y las Inspecciones del Trabajo.

El segundo rol que debería tener el servicio, es uno relacionado con las tareas de prevención, debiendo ser el principal motor en materia de seguridad, ya que es imposible que el Servicio esté presencialmente en todas las faenas.

#### **4.1.2. Separación de las áreas de Geología y Minería, creándose un servicio geológico, constituido por geomecánicos, geólogos, ingenieros civiles de minas y geomensores de experiencia**

Ambas áreas son cada vez más distintas por el conocimiento técnico que requieren. Es una idea orgánica que puede hacer del Sernageomin un ente mucho más eficiente.

#### **4.1.3. Descentralización administrativa**

Se recomienda establecer una estructura administrativa que radique en las zonas mineras a la mayor cantidad de funcionarios expertos, debiendo además su Director Nacional y su gabinete instalarse en una de las regiones mineras.

#### **4.1.4. Ampliación de las facultades fiscalizadoras, incluso con el auxilio de la fuerza pública, para cerrar las faenas y coordinar a los demás servicios legalmente**

Actualmente el Sernageomin no tiene esta facultad, lo que le resta imperio para imponer sus observaciones.

Frente a los accidentes graves, como se ha señalado, tienen la facultad de exigir el cierre temporal la autoridad de Salud, del Trabajo y el Sernageomin. Suele suceder también, que las mutuales de seguridad lleguen antes al lugar del accidente, pero hoy solo se relacionan con la Superintendencia de Seguridad Social, que las fiscaliza. Se requiere, por tanto, modificar la normativa de modo de exigir una coordinación comunicacional entre todos

estos organismos, centrada en el informe técnico del propio Sernageomín, que es el único servicio que cuenta con la experticia profesional en materia minera. Así se evitarán las frecuentes contradicciones.

De igual forma se propone revisar sus facultades fiscalizadoras, ampliándolas incluso para poder requerir el auxilio de la fuerza pública cuando surja de manifiesto una infracción gravísima que pueda poner en riesgo la seguridad de los trabajadores.

#### **4.1.5. Establecimiento por ley de los procedimientos, atribuciones y competencias de las autoridades mineras**

Se propone establecer en normas legales las competencias y atribuciones de cada una de las autoridades máximas del Servicio, debiendo consignar incluso el rango normativo de las decisiones de la autoridad.

Resulta indispensable delimitar más claramente en la ley dónde comienzan y dónde terminan las funciones de los distintos servicios ligados a la seguridad laboral. Esto se hace extensivo al interior del mismo Sernageomín, lo que habría evitado reaperturas irregulares de la mina.

#### **4.1.6. Obligarle a recibir las obras que manda a ejecutar**

Es fundamental que el Sernageomín vise que las exigencias dictadas a las compañías mineras sean cumplidas por estas para seguir operando.

#### **4.1.7. Incremento de las exigencias a los docentes de los cursos de capacitación**

En la actualidad, es insuficiente la formación de las personas que imparten los cursos en el Centro de Capacitación del Sernageomín. Por la importancia de su función, estas deben previamente tener una educación formal en seguridad. Los profesionales de la minería que presten dichos servicios deben demostrar conocimientos técnicos y académicos sobre prevención de riesgos.

Las funciones de capacitación de Sernageomín y de la autoridad sanitaria son determinantes al momento de aspirar a un cambio drástico en la accidentabilidad de la mediana y pequeña empresa minera.

## **4.2. Respeto de Enami**

### **4.2.1. Facultarla para que certifique el cumplimiento de las normas laborales y sanitarias del mineral que compra**

El Estado tiene una buena oportunidad de apoyo a la mediana y pequeña minería, desarrollando su capacidad de regulador y fiscalizador, junto al fomento de buenas prácticas, otorgándole a Enami nuevas funciones y desarrollando las actuales en favor de nuevos mecanismos y herramientas, que permitan cambios en los actuales índices de accidentabilidad y secuelas sanitarias por las operaciones de la minería. Es necesario lograr que Enami exija un sello de seguridad en las faenas, otorgado por Sernageomín, para lograr que las medianas y pequeñas empresas al vender sus extracción cumplan con las normas de seguridad establecidas por el legislador y fiscalizadas por dicho servicio.

Actualmente, Enami tiene un sistema de empadronamiento que puede ser mejorado mediante la exigencia de que quienes postulen a él sean los dueños efectivos de la mina, para evitar triangulaciones maliciosas.

Con todo, es indispensable diferenciar las exigencias en relación al tamaño de las compañías mineras.

### **4.2.2. Que capacite y cumpla su rol de fomento en seguridad minera, coordinado con Sernageomín**

Los hechos investigados y analizados señalan con absoluta claridad que se hace necesario involucrar a Enami en funciones que al día de hoy le han sido ajenas, como es la capacitación en seguridad minera para el ejercicio de la explotación de las empresas reconocidas como medianas y pequeñas y, más aún, aquellas con prácticas artesanales, que son las que le llevan sus minerales, dado su rol de poder comprador de dichas explotaciones. A Enami le corresponde desarrollar un rol de fomento de la seguridad en quienes le venden su producción.

### **4.2.3. Que dé créditos y plazos para invertir en seguridad**

La Comisión tomó conciencia que la orientación hacia la producción, considerando la seguridad minera como un costo, hace que muchos pequeños y medianos mineros no inviertan en la materia. Los limitados recursos al momento de emprender actividades de este tipo llaman a que el Estado tome un rol más activo en fomentar su desarrollo.

### **4.3. Incentivos de cumplimientos y desincentivos de incumplimientos en seguridad**

Debido a los puntos anteriores, queda de manifiesto que aún con un explosivo incremento de fiscalizadores de las diversas reparticiones que tienen competencia en esta materia, la accidentabilidad laboral en la industria minera no sufrirá reducciones considerables si no se crea un mecanismo de incentivos positivos para la adopción de medidas de seguridad laboral y de faenas en esta industria. Así, la Comisión propone diseñar instrumentos de asignación de recursos y puntajes que permitan a la empresa optar a beneficios económicos en atención a su alto nivel de cumplimiento de normas y medidas que protejan a sus trabajadores. De igual forma, la Comisión propone desincentivar a los empresarios a incumplir estas exigencias.

#### **4.3.1. Creación de un Fondo de Seguridad Minera, con recursos provenientes del *royalty* o de los excedentes de los precios**

En materia de financiamiento de las medidas destinadas a mejorar las condiciones de seguridad de las pequeñas faenas mineras, esta Comisión propone la creación de un Fondo de Seguridad Minera, con recursos provenientes del *royalty* minero o de excedentes de los precios del cobre a fin de apoyar a pequeñas empresas mineras a adoptar medidas que mejoren la seguridad de sus trabajadores.

La idea es que se ayude a segmentos que el mercado no soluciona. Si el aporte proviene del *royalty*, podrá ser estable, en tanto que si proviene de los excedentes, será variable.

#### **4.3.2. Levantamiento a rango legal de las materias de seguridad y afines del Reglamento de Seguridad Minera**

Estas son a juicio de la Comisión, los objetivos, campo de aplicación y atribuciones de Sernageomín; las obligaciones de las empresas y trabajadores de faenas mineras, con especial énfasis en los planes de emergencia; las condiciones sanitarias mínimas en faenas mineras y obligaciones ambientales y relativas al cierre de faenas (específicamente a las medidas que se deben tomar para evitar daños a la integridad y seguridad de las personas); la fiscalización, infracciones y sanciones (estableciendo los procedimientos de fiscalización, aplicación y reclamación).

#### **4.3.3. Obligación de que los comités paritarios y el prevencionista de riesgos estén en las faenas y deban constituirse con menos trabajadores**

Se propone que se establezca en una norma de rango legal la obligación de los comités paritarios y del prevencionista de riesgos de encontrarse instalados en los lugares de las faenas, ya que en múltiples ocasiones se observa que estas entidades funcionan en la matriz de las sociedades, sin contacto directo con las condiciones de trabajo de los mineros.

Es indispensable formalizar y exigir la existencia de los comités paritarios, otorgándoles a estos los atributos y potestades que les reconoce la moderna legislación, en la búsqueda de nuevos resultados. Dichos comités paritarios deben ser obligatorios, y sus representantes deben gozar de los necesarios fueros para su gestión. Sus recomendaciones deben ser respetadas e implementadas.

Los hechos de la mina San José y otros demuestran que en la práctica no se cumple con la normas del Reglamento Minero que propicia la participación de los trabajadores en las actividades de prevención de accidentes y enfermedades profesionales a través de los Comités Paritarios de Higiene y Seguridad. Al parecer, se hace necesario establecer con claridad y sin equívoco que estos deben formarse siempre a partir de faenas con un mínimo de 10 trabajadores. Hoy se señalan 25 como número base. Quienes actualmente son parte de esos comités paritarios viven la situación de falta de empoderamiento, dado el hecho de que no gozan de los beneficios del fuero laboral.

Cabe aclarar que los miembros del comité paritario son los mismos trabajadores, por lo que es un requisito sin costo, y opera como una garantía de seguridad.

Por último, se recomienda un cambio en el Reglamento de Seguridad Minera, que fija en 100 trabajadores la exigencia de un Departamento de Prevención de Riesgos. Se propone legislar para que dicho numeral baje a 50 trabajadores.

#### **4.3.4. Aumento de las multas y su calificación según gravedad, llegando a sanciones penales de personas jurídicas**

Resulta indispensable el aumento de los montos de las multas, para disuadir efectivamente a las empresas del incumplimiento del Reglamento de Seguridad Minera. Para ello se sugiere en primer orden establecer una calificación de las infracciones en simples, graves y gravísimas y la consagración de multas progresivas en atención a la capacidad patrimonial de las empresas

con un piso mínimo a las de menor tamaño.

Se propone, además, la incorporación al actual catálogo de responsabilidad penal de las personas jurídicas el caso de accidentes laborales por incumplimiento grave de la normativa vigente, sin necesidad de que acontezca el resultado para la aplicación de la norma sancionatoria. Esto operará como un poderoso desincentivo a la despreocupación por las normas de seguridad.

En efecto, la gravedad de la situación se manifiesta en que las actuaciones de los dueños de la mina lindan con lo delictual, no solo por un tema de culpabilidad, sino que a veces con un proceder similar al requerido en el dolo eventual, donde la representación del hecho para el agente es absolutamente previsible, situación que se da en la especie, y aunque no quiera los resultados, procede indiferentemente y los acepta.

#### **4.3.5. Creación de un catastro reservado del historial sanitario, laboral y minero de la industria**

Para evitar nuevos accidentes, se recomienda el establecimiento de un organismo técnico nacional que lleve el catastro de minas, centralizado. Actualmente existen sobre 3.000 faenas empadronadas por Enami. Habría que avanzar en el apoyo de las pequeñas mineras, para que Enami compre a todos los que cumplan efectivamente el artículo 21 del Reglamento de Seguridad Minera.

Se propone al Gobierno la creación de este registro integrado y reservado del historial de la industria minera, donde confluya la información relativa a los cumplimientos e incumplimientos, tanto sanitarios, laborales y mineros, para distinguir a aquellos que cumplen las disposiciones vigentes y los requerimientos de la autoridad, de aquellos que habitualmente incumplen las normas legales y reglamentarias poniendo en riesgo la seguridad de sus trabajadores.

Entre los ítems a medir, deberá incluirse la existencia de los comités paritarios.

#### **4.3.6. Creación de un registro de revisores independientes**

Este listado de revisores calificados permitirá comparar y revisar los informes emitidos por las empresas consultoras, debiendo el Sernageomin tener a la vista todos los antecedentes al momento de decidir, responsabilizándose cada firmante por el informe emitido.

#### **4.3.7. Creación de una Superintendencia de Minería**

Las funciones de esta Superintendencia de Minería deberán ser, a lo menos, el control de las compañías, el control de la seguridad minera, la implementación de las políticas de seguridad, el control de auditoría de las empresas mineras públicas y de la información estadística de las empresas privadas.

#### **4.3.8. Formación de una Comisión Ministerial de Expertos en Seguridad Minera Senior para actualizar los programas de formación en seguridad minera**

Los análisis realizados a propósito de esta investigación apuntan a que la actual crisis de seguridad en las minas, y en particular en la pequeña y mediana minerías hace recomendable la formación de una Comisión Ministerial del más alto nivel formada por expertos en seguridad minera senior, que se preocupen de la actualización de los planes y programas de formación de expertos.

En la actualidad, los expertos en seguridad minera, son marginados en la toma de decisiones trascendentes para lograr un estándar de seguridad en la mina misma. La toma de decisión crítica recae en los departamentos de ingeniería y en los departamentos de operaciones. Así, su rol queda limitado al desarrollo y ejecución de recomendaciones que apuntan a la seguridad de las personas, como un subsistema inconexo con el sistema general de explotación minera. El derrumbe de la mina San José es un ejemplo de lo señalado. El Departamento de Seguridad e Higiene Minera no conocía los problemas de estabilidad local y estabilidad global de las minas subterráneas y no incidía en nada en las propuestas que a los dueños hacían los departamentos antedichos.

#### **4.3.9. Urgencia para la aprobación del convenio 187 sobre el marco promocional general para la seguridad y salud en el trabajo**

Las normas del Convenio 187 de la OIT, inspiradas en los acuerdos de la reunión de los jefes de Estado en París durante octubre de 1972, son normas modernas que reflejan no solo las responsabilidades colectivas en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino también las funciones, los derechos, las responsabilidades y los ámbitos de cooperación respectivos de los empleadores, los trabajadores y sus representantes. Sus recomendaciones se expresan sobre la base que la expansión económica no es un fin en sí mismo y que antes debe permitir atenuar la disparidad de las condiciones de vida, por vía de mejorar las de los trabajadores.

Estas normas se sustentan sobre la idea de que el trabajo debe respetar la vida y la salud del trabajador, dejándole tiempo libre para su descanso y distracción, y que el trabajo debe permitirle servir a la sociedad y al mismo tiempo realizarse expandiendo sus facultades personales. La modernidad de estas normas expresa que el trabajo se desenvuelve en un medio ambiente y busca superar las antiguas miradas en las cuales este era un mero objeto de la Medicina del Trabajo. Esta perspectiva dio origen a la creación del Programa Internacional para el Mejoramiento de las Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (PIACT) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La Cámara de Diputados lo aprobó recientemente y se solicita al Ejecutivo disponer del trámite de suma urgencia para su pronta aprobación por el Senado.

#### **4.3.10. Que las mutuales informen la tasa de accidentabilidad al Sernageomín**

Se ha señalado en el punto 3.2.2.4 de las conclusiones que la coordinación entre la información que manejan las mutualidades y el Sernageomín podría haber evitado este accidente, pues habría obligado a una mayor fiscalización, basada en el nefasto historial del yacimiento.

Por ello, se propone obligar a que las mutualidades informen al ente estatal sus estadísticas y tasas de accidentabilidad.

Es, además, de la más alta preocupación para esta Comisión el ocultamiento de los accidentes, lo cual se ve estimulado por los mayores puntajes en las licitaciones que logran las empresas con menos accidentes. También debería ser considerado como delito. Se propone, como contrapartida, el establecimiento de incentivos para la denuncia, tales como disminuir la carga de la mutual si es el mismo empleador el que denuncia el accidente.

#### **4.3.11. Implementación de un servicio estatal de rescate minero**

El Ejecutivo debe implementar un servicio profesional y especializado en rescate minero. Existen en Chile bomberos voluntarios, que se han especializado en esta materia. Se debe asimilar esa experiencia y adecuarla a la necesidad de formar un cuerpo profesional, de modo que ante un eventual accidente, no se dependa exclusivamente de la voluntad de la empresa privada.

Puestas en votación las conclusiones, fueron aprobadas por la unanimidad de los diputados presentes, señores García-Huidobro, don Alejandro (Presidente); Calderón, don Giovanni; Cerda, don Eduardo;

Carmona, don Lautaro; Espinosa, don Marcos; Harboe, don Felipe; Lemus, don Luis; Marinovic, don Miodrag; Rojas, don Manuel; Verdugo, don Germán, y Vilches, don Carlos.





## 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. Aquellas 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°.

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](mailto: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 30 de junio de 2011.



