



HEMICICLO

Revista de Estudios Parlamentarios

POR LA RAZON O LA FUERZA

Año 5. Número 8. Primer semestre de 2013

CONSEJO DIRECTIVO ACADEMIA PARLAMENTARIA

Diputada Adriana Muñoz-D'Albora, presidenta

Diputado Eduardo Cerda García

Diputado Alejandro Santana Tirachini

Diputado Arturo Squella Ovalle

DIRECTOR DE LA ACADEMIA PARLAMENTARIA

Gonzalo Vicente Molina

DIRECTOR REVISTA HEMICICLO

Juan Veglia Quintana

CONSEJO EDITORIAL

Hernán Almendras Carrasco

Francisca García Parraguez

Víctor Hellwig Tolosa

Rodrigo Obrador Castro

Patricio Olivares Herrera

Cristián Ortiz Moreno

EDITOR

David Duque Schick

DISEÑADOR

Marcelo Torres Vargas

SECRETARIA

Gioconda Vásquez Pérez

Impreso en Unidad de Publicaciones

Edición de 750 ejemplares

ISSN 0718-8463

Teléfono: 56 32 2505591

E-mail: academiaparlamentaria@congreso.cl

Índice

I	Integración plural de la Mesa como garantía fundamental para las minorías parlamentarias John Smok Kazazian	7
II	La Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Un desafío permanente Alfonso Pérez Guiñez	19
III	Los actuales desafíos regionales en Chile: ¿Nueva regionalización o más descentralización? Egon Montecinos Montecinos	35
IV	Regionalización, la creación del fracaso: Ciudad-Horizonte Patricio Alarcón Testa	61
V	“Ximena Vidal: una mirada hacia la cultura y la política”; los desafíos de la Memoria Parlamentaria en el siglo XXI Juan Veglia Quintana	89
VI	Comentario del libro: “Desnuda frente a ti”, de la diputada Marta Isasi Barbieri David Duque Schick	93

Nuevos Conceptos en Derecho de Familia

- | | | |
|------|---|-----|
| VII | Atribución de significado del concepto “dignidad” en modelos de Bioderecho, como fundamento derechos de ancianidad
Paulina Ramos Vergara y Ángela Arenas Massa | 97 |
| VIII | Convención Internacional de Derechos de las Personas de Edad
Tania Mora Biere | 109 |
| IX | Estatuto de filiación adoptiva en Chile: Constitución, aplicación de principios y agenda legislativa
Paola Truffello García | 123 |
| X | Régimen de Sociedad Conyugal: Proyectos de Reforma, análisis crítico
Leonardo Estradé-Brancoli | 143 |



Integración plural de la Mesa como garantía fundamental para las minorías parlamentarias

John Smok Kazazian*

Sumario

1 Introducción – 2 La posición de la Mesa en la Cámara – 2.1 Origen – 2.2 Naturaleza – 3 Integración de la Mesa como concreción del pluralismo político – 4 Conclusiones

Resumen

Este trabajo analiza la integración de la Mesa de las asambleas legislativas y su relación con el derecho de participación política de las minorías parlamentarias.

Abstract

This paper presents a study about the way the Bureau of Legislative assemblies are made up and its relation to the right of parliamentary minorities to political participation.

* Abogado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y funcionario del área legislativa de la Cámara de Diputados desde 1993. Magíster en Derecho, mención en Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso y Máster en Derecho Parlamentario, Universidad Complutense de Madrid.

Abreviaturas:

CE: Constitución Española, CPR: Constitución Política de la República de Chile, LOCCN: Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional de Chile, RC: Reglamento del Congreso de los Diputados de España, RCD: Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile, RS: Reglamento del Senado, STC: Sentencia del Tribunal Constitucional español, TC: Tribunal Constitucional.

1 INTRODUCCIÓN

La esencia de este artículo se encuentra en la consagración de la participación política como derecho fundamental y el reconocimiento positivo de las inconmensurables consecuencias que de ella se derivan para el equilibrado desarrollo de la actividad del Parlamento, específicamente la función legislativa.

El enfoque lo he puesto en un aspecto esencial de tal derecho: la participación de las minorías. Desde que la Asamblea Legislativa es el único cuerpo del Estado que representa a la casi totalidad de las corrientes de pensamiento y de intereses presentes en la sociedad, es crucial que ella, en todos sus órganos internos y procedimientos, dé cabida a todos los representantes de la sociedad, incluida la minoría.

Dentro de ese marco, se pretende analizar la forma en que el derecho de participación política de las minorías se concreta en la conformación del más generalizado órgano de gobierno de las Cámaras Parlamentarias, la Mesa, sobre todo en consideración a las relevantes funciones que los ordenamientos extranjeros le encomiendan, pues la forma como se articule orgánicamente el Parlamento y cada uno de sus órganos incidirá directamente en el ejercicio de las funciones parlamentarias. Dejo de lado las restantes entidades que algunos ordenamientos consideran también como órganos de gobierno de una cámara legislativa, como la Presidencia y la Junta que reúne a los representantes de los distintos grupos parlamentarios (en Chile, la reunión de los comités parlamentarios). La primera, por tratarse de un órgano unipersonal, que habitualmente estará en manos de un representante de la mayoría parlamentaria o de la coalición mayoritaria, en la que no hay lugar para las expresiones minoritarias; y la segunda, por tratarse de un órgano que básicamente busca materializar los intereses de los partidos políticos con representación parlamentaria.

El tema lo abordo desde la óptica del Derecho Parlamentario como el derecho protector de las minorías parlamentarias, que encuentra sus bases y justificación en el principio minoritario. A nadie extraña que en la etapa decisoria de la actividad legislativa deba imperar siempre el principio democrático, pues las leyes son obra de la mayoría elegida por el pueblo soberano para llevar adelante un programa político ofertado durante la campaña electoral. Sin embargo, tan cierto como lo anterior es que, en el proceso de construcción de la voluntad democrática del Estado manifestada en la ley –y en la modernidad también en la Constitución–, la mayoría ha de respetar y garantizar, mediante su adecuado y expreso reconocimiento en el Reglamento parlamentario, los derechos de participación de las minorías parlamentarias, pues los instrumentos que el ordenamiento les concede tienen una innegable función de control del poder.

En todo caso, doy por sentado que la garantía más básica y esencial de la participación de las minorías en el Parlamento consiste en permitirles intervenir en los debates parlamentarios en igualdad de condiciones, relevante conquista obtenida en los siglos XIX y XX. De modo que el estudio de la integración de la Mesa parte de la base de que en los modernos Parlamentos democráticos ya existe ese

mínimo de garantía para las minorías e incluso bastante más, como la facultad de crear Comisiones de investigación, aunque aún existan, incluso en la avanzada Europa occidental, Parlamentos que no han alcanzado ese nivel.

Por motivos de extensión material, dejo para un próximo artículo un aspecto clave vinculado con la Mesa: la potestad que en muchos ordenamientos se le atribuye para calificar los escritos parlamentarios y, en consecuencia, admitirlos o no, tarea que en Chile está radicada en los presidentes de las Cámaras Legislativas.

2 LA POSICIÓN DE LA MESA EN LA CÁMARA

De la relación que los reglamentos parlamentarios establezcan entre la Mesa y los demás órganos de gobierno de las Cámaras depende su posición, que puede ser de mayor o menor peso político según las funciones que se le encomienden, la autonomía con que pueda acometerlas y la relevancia política y el perfil personal de sus miembros. De ese modo, hay que atender en primer lugar a la figura institucional del presidente de la respectiva Corporación, pues si éste se encuentra dotado de las más importantes competencias de dirección organizacional, institucional y procedimental, obviamente oscurece las funciones de la Mesa, la cual puede convertirse “en un mero órgano administrativo o en un consejo asesor del residente”¹. También es necesario considerar las facultades que el ordenamiento parlamentario reconoce a la reunión de los jefes de Comités, toda vez que, al ser la Cámara un órgano de representación esencialmente político, es el criterio político-partidista el que predomina en las atribuciones que se le confieran a esta junta y en la forma en que sus integrantes defienden sus prerrogativas, tratando siempre de ampliarlas. Por ello, es importante atender a si las competencias de la Mesa exigen la venia, acuerdo, consulta o mero conocimiento de los Comités y el nivel hasta el cual éstos pueden influir en aquella.

2.1 Origen

El estudio de la casi totalidad de las materias parlamentarias comienza normalmente con el análisis del parlamentarismo inglés y su origen medieval, salvo en lo relativo a las Mesas, ya que el modelo británico no cuenta con este órgano, debido al alto poder del *speaker*².

En los inicios de las Cámaras continentales europeas y en las Asambleas de las nacientes naciones americanas las tareas de gobierno de las Cámaras fueron ejercidas por los presidentes³. Los vicepresidentes que pudieron haber existido

¹ TORRES MUÑOZ, I. “Los órganos de gobierno de las Cámaras”. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados 1987. 151 p. Serie IV: Monografías, número 11.

² El *Speaker* inglés es una figura fuerte que “acumula no sólo las funciones de índole estrictamente parlamentaria, sino también otras de gestión administrativa” y que prescinde del apoyo de un órgano como la Mesa (Santaolalla, F. *Derecho Parlamentario Español*. Madrid: Espasa-Calpe, 1990, p. 167).

³ Por ejemplo, el Reglamento del Congreso de los Diputados de Chile de 2 de setiembre de 1811 establecía las siguientes reglas: 1.º “El presidente y, en su defecto, el vicepresidente, llevará la voz i propondrá los negocios un día ántes para que se examinen al siguiente. 2.º En los de calificada gravedad, deberá el presidente, en el día que los proponga, designar dos diputados de los de mejor instrucción en la materia, para que, ilustrándole en el siguiente, faciliten su inteligencia i decision a los demas.” 11. Además, respecto de “los decretos de sustanciacion de que tome conocimiento el Congreso [...] bastará que se provean i suscriban por el presidente i secretario”.

no tenían más objeto que reemplazar al presidente. En todo caso se trataba de Presidencias débiles y breves, pues su modelo, la Asamblea francesa, nació de la oposición al poder absoluto del monarca, criterio seguido por las demás que se fueron creando, por lo que desconfiaban de los poderes temporalmente extendidos, idea que se fue desvaneciendo con el tiempo⁴. Más tarde, cuando el Ejecutivo comenzó a intervenir en el nombramiento de los presidentes de las Cámaras y a afectar así su autonomía, se adoptó el modelo británico de Presidencia fuerte. La reacción ante ese hecho, unida a la aparición en el siglo XX de los partidos políticos y su entrada en las Cámaras, llevó a la “colegiación” de los poderes presidenciales. Lo explica muy bien Torres Muro: “Por temor a dejar en manos de un solo hombre demasiado poder y por el crecimiento de la complejidad de los trabajos parlamentarios de cuya dirección no podía ocuparse una sola persona, había surgido a su lado un órgano, la Mesa [...], producto de la reunión de los ‘ayudantes presidenciales’ (vicepresidentes y secretarios) que, aunque centrado en problemas de índole principalmente administrativa, ejerce, sin duda, una función de control sobre el presidente”⁵.

Se llega de esa manera a normar orgánica y sistemáticamente en los reglamentos parlamentarios este nuevo órgano rector. No quiere decir esto que antes no existían, sólo que su mención en los reglamentos era tangencial, con referencia individualizada a cada uno de sus componentes, pues no se trataba más que de un “colegio imperfecto de presidente y secretarios”⁶.

2.2 Naturaleza

La doctrina distingue al interior de la Cámara los órganos de dirección, de trabajo, de control y otros. La tarea de dirección es claramente una tarea que implica el gobierno de la Cámara. Hablar de gobierno en esta sede es complejo, puesto que en el Parlamento, más que en ningún otro lugar, todos sus miembros están en un plano de exacta igualdad, de modo que no hay graduación entre los parlamentarios. Sin embargo, ellos mismos consienten en darse una organización jerarquizada que, por un lado, permite llevar adelante los trabajos parlamentarios y, por otro, implica el sometimiento de los parlamentarios a sus resoluciones, incluso a las desfavorables. Esto constituye la función de gobierno de la Cámara, y en las diversas asambleas legislativas los órganos encargados de ejecutarla son el presidente, la Mesa y los jefes de los Comités Parlamentarios.

En cuanto a la Mesa, para determinar su naturaleza es indispensable atender a sus funciones, pues éstas varían según los países. Así, “en Francia ostenta una posición relevante en todo lo que se refiere al gobierno y administración interna

⁴ Desde su creación en 1811 hasta el Reglamento de 1897 (artículo 23), la duración del cargo de presidente de la Cámara de Diputados de Chile se fijó en un mes, precepto que desapareció en el Reglamento de 1904. En España, el régimen rotatorio mensual de toda la Mesa se abandonó en el Reglamento de 1838, reemplazándose por cargos que durarían “toda la legislatura” (artículo 12).

⁵ TORRES MURO, *op. cit.*, p. 41-42.

⁶ TORRES MURO, *op. cit.*, p. 157. Así este “colegio” aparece en España en el Reglamento de 1813, sin que se mencione la palabra Mesa hasta los reglamentos de 1838, aunque fue en el efímero reglamento de 1867 cuando se la reguló con más propiedad, para luego volver a aparecer disminuida en cuanto a sus funciones en el de 1918. En Chile se asignaban funciones a un colegio similar en el Reglamento de 1811, pero la Mesa como órgano tendrá reconocimiento normativo sólo en 1912. Antes de eso, en los debates de 1897 ya era habitual llamar “Mesa” al colegio conformado por el presidente y los dos vicepresidentes. Véase GUTIÉRREZ MARTÍNEZ, M. Anotaciones al Reglamento Interior de la Cámara de Diputados. Santiago: Establecimiento Poligráfico Roma, 1897.

de las Asambleas”⁷. En Italia, si bien de importancia limitada, sus competencias son “de orden preferentemente técnico-administrativo”⁸. En España, en cambio, se acentuó su importancia desde el restablecimiento de la democracia en 1977, al haber “absorbido una serie de funciones e intervenciones que en muchos otros Parlamentos son de competencia indiscutible de los presidentes”⁹. En concreto, el Reglamento español expresamente concede a la Mesa la calidad de órgano rector de la Cámara (artículo 30.1 RC), adjudicación que no hace al presidente ni a la Junta de Portavoces.

En Chile no ha existido, hasta ahora, inquietud suficiente ante el excesivo poder del presidente de cada una de las Cámaras Legislativas, por lo que se ha mantenido a la Mesa como un órgano colaborador de aquél, como se verá.

3 INTEGRACIÓN DE LA MESA COMO CONCRECIÓN DEL PLURALISMO POLÍTICO

El principio de justicia que se deriva de las bases de la Institucionalidad y la garantía de igualdad consagrada en el artículo 19 de la CPR imponen que una institución representativa y esencialmente política como el Parlamento refleje en todos sus órganos la pluralidad de su integración, particularmente si se trata de autoridades que no sean unipersonales, es decir, en la Mesa y en la reunión de los Comités Parlamentarios. Tal pluralidad debiera concretarse a través del principio proporcional, el único capaz de mantener en cualquier subestructura parlamentaria el balance político de toda la Cámara. Concuere da con este planteamiento el TC español, que hace décadas proclamó la exigencia de proporcionalidad en los órganos internos de las Cámaras como derivación del valor del pluralismo del artículo 1.1 de la Constitución Española, en conexión con la calificación de los partidos como expresión del pluralismo político que hace el artículo 6 de dicha Constitución¹⁰.

Adicionalmente, una conformación políticamente mixta de la Mesa viene exigida por el propio principio de representación política. Si en virtud de tal principio aceptamos la ficción de que cada parlamentario, individualmente considerado, representa a la nación toda, pero sin dejar de ser en la práctica el portavoz de la concreta opción política que lo eligió en un distrito determinado –piénsese particularmente en las circunscripciones uninominales, como Inglaterra, o binominales con fórmula electoral mayoritaria, como Chile, o incluso en las circunscripciones pequeñas que no eligen más de tres o cuatro diputados aunque tengan fórmula proporcional, como sucede en España¹¹, entonces toda la nación y particularmente todos los electores de esa opción política determinada debieran estar representados en la Mesa. De no entenderse de esa manera podría darse la desproporcionada situación de que

⁷ SANTAOLALLA, *op. cit.*, p. 167.

⁸ LONGI. Elementi di Diritto e procedura parlamentare. 2ª edición. 1982, 82 p., citado por Torres Muro, *op. cit.*, p. 151.

⁹ SANTAOLALLA, *op. cit.*, p. 167. Por eso puede sostenerse que en España las Mesas son órganos de gobierno y dirección de carácter predominantemente institucional, cuyo proceder está guiado por consideraciones objetivas e imparciales, lo cual garantiza que su integración multipartidista no contaminará sus decisiones con posiciones de grupo. En opinión de Santaolalla, “la pertenencia de sus miembros a diversas minorías constituye una garantía para salvaguardar esa dimensión institucional y objetiva” (*op. cit.*, p. 168).

¹⁰ SSTC 32/1985, 36/1990 y 141/1990.

¹¹ En los distritos de seis o menos diputados la proporcionalidad no funciona, a tal punto que “el sistema tiende a funcionar como mayoritario” (FERNÁNDEZ-MIRANDA, C. y FERNÁNDEZ-MIRANDA, A. *Sistema electoral, partidos políticos y Parlamento*, 2ª ed. Madrid: Colex, 2008, p. 170).

en una Cámara de cien miembros, en la cual 51 fueran de la coalición A y 49 de la coalición B, la coalición A podría acaparar todos los cargos de la Mesa.

En la posibilidad real o ficticia de que ello ocurra influyen dos variables: a) el diseño reglamentario de la Mesa y b) la forma de elección de sus miembros, particularmente la de los Vicepresidentes y de los Secretarios. Me referiré a ambas.

a) El modo en que el Reglamento parlamentario dispone la conformación de la Mesa puede ser significativo desde el momento en que, en uso de su potestad de autogobierno –que le confiere autonomía organizativo-funcional para definir libremente el número y la forma de elección de los componentes de sus órganos rectores sin otro límite que el sometimiento a la Constitución¹²- la Cámara puede diseñar una Mesa pequeña, en la que sólo tenga cabida la mayoría, o una Mesa con el suficiente número de cargos que hagan posible la inclusión de la minoría en ella.

Dentro de esta autonomía, la Cámara podría ir más lejos y adoptar soluciones como reservar en el propio reglamento un número cierto de tales cargos a la minoría, de modo que los asuman los miembros más votados de ésta, o derechamente establecer la presencia de todos los grupos parlamentario en la Mesa, incluso prescindiendo de la proporcionalidad antes dicha¹³.

Varios países han diseñado las Mesas de sus Asambleas Legislativas conformadas por un número reducido de parlamentarios, lo que se aprecia especialmente en el ámbito iberoamericano. Por ejemplo, la Cámara de Representantes de Colombia y el Senado del mismo país tienen una Mesa de sólo tres miembros (1 presidente y 2 vicepresidentes)¹⁴. En Argentina, tanto la Cámara de Diputados como el Senado tienen una Mesa de cuatro integrantes (1 presidente y 3 vicepresidentes)¹⁵; la misma integración la exhiben la Mesa Directiva del Congreso de la República de Perú¹⁶ y la Mesa de la Cámara de Senadores de Uruguay¹⁷. Con un miembro más se presenta la Cámara de Representantes de Uruguay (1 presidente y 4 Vicepresidentes)¹⁸.

Obviamente existen Parlamentos con Mesas numerosas, como Italia y Francia¹⁹ y, en el ámbito iberoamericano, Bolivia y Ecuador²⁰. Dentro de ellos, algunas con un número variable de integrantes, casos de El Salvador y México²¹.

En todo caso, dos límites simples han de tenerse siempre en consideración en este diseño: la finalidad de dirección técnica que ha de asumir la Mesa, más que

¹² PUNSET, R. *Estudios parlamentarios Madrid*: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 115-120.

¹³ Según SANTAOLALLA (*op. cit.*, p. 168), no es tan relevante que los cargos de la Mesa se distribuyan en forma proporcional entre los Grupos Parlamentarios, pues para eso están todos los demás órganos de la Cámara, como la Junta de Portavoces, las comisiones y otros.

¹⁴ Chile. Art. 40 de la Ley 5, de 1992, por la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes.

¹⁵ Chile. Art. 2 del Reglamento de la Cámara de Diputados y art. 2 del Reglamento del Senado.

¹⁶ Chile. Art. 33 del Reglamento del Congreso de la República.

¹⁷ Chile. Arts. 17 y 18 del Reglamento de la Cámara de Senadores.

¹⁸ Chile. Arts. 12 y 13 del Reglamento de la Cámara de Representantes.

¹⁹ En Europa están el *Ufficio di Presidenza* en Italia, con dieciséis miembros tanto en la *Camera dei Deputati* como en el Senado, y el *Bureau de l'Assemblée Nationale* francesa, con 22 integrantes.

²⁰ La Directiva de la Cámara de Diputados de Bolivia tiene 7 integrantes (art. 33 de su reglamento), y el mismo número exhibe el Consejo de Administración Legislativa de la Asamblea Nacional de Ecuador (art. 9 de la ley orgánica de la Función Legislativa).

²¹ En El Salvador, la Junta Directiva de su Asamblea Legislativa, además del presidente, tiene un número de Vicepresidencias y Secretarías “de conformidad con el protocolo de entendimientos que acordarán los grupos parlamentarios al inicio del respectivo período legislativo”, según el artículo 11 del Reglamento de la Asamblea Legislativa. México exhibe una de las Mesas más numerosas en el ámbito iberoamericano, también con número variable. Su Cámara de Diputados tiene una Mesa Directiva que integran el presidente, 3 vicepresidentes “y un secretario propuesto por cada Grupo Parlamentario”, que actualmente son 7 (art. 17 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos). Su Senado, en cambio, tiene un número fijo de 8 miembros (art. 62 de la misma ley).

de representación política, y un número de cargos no excesivo, “pues los colegios demasiado numerosos tardan más en tomar un acuerdo y su funcionamiento puede hacerse excesivamente complejo” y farragoso; en definitiva, ineficaz²².

Obviamente, por tratarse de una regulación autónoma de la Cámara en virtud de las normas contenidas en su propio reglamento, el diseño de la Mesa podrá ver ampliado o restringido el número de sus integrantes, según lo decida la mayoría que cuente con los votos para su modificación. Pero está claro que una Mesa estrecha entraña la participación de la coalición minoritaria en ella.

b) El otro aspecto que incide en la composición de la Mesa es la forma de elección de sus miembros, pues tal conformación dependerá de si se trata de elecciones uninominales o plurinominales, del tipo de voto –múltiple o limitado- y del quórum.

Las Mesas se conforman con el presidente, dos o más vicepresidentes y, allí donde se establezcan, secretarios y cuestores²³.

La elección del presidente no ofrece problema, por tratarse de un órgano unipersonal, de modo que resultará elegido el parlamentario que obtenga mayor cantidad de preferencias individuales, siempre que alcance la mayoría absoluta o la relativa, según lo exija el Reglamento, y se proceda o no a una segunda votación, de ser necesario. Por tratarse de un solo cargo, se escribe solo un nombre en la papeleta de votación.

En cambio, la forma de elección de los vicepresidentes sí es importante, y más cuanto mayor sea su número, por la influencia que la elección tendrá en la composición más o menos plural de la Mesa, toda vez que el grado de participación de la minoría y, en definitiva, la representatividad de la Mesa dependerá del modo de elección. A este respecto pueden presentarse las siguientes situaciones:

1) En primer término, el Reglamento puede contemplar que cada vicepresidente sea elegido en una votación única, individual, por mayoría absoluta o simple. De esta forma, en la elección de cada vicepresidente la mayoría tendrá la posibilidad de imponerse, de lo que resultará una Mesa absolutamente monopartidista, en la que ningún miembro de la minoría llegará a estar presente, independientemente del número de cargos por elegir.

2) Idéntico resultado se dará cuando el Reglamento establezca la elección simultánea de todos los vicepresidentes con voto múltiple, en la cual cada parlamentario podrá anotar en la cédula tanto nombres como cargos por proveer. Es la misma situación anterior, pero concentrada en un solo acto.

3) Un tercer escenario posible es el de la elección plurinomial en un solo acto, pero con voto limitado, de forma que cada parlamentario solo puede escribir un nombre en la cédula de votación, independientemente del número de puestos

²² TORRES MURO, *op. cit.*, p. 168. El mismo autor relata que esas consideraciones que he entrecomillado impulsaron a la Cámara de Diputados francesa a deshacer en 1932 una resolución del año anterior que configuraba un *Bureau* de un Presidente, 8 vicepresidentes, 16 secretarios y 3 cuestores. En España se discutió entre 1977 y 1982 la ampliación del número de miembros de la Mesa para dar cabida a todos los Grupos Parlamentarios, a partir de la iniciativa de la Bancada Comunista para ampliar de cuatro a seis el número de secretarios.

²³ Los cuestores son los responsables de los asuntos administrativos y económicos que afectan directamente a los diputados y a sus condiciones de trabajo. Son miembros de la Mesa, generalmente sólo con derecho a voz, facultados para presentar propuestas de modificación o reformulación de textos relativos a las reglamentaciones adoptadas por la Mesa. Existen en Francia, Italia y en el Parlamento Europeo.

por llenar, produciendo así que los candidatos con mayor número de preferencias ocupen los cargos disponibles. Al tener cada diputado únicamente un voto se impide la acumulación de preferencias en un candidato respecto de cada cargo por llenar, posibilitando la selección de diputados de las facciones minoritarias. Esto podría realizarse sin hacer imperativa la proporcionalidad ni la presencia de todas ellas en la Mesa, o bien exigiendo tal proporcionalidad, según opte el reglamento. Existe otra modalidad de voto limitado que produce similar resultado, consistente en escribir más de un nombre en la papeleta, pero en todo caso menos nombres que el número de plazas por cubrir, de manera tal que siempre quedarán cargos en poder de la minoría.

En todas estas variantes ha de considerarse asimismo el quórum exigido para alcanzar el cargo, aunque lo normal es que, salvo el de presidente, se exija mayoría simple, por lo que no debiera haber nuevas votaciones, salvo los casos de empate.

Todo lo dicho respecto de los vicepresidentes es igualmente predicable de los secretarios y de los cuestores.

En el ámbito comparado se observa que las formas de elección de los miembros de la Mesa son variadas, de modo que no siempre se integra en ellas a la minoría opositora, de lo que resulta que en algunos casos todos los componentes de esa pequeña Mesa pertenecen a la mayoría parlamentaria o a la coalición mayoritaria. En esta situación se encuentran la Cámara de Diputados de Argentina, donde la elección de todos los cargos de la Mesa es simultánea con voto múltiple, y la del Congreso de Perú, que establece la elección de su Mesa Directiva por listas y el quórum de mayoría simple de los presentes²⁴. También es posible observar la solución contraria en Ecuador, México, Colombia y Bolivia, donde se asegura a la minoría la presencia en la Mesa²⁵, e incluso sistemas en los que se exige la presencia de todos los grupos parlamentarios en la Mesa, como en Italia e, indirectamente, en Francia²⁶.

Un caso único en los tópicos analizados lo constituyen las Mesas de las Asambleas Legislativas de Chile, en las cuales no se da ninguna de las dos condiciones que considero esenciales para calificar de democrático y pluralista ese órgano cameral, toda vez que las dos ramas de su Congreso Nacional cuentan con las Mesas más estrechas de todos los Parlamento conocidos y en ambas la fórmula para su elección es la plurinominal con voto múltiple. En efecto, la Mesa de la Cámara de Diputados de Chile está conformada por tan solo tres miembros: el presidente, el primer vicepresidente y el segundo vicepresidente.

²⁴ Peru. Art. 12 del reglamento del Congreso de la República del Perú.

²⁵ En Ecuador, los vocales del Consejo de Administración Legislativa de la Asamblea Nacional, aunque se eligen por votación individual y requieren mayoría absoluta, deben elegirse “de entre asambleístas pertenecientes a diferentes bancadas legislativas” (art. 10 de la ley orgánica de la Función Legislativa). También está el caso de la Cámara de Diputados de México, expuesto en nota precedente. Colombia, por su parte, impone por ley la participación de las minorías en las Primeras Vicepresidencias de las Mesas Directivas de Senado y Cámara (art. 40 de la citada ley 5, de 1992). El caso más llamativo es el de Bolivia, por cuanto el Reglamento parlamentario señala expresamente cuántos y cuáles cargos del total de la Directiva corresponden al bloque de la mayoría (en su Cámara de Diputados, de los siete miembros, la Presidencia, la Primera Vicepresidencia y la Primera y Segunda Secretarías) y cuántos y cuáles al de la minoría (la Segunda Vicepresidencia y la Tercera y Cuarta Secretarías). Lo mismo se predica del Senado (cuatro cargos corresponden a la mayoría y dos a la minoría). (Art. 33 del Reglamento General de la Cámara de Diputados y del Reglamento de la Cámara de Senadores).

²⁶ El artículo 5.3 del Reglamento de la Cámara de Diputados de Italia establece que “*nell'Ufficio di Presidenza devono essere rappresentati tutti i Gruppi parlamentari esistenti all'atto della sua elezione*”. En la Asamblea Nacional Francesa, el artículo 10.2 de su Reglamento establece que “*l'élection des vice-présidents, des questeurs et des secrétaires a lieu en s'efforçant de reproduire au sein du Bureau la configuration politique de l'Assemblée*”.

Lejos de tener el carácter de órgano rector de la Cámara –que derechamente el Reglamento no se lo atribuye-, más bien es un órgano colaborador del presidente, cuyos integrantes lo subrogan en caso de ausencia. En la norma y en la práctica es un órgano que tiene poca importancia, siendo sobrepasada en cuanto órgano colegiado por la reunión conjunta de los jefes de los Comités Parlamentarios, de la cual, en todo caso, forma parte.

Estimo oportuno hacer presente que la relegación de la Mesa a un segundo plano (a la zaga del presidente y de los Comités) es contradictoria con la forma en que se hace valer la responsabilidad por los actos de sus integrantes, toda vez que el Reglamento de la Cámara de Diputados exige que la reclamación por sus conductas se formule contra la Mesa y no contra el miembro responsable individualmente considerado (artículo 22 RCD).

Posiblemente, esa generalización a la hora de exigir la responsabilidad de los miembros de la Mesa mediante la petición de su cese, que pudiera parecer injusta a primera vista, encuentra justificación precisamente en la forma de composición de la Mesa y en el modo de elección de sus integrantes. Porque los tres miembros de la Mesa son elegidos en una sola votación con voto múltiple no limitado, de forma que cada diputado emite un voto por cada uno de los cargos por elegir (artículo 44 RCD), lo que ocasiona –como lo adelanté- que los tres cargos de la Mesa terminan siendo ocupados por diputados de la facción parlamentaria o de la coalición mayoritaria, sin consideración de la minoría, la cual queda marginada de todo tipo de toma de decisiones en esta instancia, situación que muchas veces redundante en una actitud crítica, cuando no hostil, hacia los miembros de la Mesa²⁷.

En los tópicos en estudio la regulación española se muestra ejemplar. La Mesa del Congreso de los Diputados, sin ser voluminosa, es amplia: presidente, cuatro vicepresidentes (dos en el Senado) y cuatro secretarios (arts. 30.2 RC y 5.1 RS); y la votación es plurinominal con voto limitado (art. 37.2 RC), por lo que cumple con dos condiciones esenciales para permitir la presencia de la minoría en la Mesa, lo cual es garantía de fluidez del trabajo parlamentario. Es una norma acertada, a pesar de que algunos autores²⁸ consideren que dicha composición no es excesivamente amplia –la comparan con la de otros Parlamentos europeos-, lo cual creen que desvirtúa el principio de proporcionalidad, y que el voto limitado no impide a los dos grupos mayoritarios ocupar casi la totalidad de los puestos de la Mesa²⁹, situación que se ha

²⁷ Desde la reinstalación del Congreso Nacional en Chile en 1990 hasta 2002 siempre la Presidencia y la Primera Vicepresidencia la ocuparon diputados de la mayoría oficialista, mientras que la Segunda Vicepresidencia la cedieron a la minoría opositora, todo ello como producto de un acuerdo político que permitió contar con una Mesa de administración, más institucional que política. En 2002 se puso fin a esa práctica, de modo tal que entre ese año y 2008 la mayoría marginó de la Mesa a la minoría. En un esfuerzo por restablecer la sana costumbre que se había seguido en los primeros años tras la recuperación de la democracia –pero sin restar valor al hecho del alejamiento de la coalición gobernante de 5 diputados en 2008- la minoría parlamentaria ganó en 2009 la Presidencia de la Cámara de Diputados y la Primera Vicepresidencia, dejando a la mayoría únicamente la Segunda Vicepresidencia, ocupada por un socialista. La elección presidencial y parlamentaria de diciembre de 2009 produjo la alternancia en el Gobierno y el cambio de mayoría en la Cámara de Diputados. Y se ha vuelto a la misma mala práctica, pero ahora con signo inverso: durante el período 2010-2014 los tres cargos de la Mesa han estado ocupados por diputados de la coalición parlamentaria mayoritaria.

²⁸ GARCÍA-ESCUDERO, P. y PENDÁS, B. “Comentarios al artículo 72”. *Comentarios a la Constitución Española*. Oscar Alzaga Villaamil (director). Madrid: Edersa, 1998. p. 440. Tomo VI. Asimismo, SORIANO DÍAZ, R. “El Parlamento demediado. ¿Controla, legisla y representa?”. *Derecho y conocimiento: anuario jurídico sobre la sociedad de la información y del conocimiento*. Universidad de Huelva: Facultad de Derecho, 2001. p. 180. Vol. 1. Este autor considera que las minorías en la Mesa del Congreso ni siquiera tienen asegurada la presencia, pues su inclusión depende de la buena voluntad de los grupos parlamentarios.

²⁹ Esta última opinión se puede verificar si se atiende a la conformación de la Mesa del Congreso español elegida en diciembre de 2011, la cual quedó integrada por 5 diputados del Grupo Popular, 3 del Grupo Socialista y 1 del Grupo Catalán *Convergència y Unió* Disponible en internet <<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos>>.

superado en la práctica mediante “pactos de gobierno” –cuando no existe mayoría absoluta- o mediante la simple cesión de algunos puestos, pero sin dejar el grupo mayoritario de asegurarse la mayoría de la Mesa.

4 CONCLUSIONES

La integración plural de la Mesa como garantía del respeto y protección de las minorías constituye un pilar fundamental del juicio democrático que pueda efectuarse sobre una determinada asamblea legislativa. Se trata de un contenido del Derecho Parlamentario en estrecha conexión con otras importantes garantías de las minorías parlamentarias que inciden directamente en su intervención en el procedimiento legislativo, tales como la admisión de sus proyectos de ley, proyectos de acuerdo, enmiendas y otros tipos de escritos parlamentarios, de manera que esa función será tanto más jurídica, apolítica y objetiva cuanto más ampliamente estén representadas en la Mesa las distintas bancadas parlamentarias, siempre que, claro está, esa función la tenga asignada la Mesa y no sólo su presidente.

Además, la integración plural de la Mesa hará que la minoría –muchas veces una minoría bastante mayoritaria- ponga menos obstáculos al desempeño de la Mesa, al figurar en ella uno de sus diputados.

Extrapolando la doctrina del Tribunal Constitucional español (STC 32/1985, FJ 2º), podemos concluir que la composición no proporcional o, al menos, no plural de un órgano ligado a la organización interna de una cámara parlamentaria resulta constitucionalmente inaceptable.

En el caso de Chile, por imperativo de los principios democrático y representativo, se impone la necesidad de transformar en pluralistas las Mesas de sus Cámaras Legislativas. No me cabe duda de que una Mesa con integración plural podrá ejecutar sus competencias en mejores condiciones, sobre todo porque previamente habrá considerado el punto de vista de todas las opciones políticas presentes en ella.

A diferencia de otros países, en España las Mesas en cuanto a órganos de dirección existen no solamente respecto de la Cámara, sino también de las Comisiones, lo que demuestra el avanzado nivel de resguardo de las minorías parlamentarias. Y es que en una materia políticamente tan delicada como la creación de la ley, que es la creación de la voluntad del Estado, no debe jamás perderse de vista el carácter del Derecho Parlamentario como garante de los derechos de la minoría parlamentaria situada en la oposición al Gobierno. En esa perspectiva, el examen de admisibilidad de proyectos y enmiendas gozará de las garantías de imparcialidad e independencia si es realizada por una Mesa de integración plural en lugar del presidente. Esto es tanto más relevante para el sistema parlamentario español, por cuanto no consagra mecanismo alguno que permita el cese forzado del cargo de presidente de la Cámara o de una Comisión, mientras que en la Mesa de conformación multipartidaria existe a lo menos el control recíproco que proviene del intercambio de opiniones entre mayoría y minoría.

En Chile, las actuaciones de los presidentes de las Cámaras y de las Comisiones han estado alejadas de comportamientos arbitrarios, básicamente porque, además del control de la ley por el Tribunal Constitucional, existe la posibilidad de presentar una censura contra la Mesa (en la Cámara, art. 22 RCD) o el presidente (en la Comisión, art. 209 RCD), la cual, de aprobarse, conlleva la cesación en tales cargos. Y aunque su aprobación sea difícil por requerir los votos de la mayoría, sí tiene un efecto político y mediático que toda autoridad prefiere evitar. No obstante ese recto proceder, permitir la integración plural de la Mesa y conferirle tareas más relevantes en el procedimiento legislativo completaría el marco protector de las minorías parlamentarias en el área legislativa, elevando las garantías al alto nivel en que se encuentran los derechos de las minorías parlamentarias chilenas en el área del control del Gobierno.

II

La Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Un desafío permanente

Alfonso Pérez Guiñez*

Sumario

1 Introducción – 2 Aspectos históricos – 3 La biblioteca hoy – 4 La Biblioteca Parlamentaria mañana, ¿dónde?

Resumen

A 130 años de la fundación de la Biblioteca del Congreso Nacional se hace un alto en el camino para recordar cómo llegó la cultura a Chile y cómo fue plasmada en diversos soportes en varios territorios chilenos. La creación de los primeros textos chilenos y otros traídos en barco de lugares diversos permitieron nutrirse de ejemplares a las distintas bibliotecas que iban apareciendo en torno a los centros de pensamiento y cultura. A continuación la mirada se centra en el génesis de la Biblioteca en 1883 inspirado por el diputado Montt y como con el transcurrir del tiempo esta se va modernizando y aumentando su capital humano, permitiendo embarcarse en proyectos de gran envergadura como la Enciclopedia de Chile (inconclusa). La buena gestión de sus diferentes directoras, su innovación constante, el apoyo permanente de los parlamentarios, así como el uso de las nuevas tecnologías virtuales han permitido crear un banco de datos legales (Ley Chile), la Asesoría Técnica Parlamentaria y servir de fuente para numerosos políticos, parlamentarios, académicos y estudiosos, constituyéndose en una de las mejores Bibliotecas parlamentarias del mundo, donde trabajan 240 personas. Pero la mirada va más allá y se proyecta hacia el mañana, desarrollando proyectos en colaboración con el Ministerio de Obras Públicas para la construcción de la Biblioteca Parlamentaria de Santiago, orientada al ciudadano y cumpliendo una misión educativa, cultural y social.

* Profesor de Historia y Geografía, analista de Sistemas, cientista social. Estudios en la Universidad de Chile y Metropolitana de Santiago de Chile; Universidad de Leipzig, Alemania; Diplomado y Máster, Universidad de la Sorbonne, Francia. Director de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

At 130 years since the founding of the Library of the National Congress, we pause to recall how this repository of culture developed in Chile and how it was enshrined throughout the various territories of Chile. The creation of the first Chilean texts, combined with other texts brought by ship from places all over the globe, provided the first material for the collections of the libraries that were springing up in the centers of thought and culture in Chile. Later, in 1883, inspired by the vision of Deputy Montt, the focus shifted to the creation of a national library. Over the course of time, this national library has modernized and improved its human capital, allowing it to embark on large-scale projects, such as the Encyclopedia of Chile (unfinished). The astute management of its directors, the constant emphasis on innovation, the consistent support of the parliamentarians, and the incorporation of new virtual technologies have enabled it to create a legal database (Ley Chile), to perform its technical advisory services to the Congress, and to serve as a valuable source of information for innumerable politicians, parliamentarians, academicians and scholars. With a staff of 240 employees, it has become one of the best congressional libraries in the world. But the vision goes beyond the present and extends into the future. In collaboration with the Ministry of Public Works, several projects are being carried out, including the construction of the Parliamentary Library of Santiago, a library whose educational, cultural, and social mission will be oriented to serving the citizenry.

1 INTRODUCCIÓN

Este año, la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile cumplirá 130 años de fundada. Su existencia ha sido una auténtica aventura pues durante este tiempo no solo ha vivido todo tipo de experiencias, desafíos, retos y aprendizajes si no que además su estructura física ha sufrido con terremotos e incendios y, sin embargo, aun se yergue con audacia desafiando al futuro.

Han pasado las décadas y nuestra biblioteca ya no es el depósito que atesoraba libros, folletos y publicaciones periódicas, si no que con el paso de tiempo se fue modernizando y sin haber cambiado su estructura original y tradicional ha ingresado en la era digital.

Ya no es aquel Edén que imaginaba el escritor Jorge Luis Borges: “Siempre imaginé que el paraíso sería algún tipo de biblioteca”¹; hoy es mucho más. Es una ventana al universo donde la información, documentación, textos y libros, que celosamente han estado guardados físicamente en papel, inexorablemente, va desapareciendo para dar paso a la biblioteca digital a la que se puede acceder desde cualquier lugar del planeta por medio de *Internet* con sólo un clic a distancia.

Siempre se ha asociado el concepto de biblioteca a los libros y estos tienen una historia y una trayectoria que en nuestro continente se remonta al 12 de octubre de 1492 cuando irrumpe inesperadamente lo que se ha denominado: “El encuentro de las dos culturas”. Una cultura llegada desde el Viejo Mundo, plena de ambiciones y espíritu de conquista, y otra que perpleja observaba como arrasaban con sus

¹ ZAFRA, R. *Un cuarto propio conectado: (Ciber) espacio y (auto) gestión del yo*. Madrid: Fórcola, 2010. p. 115.

patrimonios, su historia, sus creencias, se llevaban sus riquezas y veía resignada como el orden que habían construido durante siglos se derrumbaba inexorablemente.

Uno de los hechos que se debe destacar es que esta cultura conquistadora, junto a la cruz y a la espada, lo que trajo consigo fue el libro, elemento fundamental para el conocimiento y desarrollo de la cultura. Los primeros textos llegan a América con los primeros colonizadores. La monarquía favoreció su circulación eliminando los impuestos de exportación. Curiosamente sólo se mantuvo el derecho de avería, destinado a pagar los gastos ocasionados por la flota que debía proteger a los navíos de los ataques de piratas y corsarios².

Aunque los aborígenes no eran alfabetos, en el Imperio Inca se logró crear un rudimentario sistema nemotécnico, denominado *quipus*, que mediante cuerdas de lana, servía para el registro de censos, cosechas y ganado; se cree que también fue una forma de escritura que permitía dejar de alguna forma estampado para el recuerdo la historia, canciones y poemas de los pueblos andinos, y también determinar la presencia de los astros en el firmamento. Muchos de estos *quipus* fueron destruidos por los conquistadores, pero aún se conservan poco más de 700 y hasta la fecha no se han podido descifrar; lo que representan continúa siendo un misterio³.

Así, también es un misterio lo que siglos después encontraron los navegantes en Rapa Nui, las tablillas parlantes, hasta hoy indescifrables, pues su significado se perdió cuando los hombres que lo conocían fueron llevados a Perú como esclavos, a la explotación del guano. Al morir estos aborígenes, lejos de su tierra natal, ese conocimiento se perdió irremediamente y hoy son sólo objeto de museos⁴.

Sin embargo, el libro ha sido el instrumento fundamental para el conocimiento de nuestro país. Las primeras noticias impresas sobre nuestro territorio aparecieron en la obra del italiano Antonio Pigafetta, que describe la travesía que, en el año 1520, realizó la expedición de Hernando de Magallanes por el estrecho que lleva su nombre⁵.

Junto a Pedro de Valdivia vino en la expedición el soldado y literato Gerónimo de Vivar, quien escribió *Crónica y relación copiosa y verdadera de los reinos de Chile*, redactado en 1558 y que incluye una detallada descripción de los primeros años de la Conquista. El texto original se perdió y solo se encontró a mediados del siglo XX, siendo publicada por primera vez el año 1966⁶.

Más tarde, Alonso de Ercilla y Zúñiga, escribe *La Araucana*, publicada en Madrid en tres partes en los años 1569, 1588 y 1589; la obra motivó al insigne humanista Andrés Bello a declarar que: "Chile es el único de los pueblos modernos cuya fundación ha sido inmortalizada por un poema épico"⁷.

Posteriormente, el jesuita Alonso Ovalle publica en Roma en 1643 su *Histórica relación del Reyno de Chile y de las misiones y ministerios que ejercía en él la Compañía de Jesús*, como respuesta a la ignorancia general que encontró en el Viejo Mundo

² GUARDA, G. *Historia urbana del reino de Chile*. Santiago: Andrés Bello, 1978. p. 223.

³ PORRAS BARRENECHEA, R. *El legado quechua. Indagaciones peruanas*. Universidad Mayor Nacional de San Marcos. Lima, 1999. p. 161.

⁴ KLEIN SCHWARZ, O. *Iconografía de la Isla de Pascua*. Valparaíso: Universidad Santa María, 1988. p. 157.

⁵ PIGAFETTA, A. *Primer viaje en torno al globo*. Buenos Aires: Francisco de Aguierr, 1997. 207 p.

⁶ VIVAR, G. *Crónica y relación copiosa y verdadera de los reinos de Chile*. Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina. Santiago, 1966. 232 p.

⁷ TORECHIO, D. *Hechos de Chile*. Santiago: Sociedad Filatélica de Chile, 1982. p.165.

sobre nuestro país. Fue traducida al italiano en 1646 y al inglés en 1704⁸.

Así fueron surgiendo nuevos textos de autores como Diego Rosales quien escribió la *Historia General del Reino de Chile, Flandes Indiano*⁹; el prisionero entre los mapuches Francisco Núñez de Pineda y Bascuñan escribe *Cautiverio feliz*, primera novela chilena¹⁰; el obispo de Santiago fray Gaspar de Villarroel escribió el primer tratado jurídico *Gobierno eclesiástico-pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio*, constituyéndose en el más completo de Derecho Canónico americano. Se publicó en Madrid entre 1656 y 1657 y se reimprimió en 1738¹¹. Una monja de claustro, sor Ursula Suárez, fue nuestra primera escritora, por orden de su confesor, en 1708, redactó la *Relación de las singulares misericordias que el Señor ha usado con una religiosa indigna esposa suya*¹².

No sólo en tiempos coloniales se publicaba en Madrid u otras ciudades de Europa. Se cree que el primer impreso nacional fue un opúsculo de ocho páginas denominado *Modo de ganar el Jubileo Santo*, de un tamaño ínfimo (72 x 133 milímetros), publicado en Santiago en 1776, que fue encontrado en el año 1910 por Ramón Arminio Laval, funcionario de la Biblioteca Nacional, que llegó a ser subdirector de la misma¹³.

Quizás un ejemplar de esta pequeña obra estuvo en lo que puede considerarse la biblioteca más notable de la época y que perteneció al licenciado Francisco Pérez de Bercedo, compuesta por: “2058 libros grandes y pequeños con sus estantes con 90 cajones”¹⁴. La primera biblioteca pública perteneció al obispo Manuel de Alday, quien al fallecer en 1788, la legó al Cabildo eclesiástico de Santiago, al que dotó de una pequeña renta para pagar a su bibliotecario y los útiles de escritorio, con el fin de que dos días a la semana se permitiera la libre consulta de las obras que en ella existían y tomar notas de las mismas¹⁵. A ello deben sumarse las bibliotecas de los conventos, monasterios y de la Universidad de San Felipe.

La influencia de la Ilustración a través de autores como Voltaire, Diderot, Rousseau y Montesquieu fueron abriendo las mentes en los llamados sectores cultos que fueron cada vez más propensos al proceso emancipatorio. Al finalizar el siglo XVIII diversas personalidades tuvieron importantes bibliotecas. José Antonio Rojas había traído con autorización la Enciclopedia y libros de Montesquieu, Rousseau, Bayle y Holbach¹⁶. En su biblioteca fueron hurtados dos textos; en un periódico publicado en la denominada Patria Nueva, ofrecía un premio por la devolución del “primer tomo de la Historia Universal, por una sociedad de letrados ingleses, y traducida al francés. El tomo 10 de la Historia de los viajes en francés [...] algunos otros tomos de varias obras interesantes [...]”¹⁷. Manuel de Salas, que fuera primer director de la Biblioteca Nacional, trajo desde España diversos libros, algunos de ellos le fueron

⁸ OVALLE, A. *Histórica relación del reino de Chile y de las misiones y ministerios que ejercita en él la Compañía de Jesús*. Santiago: Instituto de Literatura Chilena, 1969. 503 p.

⁹ ROSALES, D. *Historia general del reino de Chile, Flandes indiano*. Editorial. Santiago: Andrés Bello, 1989. vol 2.

¹⁰ NÚÑEZ DE PINEDA Y BASCUÑÁN, F. *Cautiverio feliz y razón individual de las guerras dilatadas en Chile*. Santiago: Universitaria, 1973. 191 p.

¹¹ VILLARROEL, G. *Gobierno eclesiástico-pacífico y unión de los dos cuchillos pontificio y regio*. Madrid, 1738. vol 2.

¹² SUÁREZ, U. *Relación autobiográfica*. Santiago: Biblioteca Nacional:Academia Chilena de la Historia, 1984. 275 p.

¹³ ÁVILA MARTEL, A. *El modo de ganar el Jubileo Santo y las imprentas de los incunables chilenos*. Santiago: Universitaria, 1976. 55 p.

¹⁴ HANKE, L. *History of Latin American civilization: sources and interpretations*. Londres: Methuen & Co Ltd., 1969. p. 41.

¹⁵ EYZAGUIRRE, J. *Historia de Chile*. Santiago: Zigzag, 1977. p.295.

¹⁶ *ib.*

¹⁷ CHILE. *Gazeta de Santiago de Chile*. Nº 15. Santiago: Imprenta del Gobierno, 27 septiembre de 1817. p. 8.

quitados en Madrid, por la Inquisición, pues su distribución estaba prohibida. Rojas y Salas fueron auténticos representantes del espíritu de la Ilustración¹⁸.

En la alborada de la emancipación nacional surgieron diversas instituciones que hasta ahora son básicas en el desarrollo del país. El primer Reglamento Constitucional de 16 de octubre de 1812, decretó la libertad de imprenta. En su artículo 23 establecía: “La imprenta gozará de una libertad legal; y para que ésta no degeneren en licencia nociva a la religión, costumbres y honor de los ciudadanos y del país se prescribirán reglas por el Gobierno y el Senado”¹⁹.

El 13 de febrero de ese año apareció el primer periódico *La Aurora de Chile* dirigido por el fraile Camilo Henríquez, quien tuvo la ayuda de Mateo Armando Hoevel, ciudadano sueco, naturalizado en Estados Unidos, quien había llegado al territorio nacional al promediar el año 1810. A comienzos de 1811, Camilo Henríquez, encargó una prensa a Nueva York y se contrató a los operarios que se necesitaban para manejarla. La imprenta y tres tipógrafos estadounidenses llegaron a Valparaíso en la fragata Galloway, el 24 de noviembre de 1811. Estos operarios fueron contratados por el Gobierno con un sueldo de mil pesos anuales cada uno. Sus nombres eran Samuel Burr Johnstone, Williams A. Burbidge y Simon Garrison. También se contrató a Alfonso J. Benítez para que sirviera de intérprete²⁰.

Pero, ¿cuál fue el primer libro publicado en Chile? Según el historiador Diego Barros Arana fue la obra del patriota mexicano Servando Teresa de Mier *Carta de un americano al español en Londres sobre su número XIX*, publicada en Santiago, en 1812. En ella se refuta lo que había publicado el periódico *El Español*, en Londres, en contra de la independencia de Venezuela²¹.

Un año después, el 19 de agosto de 1813, en *El Monitor Araucano* se publicaba la Proclama de la fundación de la Biblioteca Nacional y en ella se hacía un llamado a los ciudadanos para que donaran libros para su fundación²².

Otro hito significativo fue la creación del Instituto Nacional el 10 de agosto de 1813, que había sido presentado previamente en sesión del Congreso Nacional, de 7 de noviembre de 1811, por el diputado fray Camilo Henríquez: “El gran fin del Instituto es dar a la Patria ciudadanos que la defiendan, la dirijan, la hagan florecer y le den honor”²³.

Nuevas instituciones y normas legales fueron apareciendo en el Chile independiente a favor de la cultura y los libros. La Constitución promulgada el año 1833 en su artículo 12 señalaba: “La Constitución asegura a todos los habitantes de la República y en su número 7: “La libertad de publicar sus opiniones por la imprenta, sin censura previa, y el derecho no poder ser condenado por el abuso de esta libertad, sino en virtud de un juicio en que se califique previamente el abuso por jurados, y se siga y sentencia la causa con arreglo a la ley”²⁴. En 1846 se publicó la Ley sobre

¹⁸ *Op. cit.* Nº 15.

¹⁹ Reglamento Constitucional provisorio del Pueblo de Chile, suscrito por el de la capital, presentado para subscripción a las provincias, sancionado y jurado por las autoridades constituidas. Santiago: Imprenta del Gobierno, 1812. p. 9.

²⁰ SILVA CASTRO, *Prensa y periodismo en Chile (1812-1956)*. Santiago: Universidad de Chile, 1958. p. 9 - 11.

²¹ MEDINA, J. *Bibliografía de la imprenta en Santiago de Chile desde sus orígenes hasta febrero de 1817*. Santiago: Fondo Histórico y Bibliográfico José Toribio Medina, 1960. p. 33.

²² *El Monitor Araucano*. Nº 57. Santiago: Imprenta del Gobierno, 19 de agosto de 1813. p. 215.

²³ *Sesiones de los Cuerpos Lejislativos de la República de Chile 1811 a 1845*. Santiago: Imprenta Cervantes, 1887. p. 174.

²⁴ VALENCIA AVARIA, L. *Anales de la República*. Santiago: Andrés Bello, 1986. p. 175. Tomo I.

Abusos de Libertad de Imprenta, que en su artículo 6 señalaba: “Todo ultraje hecho por la prensa a la moral o a las buenas costumbres, será castigado con una prisión de un mes a tres años y una multa de cincuenta pesos a quinientos”²⁵.

En 1871 se edita en París, la obra *Chile Ilustrado* de la autoría de Recaredo Tornero, allí se daba cuenta de la situación de las Bibliotecas en Santiago: la Biblioteca Nacional en la época contaba con 42.000 textos; el Instituto Nacional nueve mil volúmenes; la Universidad de Chile con cinco mil libros y continuaba con la de los Tribunales de Justicia, del Seminario Pontificio y cuatro bibliotecas conventuales, la más importante de ellas la de Recoleta Dominica con unos 18.000 textos²⁶.

En ese ambiente surgió en 1882 la Biblioteca del Congreso Nacional por iniciativa del diputado por Petorca don Pedro Montt Montt²⁷, quien llegó a la Primera Magistratura entre los años 1906 y 1910, falleciendo aquejado de una grave enfermedad en la ciudad de Bremen, Alemania, el 16 de agosto de ese año, poco días antes de celebrarse el Primer Centenario de nuestra Independencia.

Sólo en la Sesión Extraordinaria del Senado de 1883 se le nombró por primera vez como Biblioteca del Congreso Nacional; en el acta de la Comisión Bicameral que estudiaba el Presupuesto de la Nación para 1884, se consigna: “La comisión cree que sería conveniente que se refundan en una sola, las bibliotecas de ambas Cámaras, y en consecuencia propone que la glosa de este ítem (3º de la Partida 34) se altere por la siguiente: Para el fomento de la Biblioteca del Congreso”²⁸.

Hoy, después de 130 años de vida, existe unanimidad en académicos, profesionales e historiadores que la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile reúne el mayor acopio de información relacionada con ciencias jurídicas y sociales del país, cumpliendo un destacado papel en la asesoría de nuestro Poder Legislativo.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA BIBLIOTECA

En Chile el proceso de cambio de paradigma cultural y político no es novedad, ya en tiempos de la Colonia el acceso a los libros era muy limitado y controlado, no obstante a finales del siglo XVIII ya se habían establecido, en América, ciertos canales de acceso a textos de la vanguardia ilustrada europea²⁹. Así por la vía de los libros, se rompe la visión inamovible del medioevo, por el movimiento de la Ilustración, “la lucha contra la tradición y las formas religiosas, colocando como eje de la preocupación al hombre y su libertad, pusieron en jaque las estructuras políticas del Antiguo Régimen. La ley, el constitucionalismo, la separación de los poderes del Estado, la soberanía ciudadana, el contrato social, los derechos del hombre, la libertad, la igualdad serían conceptos que adquirieron materialización con el proceso revolucionario de 1789 en Francia, inspirados, por cierto, en el ejemplo independentista estadounidense, que

²⁵ ANGUIITA, R. *Leyes promulgadas en Chile, desde 1810 hasta el 1º de junio de 1912*. Barcelona: Imprenta, Litografía i Encuadernación, 1912. p. 478. Tomo I.

²⁶ TORNERO, R. *Chile ilustrado: guía descriptivo del territorio de Chile, de las capitales de provincia i de los puertos principales*. Valparaíso: Librerías i agencias del Mercurio, 1872. p. 97 y 98.

²⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *1883-2003, 120 años de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Santiago: La Nación, 2004. p. 25.

²⁸ *Sesiones extraordinarias de la Cámara de Senadores en 1883*. SENADO. Santiago: Imprenta Nacional. p. 7.

²⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *op.cit.*, p. 18.

atravesaron continentes para llegar a las tierras americanas por la vía de los libros”³⁰.

A partir de 1810 un mar de ideas invade el territorio de Chile, se observa un ensanchamiento de las conciencias y un cuestionamiento a todo el sistema que desemboca en el gran proceso emancipador de América. “[...] en la segunda mitad del siglo comenzaron a formarse los primeros partidos que darán sustento a la vida política y a la representación parlamentaria. Por cierto que todos estos procesos se llevaron a cabo a través de múltiples expresiones organizativas, formales e informales, públicas y privadas, literarias y jurídicas. Queremos señalar con esto, que el liberalismo republicano ilustrado, tuvo una gran variedad de canales de manifestación, a través de agentes culturales, impresores, viajeros, libreros, pintores, escritores y poetas. Entre tertulias, sociedades de la igualdad, logias masónicas, clubes de la reforma, fueron consolidándose y difundiéndose ideas y valores republicanos y democráticos a través de una generación de jóvenes intelectuales inquietos, ávidos lectores, escritores prolíficos, críticos y disconformes. Destacados representantes de esta generación fueron José Victorino Lastarria, Jacinto Chacón, Eusebio Lillo, Manuel Antonio Matta, Miguel Luis Amunátegui, Diego Barros Arana, Gregorio Víctor Amunátegui, Benjamín Vicuña Mackenna, Joaquín Blest Gana, por nombrar sólo algunos”³¹.

Cuando se funda la Biblioteca del Congreso Nacional, nuestro país estaba inmerso en la Guerra del Pacífico y según el censo de población realizado en 1885, en el país vivían poco más de 2.500.000 personas, de ellos el 28,9% de la población mayor de cinco años era alfabeto. En el departamento de Santiago un 50% de la población sabía leer y el porcentaje de quienes escribían era algo menor, solo uno por cada 2,3 habitantes, mayores de cinco años³².

En 1883, su impulsor entusiasta, el diputado Pedro Montt Montt, recorría Europa comprando textos, tomando contacto con las bibliotecas de Europa, conversando con los intelectuales de la época. Sin embargo, el navío que traía los libros desde Liverpool, Inglaterra, naufragó el 20 de septiembre de 1884, en las cercanías de Punta Arenas, salvándose los pasajeros, la tripulación y la carga³³, que comprendía cuatro cajones con libros destinados a la Biblioteca³⁴.

Al año siguiente se contrata el primer funcionario para la institución, el abogado Manuel Lecaros Reyes, que asume con un sueldo de mil pesos anuales. Fue reemplazado por el egresado de la carrera de Derecho Arturo Alessandri Palma, quien se desempeñó entre los años 1890 y 1893. Fue el período que enfrentó en una cruenta Guerra Civil al presidente José Manuel Balmaceda y sus partidarios contra las fuerzas congresistas. Al finalizar su gestión la Biblioteca imprimió el primer catálogo de su fondo bibliográfico que contó con la colaboración de Adolfo Labatut, ayudante de Alessandri, y los diputados Pedro Montt y Abraham Gacitúa³⁵.

³⁰ *ib.*

³¹ VÁSQUEZ VARGAS, D. “De libros y Bibliotecas: o el valor detrás del correcto gobernar”. En: Biblioteca del Congreso Nacional. *op.cit.*, p. 18 y siguientes.

³² Oficina Central de Estadística. *Sesto Censo Jeneral de la Población de Chile, levantado el 26 de noviembre de 1885*. Santiago: Imprenta La Patria, 1899-1890. p. 862.

³³ VIDAL GORMAZ, F. *Algunos naufragios ocurridos en las costas chilenas desde su descubrimiento hasta nuestros días*. Santiago: Imprenta Elzevieriana, 1901. p. 575 y 578.

³⁴ Cámara de Diputados. Sesiones ordinarias de la Cámara de Diputados. Santiago: Imprenta Nacional, 1884. p.44.

³⁵ Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago: Imprenta Nacional, 1893. 323 p. Catálogo.

Arturo Alessandri, futuro presidente de Chile, fue reemplazado por Adolfo Labatut, quien había estudiado leyes sin recibirse, asumió en 1893, pero su gestión se obstaculizó cuando el 18 de mayo de 1895 un voraz incendio destruye completamente la Biblioteca, salvándose sólo algunos libros dañados por la acción del fuego y el agua de los bomberos, Gran parte del archivo del Congreso Nacional desapareció bajo el fuego³⁶.

Adolfo Labatut, entre los años 1920 y 1921, editó un nuevo catálogo, destacando que el fondo bibliográfico es cercano a los 50.000 ejemplares y definiendo en su prefacio cuál es el papel de la Biblioteca: "Es preciso tener presente que esta es una Biblioteca destinada, principalmente, a facilitar los estudios legislativos y, en general, los estudios de las ciencias sociales"³⁷. Este carácter ha sido el que a través del tiempo ha asumido la institución, como asesora del Poder Legislativo.

La década de los años 20 en nuestro país no fue fácil. En 1924 el presidente Alessandri renunció a la Primera Magistratura, retomando el poder seis meses más tarde. Al año siguiente dictó una nueva Constitución Política, cuya particularidad más significativa fue la separación de la Iglesia del Estado; al finalizar el año 1925 asume Emiliano Figueroa Larraín la Presidencia de la República, pero finalmente entrega el poder, en 1927, al coronel Carlos Ibáñez del Campo, cuyo mandato se extendió hasta 1931, viviendo el país una cruel represión política y las consecuencias de la depresión que asolaba el planeta.

El abogado Jorge Ugarte Vial asume como director de la Biblioteca durante el convulsionado año 1931. Fue un período de inestabilidad institucional que concluye en 1932 cuando ocupa por segunda vez Arturo Alessandri, la Presidencia de la República.

Su labor como director de la Biblioteca fue laboriosa y audaz. Elaboró un sistema de catálogos que hasta ahora se extienden, como legislación nacional; labor parlamentaria e historia de la ley³⁸. Por ello aumentó, por medio de diversas leyes, la planta del personal. Por medio de la Ley N° 6.627, en 1940, se aumentó a quince los funcionarios³⁹ y cinco años más tarde, por la Ley N° 8.283 los empleados llegaron a cuarenta y dos⁴⁰.

En 1948 el director de la Biblioteca viajó invitado durante tres meses a Estados Unidos, invitado por el Departamento de Estado, para dar a conocer la metodología usada en los catálogos por él creados, que curiosamente fueron aplicados por la Biblioteca del Congreso de Washington, en 1950⁴¹.

³⁶ *El Ferrocarril*. Santiago, 19 de mayo de 1895. p. 1.

³⁷ LABATUT, A. *Catálogo de la Biblioteca del Congreso Nacional*. Santiago: Imprenta Cervantes.

³⁸ *Op. cit.* N° 27. p. 43 y 44.

³⁹ GOBIERNO DE CHILE. Diario Oficial, 2 de octubre de 1940. p. 1.

⁴⁰ *ib.* 24 de septiembre de 1945. p. 1.

⁴¹ *Op. cit.* N° 27. p. 47.

La Enciclopedia Chilena (*)

El proyecto más ambicioso del período que dirigió Jorge Ugarte Vial la Biblioteca fue la creación de Enciclopedia Chilena cuyo principal objetivo fue ser una herramienta fundamental para aprovechar y conocer las riquezas naturales y culturales de nuestro país, que fue financiada a través de la Editorial Jurídica de Chile.

En su elaboración participaron notables investigadores y académicos de la época. La monumental obra se desarrolló durante 22 años, entre 1948 y 1970. Inicialmente se había proyectado su publicación el año 1964, pero ello no fue posible y, por su elevado costo, en enero de 1971 el proyecto definitivamente se suspendió.

Su carácter exhaustivo la llevó al colapso final. Tal como fue concebida, como obra científica especializada y única en su tipo determinó que no pudiera adecuarse a las transformaciones y avances científicos. La multiplicidad de artículos especializados impidió que estos pudieran actualizarse conforme al desarrollo del país.

El trabajo reunido significó 120.000 artículos que abarcaban unas 20.000 páginas. Hoy, los archivos, mapas, fotos, papeles y legajos reunidos se encuentran en dependencia de la Biblioteca del Congreso Nacional y algunos de ellos han sido liberados y se encuentran en las páginas de *Wikipedia*.

(*) DURÁN, M. *La Enciclopedia Chilena como ideologema de Nación 1948-1971*. Inédito.

En 1969 asumió como Director de la Biblioteca el arquitecto Isidro Suárez Fanjul, cuya gestión terminó abruptamente con los acontecimientos de septiembre de 1973. A pesar del escaso tiempo que duró su cometido incrementó y diversificó el fondo bibliográfico; realizó publicaciones y organizó los grupos de trabajo para la atención prioritaria del legislador.

Entre los años 1974 y 1990 fue director de la Institución el abogado y ex diputado Jorge Iván Hübner Gallo; durante su administración se inició la automatización de los catálogos bibliográficos y, creándose un banco de datos jurídicos.

Base de datos legal del Congreso Nacional (Ley Chile)

En 1982 no existía Parlamento, las leyes se dictaban a través de la Junta de Gobierno, que reemplazaba al Congreso Nacional. En una de sus sesiones se propuso crear un banco de datos legales y curiosamente su principal impulsor fue el almirante José Toribio Merino quien, en sesión de 4 de noviembre de 1982, señaló al respecto: “La idea no es nueva para mí, porque la había estudiado ya y considerando que [...] los Poderes (del Estado) tienen que tener la información adecuada para poder ejercer aquello que la Constitución les exige, creo que es indispensable contar con esta información, la información de lo que se ha dictado, leyes, la jurisprudencia que hay [...] Es algo que es indispensable, que podamos tener un computador ahí en que se aprieten dos o tres teclas y se pueda leer en él sobre tal y cual materia y se pueda consulta inmediatamente para poder seguir una disposición de una ley [...]”*.

Paulatinamente, se fue poblando la base de datos. En una primera etapa se abarcaron todas las leyes posteriores a 1973 y en una segunda todas las normas legales anteriores a ese año que estuvieran vigentes. Se daba importancia a aquellas normas que requerían las comisiones legislativas y aquellas con altas probabilidades de ser solicitadas, para continuar con el resto de las disposiciones legales.

El Sistema de banco de datos legales y jurisprudenciales se inauguró el 4 de noviembre de 1986. A fines de los años 80, el sistema operaba con cinco bases de datos: textos actualizados, modificaciones, texto original, jurisprudencia administrativa y normas administrativas. Hoy todas las bases de datos están reunidas.

Hoy, es la base de datos jurídicos más completa y consultada del país, con más de 20.000 visitas diarias y más de 260.000 textos legales completos, entre los que se encuentran los Códigos de la República actualizados y en formato digital.

(*) Actas de sesiones de la Honorable Junta de Gobierno, 1982-1987. Inéditas, en poder de la Biblioteca del Congreso Nacional.

En 1990, con la llegada de la democracia, la Biblioteca como organismo asesor del Parlamento tuvo un espacio en el edificio del Congreso Nacional, en Valparaíso, y asumió como directora la bibliotecaria Ximena Feliú Silva quien asumió el desafío de reinstalar la Biblioteca como entidad de servicios de información y conocimiento para un Congreso en pleno ejercicio. Con el apoyo de un crédito del Banco Mundial renovó la plataforma computacional del sistema bibliográfico y del sistema jurídico legislativo; instaló redes de comunicaciones y amplió y modernizó el equipamiento disponible para los funcionarios. Además, condujo los primeros proyectos para

una *web* de la Institución. Le correspondió iniciar las asesorías parlamentarias para generar productos y servicios con valor agregado para los parlamentarios y sus colaboradores.

El año 2003 fue reemplazada por Soledad Ferreiro Serrano, quien al asumir fue invitada a realizar un salto cuántico en los productos, servicios y procesos de la Biblioteca. A ella le correspondió la formación y consolidación de las asesorías técnicas parlamentarias, con el apoyo de un crédito del BID. Su gestión dejó algunos importantes legados: asesoría técnica parlamentaria consolidada y respetada; portales y gestión tecnológica de punta, con *web* de datos, digitalización de recursos; integración de información. Los portales de la institución estuvieron entre los más usados, citados y requeridos en el país. Finalizó su gestión el 13 de septiembre de 2012.

3 LA BIBLIOTECA HOY

Las salas de lecturas, de valor patrimonial cultural e histórico invaluable, son visitadas y han pasado todos los líderes políticos del país, como también abogados y altos funcionarios del Poder Ejecutivo y Legislativo, Contraloría General de la República, Banco Central, Tribunal Constitucional, gran parte de la comunidad académica y diplomática nacional, constituyéndose en un referente de relevancia en el área política, jurídica y legislativa.

La Biblioteca ha sido una institución innovadora por esencia, tanto por la calidad de sus colecciones bibliográficas y documentales, como por sus sistemas de recuperación de información, sus servicios de referencia especializada, la integración de tecnología digital y por último sus servicios virtuales.

Sus recursos humanos han experimentado cambios cuantitativos y cualitativos de importancia mayor, desde constituir en sus inicios un grupo pequeño de funcionarios letrados dependientes del Senado, hasta llegar hoy a más de 240 personas en que destacan bibliotecólogas, periodistas, abogados, ingenieros y científicos sociales, en su gran mayoría con estudios de postgrado.

En su devenir los cambios más importantes de la Biblioteca se han producido durante los últimos años como producto del surgimiento acelerado de las tecnologías de la información y el surgimiento de nuevas formas de relaciones humanas. Sus cambios no han sido fáciles no obstante de verse favorecida con un apoyo permanente de los parlamentarios.

Luego de la reapertura del Congreso Nacional en 1990, sus prioridades fueron fundamentalmente sus recursos humanos, donde se hizo una inversión importante en capacitación, reestructuración, encasillamiento de su planta, reintegro de funcionarios exonerados, distribución de los mismos en dos sedes, mejoramiento de remuneraciones. Enseguida entre los años 1992 y 1998 se inició una etapa de modernización con fondos de la Comunidad Económica Europea y el Banco Mundial con integración de tecnologías de las comunicaciones e informática, que permitió saltos cualitativos y cambios radicales de cultura laboral. La etapa siguiente correspondió a la adecuación de la infraestructura en las sedes de Valparaíso y

Santiago, adquisición de depósitos de libros y adecuación de espacios de una bodega situada en calle Santo Domingo, en la comuna de Santiago.

El año 2003 con fondos del BID se produce un nuevo impulso a la modernización con el desarrollo de sistemas sofisticados de información, inversión en capacitación, ingreso de profesionales altamente calificados, adquisición de tecnologías de punta posicionando a la Biblioteca como un referente mundial de las bibliotecas parlamentarias. Destacan las áreas de arquitectura de la información, Ley Chile, servicios virtuales, atención a la ciudadanía, certificación ISO: 9001-2008, entre muchas otras.

Entre 2007 y 2012 los parlamentarios optan por fortalecer significativamente el servicio de asesoría parlamentaria que ofrece la Biblioteca, este proceso, no exento de dificultades, luego de cinco años ha mostrado sus frutos con una cobertura del 100% en Comisiones del Senado y Cámara de Diputados y más de 4.000 documentos entregados anualmente.

Debido al enorme crecimiento en infraestructura, demanda de servicios, dotación de personal, requerimiento cuantitativo y cualitativo de información relacionada con la agenda legislativa de los parlamentarios, complejidad de una estructura organizacional que no responde a la realidad de la institución, incremento del presupuesto, adquisición de una sede para atención preferencial en calle Catedral en el centro de Santiago y, por sobretodo, la necesidad de una gestión de calidad y administración moderna de todos los recursos, se optó por revisar íntegramente el departamento de administración y finanzas, profesionalizando su dotación, revisando sus procesos, coordinando permanentemente con el Senado y la Cámara de Diputados los aspectos técnicos, acentuando rigurosamente la transparencia y probidad pública, revisión de sus actividades presupuestarias y desarrollar las áreas de auditoría interna y la figura del fiscal interno con el fin de responder a las demandas de supervisión de la Honorable Comisión de Biblioteca, compuesta por los presidentes de ambas Cámaras y a las políticas de rendición de cuentas y transparencia pública.

Las estadísticas, productos, servicios, usuarios, servicios virtuales, parlamentarios de ayer y de hoy, nos confirman como una institución que cumple sus compromisos establecidos en su misión y cumplimiento de sus metas operacionales año a año.

4 LA BIBLIOTECA PARLAMENTARIA MAÑANA, ¿DÓNDE?

En la última década, los cambios en el planeta, pusieron de relieve a nuevos actores y a nuevos fenómenos políticos, la masificación de tecnología ha supuesto la democratización de la creatividad.

Hace rato ya que entramos a vivir con un nuevo ritmo, en todas las esferas del quehacer del hombre. Este ritmo nos entrega una percepción general de una aceleración de la historia, o de la compresión del tiempo, y que se puede expresar también, como la percepción del incremento de la velocidad de los cambios, que ocurren a todo nivel y en todos los ámbitos del quehacer humano, lo que constituye

uno de los fenómenos característicos de lo que estamos viviendo. A tal punto que algunos especialistas, hace años ya, hablan de una verdadera mutación de la especie humana, una superposición de una nueva especie, (mutantes, bárbaros) sobre nuestro ciudadano tradicional hijo de la “civilización” del siglo XX. Como lo dice Alessandro Baricco: “Podría ser [...] el normal duelo entre generaciones, los viejos que se resisten a la invasión de los más jóvenes, el poder constituido que defiende sus posiciones acusando de bárbaros a las fuerzas emergentes, y todas esas cosas que siempre han ocurrido y que ya hemos visto mil veces. Pero esta vez parece distinto. Por regla general se lucha por controlar los puntos estratégicos del mapa. Pero aquí, de una forma más radical, parece que los agresores están haciendo algo mucho más profundo: están cambiando el mapa. Tal vez ya lo han cambiado”⁴².

A su vez el senador Carlos Cantero, nos explica: “El cambio de *ethos* afecta la ética, la estética y la emocionalidad de la sociedad, se alteran las relaciones temporo-espacial con la emergencia del espacio y tiempo virtual; el mundo analógico interactúa paralelamente con el mundo digital, se derrumban los megarelatos, afectando las visiones religiosas, ideológicas, culturales, sociales, políticas y espirituales. La sociedad moderna muta hacia una sociedad postmoderna, como dirá Jean Francois Lyotard, la sociedad industrial cambia hacia la sociedad postindustrial como nos plantea Alain Touraine. La interrogante que surge entonces; ¿se trata de una época de cambios? o, en realidad, ¿de un cambio de época?”⁴³

Así dichas las cosas, entonces no es necesario buscar, cuando las evidencias están al alcance de los ojos, de las manos, los oídos o en las experiencias cotidianas, el ciudadano se enfrenta a nuevas relaciones, a nuevas formas de convivencia, Internet constituye actualmente la base tecnológica de la forma organizativa que caracteriza a la era de la información: la red.

En la sociedad en red, se han borrando las líneas de demarcación tradicionales y resultando más delicada a escala mundial la identificación de las fronteras. La región, la localidad, el territorio, la nación, el Estado se elevan sobre la imaginación en una realidad virtual y ponen, en muchos casos, en cuestión las prácticas políticas tradicionales.

¿Cómo controlar los conflictos dentro de esta nueva realidad? Sus gobernantes tratan de estar al desafío de esta mutación y en ese contexto, la modernización del Estado sigue siendo un desafío para todos los actores políticos y continúa siendo un gran desafío del país⁴⁴.

Imperativo es entonces que las instituciones se adapten a este ritmo de los cambios. En este contexto se habla de la crisis del Parlamento, pero no se contextualiza desde esta perspectiva, sus críticas no se concretan o no se logran especificar lo suficiente en este aspecto, como tampoco diferencialmente sus causas y consecuencias.

⁴² BARICCO, A. *Los Barbaros, ensayo sobre la mutación*. Barcelona: Anagrama, 2008. p. 13.

⁴³ CANTERO, C. (ed.) *Desarrollo e implementación de la gestión del conocimiento en el Parlamento de Finlandia*, Riitta Suurla, Markku Markkula y Olli Mustajärvi, Oy (trad.) Helsinki: Ab, 2002. p. 13

⁴⁴ MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. *Calidad de la democracia, transparencia e instituciones públicas*. Santiago de Chile: Lom, 2009.

La pregunta es si ¿el papel que desempeña el Parlamento seguirá siendo esencial para el sistema real?; ¿será capaz de resolver lo que viene en esta mutación?; si ha perdido un papel, o ha asumido otros, ¿está cuestionada su naturaleza, su posición en el sistema o la viabilidad y coherencia de éste?

La política virtual, que será la “intercreatividad” de los cerebros conectados por *internet* en busca de soluciones reales y virtuales para ser aplicados en el mundo real concreto donde habitan los nuevos ciudadanos, (cibiontes⁴⁵, bárbaros, mutantes) ejerciendo una democracia directa, utilizando sistemas de consulta ciudadana *on line*. ¿Contribuirá a resolver esta crisis?

Esta pregunta también la propone el senador Guido Girardi: “ [...] yo creo que esa es la nueva contradicción que hay además de la contradicción de libertad e igualdad, que sigue presente, [...] es la contradicción entre este mundo vertical, este mundo de visiones autoritarias, de visiones centralistas *versus* un mundo que emerge, de visiones distribuidas, de visiones más horizontales y que son mucho más colaborativas. Aquí hay una atención y yo creo que la estamos viviendo, dentro de una sociedad que emerge [...] y que emerge intentando reponer valores de bien común, de visiones de valores fundamentales, de solidaridades, de empatía, que trata de ponerse en el lugar del otro, y para mí lo que está emergiendo es una contra civilización, ¿por qué? Porque la civilización de siglo XX se terminó y que bueno que se terminó y yo lo que creo es que tenemos que salir rápido de la segunda Revolución Industrial y entrar a lo que podríamos llamar una tercera Revolución Industrial, pero que implica una reglobalización. Lo que nosotros tenemos es una occidentalización que es hija de este mundo lineal, que es hija de este mundo concentrado, es hija de este mundo vertical, es hija de esta visión autoritaria, estos pensamientos jerarquizados, de los cuales somos rehenes y no vamos a poder salir y por lo tanto, podemos hacer el esfuerzo todos. Desafío planetario de entender que hoy tenemos otra escala y por eso que, de los elementos positivos y negativos, el juez Baltasar Garzón planteaba el problema de cómo vamos a enfrentar un mundo complejo con *Internet*, cuando todas las cosas tengan un mini tag, un chip y estemos georeferenciados todo el tiempo, vamos a perder a veces nuestro sentido o nuestra posibilidad de mantener aspectos de derechos humanos que van estar en cuestión porque vamos a estar siempre observados. Pero también *Internet* nos está permitiendo volver a tener una escala de vida que es la escala biosférica, para mí es muy importante, yo creo que una parte que ha sido castradora de esta visión de los nacionalismos, y donde yo creo nosotros tenemos que pasar definitivamente a una política, que tiene como escala la biósfera, tiene como escala el planeta, que tiene que ver con diluir el planeta, que tiene que ver con sentirnos parte de una comunidad integrada, tal vez una nueva relación intra especie, que yo creo que a nosotros nos ha venido faltando y esta promoción de derecho humano, que no tienen, no excluyen la diferencia si no que justamente, se enriquecen de la diferencia”⁴⁶.

Como vemos , la política se estaría mudando hacia un nuevo escenario, este escenario se instala en una sociedad en tiempo comprimido o alta velocidad, que

⁴⁵ El cibionte es la figura, en cierto sentido metafórica, de un hombre que coevoluciona con su entorno tanto biológico (ecosfera) como informacional (infosfera) y tecnológico (ecosfera). DE ROSNAY, J. *L'homme symbiotique Seuil*, 1995.

⁴⁶ GIRARDI LAVÍN, G. II Congreso del Futuro. Ciencia, tecnología, humanidades y ciudadanía. Discurso de Apertura. Congreso Nacional de Chile. Enero 2013.

la llamamos sociedad de la información, con un ciudadano “bárbaro”, “mutante”, “cibionte” y bajo reglas que deberíamos imaginarnos que son las de la democracia de la sociedad real; En otras palabras, debiéramos imaginarnos, que la sociedad de la información debería heredar, del sistema democrático que hemos conocido hasta hoy, ¿sus mecanismos?, ¿sus reglas?, ¿sus códigos? , ¿sus tradiciones? o definitivamente será una nueva democracia con nuevas instituciones, ahora virtuales, las que reemplazaran las fatigadas y a veces incapaces instituciones que hemos conocido, de nuestro mundo real. Nuestras estructuras políticas, hasta la fecha no han integrado ni la aceleración del tiempo, ni los hábitos administrativos ni políticos, ni la mentalidad para seguir la evolución de las tecnociencias. ¿Estaremos retrasándonos en esta materia o definitivamente retrocediendo?

Lo que no debiera modificarse, por el contrario consolidarse y profundizarse, es lo mas noble de estas instituciones a saber, su ética, su moral, su sabiduría, su derecho, su virtudes, sus principios de justicia, libertad, Igualdad. Todas las cuales conviven en las sociedades reales y virtuales.

Ahora bien ¿Cómo mejorar, la eficiencia y la gestión interna de una organización en transición hacia “una nueva civilización”? Lo que debe privilegiarse es una propuesta que entiende la modernización como cambio de la cultura organizacional, aprender a aprender y aceptar el cambio como algo definitivamente permanente. ¿Cómo modernizar (adaptar) lo que es propio del Poder Legislativo?. Lo que debe privilegiarse aquí son las propuestas que prevean escenarios de globalidad, de un mundo de territorios y de comunidades virtuales, de naciones reales y de regiones y estados virtuales, ya que los problemas se trasladaran cada vez mas, hacia el consumo de productos soft y por el acceso a los productos de consumo de la sociedad de la información. Es decir, CONOCIMIENTO, privilegiar propuestas intercreativas para los procesos sociales, políticos y económicos que se manifiestan en el país y las interacciones e influencias que se ejercen entre ambos espacios.

Ese es el escenario, de la Biblioteca que estamos pensando, una Institución con los pies en la tierra y un espacio virtual de producción y gestión de oportunidades de conocimiento, para nuevos ciudadanos y parlamentarios desafiados por las complejidades de la nueva civilización.

La Nueva Biblioteca Parlamentaria de Santiago

La Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) se encuentra trabajando en un interesante proyecto, en conjunto con el Ministerio de Obras Públicas, se trata del diseño de una nueva Biblioteca Parlamentaria orientada al Ciudadano, se trata de un proyecto de biblioteca pública parlamentaria que será un lugar fundamental de integración social y vinculación ciudadana.

Este lugar debería estar abierto, en jornadas que permita ser visitada en horarios cómodos a los ciudadanos, y compartir un espacio de información cívica que el Congreso Nacional pone a disposición de las personas.

Nuestro objetivo principal con la construcción de esta Biblioteca Ciudadana, es que se constituya en un lugar de acceso al conocimiento de forma interactiva, utilizando nuevos recursos tecnológicos que cumpliría una misión educativa, cultural y social esencial, que debiera seducir nuevos públicos (los que no entienden la política) diversificando sus colecciones y dinamizando espacios de consulta e investigación. Es un acto de voluntad de democratización cultural.

Queremos innovar con acciones inéditas en talleres temáticos, exposiciones, debates, manifestaciones literarias, proyección de videos y espectáculos, queremos dar a conocer la riqueza cultural de nuestro país, considerado los aspectos territoriales, constitución de la nación, formación del Estado, fundamentalmente el rol del Poder Legislativo, el sistema democrático y potenciar la Educación cívica.

La nueva Biblioteca Ciudadana del Congreso Nacional, será un espacio diferente al modelo tradicional que se tiene en el imaginario colectivo de "Biblioteca". Queremos crear un espacio especializado del poder legislativo para atender al público desde una perspectiva de formación cívica y cultural, proporcionándole información del país en su triple dimensión como nación, territorio y Estado, en diversos soportes que permitan acercar el Parlamento a los ciudadanos.

III

Los actuales desafíos regionales en Chile: ¿Nueva regionalización o más descentralización?*

Egon Montecinos Montecinos**

Sumario

1 Introducción – 2 Antecedentes – 3 Por qué somos tan centralistas. La historia de conflictos y centralismo – 4 Los intentos descentralizadores de 1810 a 1990. El origen y consolidación del centralismo – 5 Efectos e incentivos del centralismo y la regionalización en los niveles subnacionales – 6 Conclusiones y sugerencias de política pública

Resumen

Las reivindicaciones de los movimientos sociales en regiones, por una mayor autonomía y descentralización, son expresión del descontento respecto de la política regional por parte del Estado, que no considera a las regiones como sujetos políticos. A lo largo de la historia de Chile, el centralismo estatal siempre ha estado presente, pese a numerosos intentos de descentralización. La Intendencia, el Consejo Regional, cuyos integrantes están al servicio del Gobierno, por este designados, no son capaces de escuchar y de responder a las necesidades reales de las regiones, surgiendo el *lobby* como real alternativa. El proyecto regional actual al ser centralista, cerrado y elitista ha llevado a una fragmentación, menos cohesión territorial y mayor descontento por parte de regiones y provincias, incluso en el reparto económico del FNDP. Es necesario o bien una descentralización política y económica o bien un nuevo pacto territorial.

Abstract

The demands of the social movements in the regions for greater autonomy and decentralization are an expression of dissatisfaction with respect to the regional policies of the State, which do not consider the regions as political subjects. Despite

* Artículo ganador en la categoría de Académicos en el Concurso de Ensayos: "Regionalización, desafíos pendientes", convocado por la Academia Parlamentaria el segundo semestre de 2012.

** Vicerrector de Investigación y Postgrado, Universidad de Los Lagos.

numerous attempts at decentralization, there has been a long tradition of centralized state government throughout the history of Chile. The Intendancy, the Regional Council, whose officials are in the service of the government, and hence appointed by the president of the republic, are not capable of listening and responding to the real needs of the regions. Thus, the only real alternative is the lobby. The current regional project, which is centralist, closed, and elitist, has led to fragmentation, less territorial cohesion, and even greater discontent in the regions and provinces, including with regard to the economic distribution of the FNDR (the National Fund for Regional Development). What is needed is either genuine political and economic decentralization or a new territorial agreement.

1 INTRODUCCIÓN

La regionalización y la descentralización son conceptos distintos que en el lenguaje cotidiano tienden a confundirse o a homologarse con facilidad. No obstante, ambas representan dimensiones que son condicionantes para dos procesos fundamentales que se distinguen en la literatura del desarrollo regional: el desarrollo local/regional y el fortalecimiento democrático de las sociedades regionales/locales.

En este ensayo, la reflexión se focalizará principalmente sobre la dimensión democrática del desarrollo regional para explicar, en parte, el creciente descontento regional-histórico con el centralismo existente en Chile, reflejado en movimientos sociales como el de Aysén, Magallanes, Loa, Osorno, entre otros. Se indaga entonces sobre las razones de la existencia de la regionalización y descentralización actuales con el fin de plantear alternativas de mejoramiento.

La hipótesis que se sostiene es que los problemas “regionales” y “centralismo” en el Chile actual, se relacionan, tanto con la falta de reconocimiento de las regiones y provincias como “sujetos políticos” (regionalización) como con la escasa transferencia y distribución de poder político, administrativo y fiscal (descentralización) a organismo subnacionales (llámense: regiones, provincias y municipios).

Se sostiene que el modelo regionalizador ha fallado, porque nunca fue pensado para transformar a las regiones y provincias en sujetos políticos (por ejemplo mediante la elección de sus propias autoridades), por lo tanto, las medidas que se impulsan para promover la descentralización (o las diversas propuestas para su fortalecimiento) actúan sin reconocer las dinámicas políticas y los problemas locales/regionales que se desarrollan en el interior de ellas. Es decir, si los voluntarismos por descentralizar no enfrentan los problemas estructurales que hoy padecen las regiones (fragmentación intrarregional, disputas entre provincias, historicidad de regiones), no solucionará el problema de fondo.

Finalmente, el ensayo entrega algunas sugerencias de política pública en materia de regionalización y descentralización, siempre considerando que son dos conceptos que se interrelacionan entre sí, pero que son absolutamente diferentes en su forma y fondo.

El ensayo se estructura de la siguiente manera:

a) En una primera parte se hace la introducción poniendo especial énfasis

en el contexto actual y la diferencia entre ambos conceptos: regionalización y descentralización.

b) En la segunda parte se profundizan los elementos que sostienen que el centralismo es de carácter histórico y que está arraigado en nuestras principales instituciones políticas. Así también, se dan algunas indicaciones sobre los objetivos que persiguieron los intentos regionalizadores en Chile. Todo ello para defender el argumento que sostiene que nuestros males en materia de descentralización y regionalización no son de reciente origen.

c) En la tercera parte, se hace alusión a algunos incentivos y consecuencias que produce el modelo de descentralización actual en el comportamiento político de algunos líderes subnacionales (senadores, diputados y alcaldes) para demostrar que importa tanto el sujeto que se “descentraliza” (región, provincia, comuna), como el contenido de la descentralización (poder político, administrativo o fiscal).

d) En una cuarta parte, tomando como referencia las manifestaciones que provienen de regiones (Magallanes, Aysén, Freirina, Loa, Osorno), se sugieren algunas propuestas de política pública junto con algunas observaciones generales al proyecto de ley de la elección de consejeros regionales, que pueden servir para avanzar en las dos áreas aquí abordadas: descentralización y regionalización.

2 ANTECEDENTES

Las manifestaciones sociales y políticas que se han observado durante los últimos diez años en Calama, Valdivia, Chiloé, Aysén, Magallanes, Arica han surgido desde las provincias. En ellas han germinado manifestaciones, de corte reivindicatorio, por mayor autonomía y descentralización, por descontento en la forma de distribuir recursos y por el centralismo en la toma de decisiones políticas que afectan a las regiones. Para muchos puede ser síntoma del exacerbado centralismo que padecen las 15 regiones, 54 provincias y 345 comunas en Chile. Por cierto que es así, pero adicionalmente ello representa el debilitamiento de un modelo de desarrollo y crecimiento territorial, que en Chile se ha basado en las llamadas regiones, las 15 que conocemos hoy día, las cuales en tamaño y forma se comenzaron a configurar en 13 regiones a partir del año 1973.

Al no considerar esta doble causalidad, todas las medidas para resolver los problemas de regiones, parecen altamente contradictorias cuando se intentan resolver sólo con más descentralización hacia las 15 regiones administrativas. Con esta mirada parcial se tiende a dejar de lado el problema de fondo que desde 1973 estas padecen, donde no está claro para qué fueron creadas.

De acuerdo con la literatura regionalista¹, la Dictadura Militar lo tenía claro, ya que necesitaba regiones que, en su configuración geopolítica, pudieran garantizar la seguridad nacional del país. Para ser más preciso, las nuevas regiones y las capitales de ese entonces debían tener entre otras cosas un adecuado acceso: aéreo, marítimo

¹ BOISIER, S. “Chile: la vocación regionalista del gobierno militar”. Santiago: Eure, 2000. p.81-107.

_____. (2001). *La doctrina oculta de la descentralización chilena*. Biblioteca Virtual sobre Gestión Pública, 2001. <http://www.top.org.ar/publicac.htm>

y terrestre². Como consecuencia, ciudades fácilmente aislables como Valdivia, no servían como capitales regionales.

Antes del Gobierno Militar, las provincias habían sido creadas para potenciar el crecimiento y desarrollo territorial producto de la destrucción provocada por los terremotos que había sufrido Chile. Corfo y Odeplan se crearon bajo esa lógica.

¿Qué es lo que ha fallado entonces? Por un lado ha fallado la descentralización del poder político. Somos un país altamente centralizado en la toma de decisiones políticas que recaen en la Administración Pública. No obstante aquello, una condicionante relevante es que se agotó el modelo regionalizador basado en la actual configuración geopolítica y administrativa de las regiones.

¿Cuáles son sus principales características? Regiones con extensos territorios sin capacidad para tomar decisiones y formular políticas públicas pertinentes al territorio; alta fragmentación intrarregional que impide el diálogo entre los actores sociales y productivos de cada una de las provincias para construir proyectos regionales de desarrollo. Ejemplos sobran, Valdivia *versus* Osorno, *versus* Chiloé; Chillán/Concepción; Talca/Curicó; Calama/Antofagasta; San Antonio/Los Andes/Quillota.

Los liderazgos regionales en realidad son liderazgos provinciales y no han sido capaces de construir proyectos políticos cohesionados y conciliadores en sus regiones. Por el contrario, con la designación de autoridades regionales y provinciales, la percepción de lejanía con la ciudadanía es abismante. Por ejemplo, y de acuerdo con la encuesta Barómetro Regional del centro de investigación Sociedad y Políticas Públicas, de la Universidad de Los Lagos³, solo alcaldes y algunos diputados son conocidos de manera amplia por la ciudadanía regional. Las autoridades regionales, en cambio, son poco conocidas. Mientras a Juan Sebastián Montes (intendente de la Región de Los Lagos) lo conoce solo el 38% de la población de esa región, al intendente del Bío Bío lo conoce el 27% y al de Los Ríos, el 24% de la población⁴.

Dado que en Chile, el fortalecimiento de la democracia no pasa por una activa democracia regional, el foco principal está precisamente en estos espacios. ¿Para qué sirven entonces las regiones? En países unitarios como el nuestro, las regiones tienen un sentido desarrollista y compensatorio. El crecimiento y desarrollo territorial deberían ser sus principales objetivos. Adicionalmente, en los países democráticos, se estima que las regiones deben cumplir un papel de empoderamiento de la ciudadanía a través de la articulación de los actores locales de desarrollo, pero dada la falta de atribuciones, de fragmentación territorial, de liderazgo regional, no se logra. Asimismo, los instrumentos compensatorios de que dispone el Estado chileno, como por ejemplo el FNDR, están imbuidos del centralismo nacional y se replica en las regiones en relación a las provincias y comunas.

Si uno de los objetivos de la regionalización en Chile ha sido el crecimiento y el desarrollo equitativo, no deberían replicarse las desigualdades sociales en el territorio. Por ejemplo, entre los años 1993 y 2010, las diferencias regionales se incrementaron en un patrón del tipo centro-periferia. En 1992 solo dos regiones, la

² MONTECINOS, E. "Antecedentes sobre la relación histórica centralismo y descentralización en Chile". Venezuela: Revista Venezolana de Gerencia, julio-septiembre, 2005. p. 443-462.

³ CISPO Centro de Investigación sobre Sociedad y Políticas Públicas. 2011. Disponible en Internet: <<http://politicaspUBLICAS.ulagos.cl/wp-content/uploads/BAR%C3%93METRO-REGIONAL-12-10-2011.pdf>>.

⁴ *ib.*

de Antofagasta y la de Magallanes, presentaban un producto *per cápita* mayor a la Región Metropolitana, no obstante, ninguna presentaba un ingreso promedio de sus trabajadores superior al de la capital.

Para el año 2007, la mayoría de las regiones incrementó el producto; sin embargo, el ingreso promedio de los trabajadores de regiones disminuyó en comparación con el de los de Santiago, llegando en algunas regiones a ser inferior en un 60% promedio del de Santiago⁵. Las dos regiones ubicadas al norte y al sur del país tuvieron significativos aumentos en la producción, pero pequeños aumentos en el ingreso de sus trabajadores. Tal como lo plantea Patricio Aroca, en la última década se han incrementado las diferencias de ingresos promedio entre regiones, lo que ha implicado diferencias en el acceso a bienes públicos y también en oportunidades de desarrollo para sus habitantes, además de haberse incrementado las fuerzas concentradoras en torno a la Región Metropolitana.

Frente a este escenario, cabe entonces preguntarse cómo ha sido la actuación del Nivel Central para reducir estas desigualdades. Uno de los pocos instrumentos, quizás el más importante que el Estado chileno tiene para promover el desarrollo entre sus regiones, es el FNDR. Este establece como objetivo principal un programa de inversiones públicas, con finalidades de compensación territorial, para obtener un desarrollo territorial armónico y equitativo. Aunque el FNDR no es el fondo más importante para cada gobierno, sí es el único que tiene como objetivo reducir las diferencias regionales. Aún así, representa solo un 30% de la inversión pública efectiva en regiones, dado que existe un predominio notorio de los fondos sectoriales o ministeriales, equivalentes a cerca de un 70%. Incluso el mismo Patricio Aroca demuestra que en la distribución del FNDR entre 2003 y 2006, la región que más aumentó en ese período fue la Región Metropolitana (160%), mientras que en el resto de las regiones se incrementó, en promedio, un 44%; es decir, el fondo creado para reducir las desigualdades regionales ha aumentado en más del 100% para la región con mayores ingresos con respecto al resto de las regiones. Mientras que estas, que requieren un mayor gasto público para una mayor equidad territorial, reciben un porcentaje considerablemente menor.

Para explicar dicho fenómeno se puede recurrir a múltiples factores. No obstante, una razón muy importante es la histórica tensión que ha existido entre el Chile de las provincias con el centro político, que en los últimos 40 años desencadenó la nueva forma de organizar territorialmente el país: las regiones.

La actual configuración territorial tiene más componentes geopolíticos que sociopolíticos, lo que contradice a las actuales demandas por mayor poder, que corresponden a una configuración territorial sociopolítica asociada en algunos casos a las antiguas provincias⁶.

Al respecto, cabe la pregunta ¿vamos a entregar poder a las actuales regiones para seguir reproduciendo la desigualdad y fragmentación territorial que esta misma regionalización ha profundizado? Al contrario, es la oportunidad para revisar profundamente la actual regionalización, dado que el ordenamiento territorial actual también está en crisis.

⁵ AROCA, P. (2012). "Concentración y crecimiento en Chile: una relación negativa ignorada". Revista EURE. Vol 38. Núm. 114: mayo 2012, p. 257-277.

⁶ Pre CONAA en 1974.

Con esto se quiere indicar que Chile no solo padece problemas de falta de descentralización del poder, sino también los que provienen de los sujetos a quienes se les distribuye ese poder. Aunque son conceptos parientes, no significan lo mismo. La diferencia básica que existe entre regionalización y descentralización, radica en que la primera es el fondo y forma que se da un país para “organizar” territorialmente el poder. Por su parte, descentralización es la manera –amplia o restringida- de “distribuir” principalmente el poder político sobre aquella forma territorial en la que se ha organizado el país. Ambos conceptos son diferentes, pero están profundamente conectados y constituyen los instrumentos para perseguir un objetivo mayor.

Hoy nos enfrentamos a movimientos sociales regionalistas que demandan al Estado mayor incidencia en la toma de decisiones. Mi tesis es que el Estado chileno nunca ha organizado territorialmente el país en función de reconocer a las regiones como sujetos políticos capaces de decidir y/o incidir en la toma de sus propias decisiones. Por ejemplo, Pinochet regionalizó el país sobre base de criterios geopolíticos, con el objetivo de garantizar primordialmente la seguridad nacional. Antes de Pinochet, Corfo y Odeplan organizaron territorialmente el país para promover el desarrollo/crecimiento territorial. Ambos modelos requerían de un tipo de descentralización que no veía en las regiones un sujeto democrático que sirviera de contrapeso al interés de la élite política nacional. Posterior a la caída de Pinochet, la “regionalización” siguió tal cual, con la excepción de que en 2007 se crearon dos regiones por demanda de sus habitantes: la Región de Los Ríos y la Región de Arica y Parinacota, aunque sin modificar su diseño institucional. Ambas regiones se presentaron como “modelos” de un funcionamiento distinto al tradicional, no obstante, su dinámica ha sido similar a la de los últimos 20 años.

Es así como, en el modelo actual de regiones, se observa más fragmentación que cohesión territorial; cuestión que se traduce en constantes conflictos políticos intrarregionales (provincias *versus* región y/o capitales regionales *versus* capitales provinciales). Los llamados liderazgos regionales en realidad son provinciales, y no han sido capaces de construir proyectos políticos en sus regiones. Sumado a lo anterior, no se observa una élite política regional –salvo honrosas excepciones- que sirva de contrapeso a la élite nacional que ha ocupado cargos de representación popular en regiones. Por eso, no es extraño, que todas las demandas por mayor descentralización provengan de provincias empoderadas y descontentas con el Estado Central, pero también con su región original, por ejemplo, Valdivia, Arica (hoy regiones), Ñuble, Osorno, Chiloé y Loa.

Si en el debate actual no se asume que las actuales regiones no fueron diseñadas para ser sujetos de democracia y desarrollo, *ergo* de no revisar/modificar la actual regionalización, todos los esfuerzos por distribuir poder político seguirán resultando ambiguos para los ciudadanos.

Creo que Chile necesita más descentralización, pero también un nuevo pacto territorial que permita construir “regiones” en base a criterios socio-políticos, enmarcados en una nueva *regionalización democrática*. Nunca en nuestra historia regionalista las regiones o provincias han ocupado un rol protagónico en la construcción de los espacios políticos locales, muy por el contrario, la emergencia de

conflictos desde regiones ha ido configurando una regionalización que históricamente no le ha asignado a la ciudadanía de regiones el rol protagónico que hoy se observa demandan algunos territorios.

3 POR QUÉ SOMOS TAN CENTRALISTAS. LA HISTORIA DE CONFLICTOS Y CENTRALISMO

Los intentos para descentralizar el Estado pueden ser diversos y van desde propuestas eminentemente radicales que afectan la integridad misma del sistema de gobierno (pasar de unitario a federal), a propuestas de corte más administrativistas y que no cuestionan ni alteran la estructura fundamental de un sistema de gobierno, sino que más bien persiguen profundizar y perfeccionar al mismo (unitario descentralizado). Esta profundización y perfeccionamiento puede ser de carácter fiscal, político o administrativo.

Tal como lo indica Montecinos⁷, los intentos descentralizadores, o más bien, las reacciones al excesivo centralismo que ha tenido Chile, se pueden resumir en seis hechos que dan cuenta de ello y que reflejan las dos tensiones mencionadas más arriba:

- 1) El intento federalista de Infante de 1826
- 2) El intento federalista de León Gallo de 1859
- 3) El frustrado parlamentarismo chileno de 1891 a 1925
- 4) La primera regionalización de 1939 a 1970
- 5) La regionalización de Pinochet de 1973 a 1989

Las reformas político-administrativas de la Concertación de Partidos por la Democracia en la década de los 90.

El análisis de estos hechos permite deducir que el carácter administrativo que adopta la descentralización tiene su origen en 1925. A partir de esa fecha los intentos descentralizadores se pueden observar formando parte de una estrategia que utiliza el Estado chileno para fortalecer el proceso de modernización administrativa y de desarrollo económico del país, pero sin tener claro el tipo de regionalización que se requería para ello. Antes de 1925, los intentos descentralizadores provenían de las regiones y perseguían la distribución del poder político; a diferencia de los intentos descentralizadores, posteriores a 1925, que fueron motivados desde el propio centro nacional y que tenían como prioridad la desconcentración de funciones o descentralización administrativa.

Los primeros intentos descentralizadores son los de tipo político y provienen de movimientos regionalistas o federalistas, y desde 1810 (comienzo de la Independencia) hasta 1925. En este tipo de reacciones se encuentran los intentos federalistas de 1826, 1859 y el frustrado período parlamentarista de 1891 a 1925.

Los segundos intentos descentralizadores son los de tipo administrativo con vocación desarrollista y se pueden observar e identificar aproximadamente desde 1925 hasta la fecha. A diferencia de los primeros, éstos tienen un carácter vertical

⁷ MONTECINOS, E. *op. cit.*, 2005.

y surgen desde el propio centro político nacional desde donde se despliegan hacia todo el territorio nacional, independientemente, del tipo de regionalización que se adopte. Estos intentos se pueden ver reflejados específicamente a partir del año 1939 con la creación de la Corporación de Fomento de la Producción, Corfo, y en 1965 con la creación de la Oficina de Planificación Nacional, Odeplan, modelo reformado, pero consolidado por Pinochet de 1973 a 1989. En una etapa de construcción se encuentran los intentos descentralizadores postpinochetista en los 90. No obstante, estos se caracterizan por haber modificado levemente la regionalización y por un proceso más desconcentrado de funciones, en donde aún prevalece un factor vertical, centralista y administrativo.

Los intentos descentralizadores, de 1810 a 1925, dan cuenta de un estilo político adoptado por la descentralización asociada a movimientos federalistas y parlamentaristas en aquel período. Los intentos descentralizadores desde 1925 a la fecha, dan cuenta del estilo administrativo que a partir de esa fecha adoptó la descentralización asociada a una estrategia de desarrollo económico y de modernización administrativa impulsada por el propio Estado. Ambos estilos se acompañaron de una regionalización que daba a los territorios (llámese provincias o regiones) un rol pasivo y no los definía como promotores de su propio desarrollo.

4 LOS INTENTOS DESCENTRALIZADORES DE 1810 A 1990. EL ORIGEN Y CONSOLIDACIÓN DEL CENTRALISMO

El 18 de septiembre de 1810, el cabildo de la ciudad de Santiago delegó sus poderes en un grupo de siete personas que conformaron la primera junta de gobierno⁸. Este acto fue el inicio de un proceso que culminaría con la independencia de España, después de más de dieciséis años en los que se mantuvo un estado de guerra intermitente con las tropas españolas enviadas desde Perú.

En 1814 ante el riesgo del regreso del régimen español, se estableció un código político titulado *Reglamento para el Gobierno provisorio*; sancionado el 17 de marzo de 1814 que concentró amplias facultades en el Ejecutivo. Así, se redactó el reglamento constitucional que centralizó el poder político en un director supremo y que en su artículo 1º señalaba lo siguiente: “*las críticas circunstancias del día obligaron a concentrar el Poder Ejecutivo en un individuo*”⁹. El motivo de esta centralización del poder fue el peligro inminente de la guerra, lo cual hacía indispensable concentrar en una persona el Poder Ejecutivo. Este reglamento constó de trece artículos y contempló un Senado consultivo integrado por siete miembros elegidos por el director supremo¹⁰. El proyecto de constitución provisoria para el Estado de Chile de 1818 estableció la separación de poderes del Estado y que el Poder Ejecutivo quedara a cargo del director supremo al cual le otorgaba amplias atribuciones. Reconoció las provincias existentes a esa fecha: Santiago, Concepción y Coquimbo¹¹. Esta carta constitucional provisoria recogió un caudal cuantioso de la herencia española colonial, ya que aceptó la necesidad de un Ejecutivo centralizado

⁸ COLLIER, S. y SATER, W. *Historia de Chile. 1808-1994*. Santiago de Chile: Prometeo, 1998.

⁹ Reglamento para el gobierno provisorio sancionado en 17 de marzo de 1814.

¹⁰ *ib.*

¹¹ Comisión Constituyente, 1818.

y fuerte, pero sometido a un control acucioso desde un órgano colegiado, que para este caso sería el Senado.

Por su parte, la Constitución de 1822, decidió cambiar la organización provisional del país por otra más estable, pero no menos centralizada. Era necesario que la República entrase a establecer sus instituciones liberales. La Constitución de 1823, conocida como la Constitución Moralista¹² tuvo como antecedente el Acta de Unión y el reconocimiento de las tres provincias existentes a la fecha. Esta Constitución fue firmada por los representantes de las tres provincias: Santiago, Coquimbo y Concepción. Además, se dedicó el Título XIX a las municipalidades, las cuales quedaban supeditadas a las órdenes de los consejos departamentales, quienes, a su vez, eran representantes designados por el Poder Ejecutivo. Las disposiciones de esta Constitución se refieren a diferentes aspectos de la organización y carácter del Estado; por ejemplo, que el Estado de Chile se declaraba unitario y la soberanía residía en la nación¹³.

En 1826 se dictaron las llamadas Leyes Federales que fueron redactadas por José Miguel Infante. Mediante estas leyes se trató de aplicar en Chile el sistema federal de Estados Unidos de América. Dentro del conjunto de leyes federales, que dan inicio legislativo al proyecto federalista, se creó el cargo de presidente de la República, el que se entregó a un militar, el teniente general Manuel Blanco Encalada¹⁴.

El 4 de julio de 1826 el Congreso adoptó el Federalismo y dispuso que se redactara una nueva Constitución. A pesar de la resolución del Congreso, este proyecto federal de 1826 no alcanzó a consolidarse en la Constitución¹⁵. Fue impulsada por el federalista y admirador de la política estadounidense José Miguel Infante Rojas; lo más destacado de este ensayo fue la división del territorio en ocho provincias: Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé. Proponía que todos los cargos, incluidos gobernadores y párrocos, serían sometidos a votación popular. Este intento constitucional fue imposible llevarlo a la práctica, entre otros motivos, por la falta de recursos económicos y de comunicación interterritorial, así como por la inexistencia de información y cultura cívica para aplicar un modelo estadounidense en una realidad tan alejada de ella.

El Federalismo, dado a conocer principalmente por la delegación diplomática de Estados Unidos que llegó a Chile en 1824, luego de que el país del norte reconociera la independencia de los países de la naciente América Latina, respondía fundamentalmente a los deseos de autonomía de las Provincias de Concepción y Coquimbo, en oposición al ya excesivo centralismo ejercido por Santiago para ese tiempo¹⁶.

Luego de este intento federalista para descentralizar el Estado, se promulgó la Constitución de 1828 por el Gobierno de Francisco Antonio Pinto. En esta Constitución, de corte liberal, aparecen precisados el concepto de nación, territorio y división del país en ocho provincias. En ella se observa un notable esfuerzo por

¹² SILVA, O. *Breve Historia Contemporánea de Chile*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p.152.

¹³ Chile. Congreso Nacional Constituyente, 1823.

¹⁴ SILVA. *op. cit.*, 1995.

¹⁵ DONOSO, R. *Breve Historia de Chile*. Buenos Aires: EUDEBA, 1963. p.37.

¹⁶ FRÍAS VALENZUELA, F. *Manual de Historia de Chile*. Quinta Edición. Santiago de Chile: Nacimiento, 1960.

descentralizar al país, reflejado en su introducción donde se señala que *“las provincias no fluctuarán en lo sucesivo entre turbulencias peligrosas y una dependencia ilimitada del gobierno”*¹⁷.

Esto provocó que se reconocieran diversas atribuciones a las provincias y a las municipalidades. Por ejemplo, se estableció que el gobierno y la administración interior de las provincias ejercida en cada una por una asamblea provincial y por un intendente. La Asamblea Provincial estaba compuesta por miembros electos por el pueblo mientras que el intendente debía ser designado por el Poder Ejecutivo. Por su parte, se estableció en el artículo 118 de la Constitución, que *“en cada villa o ciudad donde exista una municipalidad habrá un gobernador local cuyo nombramiento se hará a pluralidad absoluta de sufragios hechos en la municipalidad”*¹⁸. No obstante, a pesar de la notable disposición explícita expresada en esta Constitución para descentralizar al Estado, esta Carta Constitucional no tuvo el impacto político esperado. Como consecuencia, se produce una recuperación del centralismo perdido en el intento federalista, el cual se consolida con la Carta Constituyente de 1833.

La Constitución de 1833 fue promulgada el 25 de mayo de ese año bajo el poder de José Joaquín Prieto y rigió a Chile hasta 1925¹⁹. En ella se pueden observar algunos rasgos constitucionales de orden presidencialista, pero con un sello absolutamente centralista con voto censitario y representativo que logró estabilizar al país por casi cien años.

De este modo, se comenzó a configurar la organización y formación del Estado republicano con una Constitución que garantizara un gobierno fuerte, centralizado y basado principalmente en la figura del presidente de la República. Uno de los aspectos que se derogaron con esta nueva Constitución fue la posibilidad de que las provincias estuvieran conformadas por una Asamblea Provincial cuyos integrantes fueran electos popularmente. En su reemplazo se estableció lo siguiente: *“que el gobierno superior de cada provincia en todos los ramos de la administración, residirá en un intendente quien lo ejercerá con arreglo a las leyes y a las órdenes e instrucciones del Presidente de la República, de quien es agente natural e inmediato”*²⁰.

Posteriormente y a comienzos del año 1850, transcurridos casi veinte años de dominio del conservadurismo portaliano, las primeras manifestaciones se dieron en la prensa, que crecientemente expresaba el anhelo de los postulados liberales. Con la creación del Club de la Reforma y la Sociedad de la Igualdad, estas ideas iniciaron su realización, que en algunos casos se concretaron a través de revueltas como las posteriores intenciones revolucionarias y regionalistas de 1851 y 1859²¹.

El Gobierno de Manuel Montt de 1851 a 1861, comenzó con una oposición muy activa que cuestionaba, entre otras cosas, el autoritarismo y el centralismo de la capital nacional Santiago que se había consolidado a partir de 1833, estallando movimientos de resistencia en 1851 en Concepción y La Serena. En Concepción, el conflicto de 1851 se resolvió cerca del Río Loncomilla²². En ese mismo año, en La Serena, la revolución fue vencida.

¹⁷ Chile. Asamblea Constituyente, 1828.

¹⁸ *ib.*

¹⁹ VILLALOBOS, S. *Breve Historia de Chile*. Academia Nacional de Historia, Caracas: Academia Nacional de Historia, 1987.

²⁰ Gran Convención de Chile, 1833.

²¹ FRÍAS. *op. cit.*, 1960.

²² FRÍAS. *op. cit.*, p. 452.

Frente a esta crisis revolucionaria impulsada por las regiones que reclamaban mayor autonomía y más descentralización, el presidente Montt y su ministro del Interior, Antonio Varas, resolvieron que el Congreso le otorgara al presidente mayores facultades extraordinarias por catorce meses para resolver cualquier situación que se pudiera presentar. Entre las medidas estratégicas de índole territorial se inició la colonización en el sur del país²³.

No obstante, quizás dentro de los levantamientos regionalistas y federalistas más influyentes de la historia nacional, está la llamada Revolución Constituyente impulsada en 1859 por Pedro León Gallo²⁴. Desde Copiapó, León Gallo logró quedar al frente del Club Constituyente que proponía el impulso de reformas constitucionales que tendían a la descentralización y al federalismo. Producto de sus estudios y de las ideas liberales de la época, había llegado a la convicción de que la educación debía laicizarse, como también debía existir una mayor libertad electoral²⁵. Esta sumatoria de antecedentes lo puso de frente a las aspiraciones del presidente Montt, con lo cual comienza la lucha entre el centralismo chileno y la idea liberal y federalista de León Gallo²⁶.

Una vez vencida la revolución constituyente federalista de 1859 se comenzaron a proponer una serie de reformas a la Constitución centralista de 1833²⁷ y se producía el hito fundacional de la nueva etapa de la historia, la llamada República Liberal²⁸. Esta etapa, que también se conoce como Expansión Nacional, es el período histórico que sucede entre 1861 y la muerte de José Manuel Balmaceda en 1891²⁹.

Durante la “*Expansión Nacional*” se producen una serie de reformas constitucionales, se dieron distintos pasos para liberalizar las instituciones políticas y descentralizar el poder político del Estado. Entre otras, se promulgó la Ley de la Comuna Autónoma en 1890. La política era ahora el escenario para un debate público, sobre al menos, dos cuestiones importantes, por un lado, la discusión se centró en avanzar en la laicización de la sociedad o mantener la tutela clerical en los asuntos de la educación, la moral y las relaciones con el Estado; y por otro, la discusión sobre el centralismo y la excesiva concentración del poder pasó de las propuestas –o más bien intentos- federalistas a una disputa entre las atribuciones del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo; cuestión que se reflejó en constantes acusaciones ministeriales que derivaban en una excesiva rotativa de ministros. Finalmente, esa discusión también terminó por zanjarse mediante la vía violenta en 1891.

Dentro de los vaivenes producidos por la tensión centralismo/descentralización y/o la concentración del poder en uno de los poderes del Estado, en 1891 estalló la Guerra Civil entre opositores al presidente Balmaceda –parlamentaristas- y los defensores del *statu quo* -presidencialistas-³⁰. Con el término de la guerra, de la cual resultó derrotado el presidente Balmaceda, se podría pensar –de manera muy ingenua- que se alcanzó una recuperación de la pérdida parcial del poder político que hasta la fecha había estado centralizado. No obstante, el poder que se recuperó

²³ *ib.*

²⁴ DONOSO, 1963. p.62.

²⁵ MONTECINOS. *op. cit.*, 2005.

²⁶ SILVA. *op. cit.*, 1995.

²⁷ DONOSO. *op. cit.*, 1963.

²⁸ FRÍAS. *op. cit.*, 1960.

²⁹ VILLALOBOS. *op. cit.*, 1987.

³⁰ *ib.*

fue el que había perdido solo un sector del país: la Oligarquía; que con el tiempo transformó el parlamentarismo en una política de círculos oligárquicos santiaguinos a los cuales seguían las provincias y la mayoría de la clase media, ante la total indiferencia del pueblo³¹.

Este sistema de gobierno, que se conoció como Parlamentarismo, no modificó la Constitución presidencial de 1833, es decir, el país siguió funcionando bajo un Presidencialismo constitucional. De igual forma, el poder quedó radicado fundamentalmente en el Parlamento y por consiguiente, en los partidos políticos más influyentes. Este período se caracterizó por una constante rotativa ministerial como resultado de la imposibilidad de los partidos por lograr mayorías estables en el Congreso. A esta época también podría llamársela la época de un notable y desordenado gobierno dividido en Chile.

Con respecto a la descentralización del Estado durante este período, uno de los avances más sustantivos en materia de ley fue la promulgación de la Ley de Comuna Autónoma, aprobada el 22 de diciembre de 1891, la cual se basó en la ley de 1854, pero se diferenció de ella en que esta última definió con claridad las fuentes de recursos para solventar las inversiones y gastos municipales y aseguró la autonomía de las comunas mediante la eliminación del rol municipal de intendentes, gobernadores y subdelegados; y en particular, mediante el establecimiento de las asambleas de electores³².

Los aspectos más destacados de la Ley de Comuna Autónoma fueron los referidos a las asambleas de electores a las que se les concedió poder para votar los presupuestos y deliberar sobre los gastos posteriores que proponía el municipio. No obstante, rápidamente, cuando las comunidades locales y algunos sectores populares comenzaron a aprovechar la oportunidad que otorgaba la ley y los artículos más participativos, los congresistas la modificaron para eliminar las democráticas asambleas de electores y repusieron las oligárquicas asambleas o comités de mayores contribuyentes³³.

El Ponenciamiento Militar del 5 de septiembre de 1924, sería el hito que marcaría el término del seudoparlamentarismo en Chile. La Junta Militar que asumió provisionalmente el gobierno, derogó por Decreto de Ley N° 13, entre otras cosas, la Ley Orgánica de Municipalidades existente hasta esa fecha y disolvió todos los municipios de relevancia del país, designando en su lugar a intendentes y regidores, los cuales debían ser designados por Decreto Ministerial³⁴. La centralización que comenzaba respondía a una doctrina que partía del supuesto de que el éxito de una comuna y una municipalidad requería de un plan integral, en donde el objetivo era disciplinar a los municipios bajo un plan orgánico de desarrollo nacional, impulsado por el presidente Ibáñez³⁵.

Por otra parte, a este período entre 1925 y 1973, también se le conoce como la Etapa Democrática Presidencial. Es un período marcado por el ascenso de la clase media y los modelos políticos y económicos revolucionarios. Hay una gran prosperidad y un aumento sostenido del nivel de vida, mejoras en educación y salud

³¹ FRÍAS. *op. cit.*, p. 571.

³² SALAZAR, G. y PINTO, J. *Historia Contemporánea de Chile I, estado, legitimidad, ciudadanía*. Santiago: LOM, 1999 p. 280.

³³ *op. cit.*, p. 281.

³⁴ *op. cit.*, p. 290.

³⁵ *ib.*

y el país vive un proceso de industrialización. En el año 1938, llega a la Presidencia de la República la alianza política denominada Frente Popular cuyo líder era el político radical Pedro Aguirre Cerda. Junto a él se instala un modelo económico estilo keynesiano de fuerte intervención estatal en el desarrollo económico nacional. Producto de esta inspiración desarrollista de la época, la descentralización adopta un nuevo ropaje y se convierte en una herramienta estratégica del propio Estado para promover el crecimiento y desarrollo económico en el país. A partir de este supuesto, el 29 de abril de 1939 se funda la Corporación de Fomento de la Producción, Corfo, y con ello, el Estado se convierte en motor del dinamismo industrial y del crecimiento nacional.

En este período, de 1925 a 1973, podemos encontrar los antecesores más directos del actual ordenamiento territorial chileno (regionalización). A este intento le podemos denominar Primera Regionalización. En esta época, se produce un vuelco respecto a las características de los intentos por descentralizar al Estado, los cuales hasta la fecha, se habían caracterizado por demandas que provenían de fuertes movimientos regionalistas y federalistas que nacían en provincias y que en la mayoría de los casos tuvieron salidas violentas, por la vía de la revolución o el levantamiento de armas.

A diferencia de lo anterior, para esta época, ya casi desaparecen de la agenda política los intentos federalistas y se opta por un proceso de descentralización con un carácter administrativo que nace como estrategia del Estado para contribuir al proceso de modernización que este iniciaba. De hecho, en la Constitución de 1925 se dedica un artículo al tema de la descentralización del Estado y se reconoce en él que: “las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior”³⁶.

Con esta modalidad de descentralización se inicia un proceso de descentralización administrativa, pero basada en la consolidación territorial con el claro objetivo de promover y fortalecer el crecimiento económico del país por medio del desarrollo regional³⁷. Posteriormente, por medio de la regionalización, se comenzaron a implementar algunos estudios y reformas impulsados por la Corporación de Fomento de la Producción y la Oficina de Planificación Nacional con el fin de promover, mediante la regionalización y la descentralización, un mayor crecimiento económico de las regiones³⁸.

En 1950, la Corfo se propuso una nueva división político-administrativa que constaba de seis grandes regiones: Norte Grande, Norte Chico, Núcleo Central, Concepción y La Frontera, Región de Los Lagos y finalmente, la Región de Los Canales. Esta división del territorio se basó principalmente en aspectos geográficos y económicos. El objetivo de esta regionalización fue impulsar el desarrollo económico de cada región basándose en las características propias de cada zona: características geográficas, humanas y económicas³⁹.

³⁶ Chile. Ministerio del Interior, 1928.

³⁷ BOISIER. *op. cit.*, 2000.

³⁸ BOISIER. *op. cit.*, 2001.

³⁹ *ib.*

Por su parte, en 1965, la oficina de Planificación Nacional avanzó en la regionalización estableciendo nuevas regiones basadas en un sistema de polos de desarrollo económico. El territorio esta vez, quedó dividido en once regiones y una zona metropolitana. Este sistema se caracterizó por la creación de unidades espaciales en las que cada una tuviera un lugar central determinado por una ciudad o polo de desarrollo económico que se expandiera al resto de la región. Se estableció la ciudad de Santiago y la zona metropolitana como principal centro del desarrollo nacional y tres polos de desarrollo multirregional: Antofagasta, Valparaíso y Concepción; en un tercer nivel de jerarquía, otra serie de polos de desarrollo regional⁴⁰.

En resumen, los procesos económicos que se comenzaron a suceder a partir de 1925, pero con mayor dinamismo en los años 50, llevaron a configurar en Chile un modelo de regionalización que se asimilaba al modelo teórico centro-periferia, es decir, contar con un modelo de industrialización concentrado en un polo regional y en el abastecimiento de recursos desde los centros primarios ubicados en la periferia.

Esto hizo que la vocación desarrollista del Chile de los años 40, 50 y hasta finales de los 60, entendiera la descentralización –enmarcada en un proceso de regionalización–, como un proceso que permitiría generar un mayor dinamismo de la economía nacional y regional⁴¹. No se visualizaba una necesidad de convertir estos espacios regionales en promotores de procesos democráticos ni protagonistas en la construcción y decisión de sus políticas públicas.

Como consecuencia, a finales de los años 60, la descentralización se instaló en el centro mismo de la cuestión regional y la política regional del gobierno de la época fue fundamentalmente una política de fomento al crecimiento económico regional. Se expresaba mediante la identificación clara de sus objetivos, así como del establecimiento de prioridades regionales a través de la definición de los polos de crecimiento como ubicaciones prioritarias para el desarrollo integrado urbano regional, delimitación de regiones y proposición de organismo regionales, tanto de coordinación como de ejecución⁴².

Con la llegada de la Dictadura Militar, de alguna manera se produjo un fenómeno que pudiese considerarse como paradójico. La Dictadura encabezada por Pinochet dio un fuerte impulso al proceso de regionalización y descentralización iniciado en la década de los 50. Para tal efecto, se promulgó el Decreto N° 212 del 17 de diciembre de 1973 que creó la Comisión Nacional para la Reforma Administrativa, Conara⁴³. Esta comisión fue la que estableció la actual división político-administrativa nacional conformada por trece regiones y definió un sistema de administración con la finalidad de modernizar el Estado de Chile y desarrollar a las regiones del país.

Por las peculiares condiciones geográficas, Chile requirió una organización tal que permitiera un desarrollo descentralizado, administrativo y regionalmente, en función de los objetivos de integración, seguridad nacional, desarrollo socio-económico y administración nacional. De esta manera, la regionalización y el sistema de descentralización administrativa, que actualmente rige el país, comenzó a aplicarse mediante los Decretos Ley 573 y 575 del año 1974 que persiguieron

⁴⁰ *ib.*

⁴¹ BOISIER. *op. cit.*, 2000.

⁴² *ib.*

⁴³ *ib.*

alcanzar la consolidación de esta nueva organización política, administrativa, social y financiera de las regiones⁴⁴. Así, el Gobierno Militar hizo suyo un discurso muy descentralizador, pero para fortalecer su estrategia económica⁴⁵.

Como se señaló anteriormente, la Conara fue la encargada de poner en marcha la nueva regionalización para incrementar la integración nacional, desarrollar un sistema de seguridad nacional y alcanzar un desarrollo económico⁴⁶. La integración nacional pretendía utilizar de mejor forma los recursos naturales para alcanzar una ocupación efectiva de todo el territorio nacional e integrar a la población en las regiones, de modo que existiera una real igualdad de oportunidades dentro del proceso de desarrollo nacional. El desarrollo de un sistema de seguridad nacional pretendía lograr la seguridad fronteriza y una cohesión interna para la ocupación humana de espacios vacíos del territorio. Alcanzar un desarrollo económico perseguía que los recursos existentes en el territorio fueran utilizados evitando la concentración del crecimiento económico de algunas ciudades del país⁴⁷.

La división político-administrativa del 1975 otorgó una importancia crucial a las regiones en oposición a la importancia administrativa que tenían las provincias antes de 1973. El objetivo de crear estas regiones era constituir una unidad que posibilitara la administración para el desarrollo a través de una real descentralización del sistema de toma de decisiones en los niveles locales. Por ello, las regiones debían contar con una dotación de recursos naturales que avalara una perspectiva de desarrollo económico de amplia base, una estructura urbana rural que garantizara un nivel de servicios mínimos a la población regional y la disposición de un lugar central que actuara como núcleo de la estructura económica y espacial de la región y orientara su dinámica de crecimiento⁴⁸.

De este nuevo ordenamiento territorial de trece regiones, entre las que se incluía a la Región Metropolitana, se esperaba que pudiera emerger finalmente, una solución sustentable a la distribución de los recursos y a una administración política que respondiera a la necesidad de la gente en sus respectivos territorios. Era la solución ideal para seguir siendo un país unitario, pero sin caer en federalismos utópicos y que procurase que el desarrollo económico se hiciera en verdadera armonía. No obstante, a más de treinta años de aquellas reformas, la regionalización y la descentralización parecen estar absolutamente pendientes⁴⁹ y lo más preocupante que se observa es que el centralismo se ha acentuado peligrosamente en el plano de la cultura, la identidad y la gestión local en Chile.

Con la recuperación de la democracia en 1990, la Concertación de Partidos por la Democracia⁵⁰, ha profundizado los procesos de descentralización administrativa iniciados en 1950 y no ha realizado aportes sustantivos que no sean de carácter administrativo; con la excepción de dos importantes avances en

⁴⁴ *ib.*

⁴⁵ *ib.*

⁴⁶ *ib.*

⁴⁷ *ib.*

⁴⁸ *ib.*

⁴⁹ SUBDERE "Evaluación de la descentralización 1994-1999. Cuentas de un compromiso del gobierno con el país". 2000°. Santiago, 2000.

⁵⁰ "Diagnóstico sobre el proceso de descentralización en Chile". División de Evaluación y Cuentas Públicas Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo. 2000b. Santiago, 2000.

⁵⁰ Coalición política de centro izquierda en Chile.

materia de descentralización política, tanto en los gobiernos regionales como en la municipalidades. El primero dice relación con la creación de los gobiernos regionales y el segundo con la democratización de las municipalidades en relación a elegir alcaldes y concejales. Esto ha permitido que las municipalidades, como organismos de la administración del Estado y los alcaldes y concejales como actores políticos, se posicionen frente a la ciudadanía en su calidad de actores democráticos a partir de los años 90⁵¹. El segundo de los avances ha sido la creación de los gobiernos regionales mediante la Ley Orgánica constitucional de Gobierno y Administración Regional, la cual distingue claramente la función ejecutiva del intendente de la función administrativa del Consejo Regional⁵².

Esta ley se destaca en materia de desconcentración administrativa, ya que le dio vida administrativa y política a un sujeto como “las regiones”, que antes de 1990 tenían una escasa presencia en la vida ciudadana y sólo cumplían una función geopolítica de seguridad nacional. Hoy, los gobiernos regionales deciden cerca del 50% de la inversión nacional con carácter regional.

Considerando estos tímidos avances, se puede apreciar que en municipalidades y gobiernos regionales, aún se mantiene una fuerte herencia centralista y un marcado acento administrativo. Por ejemplo, el hecho de que aún hasta nuestros días, la máxima autoridad política de los gobiernos regionales la constituya un “intendente” designado por el presidente de la República, representa una fuerte herencia borbónica y portaliana de carácter centralista. Borbónica en el sentido que para estos el rey necesitaba burócratas leales tanto en los Cabildos como en las Intendencias para que los criollos no se levantaran en armas y menos aún exigieran autonomía⁵³. Para Diego Portales, los intendentes eran agentes directos del presidente de la República que se debían ocupar de ejecutar las órdenes del Gobierno Central, fortaleciendo con ello la idea portaliana *mater*, es decir, un gobierno fuerte y centralizado.

Aún con esta carga de herencia centralista, en los años 90, el concepto de descentralización administrativa y en menor medida el de descentralización política, se convirtió en uno de los ejes sustentadores y potenciadores del proceso de democratización y se encuentra en la base de la reforma del Estado chileno. Lo que es innegable, es que existen elementos constitucionales y culturales que determinan que la descentralización en la actualidad adquiere un carácter más administrativo –asociado a la desconcentración de funciones- que un carácter político -asociado a la distribución del poder entre los organismo subnacionales-. Por ejemplo, las leyes y la Constitución definen la descentralización haciendo una clara distinción entre los conceptos de Gobierno y Administración del Estado⁵⁴. Ello condiciona notablemente el proceso, puesto que establece que la facultad de gobernar sólo puede desconcentrarse y únicamente la facultad de administrar puede descentralizarse.

⁵¹ *ib.*

⁵² MONTECINOS, E. “Los Incentivos de la Descentralización en la Gestión Municipal Chilena. Gestión Política sin Planificación Democrática”. *Revista estado Gobierno, Gestión Pública* en: N° 12. p.61-84.

⁵³ ROJAS, 2004.

⁵⁴ SUBDERE. “Participación ciudadana en la gestión de Gobiernos Regionales y municipios: diagnóstico y situación actual”. Documento de Trabajo, División de Políticas. Santiago, 2004.

Entre los factores culturales, el más importante lo constituye el predominio de una cultura centralista con resistencias al proceso descentralizador. Esta cultura se ha generado junto con un patrón inarmónico y desigual en el desarrollo del país, donde la Región Metropolitana históricamente ha presentado concentración en todos los ámbitos, en particular económico y productivo⁵⁵. Es por ello, que tanto la Ley Orgánica de Gobierno y Administración Regional, como la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades se muestran como fieles representantes de la tradición jurídico-política y de la cultura político-administrativa chilena, que no admiten la descentralización del poder, solo admiten la descentralización de la administración.

Al principio de los años 90, la descentralización tuvo un carácter político al democratizar la elección de alcaldes y concejales en las municipalidades. Con posterioridad, ha tenido un sello de desconcentración y ha consistido principalmente en una transferencia de competencias desde la Administración Central a otras administraciones, como es el caso de los gobiernos regionales y municipalidades. Esta desconcentración también se ha caracterizado por transferir atribuciones del Ejecutivo a autoridades jerárquicamente inferiores con el objetivo de administrar. Estos organismos subnacionales no poseen facultades resolutorias y siempre se encuentran subordinados al poder central.

La regionalización y el centralismo chileno claramente tienen sus orígenes en los primeros arreglos institucionales y constitucionales de la nación. En este centralismo se pueden distinguir diversos intentos descentralizadores, no obstante, se pueden identificar dos estilos diferenciados.

Existe un estilo de descentralización que podemos denominar endógeno o de abajo hacia arriba. Este estilo tiene un fuerte componente político y se basó en intentos revolucionarios que implicaban un cambio radical en el modelo de gobierno y en los ordenamientos constitucional y territorial. Estos intentos, que en algunos casos se concretaron, fueron los que estaban por federalizar al país en 1826, 1851 y 1859 y que estaban por cambiar un sistema presidencial altamente centralizado por un sistema parlamentario, lo que duró treinta y cuatro años, de 1891 a 1925. Ambos intentos de cambios institucionales radicales no dieron resultados políticos ni se plasmaron en la vida social y política chilena. Por el contrario, se convirtieron en motivos suficientes para reaccionar y volver a centralizar el poder, tanto en 1833 como en 1925, a través de diseños institucionales que aseguraran la estabilidad política interna de la nación. Frente a estos intentos de cambios radicales se impuso y consolidó un sistema institucional presidencial, unitario y centralizado de gobierno. Es así como a partir de 1925 se opta, pero ahora desde el propio Estado, por una clara política de descentralización administrativa que contribuyera al proceso de modernización y crecimiento económico que el país se preparaba a enfrentar.

De lo anterior, se desprende el segundo estilo de intento descentralizador, que podemos denominar vertical o de arriba hacia abajo y que posee un carácter más administrativo. Estos intentos se pueden observar desde 1925 hasta la fecha. En este estilo de descentralización se consolidan instituciones y organizaciones de gobierno que tienen como principal objetivo fortalecer el desarrollo económico de las regiones

⁵⁵ SUBDERE. *op. cit.*, 2000a.

y modernizar el Estado. Para ello, se descentralizan funciones administrativas a los niveles inferiores de gobierno con un estilo y modelo de regionalización que concibe a las regiones y a las provincias como objetos y no como sujetos de desarrollo.

Finalmente, se puede decir que en la actualidad la descentralización se encuentra en una etapa de tránsito, de iniciativas administrativas a otras más políticas, pero bajo el mismo modelo de regionalización. Estos diseños en la actualidad provocan una serie de incentivos negativos para el fortalecimiento de la democracia, sobre los cuales se reflexiona a continuación.

5 EFECTOS E INCENTIVOS DEL CENTRALISMO Y LA REGIONALIZACIÓN EN LOS NIVELES SUBNACIONALES

La pregunta que intentamos responder en esta parte del ensayo es qué incentivos genera el estilo de descentralización/centralismo y el modelo de regionalización en los actores políticos subnacionales para promover procesos de participación democrática en regiones y comunas. Cuánto afecta la configuración sociopolítica de las actuales regiones para emprender procesos de integración y participación ciudadana a escala regional. En este sentido y, como un primer argumento, es necesario señalar que el desempleo y el dinamismo democrático en regiones y comunas en Chile, a raíz de las modificaciones realizadas al diseño institucional descentralizado a partir del año 1990, no ha sido del todo satisfactorio.

El diseño institucional descentralizado y el proceso modernizador de las municipalidades iniciado en 1992, contrariamente a lo que se esperaba, no han incentivado los procesos de planificación democrática a escala local. Más bien, esta sigue dependiendo de la voluntad política de alcaldes, aspecto que hace al proceso extremadamente débil y permeable a la captura de intereses “clientelares” locales. En los últimos años, se ha visto que dicha voluntad política no es suficiente para resolver problemáticas locales, y han sido movimientos sociales y protestas surgidas del descontento de regiones con el tratamiento que ofrece el nivel central sobre determinadas temáticas locales, las que han gatillado algunos tibios avances en materia de descentralización y regionalización.

Esto se da así, porque las reformas al diseño institucional subnacional que acompañaron al proceso de modernización municipal, no reconocen en regiones, provincias y municipios a un “actor político”, sino más bien, solo reconocen en ellos un aparato administrativo que debe implementar medidas diseñadas y decididas en los niveles centrales del Gobierno.

Como consecuencia, en la práctica y a escala municipal, el diseño institucional descentralizado a escala subnacional (entiéndase por región, provincia y comuna) hace más valorable el *lobby* que la planificación democrática en la gestión municipal para obtener recursos fiscales. De tal forma, con estos resultados se pone en duda la efectividad del diseño y del proceso de descentralización para fortalecer la democracia a escala local y eliminar o neutralizar las prácticas “clientelares” y elitistas de los actores políticos en la gestión local/regional.

Durante la década del 90 y hasta comienzos del año 2000, se hizo una serie

de reformas al diseño institucional subnacional que tuvo como principal propósito democratizar la gestión pública municipal y regional. Por ejemplo, mediante las modificaciones realizadas a la Ley N° 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional, de marzo de 1993, los gobiernos regionales “pasaron de ser unidades administrativas con un carácter eminentemente estratégico en el período de Pinochet, a constituirse en unidades político-administrativas fundamentales de la Administración del Estado en la era democrática”⁵⁶.

A este nivel de gobierno se le entregaron tareas considerables de administración y decisión sobre “recursos fiscales de destino local, tanto es así que para el año 2004 la decisión regional sobre recursos financieros alcanzó al 52% de la inversión pública regional”⁵⁷.

Por su parte, el nivel municipal; a partir del año 1992 con la promulgación de la Ley N° 18.695, las municipalidades sufrieron importantes transformaciones y se les entregaron numerosas responsabilidades administrativas. Mientras algunas funciones se orientaron más hacia la administración y desarrollo del espacio urbano, otras involucraron una extensión de las funciones sociales estableciendo responsabilidades “compartidas con el gobierno central en las áreas de salud, educación, cultura, recreación, deportes, vivienda, asistencia social y últimamente, fomento productivo”⁵⁸. Una reforma municipal fundamental fue aquella que permitió la elección directa y democrática de alcaldes y concejales, lo cual implicó, entre otras cosas, una ampliación de la agenda y de las responsabilidades políticas locales y, en menor medida, de las responsabilidades fiscales que hasta esa fecha manejaban los municipios. Contrariamente, al nivel regional, el énfasis en el nivel municipal se puso en un diseño institucional más político-administrativo que fiscal, en ese orden de importancia y prioridad, es decir, se transfirieron numerosas responsabilidades administrativas a las municipalidades, pero con escaso margen de autonomía fiscal.

Como consecuencia y producto de las reformas al diseño institucional subnacional posterior a 1990, los municipios cuentan con amplias atribuciones administrativas y con legitimidad política ante los ciudadanos—producto de la elección democrática de alcaldes y concejales—, pero con escasas atribuciones fiscales para cumplir con la agenda local. Por su parte, los gobiernos regionales tienen amplias atribuciones políticas para decidir el destino territorial de considerables recursos fiscales, pero cuentan con escasa legitimidad política ante los ciudadanos, producto de que sus autoridades no son electas de manera directa y democrática.

En este contexto institucional, los municipios en Chile participan en promedio con no más de un 8% de la inversión pública efectiva en los territorios locales. El 92% restante se realiza con recursos regionales y ministeriales, siendo el Ministerio de Transportes y el de Vivienda y Urbanismo, los que más aportan en términos porcentuales, llegando entre ambos casi al 60% de la inversión pública efectiva en los territorios subnacionales⁵⁹.

⁵⁶ MONTECINOS, E. (2007). “Limitaciones del diseño institucional para una gestión municipal participativa. El caso chileno”. *Economía, Sociedad y Territorio*. VI, 023. Santiago, 2007, p. 734.

⁵⁷ SUBDERE. *op. cit.*, 2004. p.10.

⁵⁸ Chile. *Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades 18.695*. SUBDERE. Santiago, 2002. p.12.

⁵⁹ MONTECINOS. *op. cit.*, 2008.

En el nivel regional, el fondo concursable de mayor envergadura está representado por el Fondo Nacional de Desarrollo Regional, FNDR. A nivel ministerial destacan los convenios de programación y la inversión directa de ministerios y servicios públicos nacionales vía programas, proyectos o estudios. En definitiva, los municipios no disponen de recursos fiscales suficientes para dar respuesta a la creciente agenda pública que deben cumplir y constantemente están buscando financiamiento a escala regional o nacional. La realidad política y social es que cuentan con una gran demanda ciudadana, y una amplia agenda pública y un estrecho margen de recursos públicos propios para invertir.

De esta manera, los municipios en Chile no manejan dinero para responder a su gran agenda local y en la práctica se enfrentan a organismo públicos descentralizados y desconcentrados como el Gobierno Regional y ministerios, con autoridades políticas designadas (intendentes y ministros), que sí poseen los recursos fiscales para dar respuesta a la demanda local. Por su parte, el Gobierno Regional es el principal órgano de gobierno subnacional que posee la capacidad legal para decidir el destino de una gran cantidad de recursos fiscales. Este organismo, presidido por el intendente e integrado por consejeros regionales, dentro de sus funciones tiene establecido resolver, sobre la base de una proposición del intendente, la distribución de los recursos del FNDR que correspondan a la región, los recursos de los programas de inversión sectorial d asignación regional y los recursos propios que el Gobierno Regional obtenga⁶⁰.

A nivel regional, el FNDR representa la principal fuente de financiamiento al cual los municipios pueden optar. Este fondo, en promedio a nivel nacional, representa cerca del 20% de la inversión pública local efectiva. Frente a este diseño para un municipio, especialmente para un alcalde y sus equipos técnicos, la principal tarea resulta persuadir técnica y políticamente en el Gobierno Regional, lo cual implica actuar en tres instancias diferentes: Serplac, Consejo Regional e Intendencia. De esto se puede deducir que son dos los filtros principales que deben sobrepasar los proyectos enviados por el municipio: un filtro técnico y un filtro político.

El filtro técnico está dado por el organismo regional mencionado anteriormente, entidad que se encarga de calificar y darle factibilidad técnica a las iniciativas. Sin embargo, esta instancia no es la que resuelve si un proyecto se prioriza; se selecciona para el año siguiente o queda a la espera de financiamiento. La instancia encargada de seleccionar proyectos es el intendente, en primer término, y el Consejo Regional, en segundo lugar, el cual prioriza los proyectos regionales. Ambas instancias son de naturaleza eminentemente política.

Por ejemplo, a la hora de calificar, priorizar o seleccionar proyectos, ni el Serplac, ni los consejeros regionales ni el intendente, evalúan o le dan un valor mayor a un proyecto que viene establecido como prioridad dentro de plan de desarrollo de un municipio, ni menos si ese proyecto fue priorizado por la comunidad en un proceso amplio de planificación democrática. ¿Qué utilidad tiene entonces, en la práctica, la planificación democrática para un alcalde? ¿Qué incentivos genera un gobierno regional para promover que los municipios presenten proyectos al FNDR que sean producto de procesos de planificación democrática? ¿Cuántos de los

⁶⁰ SUBDERE, 1994.

proyectos presentados al FNDR son proyectos eminentemente de alcance local y no de alcance regional?

En un proyecto de investigación realizado el año 2007 en la ex Región de Los Lagos, hoy Región de Los Ríos, que incluyó a los 42 municipios, se indagó parte de las preguntas señaladas anteriormente. Allí se pudo constatar que de los 42 municipios, solo 21 tenían actualizado su principal instrumento de planificación. Actores técnicos y políticos del grupo de municipios que sí contaban con un Pladeco actualizado (21), consideraban poco importante o sin importancia contar con un plan de desarrollo y señalaron que su principal utilidad a veces tiene un carácter más político; ya que con ello, los alcaldes se evitan problemas legales de incumplimiento de la ley. Asimismo, indican que existe una muy baja relación entre participación de la comunidad en la priorización de necesidades con la obtención de recursos para financiar proyectos de interés local. Casi un 70% de los encuestados lo considera poco o nada importante, porque en el nivel regional dicha variable no es considerada formalmente⁶¹.

Posteriormente, los mismos actores reconocieron que las redes de contacto o *lobby* político que tienen alcaldes o, en su defecto, los equipos técnicos de rango mayor en las municipalidades, para conseguir proyectos o financiamiento fiscal para iniciativas locales, es de vital importancia. Al respecto, casi un 70% de los encuestados consideraba indispensables o muy importantes, las redes de contacto o el *lobby* político que hacen estos actores para conseguir financiamiento fiscal a sus iniciativas. Dado este panorama, mantener “buenas relaciones” con el intendente y con los consejeros regionales resulta de vital importancia para recibir apoyo a la hora de que esos actores voten para seleccionar y hacer que un proyecto local acceda a financiamiento en el nivel regional. De hecho, otro indicador de la nula participación ciudadana en la gestión municipal y que se detectó en la Región de Los Lagos, fue la ausencia del Consejo Económico y Social Comunal, Cesco, y del Consejo Económico Social Provincial, Cespro. Ambos constituyen importantes instancias de participación consultiva que tienen los alcaldes, Cesco, y gobernadores, Cespro, para apoyar su gestión. Están integrados por diferentes organizaciones sociales y privadas de cada comuna y provincia. En efecto, solo tres municipios a la fecha de este estudio contaban con su Cesco en funcionamiento y son Valdivia, Paillaco y Maullín⁶².

Una de las razones de por qué se valora más el *lobby* que la planificación democrática se debe a la labor que cumplen el intendente y los consejeros regionales a la hora de seleccionar proyectos. De acuerdo a la Ley N° 19.175, los consejeros regionales son propuestos por sus respectivos partidos políticos, elegidos por los concejales comunales de cada uno de los municipios y ejercen la función de priorizar los proyectos postulantes al FNDR. De esta forma, el *lobby* político, es usado por alcaldes para persuadir a los consejeros regionales de sus respectivas coaliciones. En ningún momento del proceso de calificación, priorización y selección de los proyectos que hace el Serplac, el intendente o los consejeros regionales, se establece formalmente que tendrán una calificación mayor aquellos proyectos que hayan sido priorizados por la comunidad. Finalmente, se observa que la mayoría de

⁶¹ MONTECINOS. *op. cit.*, 2008.

⁶² *ib.*

los proyectos aprobados vía FNDR son proyectos de alcance local y muy pocos son de alcance regional. La disputa se da entre municipios para capturar estos fondos, entre asociaciones de municipios o contiene un enfoque de carácter más territorial (salvo la experiencia de la Región del Biobío, que intenciona ese tipo de presentación de proyectos).

Claramente, estos datos indican que la planificación y la participación de la comunidad ocupan lugares secundarios y sin importancia en la gestión actual de las regiones y los municipios, independientemente de factores políticos, demográficos y financieros. En definitiva, como el diseño institucional descentralizado, en la práctica, no “premia” ni “incentiva” la planificación democrática, no estimula a los alcaldes a incorporarlo como una variable para obtener recursos fiscales. Un municipio, tenga o no Pladeco, haya sido o no participativo, tiene la misma posibilidad de obtener recursos fiscales que un municipio que tiene actualizado Pladeco y que tiene espacios de participación para planificar su gestión. La diferencia está marcada por la red política o el *lobby* que pueda hacer el alcalde con consejeros regionales y por cierto, con el intendente. ¿Cuáles son los efectos políticos que produce este diseño institucional?

Uno de los principales efectos que produce este diseño institucional descentralizado es que las regiones, provincias y municipios no encuentran incentivos para construir políticas públicas junto a actores territoriales. Mientras se sugiere desde el nivel central que se “planifique” y se incorpore a la comunidad en las “decisiones locales y regionales”, el mismo centro político no hace vinculante estos temas con la decisión y obtención de recursos fiscales, desconociendo totalmente la actuación racional y política que tienen los actores subnacionales al verse enfrentados a este diseño debido a que es altamente pernicioso para la participación ciudadana y contradictorio para el proceso de empoderamiento de regiones y municipios ya que, si el objetivo es promover la incorporación de actores territoriales en la gestión del espacio público regional, esto no se ha logrado.

Predomina en los actores subnacionales el pragmatismo y la racionalidad del diseño que les demuestra que es más exitoso planificar de manera normativa y vertical en el espacio local/regional. Incluso, se puede deducir, que para un alcalde es altamente riesgoso identificar problemas en un proceso participativo y deliberativo, ya que estos espacios les producen demasiada incertidumbre política, debido a que no necesariamente, los problemas que allí se identifiquen coinciden con los recursos fiscales que puedan conseguir en el nivel regional, o no alcanzan a ser satisfechos con los recursos fiscales propios de la municipalidad.

Esta incertidumbre se reduce con estilos de planificación tradicionales y con redes de contacto que aseguren que la oferta pública aterrice en el territorio. En definitiva, se practica una planificación territorial normativa, a espaldas de la sociedad civil, donde la oferta pública determina la demanda territorial. Con ello, se fortalecen proyectos políticos personales y no territoriales, haciendo del territorio local un actor pasivo y escasamente proactivo. Los demás actores locales, como la sociedad civil, asumen un rol pasivo y a veces, “expectante” respecto de lo que pueden “obtener” sus representantes locales. Con este diseño, la interacción de

actores en torno a un proyecto político territorial es casi nula y no abre posibilidades a que puedan emerger procesos sinérgicos de desarrollo local y regional.

Este vacío institucional en torno a la planificación democrática nos invita a revalorar la importancia de las reglas del juego en el fortalecimiento democrático de las sociedades regionales, pero también a valorar la importancia que tiene la racionalidad pragmática de los actores involucrados, que se enfrentan a diseños centralizados.

6 CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS DE POLÍTICA PÚBLICA

El centralismo chileno tiene sus orígenes en nuestros primeros arreglos institucionales. Por su parte, la regionalización ha promovido regiones y provincias con un sentido desarrollista o instrumental y no con objetivo político de fortalecimiento de la democracia desde los niveles locales. Hoy nos enfrentamos a demandas políticas que provienen desde regiones.

El regreso a la democracia en Chile, implicó una serie de reformas al diseño institucional descentralizado, fundamentalmente a las leyes de municipalidades y de Gobiernos Regionales, tendientes a mejorar la prestación de servicios públicos y fortalecer la democracia. No obstante, en la práctica, las propuestas emanadas del centro político no han encontrado eco local ni regional, fundamentalmente debido a la escasa vinculación de los actores regionales con la construcción de proyectos políticos regionales.

Es así como se ha terminado por agotar un estilo de planificación centralizado, cerrado y altamente elitista, promoviendo círculos de poder y de gestión concentrados en relaciones altamente “clientelares” a escala local y regional. Por otra parte, ha entrado en profundo cuestionamiento la democracia representativa “por elecciones”, donde no se permiten los espacios institucionales regionales que promuevan la apertura para incorporar a los ciudadanos a otro tipo de relación democrática que no sea la representativa. Con este diseño institucional, la desafección ciudadana por la cosa pública cada día se hace más latente, restándole autonomía y actividad a la sociedad civil en la construcción de una gestión pública proactiva y democrática en los niveles regional, provincial y municipal. El desafío por la incorporación de otros actores territoriales en el proceso de construcción de políticas públicas regionales, la deliberación de los asuntos territoriales con el actual diseño, está lejos de ser una realidad política. Se observan regiones con fragmentaciones territoriales evidentes que no logran confluir sobre un “proyecto regional”.

Si queremos profundizar la democracia y que la sociedad regional se active para transformarse en actor principal de su desarrollo, las actuales regiones NO van a promover eso, ya que el modelo regionalizador ha sembrado más fragmentación que cohesión territorial. En la actualidad, se observan fenómenos de fragmentación territorial que no promueven la identidad política regional, especialmente en la distribución de los recursos y en las dinámicas políticas que se generan en torno a los proyectos que se aprueban por la vía del FNDR. La mayoría de estos proyectos

no son precisamente de impacto regional. Básicamente, son iniciativas de impacto comunal, las cuales muchas veces se concretan gracias a las alianzas y complicidades que involucran a consejeros regionales de una misma provincia. Algunas provincias en Chile han encontrado mayores posibilidades de alcanzar ese objetivo que las actuales regiones, aunque hoy las provincias carecen de importancia estratégica y política. Ejemplos de ello se pueden identificar en la ex Provincia de Valdivia, El Loa y Chiloé por nombrar algunas actuales provincias. La acción colectiva y la conjunción sobre un proyecto político de desarrollo se logra, mayormente, con la proximidad de sus habitantes. Las relaciones cara a cara se transforman en vitales para sostener ideas, compromisos y proyectos de futuro, basadas en raíces históricas compartidas.

Qué hacer entonces. Se pueden vislumbrar dos caminos: el primero consiste en hacer solamente una profunda y efectiva descentralización política y financiera, lo que viene pidiendo todo el mundo. No obstante, ese camino va a replicar los problemas de esta regionalización (fragmentación territorial), ahora con autoridades electas (por ejemplo, los consejeros regionales) y sin participación activa de la ciudadanía. Con esta alternativa va a existir más participación de la clase política regional, se generará mayor competencia y dinamismo político, pero se pueden profundizar disputas provinciales por el nuevo poder político regional.

El segundo camino es avanzar hacia un nuevo pacto territorial, pero con una nueva regionalización (o al menos, con una revisión de ella), dicho en otras palabras con regiones revisadas. Esto significa avanzar hacia un “Estado Regional Descentralizado” pero NO necesariamente con las mismas regiones. Un Estado que efectivamente sea compensatorio con sus Estados Regionales/Provinciales, con participación activa de la ciudadanía en el control político de la gestión regional y del gasto público municipal. Todo esto requiere un rol más activo de la ciudadanía, tanto para definir el uso de los recursos como para su fiscalización. No necesariamente con más autoridades electas a nivel regional se alcanzará eso. Es hora de pensar una gran reforma sobre Regionalización y Descentralización Democrática, que a menos recoja las distintas reivindicaciones territoriales (regionales, provinciales o municipales) provenientes de la élite intelectual, élite regionalista, sociedad civil, élite política nacional y poner los intereses en juego sobre la mesa. Este acuerdo por la Regionalización y Descentralización Democrática, debería contextualizar y avanzar hacia la construcción de un Estado democrático y descentralizado. Todo ello, para evitar seguir parcheando al país en materia de descentralización, cuestión que, finalmente, se termina convirtiendo en una protección al propio centralismo.

En este contexto y, de no mediar reformas complementarias a la elección directa de consejeros regionales, los CORE, sin elección directa del intendente, se puede terminar fortaleciendo y transformando a las provincias en los nuevos referentes y “sujetos políticos territoriales”, lo cual en mi concepto fortalecerá el creciente debilitamiento de las regiones como unidades político-administrativas del país. Por qué. La principal razón de esta hipótesis es que la unidad electoral donde se elegirá a los CORE serán las provincias, lo que fortalecerá su identidad política en desmedro de una ya deteriorada “identidad política” de las actuales 15 regiones. La ausencia de un “legítimo representante” que garantice el interés

regional (intendente), puede incentivar el germen divisionista que está latente en algunas regiones del país.

En este escenario, los ciudadanos exigirán a sus nuevos representantes (los CORE) la defensa de proyectos o iniciativas que favorezcan a sus comunas ciertamente, también a sus provincias, ya que estos nuevos consejeros regionales no se deberán a una sola comuna, sino a varias. Incluso tensiones ya existentes entre provincias actuales como Osorno/Llanquihue/Chiloé; Ñuble/Concepción; Loa/Antofagasta; entre otras, se acrecentarán porque por primera vez en nuestra historia política regional, las provincias tendrán referentes y líderes democráticamente elegidos para defender sus intereses.

Estos nuevos representantes políticos, no sólo serán potenciales competidores para diputados y senadores, sino que también serán “legítimos portadores” de demandas territoriales que podrían eventualmente aglutinar a provincias frente a sus regiones, poniendo en cuestionamiento la existencia de estas últimas. Esto traerá, a mi juicio, al menos dos potenciales tensiones a las que habrá que poner atención en un futuro inmediato.

La primera tensión aparecerá en provincias que demandarán ser regiones. Tal cual se plantea el proyecto, no me cabe duda que en el mediano plazo se retomarán legítimas agendas de algunas provincias por ser nuevas regiones. Esto mismo, incluso, puede constituirse en argumento de campaña de candidatos para transformarse en consejeros regionales. Con la sola elección de los CORE no se resuelve el problema de cohesión política que requieren las actuales regiones. Esa función, de ninguna manera, la cumplirá un presidente regional electo de entre los consejeros regionales. Tampoco lo hará la figura de los actuales intendentes dado que no son portadores de “representación regional”.

La segunda tensión se producirá entre regiones y provincias. El proyecto actual no resuelve en su totalidad la falta de legitimidad política y democrática que padecen los gobiernos regionales. Muy por el contrario. Creo que sin ser su intención original, el proyecto legitima a las provincias como las nuevas unidades políticas del desarrollo territorial en Chile. Situándolas como una fuente de generación de liderazgos políticos que eventualmente podría tensionar aún más la ya cuestionada “unidad regional actual” de algunas regiones.

Finalmente, con la constitución de los CORE a partir de electores provinciales, se abre la posibilidad de revisar la utilidad de las actuales regiones. Tal cual quedarán, no les visualizo mucha utilidad. Vale la pena plantearse una “estrategia país” para enfrentar las futuras demandas de autonomía regional que surgirán a raíz de esta iniciativa y preguntarse cómo sostener en este nuevo escenario un proyecto de desarrollo regional en regiones tan extensas, heterogéneas y con un grado de fragmentación territorial como Valparaíso, Biobío o Los Lagos. ¿Quién garantizará el interés regional en este nuevo contexto de consejeros regionales electos por provincias?

La iniciativa de elección directa de los CORE sin mediar una iniciativa que promueva la identidad política y cohesión regional, podría ser por ejemplo, la elección directa del intendente regional, que pudiera generar posibilidades reales

de aumentar la fragmentación territorial ya existente al interior de algunas regiones.

Es necesario destacar que los principales movimientos regionalistas por mayor autonomía y descentralización en los últimos seis años surgen desde provincias. Tal es el caso de Valdivia, Arica, Chiloé, Loa, Magallanes, Aysén, Osorno, entre otros. Ello tiene relación con el hecho de que en Chile las regiones son un invento administrativo que no tiene más de 40 años. Los 160 años restantes de nuestra historia “regionalista” siempre estuvieron más bien asociados con dividir el territorio en provincias.

IV

Regionalización, la creación del fracaso: Ciudad-Horizonte*

Patricio Alarcón Testa**

Sumario

1 Introducción – 2 Somera reseña histórica del proceso de regionalización en Chile – 3 Factores internos (alcances históricos-administrativos) - 3.1 Antecedentes de la descentralización - 3.2 ¿El Estado contra el Estado?: el proceso de regionalización - 4 Algunas consecuencias del proceso de regionalización: la creación del fracaso - 5 La creación del fracaso - 6 Ciudad-Horizonte - 7 Siste Viator

Resumen

Factores externos propios de la Globalización como internos caracterizan el proceso de regionalización en Chile cuyo inicio histórico puede situarse en 1826 con José Miguel Infante motivado por el deseo del desarrollo. La migración del campo a la ciudad, de la periferia al centro es freno constante a los intentos de descentralización por parte del Estado. El proceso de regionalización pasa por tres etapas, aunque está incluida en la Constitución chilena, la creación de la Corfo, Odeplan, Conara y otras medidas político-administrativas del Estado no han impedido, incluso han favorecido, la concentración laboral, económica, financiera y demográfica en la Región Metropolitana. Se puede hablar de un fracaso de la regionalización. A pesar de la creación de los gobiernos regionales, sigue siendo el Gobierno central y factores económicos e industriales externos los que generan divisiones. La Ciudad-Horizonte donde habita Goliadkin surge como expresión del fracaso de la regionalización y perpetúa las desigualdades y contradicciones.

Abstract

Both external and internal factors affect the process of regionalization in Chile. The external factors are the impacts of globalization and the internal factors date back to 1826 and José Miguel Infante's desire to develop the country by means of decentralization. However, migration from the country to the city, from the

periphery to the center, has constantly frustrated the attempts at decentralization by the State. The process of regionalization has passed through three stages. Even though the principle of regionalization is contained in the Chilean Constitution, the creation of Corfo, Odeplan, Conara, and other political and administrative measures of the State have not prevented, but rather have increased economic, financial, and demographic concentration in the Metropolitan Region (Santiago). Indeed, it may be said that regionalization has failed. In spite of the creation of regional governments, the central government and the influence of external economic factors continue to generate divisions. The City-Profile inhabited by Golyadkin reflects the failure of regionalization and perpetuates the inequalities and contradictions.

1 INTRODUCCIÓN

Extremo norte o extremo sur; lugares asolados colindantes al centro. Pueden ser cualquiera de ellos, o todos. No importa cual, pues en suma, todos en sus diferencias y complejidades son periferia. Acerquémonos.

En sus calles transita *Goliadkín*¹, sumergido en su vaivén natural y cotidiano, a ultranza del quebranto sistémico propio de la indolencia política y económica. Transita a su lugar de trabajo (o en busca del mismo), a su lugar de estudio, o a cualquier lugar. Quien reconozca² a este personaje de la literatura de Dostoyevski recordará el trágico final del susodicho, y a la vez, alzaré la pregunta sobre el mismo: ¿es por causa de la aparición de su doble como contrapartida, o más bien de las cavilaciones sobre lo que este doble genera en su propio entorno? La interrogante en profundidad puede ser contestada por un estudio literario sobre el texto en comento y no es nuestra intención pretender seguir esos cauces, pero si abstraemos este pequeño ejemplo y lo exteriorizamos al lugar común, a nuestros tiempos, a nuestro espacio de vida, ciertamente esta *ficción* literaria nos presenta reminiscencias no forzadas. ¿*Goliadkin* camina por cualquier calle de Chile, tal vez la Alameda o Providencia en Santiago, o por la Av. Tucapel en Arica, o por alguna calle de Tal-Tal o Chañaral quizás? ¿Existe realmente este doble o es una invención propia de una psiquis ya reventada y abandonada, y si es así, la razón de tal desvarío puede asociarse a que transita todas las mañanas por estas calles de Arica o Charlaral comprendiendo íntimamente la desgracia y abandono de las mismas?

Si respondemos *ex ante* de forma positiva estas interrogantes formuladas, abrimos un flanco, una hipótesis en esta situación ficticia: aceptamos una carga virtual que recae sobre nuestro personaje, sujeto dado el peso que recae sobre el lugar en el que se encuentra. Siguiendo el mismo cauce, entonces, nace en nuestra pequeña ficción.

¹ DOSTOYEVSKI, F. *El Doble*. En: Obras Completas. Tomo I. Aguilar, 1964. p. 203.

² Para quien no, transcribo parte del prólogo de Rafael Cansino Asens: "El Poema petersburgués *El Doble* es la novela del fracaso y la desesperanza [...]. El señor Goliadkin, en plena manía persecutoria, llega a ver desdoblada su personalidad en figura de otro compañero de oficina exactamente igual a él [...]. Toda la novela es la historia de los enredos que los enemigos del señor Goliadkin arman contra él, y las reacciones, cada vez más exaltadas, de este último, que al fin termina en el manicomio [...]. Dostoyevski mantiene la ambigüedad del proceso novelesco entre lo **objetivo-real** y lo **ideal-subjetivo**." *op. cit.*, p. 203.

Otra interrogante: *¿cuál es el peso real y efectivo que recae sobre el lugar donde se sitúa la acción de nuestro héroe?*

No pretendo ser majadero, lo escrito es tan solo una especie de — mala — analogía, nuestro héroe no es más que cualquier ciudadano de nuestra patria en nuestros tiempos transitando por cualquier territorio. ¿Cualquier territorio? No, no cualquier territorio. Más bien la periferia. Pero no cualquier periferia, sino la periferia regional. Entonces *¿qué peso recae sobre este territorio donde nuestro sujeto transita “libre” en su desolación?* Muy simple, el del fracaso. Y un fracaso particular, a saber: el del proceso de regionalización.

Dicho esto, simple es dilucidar en el teatro presentado líneas atrás que nuestro derrotado sujeto transita con el peso en sus espaldas del *naufragio* de un proceso en el cual histórica y formalmente no ha tomado arte ni parte, y al cual catalogo como fracaso. Pero esto en realidad no es tan sencillo (lamentablemente en teoría, nada es tan sencillo), porque este fracaso al que aludo no es cualquier fracaso, y al no ser cualquier fracaso, no es posible enmarcarlo de manera descriptiva ya sin más. No. Este proceso señalado — regionalización — en nuestro país no es posible achacarlo directamente como un fracaso y exponer sus causas y determinar su parágrafo final de modo ejecutorio. No. Porque no es *un fracaso* (sería arrogante y poco ético con mi condición neófita declararlo como tal) sino que ciertas consecuencias del proceso en entredicho son las que aportan a la *creación de un fracaso*. Cual es ésta, *la creación simbólica y material del lugar, entorno* por el cual transita Goliadkin, sujeto, chileno. La creación de la Ciudad-Horizonte.

Menester es señalar que dicha creación — la Ciudad-Horizonte- es un receptáculo de una visión de la realidad. No la realidad *per se*, ya que la visión de la realidad a tomar no será otra que la del proceso de regionalización. Su discusión, su discurso, su exégesis³. Es por ello que estableceremos brevemente una reseña histórica sumaria del proceso de regionalización, luego señalaremos los elementos que denominaremos consecuencias del proceso en comento, y finalmente entregaremos nociones y características de la Ciudad-Horizonte a partir de estos datos.

³ La hoja de ruta a hurtar será el descomunal y enciclopédico texto, Pensando Chile desde sus regiones, Ed. Universidad de la Frontera 2009. Obra y esfuerzo, sin ninguna duda, neural para un acercamiento y correlato apropiado sobre la discusión regionalista que se lleva a cabo hoy en día en nuestro país. Además de la obra ya individualizada, sumamos los trabajos de Sergio Boisier sobre la materia que citaremos más adelante y el texto “Estudios Territoriales de la OCDE” Chile. OCDE. 2009.

2 SOMERA RESEÑA HISTÓRICA DEL PROCESO DE REGIONALIZACIÓN EN CHILE

*Maxima pars vitae elabitur male
agentibus, magna nihil agentibus,
tota vita aliud agentibus*

Para comenzar este tránsito, como ya hemos señalado, imposible es declarar indefectiblemente un proceso como fracaso. Esto porque implica desconocer las características propias de un proceso, una de ellas la de su *continuum* en el transcurso histórico en el que se circunscribe. Esto significa *grosso modo*, que no podemos desconocer que a día de hoy el proceso de regionalización en Chile continúa su camino — errático — en busca de los fines que establecen, casi sin discrepancias, los expertos en la materia. No obstante ello, sí es posible establecer que a la fecha este proceso ha conllevado diversas consecuencias, disímiles unas de otras. Para los efectos del ensayo que usted lee actualmente, solo haremos hincapié en el hecho que dicho proceso ha creado un lugar periférico, al cual llamamos Ciudad-Horizonte.

Con el objeto de realizar esta tarea comenzaremos por establecer una breve reseña histórica del proceso de regionalización en nuestro país con el fin de enmarcar el *continuum* que nos permitirá apreciar lo que señalamos como la “creación del fracaso”.

Hoy en día el proceso de regionalización y su proliferada discusión responde tanto a alcances históricos-políticos administrativos de nuestro país, que podemos mencionar como factores internos, como a factores externos⁴ (factores externos, que a la fecha son preminentemente endógenos de la sociedad actual capitalista y postmoderna) que responden a elementos históricos-económicos. Estos elementos externos emergen de la llamada *crisis global de la globalización*, que responde al escenario actual económico y su evidente crisis y descalabro (no solo económico, sino también ético y social)⁵.

Ambos factores, internos y externos, no pueden ser aprehendidos separados uno del otro, más bien todo lo contrario, van de la mano sutilmente. Y para la literatura regionalista toda, este entrelazado entre ambos factores apunta a un fin superior establecido primigeniamente por la “ingrúvida” teoría económica, el del anhelado desarrollo⁶.

Así tenemos, entonces, dos factores comunes del proceso de regionalización que nos permiten acercarnos a una breve reseña histórica. Para efectos del presente intento de ensayo, revisaremos solo el primero⁷:

⁴ La dicotomía a seguir es arbitraria de mi parte, porque en ambos factores pueden coincidir perfectamente alcances históricos-administrativos, políticos, económicos, culturales, etc. El motivo de establecerlo así es sencillamente, “economía teórica”.

⁵ BOISIER, S. *El retorno del actor territorial a su nuevo escenario, en pensando Chile desde sus regiones*. Universidad de la Frontera, 2009. p. 19.

⁶ PRATS I CATALÁ, J. *Chile será descentralizado, o no será desarrollado*. En *op. cit.*, p. 11.

⁷ Sobre el segundo existe vasta literatura para revisar, citaré algunos consultados para su examen: SAXE FERNÁNDEZ, J. “Globalización y Regionalización: ¿nueva etapa capitalista?”. En: *Política y Cultura* Universidad Autónoma Metropolitana: 2008, n° 8; BOISIER, S. *Globalización, Geografía y regionalización en un contexto de flexibilidad*. Porik aN, 2007. p. 11; CHOMSKY, N. y DIETERICH, H. *La sociedad global; Educación, Mercado y Democracia*. Santiago: LOM Ediciones, 2006.

3 FACTORES INTERNOS (ALCANCES HISTÓRICOS-ADMINISTRATIVOS)

El establecimiento del Estado chileno no estuvo exento de dificultades dadas las peculiares características geográficas de nuestro país, así tenemos, por ejemplo, la situación de permanente conflicto en la zona de la Araucanía, como las guerras externas que debió enfrentar en el decimonono⁸. Estas dificultades repercutirán en el establecimiento de la soberanía sobre la totalidad del territorio y a su vez en el modelo político, constitucional y administrativo que deslindará el poder a partir de 1830, con Portales a la cabeza (¿a la cabeza?). La incidencia de estos elementos marcará a fuego el cauce que tomará la patria tanto constitucional como administrativamente, en cuanto estas dos ramas construyen el modelo del poder⁹ a seguir por la institucionalidad y su posterior desenvolvimiento en todo el territorio.

Boisier¹⁰ a la luz de lo señalado, enumera cinco elementos que son configurativos de la creación del Estado centralista, a saber: “a) el modelo borbónico de concepción de la soberanía y en consecuencia, de la organización del Estado y de la administración pública¹¹; b) la situación de guerra que casi en forma permanente afectó a Chile desde la Conquista hasta fines del siglo XIX; e) la influencia del Ministro Diego Portales a partir de los años treinta del siglo XIX con justicia considerado el “forjador del Estado-Nación”; d) la modernización decimonónica a partir de la década de los sesenta y e) el proceso de migración rural, urbana en los treinta, cuarenta y cincuenta de este siglo. “ No nos extenderemos sobre este apartado, aunque sí señalaremos que a nuestro parecer los tres primeros puntos son elementos que acaecen al momento de la creación del Estado y los dos restantes es posible mencionarlos como derivaciones de los primeros. Así se configura el centralismo primigeniamente como “sello de agua del Estado chileno”.

Cabe preguntarse entonces, en qué momento aparece el brote regionalista o su primer antecedente histórico? Federico Arenas¹² establece el inicio en el año 1826 con el intento impulsado por don José Miguel Infante de una constitución federal. Dicho intento transformó las gobernaciones en provincias, y así el país se dividió territorialmente (administrativamente) en ocho provincias, las cuales serían dirigidas por un intendente¹³.

Esta iniciativa dadas las condiciones imperantes de la época (haciendo eco del duro intento de parto del Estado chileno y con ello, de la patria) no llegó a buen puerto, y como señala Arenas, se puede considerar como una respuesta frente

⁸ BOISIER, S. “CHILE: La vocación regionalista en el Gobierno Militar”. En: *Eure*. vol. 26, núm. 77, Santiago, mayo 2000.

⁹ Ferrada, J. “Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno”. *Revista de Derecho* Vol. XX, n° 2, diciembre 2007, p. 71. El autor cita a VILLAR PALASÍ, J. transcribo el “Derecho Administrativo no es una creación pacífica de la razón, o un producto de usos y costumbres juridizados -como sucede en gran parte del Derecho Mercantil-, sino el resultado de la incesante y eterna polémica del poder en la sociedad, como un subproducto -ingente, pero derivativo- de la política, a modo de un epifenómeno de la misma”.

¹⁰ BOISIER, Sergio, *op. cit.*

¹¹ FERRADA, J. *op. cit.*

¹² ARENAS, F. “La construcción de las regiones chilenas: desde los hitos históricos hasta los desafíos actuales” en *op. cit.* p. 61. Para un marco histórico más acabado se sugiere revisar este texto junto con BOISIER, Sergio, *op. cit.* Nota al pie n° 11. Este apartado es solo una sumaria reseña. Además con fin de situar el contexto internacional en materia de regionalización y comprender los factores externos a los cuales aludí con total impericia, urge revisar BOISIER, S. “Globalización, geografía y regionalización en un contexto de flexibilidad”, en *Porik* aN 2007, p. 11, con especial énfasis en los capítulos titulados: EL ORIGEN DE LAS POLÍTICAS TERRITORIALES EN AMÉRICA LATINA, LAS MATRICES PARADIGMÁTICAS DE LAS POLÍTICAS TERRITORIALES Y LOS OBJETIVOS DE LAS INTERVENCIONES TERRITORIALES Y LOS RESULTADOS, de los cuales el lector puede desprender un trato sobre el marco teórico e histórico, atingente a la importancia del tema que decidí no tratar.

¹³ Estas fueron: Coquimbo, Santiago, Concepción, ya existentes, más Aconcagua, Colchagua, Maule, Valdivia y Chiloé.

al nacimiento del armatoste unitario y centralista que tendría por sentencia, la Constitución Portaliana de 1833.

Pero, además, esta respuesta crítica materializada en un intento de constitución federal se colige llanamente con lo que Véliz distingue como elementos de la tradición centralista de América Latina: “ausencia de un fenómeno político equivalente a la Revolución Francesa, ausencia de un fenómeno social como la Revolución Industrial, ausencia de relaciones feudales y ausencia de pluralidad religiosa”¹⁴.

Vistos estos antecedentes etiológicos de la creación del Estado centralista no deja de ser plausible configurar el regionalismo y luego el posterior comienzo del proceso de regionalización en Chile como una respuesta al poder centralista en todos sus ambages; como una “mirada crítica” - tal vez - ante la ausencia histórica de elementos que hayan permitido la creación del Estado, la nación y la patria en comunión con las características tanto del poder, como del lugar y las personas a las que se ejerce. Lisa y llanamente, se comenzó a constituir un aparato estatal de proporciones inabarcables - propio de un Estado unitario centralizado - para el ciudadano común, e ineficiente respecto del territorio que abarcaría soberanamente.

3.1 Antecedentes de la descentralización

La creación de este Estado centralizado trascendería fuertemente en el territorio nacional, el cual se vería anquilosado frente a una derivación lógica del mismo, el nacimiento de zonas privilegiadas. Estas zonas privilegiadas durante la infancia de la patria abarcarían no solo el territorio donde se comienza a forjar el aparato estatal, sino que también las zonas donde se desarrollan las principales actividades económicas nacionales (motor del aparato estatal), como por ejemplo el norte grande en la segunda etapa del siglo XIX, y el sur, zona de producción cerealera.

No obstante, al comienzo del siglo XX, siguiendo el cauce común de un país como el nuestro, atribulado por recientes guerras (tanto exteriores como interiores) y por sobre todo, centralista, el mapa de las zonas privilegiadas se acotaría a la ciudad a medida que el aparato estatal burocrático se maximiza. Así tenemos:

*En el Chile de principios del siglo pasado, la zona privilegiada ya no era ni el norte de las implantaciones mineras ni el sur de la producción cerealera, sino la ciudad y sobre todo, Santiago, a la que numerosas e importantes inversiones inmobiliarias, sumadas al desarrollo sistemático de la infraestructura de servicios de principio de siglo, financiadas por el aumento de los ingresos del salitre, al juzgar además, de su rol político-administrativo de capital del país, un rol económico cada vez más importante*¹⁵.

Si bien es cierto en los primeros dos decenios el crecimiento demográfico de la Gran Capital no se dispara ya que se mantienen algunas zonas económicas como el norte, o el avance paulatino en la Araucanía, a partir de la década del 20 comenzará un inevitable proceso - la crisis del salitre-, y posteriormente la crisis del 30, sucesos que tendrán como consecuencia inmediata un éxodo masivo hacia el centro (periferia soterrada mediante) el cual termina finalmente por disparar el proceso de concentración urbana en la capital. A este Evento que se manifiesta como

¹⁴ Citado por: BOISIER, S. *op. cit.*

¹⁵ ARENAS, F. *op. cit.*, p. 64

un antecedente de la futura descentralización, se suma el cambio de paradigma jurídico: la Constitución de 1925¹⁶, que en su articulado ostenta el indicio estéril de una “protodescentralización”.

Dijimos que el éxodo masivo a la capital se presentaría como un antecedente de la descentralización, a esto debemos sumar otro antecedente (también asociado a la crisis económica): la industrialización. Le damos la palabra al experto:

También influye el modelo de desarrollo adoptado luego de la crisis, el que privilegiaba la industrialización y con ello indirectamente el desarrollo de las aglomeraciones urbanas, en las cuales las economías de escala permiten diversos encadenamientos productivos que atraen mano de obra. Paralelamente, la reorientación de la agricultura del Chile central hacia el mercado interno se produce lentamente, y como consecuencia del sobre poblamiento relativo en el campo, se origina un proceso de éxodo rural y de urbanización acelerado, que se transformará mas tarde en un flujo permanente hacia la capital¹⁷.

Ante la crisis económica imperante fue necesaria una política de reacción (algo muy habitual para nuestros estándares) y esta no fue otra que la industrialización para remplazar la importación de manufactura (se crea la llamada Industrialización Sustitutiva). Con ello se concitaría un esfuerzo inusitado en las actividades industriales de carácter nacional, lo que provocaría un efecto (¿transmutación obligada quizás?) a nivel estatal: la creación del “Estado empresario”.

La primera gran intervención del Estado es la creación en el Gobierno del Frente Popular, en abril de 1938, de la Corporación de Fomento de la Producción (Corfo) primer instrumento importante de planificación del país y que marca, en cierta forma, el origen de la planificación regional en Chile (Gajardo: 1981). Esta estrategia se caracterizó de más en más por un Estado emprendedor y planificador: la Corfo organiza empresas nacionales para la explotación del petróleo, la producción de azúcar, de acero y de electricidad; entre otras¹⁸.

Como señala el autor ya citado la creación del “Estado empresario” conlleva a la dominación de una idea, la de desconcentración. Además, este nuevo margen de acción económica, beneficiaría a ciertas actividades por sobre otras (sobre todo la industrial), lo que generará consecuencias explícitas respecto de la demografía y el espacio chileno, exponiendo a un crecimiento desmesurado a las grandes orbes y la disminución correlativa de los territorios económicamente desacelerados y abandonados (y por ende, trastocaría todos los niveles culturales establecidos, estatuyendo, en lo probable, unos nuevos. Aunque esta es una suposición, cómo se diría, al voleo). Crecimiento demográfico explosivo en la gran ciudad, crisis económica, industrialización y cambio demográfico nacional son parte de los antecedentes directos de la desconcentración y descentralización, y por lo tanto, del

¹⁶ Chile. Artículos 107. Constitución Política de la Republica de Chile, 1925. "Las leyes darán poco a poco a los organismos provinciales y comunales las atribuciones y facultades administrativas que son ejercidas ahora por otras autoridades, con el fin de descentralizar el régimen administrativo". A esto sumamos el "inolvidable" artículo 87 que establecía los Tribunales Contenciosos Administrativos, jurisdicción jamás creada, por cierto.

¹⁷ *ib.*

¹⁸ *ib.*

proceso de regionalización ulterior¹⁹.

3.2 ¿El Estado contra el Estado?²⁰: el proceso de regionalización²¹

Algo dijimos sobre las políticas de reacción del Estado. También sobre los antecedentes materiales de la descentralización producidos a partir de la década del 20.

Ahora nos toca señalar brevemente la tarea del Estado contra los principios constitutivos del mismo (el centralismo) a partir de estos antecedentes.

Con seguridad es exagerado decir que el Estado con las políticas de desconcentración llevadas a efecto a partir de la década del 40, atenta contra sus principios rectores. No obstante ello no deja de ser una buena metáfora, ya que al revisar la literatura histórica sobre el tema en cuestión, las reformas introducidas en pos de la desconcentración y el avance hacia una descentralización no son más que políticas reactivas (con evidente desconocimiento sobre su aplicación y sus efectos por parte del poder) y discursos con un inestimable valor "retórico", incluso hoy en día²². Cabe preguntarse según esto, ¿las políticas de Estado sobre descentralización y desconcentración apuntan a favor de sus administrados y en anhelo de una transformación, o por el contrario - y que atendiendo a una finalidad indirecta, en instancia última, favorecerá a los administrados - no son más que políticas reactivas frente a las ineficiencias derivadas de los principios del Estado centralista en busca de una mínima reformatión, pero, además, no con el motivo formal de favorecer a sus administrados por las mismas ineficiencias?²³ Responder esta bizantina interrogante implica un estudio acabado por un experto en la materia²⁴, así que solo se formula retóricamente para comenzar a revisar el proceso de regionalización propiamente tal, como una política administrativa y económica que se enmarca en un periodo turbulento del Estado chileno: la segunda etapa del siglo XX hasta - relativamente - nuestros días.

A continuación, solo por fines didácticos (para nosotros mismos, inclusive) dividiremos el proceso de regionalización en tres etapas.

¹⁹ Esta afirmación sobre la relación entre la descentralización y la regionalización se hace sin dejar de tomar en cuenta que ambas, entendidas como conceptos, son distintas. Para a ello citamos nuevamente a Boisier: "Aunque teóricamente separables para fines analíticos, los conceptos de regionalización, descentralización y desarrollo regional se entremezclan de una manera profunda en la práctica, en torno a la idea matriz de un desarrollo geográficamente más armónico y equitativo. Se trata de tres conceptos de elevada complejidad porque admiten variadas acepciones y por tanto no es extraño que en torno a ellos se produzca una considerable confusión que puede hacer peligrar proyectos políticos del mayor interés para la sociedad, como la descentralización, y por tanto es muy sabio y oportuno que quienes tienen la enorme responsabilidad de establecer el marco normativo de la sociedad busquen aclarar tanto como sea posible el alcance y significado de ellos." *op. cit.*, p. 42. Claramente no es nuestra intención entrar a un análisis exhaustivo sobre ambos conceptos.

²⁰ VIDE ANGULA, L. ¿Soporta Chile más de un presidente? *op. cit.*, p. 184. "Con esto, desde su origen, el Estado, su estructura, orden competencial, políticas, gestión, etcétera, se entiende bajo el esquema *top-down*, situación, que solo a partir de la década del 70 - vía regionalización y desconcentración- se ve interpelada para en los 90 - vía descentralización-, verse en entredicho." El subrayado es nuestro.

²¹ Este apartado tiene una más que directa influencia por lo señalado en BOISIER, S. *op. cit.* p. 26, acápite titulado: "Hipótesis de un fracaso más que evidente".

²² VON BAER, H. "No tengamos miedo de descentralizar, tengamos miedo a seguir Centralizando". *op. cit.*, p. 97.

²³ Aberración, ¿una presunción de mala fe sobre el principio grandilocuente del Bien Común establecido por nuestra Carta Magna en su artículo primero?

²⁴ No obstante esta afirmación, a todas luces cierta, no puedo pregonar el cinismo: cualquier compatriota podría modelar una respuesta, *hic et nunc*. Aun así, luego de la dureza de mi afirmación, corresponde una morigeración: Boisier plantea esta pregunta y esboza una hipótesis sobre la misma al señalar, "¿para qué se estableció la regionalización?, ¿al servicio de cuáles objetivos fue puesta la regionalización?". *op. cit.*, p. 38.

3.2.1 Primera etapa del proceso de regionalización

La primera etapa del proceso de regionalización (que sobreviene a la creación de la Corfo) se sitúa con el nacimiento en el contexto nacional e internacional - o sea, está aparejado a factores externos - de políticas territoriales, que, como señala Boisier, no son más que una matriz de políticas que desarrollan mega políticas, éstas son: a) ordenamiento territorial; b) descentralización; e) fomento al crecimiento económico; y d) fomento al desarrollo societal²⁵.

En Chile las primeras medidas de políticas sobre ordenamiento territorial acontecen en el transcurso del proceso de industrialización que se está llevando a efecto en nuestro país en los años 40. Como ya revisamos, las medidas de industrialización aparejarían beneficios a las grandes orbes (Santiago y Valparaíso) lo que concita oleadas de migraciones masivas (campo-ciudad, periferia-centro) que provocará, a la vez, la creación de cordones marginales muy marcados en la ciudad y, con o junto a ello, un nuevo ordenamiento urbano:

La insuficiencia de los sistemas de transporte y almacenaje de la producción impide que la demanda, que se acrecienta constantemente pero que permanece concentrada en el espacio, haga sentir sus efectos más allá del hinterland más próximo. El área que recibe la influencia directa de la demanda tiende a modernizarse, en desmedro de las áreas más alejadas. La carretera panamericana, el más grande esfuerzo de integración regional necesario para la reorientación de la economía nacional hacia los mercados internos y la consolidación de la estrategia de sustitución, es al mismo tiempo un refuerzo al centralismo y al rol de Santiago en el sistema urbano nacional. La concentración de población en Santiago se acelera, lo que genera según la mayor parte de los planificadores, la acumulación de problemas de todo tipo en un solo punto del territorio²⁶.

Junto con lo señalado, como otra política reactiva, el terremoto de Chillán será el motor de arranque para las iniciativas de desarrollo regional impulsado por la Corfo, iniciativas que en la práctica serán la entrega de créditos destinados a las regiones, y en 1960 la creación de los Institutos Corfo.

En el ámbito administrativo se crea en 1940 la provincia de Osorno, determinando la división político-administrativa (25 provincias) que se mantendrá incólume hasta la década del setenta, en el segundo periodo de regionalización.

Además, en 1952 (siguiendo la raigambre administrativa) se crea la Dirección de Planeamiento por encargo del Ministerio de Obras Públicas, que tendrá por objeto planificar y coordinar el desarrollo social y económico del país, objeto que no llega a buen puerto sin embargo²⁷.

Hacia los años sesenta el ordenamiento territorial administrativo y reactivo de los decenios del treinta y cuarenta, comienza a dar paso a la planificación regional. Y será el desastre natural de mayo de 1960 el que impulse definitivamente esta corriente en la forma de una política estatal de desarrollo regional que se manifiesta en²⁸:

²⁵ BOISIER, S. *op. cit.*, p. 14.

²⁶ ARENAS, F. *op. cit.*, p. 65.

²⁷ *ib.*

²⁸ BOISIER, S. *op. cit.*, p. 4

- 1) La creación de comités provinciales de desarrollo
- 2) Los estudios realizados a través del convenio Corfo- U. de Chile, que “constituyen la semilla de los trabajos realizados con posterioridad por el Odeplan”
- 3) La asunción a la presidencia en 1964 de don Eduardo Frei Montalva, administración bajo la cual nace en el año 1966, la Oficina de Planificación Nacional (Odeplan) encargada del desarrollo y manejo regional. Junto con ello, será - como señala Boisier- ésta la primera vez que se da alcance explícito al desarrollo regional y la descentralización (que en el gobierno de Frei se verá conceptualizada en una política al crecimiento económico regional)
- 4) Decreto 1.104 del Ministerio del Interior, el cual divide al país en doce regiones de planificación. Arenas señala, “esta es la primera división del territorio a escala regional basada en una estrategia explícita de uso y ocupación del espacio geográfico chileno, en el marco de la denominada Estrategia de Desarrollo Regional Polarizado”²⁹
- 5) La llegada de Allende al poder; periodo de cambios de paradigmas en todas las áreas del ámbito nacional, salvo que esta vez, algunas, sitúan su origen desde el poder

Ni siquiera vamos a intentar esbozar un análisis o lo que se le parezca sobre este periodo (ni siquiera un juicio de valor), por lo tanto, en lo tocante al tema que estamos recorriendo podemos señalar que efectivamente existe una nueva visión sobre la planificación regional, y que en palabras de Boisier: “La política de desarrollo regional de la administración Allende debe ser entendida, y casi todos los aspectos de dicha administración como un intento no acabado, ciertamente frustrado, de alterar radicalmente el sistema y el estilo de desarrollo del país”³⁰.

El proyecto de planificación regional de Allende es denominada “Estrategia de desarrollo regional integrado”, y al igual como con la “Estrategia de desarrollo regional polarizado”, no nos extenderemos sobre ella³¹.

Antes de finalizar este periodo, se nos hace imperioso mencionar sumariamente los objetivos que engloban el proceso de intervención territorial, estos son los siguientes: implantación de una división político administrativa del territorio (la regionalización formal); el control de la expansión de las grandes ciudades con el fin de limitar su crecimiento demográfico acelerado (evento que perpetuaba con mayor fuerza el centralismo); el nacimiento de una noción de igualdad articulada con el objetivo de reducir las disparidades territoriales de todo ámbito, y por último, el desarrollo regional como un resultado final de los objetivos ya mencionados³².

Bajo estos presupuestos se configura la primera etapa del proceso de regionalización en nuestro país; proceso que solo por fines didácticos dividimos en tres, porque si bien el Golpe de Estado (o Pronunciamiento Militar, o como quiera llamársele) desgarró a raja tabla la institucionalidad del país (y muchas cosas más), se encargará asimismo de continuar con el proceso de regionalización ya establecido,

²⁹ *ib.* Sobre la Estrategia del Desarrollo Regional Polarizado, revisar el capítulo EL DESARROLLO REGIONAL BASADO EN LOS POLOS DE DESARROLLO. p. 67.

³⁰ BOISIER, S. *op. cit.*, p. 5.

³¹ ARENAS, F. *op. cit.*, p. 69. Capítulo: LA DENOMINADA ESTRATEGIA DE DESARROLLO REGIONAL INTEGRADO

³² BOISIER, S. *ob. cit.* p. 24. El cumplimiento o no de estos objetivos a través del proceso material de regionalización lo expone el mismo autor en las siguientes páginas, lo que le permitirá extender una hipótesis de fracaso de este proceso: “Una evaluación del nivel de logro de estos objetivos en el largo plazo (1950/2005) muestra parquedad en los resultados”.

tal vez configurándolo con otros márgenes de los que se venían instalando, y no instalar portentosamente *ex nihilo* un proceso como el que se está reseñando. Es por ello que para nosotros, a partir de 1973 emerge el segundo periodo del proceso de regionalización.

3.2.2 Segunda etapa del proceso de regionalización³³

Antes de comenzar a enumerar los abecés que marcan este segundo periodo, verteré una leve noción sobre el mismo.

En las líneas precedentes antes de finalizar la que denominamos primera etapa del proceso en curso, señalamos los objetivos que persiguen las políticas territoriales en busca del crecimiento y desarrollo territorial (tanto nacional, como subnacional). Bien, uno de ellos es la implantación de la división política administrativa, implantación que se entiende de manera formal como regionalización. Dicha implantación - legal- en Chile se lleva a cabo en esta etapa, y como señala Boisier "En primer lugar, la regionalización logró consolidarse constitucional y políticamente en un solo país de América Latina; se trata del caso de Chile [...]".³⁴ Acto seguido a la afirmación, se señala como ejemplo la Constitución de 1980, en particular, su artículo tercero. Ello permite comprender que sea en este periodo el momento en que se implanta la regionalización como un proceso de carácter genérico y formal (además de administrativo-legal), y se desmarque por ello de anteriores políticas de desarrollo regional. Un claro ejemplo de lo señalado es que a partir de estos años, la "regionalización" sea conceptualizada por el Gobierno de facto como un proceso fundacional³⁵: concepto que terminará generando eco a la fecha, al rotularse este periodo como el nacimiento de la regionalización en nuestro país. Esto nosotros no lo compartimos y seguimos la línea de Boisier y Arenas, ya que asumir este acto como "fundacional" implica desconocer la naturaleza de los antecedentes históricos previos a esta etapa, como, además, suponer que con la sola división legal del territorio se erige teóricamente, *ex nihilo*, la región³⁶. Por lo tanto entenderemos esta tarea formal (que se expresa en la implantación legal de la división administrativa del territorio) llevada a cabo por el Gobierno de facto, no como un acto fundacional, sino como un "ajuste regionalizador" y como la continuación mediante un resquebrajamiento en todo orden de eventos, no solo de la institucionalidad - de las medidas tendientes al proceso de regionalización enumeradas en párrafos anteriores.

Sobre este asunto, más no nos referiremos.

En este periodo, partiendo por la concepción económica que toma el Gobierno de facto, se crearán políticas públicas con marcado carácter descentralizador y desconcentrador que afluirán en la creación de las regiones:

La propuesta en cuestión contenía un fuerte alegato a favor de la descentralización entendida esta en un riguroso contexto de teoría económica, es decir, entendida la descentralización como el marco institucional de un sistema

³³ BOISIER, Sergio. "Chile: La vocación regionalista en el Gobierno Militar". En EURE vol.26. Santiago, 2000.

³⁴ BOISIER, S. *op. cit.*, p. 24.

³⁵ ARENAS, F. *op. cit.*, p. 72.

³⁶ BOISIER, S. *op. cit.*, p. 35. "El Gobierno Militar, anti planificador por convicción y doctrina, hace suya sin embargo la tarea de planificación regional, entendiendo que ésta tenía no pocos puntos de contacto con la geopolítica. Como lo ha escrito este autor, "el territorio es, a la cultura de los militares, lo que el mercado es a la cultura de los economistas" y por tanto no es difícil entender esta simpatía".

*económico basado en el mercado y en un conjunto libre de precios que, en términos relativos, configurarían los parámetros para la asignación óptima de los recursos. No había una referencia, ni cercana ni lejana, a la dimensión territorial de la descentralización*³⁷.

El Gobierno de facto, por esencia autoritario, desarrollará un sistema económico liberal con hincapié en la propiedad privada; la reducción del aparato estatal a través de privatizaciones y una apertura económica externa. Junto con ello, abrirá puentes a una economía de libre mercado (máxime, luego de la crisis económica de los años 1982 y 1983); elementos todos que a simple vista, chocan con la concepción de un Estado de marcado centralismo como el nuestro.

Se hace necesaria la descentralización, pero ¿qué tipo de descentralización efectiva operará? Evidente resulta que para un Gobierno autoritario que define su esencia a partir de la doctrina de la Seguridad Nacional (Declaración de Principios del Gobierno de Chile) no será plausible una descentralización ni fiscal, ni judicial, ni -MUCHO MENOS - política. La descentralización, entonces, que se hace carne dada la teoría económica imperante, no es otra que la económica y junto con ello, la descentralización y desconcentración administrativa. Y para lograr esto, la descentralización económica y administrativa (junto a la desconcentración) se individualará como una cuestión territorial con rasgos de regionalización.

Paralelo y junto a esto hay una segunda vertiente que se puntualiza por un documento reproducido en Odeplan y luego resuelto por la Conara (motivo neurálgico en el proceso de regionalización efectuado por el Gobierno de facto):

*Este documento, titulado Restauración nacional y desarrollo regional. Bases para una política, fue preparado por un amplio grupo de expertos de Odeplan y su finalidad principal era, en cierto sentido, rescatar la obra realizada en Odeplan en materia de planificación regional y aprovechar, desde el punto de vista del desarrollo regional la coyuntura de profundos cambios que se avizoraba. Textualmente se señalaba: "La etapa actual de reconstrucción y restauración que vive Chile presenta una oportunidad inmejorable para atacar las causas de fondo que determinan la forma que asume el desarrollo económico territorial de Chile. En verdad, de no aprovecharse esta coyuntura, parece poco probable que sea posible alterar de manera significativa el patrón de desarrollo espacial del país" (Odeplan 1973)*³⁸.

Como se puede vislumbrar, estas dos vertientes, sumados al fuerte componente territorial y geopolítico que presenta la doctrina de Seguridad Nacional del Gobierno en comento, plasmarán la puesta en marcha del proceso de regionalización formal en nuestro país, o, siguiendo a Boisier, el "ajuste regionalizador".

Damos paso a enumerar algunos de los elementos³⁹:

1) Creación de la Comisión Nacional de la Reforma Administrativa (Conara), organismo que tendrá la labor de reorganizar la división política – administrativa del país y junto con ello, los sistemas de Gobierno y administración interior

³⁷ BOISIER, S. *op. cit.*, p. 6. La propuesta económica se basa en el documento *El Ladrillo*.

³⁸ *ib.* p. 7. El autor reproduce, a modo de prueba, párrafos del documento y del Manifiesto del presidente de la República con motivo de la iniciación del proceso de regionalización del país (11.7.74).

³⁹ BOISIER, S. *op. cit.*, p. 10 - 14. Con énfasis en el acápite V. *LOS INSTRUMENTOS DE LA REGIONALIZACIÓN*, en el cual se señalan siete categorías de instrumentos: 1) financieros, 2) organizacionales, 3) participativos, 4) planificación, 5) capital humano, 6) sociales y 7) económicos.

2) La dictación - debido a la labor de la Conara- de los Decretos Leyes números 573 y 575 de 1974 que determinan la configuración regional actual

3) Modificación de Decretos Leyes números 1230 y 1317 de 1975, con el objeto de implantar la división provincial y en 1976 entra en operación el Decreto Ley 1289, referido a la división comunal

4) Creación del Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR) en 1975, y el Fondo Común Municipal (FCM) creado a través de la Ley de Rentas Municipales (D.F.L. N° 3036 de 1979)⁴⁰

5) Creación de las Secretarías Regionales Ministeriales (órganos desconcentrados de los ministerios del gobierno nacional); de Secretarías Regionales de Planificación y Coordinación (órgano desconcentrado del Odeplan); y de Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo (Subdere, también órgano desconcentrado, esta vez, del Ministerio del Interior y a voz de Boisier, organismo sucesor de la Conara)

6) Creación de las Universidades regionales⁴¹

7) Finalmente, nuestra Carta Magna que eleva el rango de la regionalización a estatus constitucional⁴²

Con estos elementos el proceso de regionalización siguió su trance histórico; con un Gobierno de facto asumiendo una carta de navegación económica⁴³, la cual exigía cambios al Estado centralista, que bajo los arquetipos de la desconcentración y descentralización administrativas y económica pone en curso la creación de un ordenamiento jurídico (Conara, Decretos Leyes y la firma postrema de la Constitución) que establece la división administrativa y territorial en forma de regiones.

Esta transformación, sin embargo, no estará exenta de contradicciones ya que es la institución de facto la que creará la regionalidad y, por tanto, la precederá sin cautelar con profundidad los fundamentos de la misma y sin considerar elementos sociales y culturales⁴⁴. Se realiza con el objetivo ulterior de responder a demandas sectoriales de la élite teórica económica dominante, que se encuentra instalada en el alma burocrática del Estado. Así tenemos que:

La regionalización chilena no responde a ninguna demanda social ni a ninguna circunstancia histórica, En términos de la teoría de las políticas públicas, ella es claramente el resultado de una racionalidad burocrática weberiana. La regionalización nace desde el mismo corazón del Estado (una oficina asesora del presidente de la República) y es impuesta, primero, con el leve peso de un decreto presidencial y posteriormente con la fuerza de un decreto-ley en plena vigencia de un autoritarismo a ultranza.

⁴⁰ "Algo parecido sucede, curiosamente, con instrumentos originalmente concebidos para fomentar y apoyar iniciativas de desarrollo regional y local, que no obstante han ido perdiendo tal carácter a través del tiempo, o quizás nunca llegaron a tenerlo. Tal es el caso del Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR), que en lugar de ser instrumento de desarrollo propiamente tal ha derivado en un fondo para financiar una miscelánea de proyectos menores, de una gran diversidad y relativamente aislados entre sí." En: CORREA, G. "Un nuevo paradigma descentralizador: organizar la oferta central desde la demanda regional". *Pensando Chile desde sus regiones*, *op.cit.*, p. 215.

⁴¹ MAGGI, C. "Descentralización territorial y competitividad: el caso Chile" Instituto Alemán de Desarrollo: estudios e informes 3/1994. Berlín 1994, p. 16.

⁴² Capítulos primero "Bases de la institucionalidad" y décimo cuarto "Gobierno y administración interior del Estado". Piedra angular. Artículo 3, inciso 2º.

⁴³ BOISIER, S. *ob. cit.*, p. 21. Si bien la regionalización no solo se estableció exclusivamente a partir de un criterio económico (también incluyó criterios demográficos, ecológicos y geográficos, demás está decirlo), este fue el que predominó sobre los demás.

⁴⁴ *ib.* Hecho que producirá la creación "de la nada" de regiones.

Que produce:

Regiones artificialmente creadas carecen de un elemento aglutinador esencial (crecientemente reconocido como importante factor de desarrollo). Cultura capaz de producir la auto-referencia y la identificación socio-territorial. Este es un problema particularmente agudo en el caso de las regiones multiprovinciales. En las cuales existen diversas manifestaciones culturales de orden local, sin que ellas lleguen a plasmar una verdadera cultura de la región. Por eso es que se ha sostenido que todo proyecto colectivo de desarrollo (todo proyecto político regional) debe entrelazarse con un proyecto cultural paralelo, capaz de crear la cultura de la región⁴⁵.

No obstante lo señalado, imposible es dejar de reconocer y valorar que es en este periodo en el cual se instalan y ejecutan las políticas públicas en materia de desarrollo regional, políticas que constituirán un desafío y una responsabilidad para el Estado de finales del siglo XX y comienzos del actual. Aun con esto, cabe hacerse otra pregunta: ¿Cuánto de la dicotomía reproducida no solo por la creación de regiones en un periodo sin democracia, sino también por las contradicciones en la esencia de un Gobierno de facto y la puesta en marcha de una economía de libre mercado feroz⁴⁶ (que nos abriría las puertas a la globalización, entendiendo ésta como una etapa del capitalismo), por la lejanía insoslayable de teorías económicas y de desarrollo territorial impuestas desde el “corazón del aparato burocrático” con la identidad y cultura del territorio a intervenir desde la ley, representa una implicancia hoy en día a la hora de establecer profundas mejoras (regionalización administrativa) y adiciones (regionalización política y, por qué no, jurisdiccional y fiscal) al sistema consagrado por nuestra Constitución?

3.2.3 Tercera etapa del proceso de regionalización⁴⁷

La presente etapa se circunscribe a partir del inicio del Gobierno de Aylwin (término de la dictadura, régimen, o como se le quiera llamar) hasta nuestros días, y se caracteriza por la creación de los Gobiernos Regionales y su posterior puesta en marcha, y la democratización de las Municipalidades a partir del año 1992⁴⁸.

El Gobierno de Aylwin - y todos los gobiernos de la Concertación, junto al actual de la Alianza por Chile - es heredero y continuador de la creación regionalista del Gobierno de facto expuesta en los párrafos precedentes y su primera tarea en esta área es la instalación de los Gobiernos Regionales “con el propósito de hacer avanzar al país hacia una estructura de gobierno y administración con expresión concreta en el nivel regional, que viniese a completar las acciones destinadas a democratizar los municipios y a desplazar desde el Estado central hacia estos dos niveles subvencioneles, una parte del poder radicado hasta ese momento en

⁴⁵ BOISIER, S. *op. cit.*, p. 20. Ver los apartados VI PIEDRAS EN EL CAMINO y VII LA POLÍTICA REGIONAL HEGEMÓNICA EN LOS AÑOS OCHENTA: EL DESARROLLO REGIONAL COMO BY-PRODUCT DE LA ESTRATEGIA DE DESARROLLO NACIONAL, Y VIII. LA HERENCIA PARA LA TRANSICIÓN: BLANCO Y NEGRO DEL LEGADO.

⁴⁶ MAGGI, C. *op. cit.*, p. 21: "Se advierte en la política regional un claro conflicto entre la prioridad asignada a la modificación del sistema administrativo y de gobierno interior, con la imposibilidad bajo el modelo neoliberal, de implementar políticas de gestión territorial del desarrollo productivo y económico".

⁴⁷ MARDONES, R. "Descentralización y transición en Chile". *Revista de Ciencia Política*, 2006 volumen 26, núm. 1, p. 03 - 24.

⁴⁸ Recuérdese el camino que siguió la elección de alcaldes; primero fue que el alcalde fuese elegido por el Concejo, luego el alcalde sería quien sacase la mayor votación en la lista más votada; y por último - a la fecha vigente - es que el alcalde se elige de manera separada de los concejales.

el primero"⁴⁹. Esto se produce con la Ley Orgánica de Gobierno y Administración Regional el 11 de noviembre de 1992.

A partir de lo señalado, podemos constatar los siguientes hitos en este periodo:

1) Creación de instrumentos destinados a aumentar el porcentaje de Inversión de Decisión Regional, tanto en el Gobierno del Presidente Frei como de Lagos⁵⁰

2) Como consecuencia de la descentralización y desconcentración administrativa funcional se puntualizan las transferencias de responsabilidades de nivel nacional a regional a los respectivos organismos (como por ejemplo, de los ministerios a sus oficinas regionales)

3) Proliferación de estudios a cargo de la Subdere sobre el tema regional, como una consecuencia - creemos -, del avance en el discurso político sobre el desarrollo regional y sus problemáticas⁵¹

4) La promulgación de las leyes, L.O.R 19.175 (que ya mencionamos), L.O.M 18.695 y Leyes de Rentas Municipales 1 (2000) Y II

5) La creación de dos nuevas regiones: Región de Arica y Parinacota (Ley n° 20.175) y Región de los Ríos⁵²

El lector sabrá notar que se pueden acumular más reseñas e hitos sobre esta etapa, principalmente respecto a la creación y funcionamiento de los Gobiernos Regionales⁵³, pero dada la extensión de este marco teórico que hemos denominado como "somera reseña histórica del proceso de regionalización", preferimos acotamos a lo señalado. Por lo tanto, damos por concluida esta reseña histórica y avanzamos a la siguiente sección, intitulada: "Algunas consecuencias del proceso de regionalización: la creación del fracaso"⁵⁴.

⁴⁹ ARENAS, F. *op. Cit.*, p.73.

⁵⁰ *ib.*

⁵¹ Subdere. El Chile descentralizado que queremos: un proyecto de todos.

_____. Proyecto: Evaluación histórica de la regionalización en Chile, quinto taller. 2001. Sobre el avance del discurso político ejemplificaremos con lo que señala BOISIER en Chile: La vocación regionalista del Gobierno Militar, *op. cit.*, p. 22: "Los partidos políticos abren un espacio interno, en sus estructuras técnicas, para la discusión acerca de la descentralización y el desarrollo regional. Todo ello conduce a una situación inédita en la historia de Chile: por primera vez, en la campaña presidencial que culminaría en 1989, la descentralización y el desarrollo regional ocupaban un lugar significativo en el discurso político".

⁵² Creación que responde a demandas históricas de las ciudades de Valdivia y Arica entre otros elementos, de los cuales nos abstenemos de mencionar en razón de la *extensión*.

⁵³ Un punto central en esta materia es tratado por Tobar, Manuel; Estado Regional y democracia participativa: dos caras de una misma moneda, en *op. cit.* p. 146 a 165, en particular sobre la reforma a los artículos 113 y 114 de la Constitución, sobre la elección de los CORE y el traspaso de competencias, pp. 160. Además del artículo citado, recomendamos el capítulo 1.1 Descentralización Política, p. 165 - 209 . Pensando Chile desde sus regiones, *op.cit.*

⁵⁴ BOISIER, S. *op. cit.*, p. 24: "Finalmente, en relación al desarrollo regional, treinta años de esfuerzos enmarcados en diferentes moldes doctrinarios y teóricos no han producido situaciones cercanas a un verdadero desarrollo en las regiones. Crecimiento económico y transformaciones productivas, como procesos esencial y exógenamente determinados, sí han ocurrido como resultado, en algunos casos, de esfuerzos de políticas públicas muy explícitas (Arica en los 60, Iquique en los 80) y en otros, de estrategias nacionales genéricas (apertura externa, ventajas comparativas) con manifestaciones localizadas de interés (Antofagasta, Copiapó, Curico, Puerto Montt). La explicación de la situación descrita tiende a centrarse cada vez más en nuestro propio desconocimiento de la fenomenología del desarrollo regional; es decir, no se sabe a ciencia cierta cuáles son los factores causales del desarrollo regional, de qué depende este, en último término. Habida cuenta de este desconocimiento, los intentos de intervención para promover el desarrollo de las regiones difícilmente habrían podido tener éxito. Esto explica, al mismo tiempo, que en la práctica las autoridades regionales creen que el desarrollo de sus regiones equivale a la suma de programas y proyectos, todos los cuales pueden ser en sí mismos valiosos, indispensables y contribuidores directos a ciertas parcialidades del desarrollo, pero evidentemente escamotean la complejidad de un fenómeno que sólo puede captarse en su integridad. Esto hace de las intervenciones a favor del desarrollo de regiones (p.e. Plan Austral, Plan Arica, etc.) verdaderas intervenciones hipotéticas, que tal vez apunten correctamente y gatillen el desarrollo y tal vez no".

4 ALGUNAS CONSECUENCIAS DEL PROCESO DE REGIONALIZACIÓN: LA CREACIÓN DEL FRACASO

Para la literatura regionalista y parte de la mirada apocada puesta en ciernes por la teoría económica, el proceso de regionalización no solo produjo – y produce – cismas inabarcables entre el centro y la periferia (y no solo el centro del Estado-nación, también el centro del territorio de los “gobiernos subnacionales”, si realmente se les puede llamar así), sino que también aparejó fisuras sistémicas y contradicciones en los resultados que a todas luces resultan evidentes, p.e. la concentración laboral, económica, financiera y demográfica en la Región Metropolitana.

En el apartado precedente hemos expuesto algunas fuentes materiales y luego formales del proceso en comento. Y al revisar estas fuentes resulta indudable que, primigeniamente, los cismas comienzan a fraguarse a partir de la creación del Estado centralista - sin hacer un juicio de valor sobre su necesidad histórica - que se antepone al nacimiento genuino de la nación propiamente tal.

Luego, este Estado dependiente del sector primario de la economía y ya con un esbozo de división territorial administrativa del país, vería crisis tras crisis la explosión demográfica del centro y el abandono sistemático de la periferia, con lo cual tendría que tomar medidas reactivas indispensables para evitar el colapso total de la economía nacional como del centro mismo. Las medidas a tomar tendrán su máxima expresión en el proceso de industrialización sustitutiva de la importación, y es a partir de ese periodo que el proceso de regionalización en nuestro país se instalará en el carril histórico hacia las fuentes formales. Pero en ninguna de las fuentes formales se observa que se haya tomado en consideración expresamente factores como el territorio, la cultura, o la participación de los entes provinciales o regionales. No, se inicia bajo un proceso denominado por la teoría como “arriba-abajo” (que ni siquiera admite explicación, se explica por sí solo), en el cual la imposición sobre el territorio y la gente impera, y que su entelequia última, creemos, no es la regionalización en su sentido estricto, sino una respuesta efectiva y reactiva al crecimiento demográfico exponencial que vive el centro, el cual presenta serias crisis sociales y de marginalidad (crisis que presentaría, también, la periferia) como el salvataje económico del Estado.

Dado estos antecedentes, el periodo que le sucede se puede resumir de la siguiente manera:

La cuestión regional en Chile ha tenido un lento desarrollo cuyos principales hitos son los llamados regionalismos implícitos, instaurados desde 1950 y que consistieron en política de asignación de beneficios económicos a determinados territorios afectados por desafíos específicos; luego, la introducción de una mirada regional en la planificación de las políticas públicas en los años 60, que coincidió con la creación de Odeplan, durante la Administración de Frei Montalva; posteriormente vinieron los cambios introducidos por el gobierno militar en los años 70, transformaciones denominadas “municipalización” y “regionalización” para finalmente desembocar en el desarrollo de políticas explícitas de descentralización y desconcentración implementadas por los gobiernos democráticos que remplazaron a la dictadura a partir de 1990⁵⁵.

⁵⁵ ÁVALOS, J. “La construcción de capacidades políticas y administrativas regionales en un Estado unitario centralizado: avances y desafíos en el caso chileno”. *op. cit.*, p. 133.

Si las fuentes materiales, primero, no se correlacionaron eminentemente con factores “sociales” e inherentes al territorio a intervenir, con mayor razón no lo harán las fuentes formales después. Y al revisar la segunda etapa del proceso de regionalización (desde 1973 en adelante) lo dicho se desprende con mayor claridad; documentos como el Ladrillo, la declaración de principios del Gobierno de facto, luego la CONARAY los Decretos Leyes ya mencionados, responden a la doctrina económica, a la geopolítica y a la desmembración del aparato estatal. Y estos componentes se materializarán en un proceso de regionalización administrativa y económica (en la práctica y anécdota, se reduce a solo un proceso de desconcentración de los servicios públicos y descentralización en otros casos⁵⁶, sumado a ello la delimitación de regiones).

Con el regreso a la democracia, el panorama no cambiaría mucho, el proceso de regionalización no será considerado como una política de Estado de largo aliento y su discusión y avance solo se enmarcará en medidas de corto plazo y discursos cargados a la equidad y el desarrollo, pero que, no obstante, solo tendrían un valor retórico. Es así como en este periodo se crean los Gobiernos Regionales (¿en realidad existe gobierno regional a la fecha?) y se modifica el sistema municipal. Más puesta en escena, menor calidad de la misma. Porque, finalmente, asumiendo el transcurso histórico descrito, es permisible interrogarse: (las medidas tendientes a la división territorial del país - político administrativas - puestas en marcha sin consideración de los administrados, y luego sin consideración de los representados, iban a tener un real impacto, no solo en la economía regional (porque en la economía nacional sí que lo tuvo, para ello es cosa de acercarse a la siempre tan bien ponderada macroeconomía) además en las personas habitantes de dichas regiones? Y junto a ella ¿acaso con la sola descentralización funcional y territorial bastaría en un país tan heterogéneo como el nuestro, considerando, urge decirlo, que la misma descentralización funcional y territorial fue puesta en marcha con desconocimiento absoluto de los alcances posibles porque no se entendía a ciencia cierta (y no soy yo quien afirmo esto, uno de ellos es Boisier, solo basta ver la última nota al pie del acápite anterior) qué significaba en la praxis el desarrollo regional?

Es por ello que resulta en extremo fácil aceptar que el proceso de regionalización en nuestro país traería consecuencias negativas⁵⁷ (recuérdese que solo nos situamos dentro de los factores denominados internos, porque los factores externos, como la globalización, también preverían consecuencias, que van de la mano), como contradicciones. Ahora pasaremos a señalar algunas de ellas, las cuales las consideramos gravitantes para el fin de este ensayo, entregar nociones y características de la Ciudad-Horizonte.

⁵⁶ BOISIER, S. “Desarrollo territorial y descentralización: el desarrollo en el lugar y en las manos de la gente” *EURE*. 2004, vol. 30, núm. 90, p. 29.

Sobre desconcentración y descentralización: “[...] el primero de ellos- desconcentración - alude a una cesión de capacidad de decisión desde un nivel jerárquico dado a otro inferior dentro del mismo organismo, tratándose en consecuencia de una cuestión interna que no requiere sino la voluntad del nivel jerárquico superior; el segundo, la descentralización, supone la creación de un ente distinto de aquél del cual se va a transferir capacidad decisoria, y ello a su vez supone la concesión de personalidad jurídica propia, de recursos y de normas propias de funcionamiento”.

⁵⁷ ÁVALOS, J. *op. cit.* Sobre las mejoras de la descentralización, capítulos: “El contexto general de la política de descentralización” y “La construcción democrática creó el espacio para impulsar procesos de descentralización”. En nota al pie el autor señala: Los antecedentes de este capítulo han sido extraídos principalmente del mensaje de la presidenta Michelle Bachelet del 21 de Mayo de 2009, ante el Congreso Nacional. p. 135 y 136.

5 LA CREACIÓN DEL FRACASO

Chile se encuentra dividido político administrativamente a lo largo de su territorio en quince regiones, cincuenta y cuatro provincias y trescientos cuarenta y seis comunas. Sobre esta división subyacen las contradicciones y consecuencias del proceso de regionalización de nuestro país y que toman forma a través de las desigualdades que se mantienen incólumes en nuestro sistema. Dichas desigualdades producidas son posibles desmenuzarse en distintos aspectos y clases, nosotros para nuestros fines discurrirémos a partir de las siguientes⁵⁸:

a) Centralización no resuelta⁵⁹. A lo largo de la historia de Chile este problema no se pudo resolver ni siquiera con un proceso de descentralización mediante (no obstante ésta fue solo administrativa, por tanto mucho no resolvería). Esta aglutinación se ve traducida en una centralización demográfica (más del 42% de la población del país se encuentra en Santiago, lo que corresponde al 2% del territorio); centralización económica y financiera, que se aclara al verificar que es en Santiago y en algunos centros regionales (muy pocos) donde se concentran las casas matrices de la mayoría de las grandes empresas (de todo orden, con énfasis en la actividad financiera y comercial) y bancos, además de constituir por los grandes grupos económicos el centro como su lugar de establecimiento y ejecución, incluso cuando su actividad la realiza en regiones, lo que produce en un número no menor de casos que exista una centralización judicial, dada la prórroga de competencia que opera en los contratos civiles y mercantiles que suscriben estas empresas o grupos económicos; centralización del conocimiento⁶⁰ (no me atrevo a llamarlo sin miramientos como “capital humano”) que se distingue al analizar la cantidad de matrícula de la educación superior en la Región Metropolitana, que supera el 50% nacional, además de la entrega de becas de postgrado la cual está prácticamente en una relación de 3 a 1 a favor de la Región Metropolitana. Sobre la centralización del conocimiento vamos a volver en el siguiente punto.

b) Gobierno nacional concentrador frente al nulo peso de los Gobiernos Regionales⁶¹: este tipo de desigualdad se manifiesta a través de la concentración en las acciones estatales que incidirán en el territorio y los gobiernos regionales, y en, a la vez, la nula incidencia que tienen éstos en la toma de decisiones del otro (solo basta recordar la “doble función” del Intendente). Una forma de concentración es la entrega del FNDR, que desde su creación hasta la fecha presenta un aumento sostenido en la Región Metropolitana (entre los años 2003 a 2006 tuvo un aumento del 160% frente a un incremento del 44% del resto de las regiones). Otra forma de acción concentrada ora del Estado es la entrega de becas y la generación de

⁵⁸ AROCA, P. “La creciente concentración económica regional en Chile”. *op. cit.* p. 76; AROCA, P. y ATIENZA, M. “Concentración y crecimiento en Chile: una relación negativa ignorada”. *Eure*. 2012, vol. 38, núm. 114, p. 257; VON BAER, H. “Descentralización y desarrollo territorial: ¿Barco a la deriva o proyecto país? Fundamentos y propuestas para una política de Estado”. *ACADEMIA PARLAMENTARIA, Hemiciclo*. 2011, núm. 5, p. 89; y VON BAER, H. “No tengamos miedo de descentralizar, tengamos miedo a seguir centralizando” *op. cit.* p. 86.

⁵⁹ VON BAER, H. *op. cit.*, p. 88.

⁶⁰ PALMA, E. “El desafío de la descentralización: la especificidad y las exigencias del caso chileno” *op. cit.*, p. 49. “[. . .] Debe recordarse que una de las características de la centralización, tal vez las más nociva, es la reubicación de los mejores recursos humanos en el centro o capital. Así, la periferia pierde calidad en su liderazgo y en el proceso de conducción de su desarrollo socioeconómico y político cultural. Es necesario incentivar el regreso a ellas de las élites de calidad, para conducir a sus comunidades.”

⁶¹ AROCA, Patricio, *op. cit.*, p. 78.

conocimiento y capacidades (lo que está en íntimo concubinato con el centralismo del conocimiento), dado que la entrega de becas de pregrado y postgrado se concentra en la capital (al año 2007, como señala Aroca, la cifra disminuye a un 62%, antes bordeaba el 76%), y los nuevos graduados y profesionales, en un círculo vicioso, desarrollarán sus actividades investigativas en centros y universidades de Santiago. Junto a las acciones concentradoras señaladas tenemos también la política monetaria del Banco Central, que para mantener un nivel de inflación bajo ocupa la tasa de interés (la aumenta). El quid en esto nace porque el Banco Central para medir la inflación nacional, utiliza solo datos de la capital sin considerar la heterogeneidad del territorio nacional, y con ello, la economía del mismo. Qué ocurre en este caso, muy simple, en muchos casos la tasa de interés (su aumento o disminución) actúa de manera eficiente para Santiago pero no para todo el territorio⁶².

e) Descentralización y desconcentración no operativa en la práctica: a pesar del proceso de regionalización histórico, éste no ha logrado hacer mella a la construcción y funcionamiento del Estado chileno: "El Estado de Chile es una figura demasiado grande y, a la vez demasiado pequeña: demasiado grande e inexistente, distante de los gobernados, sin espacios reales de participación y de control social; a la vez que demasiado pequeña para resolver con eficacia las demandas de bienes y servicios de la ciudadanía⁶³.

d) El nivel de crecimiento se encuentra cooptado por la concentración del mercado: esto como señala Aroca, es propio de un país que tiene una lógica centralista, ya que producirá grandes ciudades o regiones dominantes, las cuales exhibirán una " congestión creciente de la infraestructura y los servicios públicos [...] y la experiencia muestra que el mercado, en conjunto con el sector público, tiende a resolver este problema a través de mayor inversión y provisión de estos bienes, en vez de reducir la demanda por ellos a través de desarrollar el territorio más equilibradamente"⁶⁴. De Perogrullo es volver sobre la doctrina económica hegemónica, tanto en el momento que se pone en marcha la regionalización formal de nuestro país, como hoy en día. Un producto de esta desigualdad es la migración laboral, suceso que se explica a partir del abandono de las regiones de alto desempleo por parte de los trabajadores para ir a aquellas donde existe una mayor oportunidad de encontrar trabajo. Esto provoca un resquebrajamiento como una población flotante permanente, que en algunos casos opta por separar la región de trabajo de la de residencia (evento que Aroca y Atienza denominaron como conmutación interregional). Sobre el resquebrajamiento, éste se produce no solo en la periferia (la cual, cuando no es una conmutación interregional, lisa y llanamente reproduce la pérdida de población económicamente activa, o sea población que se encuentra en el mismo - o casi el mismo - segmento etario que los que dejan la periferia en razón de estudio) sino también en la región central o de llegada ya que los conmutantes laborales, como afirman los autores, reciben en promedio sueldos más altos, ingresos que en definitiva irán a parar hacia las regiones de residencia y no

⁶² _____ p. 81. "Entonces la tasa de interés que actúa como un freno o acelerador eficiente para Santiago, no necesariamente resulta adecuada para todo el territorio, así habrá regiones que reciben el freno antes que lo necesiten o el acelerador tardíamente, porque su inflación no sigue la dinámica de la de la Región Metropolitana".

⁶³ CEA, J. Citado por: VON BAER, HEINRICH, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁴ AROCA, P. *op. cit.*, p. 82.

a la de llegada. A continuación reproducimos lo señalado por los autores: “[...] solo las regiones extremas de Chile tienen conmutación neta positiva, mientras que las centrales tienen conmutación neta negativa. Es decir; la proporción de trabajadores que van desde el centro del país a trabajar a las regiones extremas (Tarapacá y Antofagasta en el norte y Aysén y Magallanes en el sur) es superior a la de quienes van desde las zonas extremas a las regiones del centro. Esta movilidad laboral es, por tanto, altamente concentradora de ingresos en torno a las regiones centrales del país y actúa como una fuente de desigualdad territorial”⁶⁵. Además de esto, el paradigma de desarrollo y crecimiento de nuestro país está caracterizado por el éxito a nivel “macro”, sin considerar, por ello, la realidad de las pequeñas localidades en particular y regiones enteras, en general.

Estas desigualdades contienen y modelan el receptáculo al que aludimos al comienzo, y su cuño no es otro que el centralismo político imperante que se manifiesta en nuestro sistema de partidos y el régimen de gobierno interior. Es este “círculo perverso” el que termina por cerrar nuestro crisol, dado que es el poder y la reproducción del mismo el que define, controla y aumenta las desigualdades derivadas del proceso de regionalización. Esta ecuación es lógica y sencilla si consideramos que la descentralización incluye por esencia el traspaso del poder (por ende, nuevas formas de reproducción del poder). Si a ella (descentralización) le restamos el sistema político en su globalidad (actantes, conceptos, acciones e instituciones) el resultado no será otro que la inacción política, y con ello, el fortalecimiento del centralismo político, resultado que terminará por moldear todos los elementos ya enumerados. Así tenemos, entonces, la tajante afirmación ejemplificada de von Baer que pasamos a transcribir:

De hecho, es el actual sistema político y sus prácticas predominantes los que en la práctica representan la mayor expresión del centralismo chileno. A modo de ejemplo, todos los principales partidos políticos tienen estructuras y prácticas copulares; la mayoría de los parlamentarios electos en regiones tienen sus domicilios reales y vínculos sociales en cuatro de las más acomodadas comunas de Santiago; los candidatos a alcalde y concejales municipales -hasta de las comunas más pequeñas y alejadas- son designados por las cúpulas nacionales, con muy poca consideración al sentir de la ciudadanía de sus respectivas comunidades [...]”⁶⁶.

6 CIUDAD-HORIZONTE

Hemos trazado un esbozo histórico del proceso de regionalización en Chile y hemos señalado consecuencias perjudiciales del mismo que se verifican con mayor ahínco en la periferia regional. Es preciso ahora detenernos en el medio donde bullen con mayor fuerza los elementos propios de cada territorio y en el cual con claridad se descubren sus estigmas: la ciudad. Es en ella donde la historia, los símbolos, los deseos y fracasos, las instituciones y las leyes se encarnan y reproducen en el sujeto,

⁶⁵ AROCA, P. y ATIENZA, M. *op. cit.*, p.268.

⁶⁶ VON BAER, H. *op. cit.*, p. 108. Sobre el porcentaje de senadores electos en regiones con domicilio en Santiago señala que es de un 70 %.

y asimismo, el lugar donde el sujeto exterioriza sus vivencias - personales y sociales - y manifiesta los aspectos de la vida en común. El espacio donde se hacen uno todas las inabarcables dimensiones de lo propio, de lo común y de lo ajeno.

El habitante de la periferia (en este caso, nuestro Goliadkin) y su ciudad se transmutan (cual principio hologramático) en un solo espacio que contiene las desigualdades y contradicciones ya enumeradas. Nosotros nos enfocamos en un lugar hipotético y especial de la periferia regional al que denominamos Ciudad-Horizonte.

Según la RAE⁶⁷ para el vocablo "horizonte" existen siete acepciones, de las cuales transcribiremos tres. La primera es, "límite visual de la superficie terrestre, donde parecen juntarse el cielo y la tierra"; la segunda, "lugar, paisaje" y la tercera es "límite, frontera". Con un retruécano algo confortable podemos considerar el horizonte como un lugar límite, una frontera que separa dos puntos, dos zonas, dos realidades. La frontera que separa el centro de la periferia, que separa las zonas que han logrado un crecimiento sustentable y prolongado en el tiempo de las que sencillamente han visto sepultada cualquier posibilidad de avance: lugares límites y ambas zonas constituyen para sus habitantes un límite visual que separa y diferencia ambos lugares, límite visual que presenta un espacio en la mirada posible de alcanzar, pero que de todas formas, siempre termina siendo inaccesible e inabarcable. Una frontera que el proceso de regionalización no ha podido cruzar y que ha erigido dos espacios diametralmente opuestos, cada uno con una carga simbólica que se exterioriza e interioriza en cada uno de sus territorios y sus habitantes. Uno, el que se comprende como centro para la literatura regionalista, y el otro, que definimos desde la periferia regional como Ciudad-Horizonte, que es barrera y lugar. Tanto horizonte de las ciudades que a lo largo del transcurso histórico de nuestra nación han sido zonas privilegiadas dadas las características propias de nuestro Estado centralista, y del fracaso (o nula efectividad real) de las políticas regionalistas (incluimos aquí, como ya señalamos, tanto la regionalización propiamente tal, como las políticas desconcentradoras y descentralistas) llevadas a cabo, como la ciudad recreadora del límite cimentado y ciudad al límite por razón de la barrera edificada. Por tanto, la Ciudad-Horizonte responde a las nociones de frontera, barrera, límite y lejanía de otro lugar en contraposición.

Dicho lo anterior - y volviendo sobre la idea del crisol - menester es aducir la pieza común que compone nuestra Ciudad-Horizonte, de qué se conforma la barrera erigida.

Párrafos más atrás numeramos algunas consecuencias del proceso de regionalización, las cuales tienen su asidero en el proceso histórico en comento. Pues bien, estas consecuencias materiales han tomado forma a través de desigualdades que se mantienen indemnes en nuestro país y que la literatura toda ha descrito sin objeciones. Estas desigualdades en el espacio latente de nuestra Ciudad se transforman en un símbolo: ausencia.

El símbolo de la Ciudad-Horizonte es su sello y su diástole, el punto desde dónde y cómo el territorio inicia su forma de ver y construir no solo su contrapartida (lo que hay, es más allá de la frontera), sino también su propio espacio (lo que hay, es

⁶⁷ Disponible en Internet: <<https://www.rae.es>>.

la frontera). La visión de la realidad a la que adscribimos para el presente manuscrito nos muestra de manera fáctica y teórica un cúmulo de desigualdades de orden territorial, económico, educacional, etcétera, en el ámbito regional, pero estas desigualdades toman otro cariz si las consideramos desde dentro de las regiones y ciudades que las cargan. Un cariz mucho más profundo dada la interiorización de las mismas, lo que produce que éstas ya no se perciban desde dentro como una desigualdad tanto circunstancia y concepto de un proceso, sino que toma forma de estigma inherente al territorio.

El hecho que el contenido de nuestro receptáculo sea un símbolo advierte sobre la encarnación y representación que tiene el ciudadano de su territorio: el estigma que sangra la Ciudad-Horizonte es la ausencia, estigma que es interiorizado como un sello ingénito al territorio y no ya como una consecuencia de un proceso histórico. Una de las explicaciones más cercanas para esta afirmación se encuentra en la construcción de la región y en la concepción del Estado centralista. El primer punto nos muestra un hecho ineludible, la conformación de la región como espacio territorial no tomó en consideración a sus habitantes y por ende la sinergia entre éstos y el territorio. El segundo punto se explica por lo afirmado por bastantes historiadores, entre ellos Góngora: el Estado antecede a la concepción de la nación y la patria (por ello a la vinculación entre el ciudadano y el constructo jurídico que es el Estado, no basta solo con considerar el vínculo jurídico), y se establece como un armatoste alejado de las personas, por ende, alejado de la totalidad del territorio que abarcaría. Estos eventos permiten acercarse al por qué ciertos territorios y sus habitantes cargan con un peso abrazado como propio, más que como consecuencia ajena de un proceso que aportó más contradicciones y desigualdades que soluciones.

El aspecto material de la Ciudad-Horizonte se cimienta y encierra en el sentido de ausencia. Ello se caracteriza tomando en consideración que existe un centro que va cultivando y absorbiendo los favores del crecimiento, y con ello, relegando aún más las condiciones de las regiones periféricas, lo que a la larga se traduce en atender el temido peligro expuesto por Azzoni: “[...] sociedades sin economía (ausencia de crecimiento económico y ausencia de oportunidades), regiones y territorios no competitivos (ausencia de competitividad, socialmente inactivos y políticamente subordinados a la dinámica del mercado y de las elites políticas nacionales (ausencia de creación de liderazgos y de poder)”⁶⁸. Pues bien, en la Ciudad-Horizonte, lo señalado dejó de ser un peligro presunto, y para ello basta volver sobre las desigualdades enumeradas en el acápite anterior.

Asimismo el símbolo inherente de la Ciudad-Horizonte se ve afluir, además, en el aparato burocrático estatal habida cuenta de los embates propios del centralismo. Las instituciones estatales se desenvuelven alejadas y con total desparpajo en la periferia respecto de los administrados, y la conducta permanente de las mismas en estos lugares es de una desidia y abandono inauditos. En los casos más graves alcanzan niveles de corrupción francamente alarmantes, lo que pasa a ser un elemento material más del aspecto de la Ciudad-Horizonte.

⁶⁸ AZZONI, C. “Brasil: una larga historia de disparidades regionales” *Foreign Affairs Latinoamérica*. 2009. Vol. 9, número 1. Citado por: NAVIA, P. “Crisis sistémica mundial: un nuevo escenario para las ideas del desarrollo y las instituciones locales” *op. cit.*, p.106.

Otra propiedad que forma parte en la composición de la Ciudad-Horizonte es la comunidad y su cosmovisión del territorio.

La producción y el valor que se le entrega al territorio (en este caso, nuestra Ciudad-Horizonte) se logra a través de la simbiosis producida entre el espacio (ya sea comprendido éste como geográfico, metafísico o temporal) y el grupo humano. Es la conexión entre el espacio compartido entre distintos grupos humanos donde en consuno desarrollan sus distintos proyectos de vida, anhelos y fracasos (sobre todo fracasos). Así el territorio pasa a ser un espacio apropiado para sí y para otros; un espacio que se transforma en una esfera de protección del grupo humano, por tanto de sus relaciones, de su cultura, de su economía y de sus tradiciones. Es la vinculación tanto objetiva como subjetiva con el espacio apropiado. Para este caso la vinculación subjetiva entre el grupo, y del grupo con la Ciudad-Horizonte parte en la premisa de la ausencia.

El vínculo de las personas con la Ciudad-Horizonte (recuérdese que hablamos desde la periferia regional) es endeble y apático, toda vez que la ausencia como elemento común subsume tanto las relaciones entre los grupos humanos como la relación entre los grupos humanos con el espacio que habitan. Es así que se crearía una especie de comunidad soterrada y anulada por la lejanía y horizonte del centro (geográfico, socioeconómico, simbólico), una comunidad medianamente equivalente a lo que los autores Sabatini, Arenas y Núñez⁶⁹ llaman “comunidad por aislamiento”.

Según estos autores el aislamiento puede ser físico o social, sin perjuicio que puedan ser ambos, e incide en la creación de comunidades con un componente de arraigo con mayor rapidez pero bajo ningún motivo estable. No obstante el arraigo con mayor rapidez y el contenido de orgullo que se produce ante la ausencia, cabe destacar que ésta como símbolo se verá reforzada por dos razones: a) la creación de grupos delictivos en casos extremos y aislados aunque con gran repercusión mediática, y b) por el abandono del lugar, hecho que es de bastante frecuencia si consideramos la conmutación laboral, la población flotante, la migración por ocasión de estudio, o las catástrofes naturales, entre otras. Finalmente los autores señalan - y esto es de importancia - que estas comunidades son las propias de nuestro país (centralista y...pobre).

Es este tipo de comunidad la que crea y re-crea el territorio. La que precede y sucede a la conformación del territorio. La que comparte un lugar en el cual se reconoce y reconoce; se reconoce en la re-creación de la ausencia como símbolo emergente de las desigualdades emanadas de las contradicciones y fisuras sistémicas de nuestro proceso de regionalización, y reconoce las consecuencias de lo anterior, tanto en el territorio, como en ella y en sus componentes (sus habitantes). El territorio pasa a ser un espacio de reconocimiento de sí y de otro, del cual emana la visión de lo propio (periferia) y de lo ajeno (centro), visión que se encontrará en permanente tensión. Sobre este punto volveremos más adelante.

Señalamos que el territorio es la esfera de resguardo del grupo humano que lo habita y apropia. Esta esfera de resguardo crea, contiene, preserva y protege las interacciones del grupo humano entre sí y las relaciones del grupo con el territorio,

⁶⁹ ARENAS, F.; NÚÑEZ, A. y SABATINI, F. “Identidades territoriales en Chile: entre la globalización y el regionalismo”. *Scripta Nova*. Universidad de Barcelona, vol. XV, núm. 379, año 2011, p. 12.

por ende es el espacio en el cual desarrolla y reconoce su identidad. Un Estado como el nuestro, centralista, tiene un mensaje explícito respecto de los intereses y las identidades locales: están éstas subordinadas al interés nacional y a la identidad patria. Única, indisoluble y homogénea. Todo desarrollo y nacimiento de identidad territorial es visto como un grave detrimento para el interés nacional y central, el cual sojuzga toda esfera de resguardo territorial respecto de la identidad. Es así como nuevamente la periferia - e incluso el centro - se ve soterrada (espacio de la Ciudad-Horizonte): la esfera de protección de ésta, no obstante ser en esencia frágil ante las desigualdades producidas por nuestro sistema, se ve doblegada aún más ante la omnipotencia centralista (que opera dentro de los territorios periféricos, no solo desde el centro) y su discurso hegemónico. Las identidades locales se ven intervenidas primero por lo que se dicen deben ser, y luego por la intervención directa central a través de los aparatos del Estado. La consecuencia inmediata de esto, no es la anulación de la esfera de protección a la que aludimos (como elemento intangible y zigzagueante perdura), sino la supresión de los elementos que generan y conforman identidad local, para finalmente producir una contradicción y fricción permanente entre éstas y la identidad nacional central. Este proceso se asemeja al esquizofrénico vaivén producido por la tensión de pertenencia entre lo global y lo local, propio de la globalización. Así tenemos, entonces, que las identidades locales, primero, se verán debilitadas y luego aglutinadas a la identidad nacional centralista a través de interferir el centralismo en la esfera de resguardo que generan los individuos entre ellos y el territorio. El resultado final de este proceso no es la conformación final de una identidad nacional única y perdurable, tampoco la conformación de identidades locales fuertes y pasajeras, sino una resistencia entre unas y otras que no logran desarrollarse y afluir de manera armónica e independiente. Esto tendría como efecto tanto un distanciamiento del sentir nacional, como un vaciamiento del sentir local.

Otro aspecto material de la ausencia como símbolo en la Ciudad-Horizonte, se presenta en la tensión que existe a partir de la visión del desarrollo en el territorio propio y en el ajeno, pero por sobre todo, del discurso de desarrollo que emana del territorio ajeno. En este caso lo que denominamos como territorio ajeno son los territorios que conforman el centro del Estado-nación.

La tensión que existe con el centro no es de nueva data, es una fricción que se ha mantenido a lo largo de la historia y encuentra una de sus agravantes a partir de la segunda década del siglo veinte. Para graficar hoy en día la tensión con el centro debemos recurrir a la lógica de la ausencia: *abesse* ("estar lejos", "estar fuera"). La Ciudad-Horizonte, como constructo del fracaso se manifiesta desde el estar fuera del centro, no solo en el plano físico, también en el plano del desarrollo regional. Y este estar fuera concentra todo su peso al conjeturar desde dentro qué es lo que está fuera: un centro-país que mantiene un discurso de oportunidades económicas, de crecimiento e igualdad, de libertad. Un relato sobre los avances en materia de ciencia, tecnología y artes. Un discurso que ampulosamente enrostra cifras macroeconómicas e índices laborales suficientes para esbozar un porvenir placentero; un discurso cargado a la emotividad en cuanto al Bien Común, a los derechos adquiridos, a la equidad y a la justicia. En fin, un relato de proyecto país en el que la periferia toma

palco, pero no parte; avances, innegables en muchos casos, que para muchos lugares se hacen tangibles solo al revisar cifras de un informe estatal y/o económico o al leer ensayos sobre la materia emanados de alguna prestigiosa universidad de Santiago. Esa es la visión anecdótica y, por qué no decirlo, empírica que tiene el habitante de la periferia respecto del proyecto país y del desarrollo: un montaje teatral en el que ni él ni su territorio toman papel. Un sainete tortuoso en su visionado.

Todo esto (que no tiene nada de metafórico ni retórico) dilucida por sí mismo y sin eufemismos la naturaleza de la ajenidad desde dentro de la Ciudad-Horizonte. La tensión que existe entre el discurso exitista de desarrollo regional y nacional (emanado del discurso retórico de desarrollo regional por parte del Estado-nación) y la realidad palpable en las calles y los habitantes de la periferia, junto a la tensión que se provoca entre el territorio periférico y el territorio central al sentir el otro lisa y llanamente la marginación en el avance que tiene éste, explican cómo se refuerza desde dentro de la Ciudad-Horizonte la noción del estar fuera del desarrollo que ostenta el centro.

La Ciudad-Horizonte hace suya la idea de estar fuera del desarrollo, pero ello ocurre no solo bajo el argumento del abandono del centro o los efectos que han provocado las desigualdades y contradicciones que enumeramos en el capítulo anterior. En efecto, la Ciudad-Horizonte no materializa la visión contradictoria de ausencia del desarrollo en el territorio propio solo a través de determinadas consecuencias y causas exógenas, también crea y re-crea esta contradicción por medio de la desvalorización que tiene de sí y de los elementos endógenos que la conforman. Esta acción que pasaremos a especificar es la que redelinea la gravedad de considerar la ausencia como símbolo común en la Ciudad-Horizonte, ya que será menester para la construcción y valorización del territorio, entregarle significado al símbolo, reconocer cuales son los pilares que lo sostienen. Es este ejercicio perverso el que determina la excepcionalidad y la importancia que le dimos al constructo simbólico de la ausencia, ya que sella el real alcance de lo que comprendemos por Ciudad-Horizonte.

Para advertir la ausencia material del desarrollo en el territorio propio, el entorno no se bastará con comparar el desarrollo efectivo del territorio ajeno y asumir las desigualdades, además le será necesario delinear su cosmovisión de territorio dentro de esas tensiones. Necesitará proyectar su lugar en la tensión permanente con el centro y para ello, deberá entregarle un valor a su territorio y a las unidades que lo componen en función de determinar cuál es su posición efectiva en la vorágine del desarrollo. Este proceso para las grandes ciudades que acaparan el poder económico, cultural, político, científico, entre otros, es de suma satisfacción debido a que es de manifiesto su posición en el concierto nacional y la importancia que tienen para el Estado. Los componentes de conformación y valorización territorial son positivos. En cambio, como la Ciudad-Horizonte responde a nociones de barrera y lejanía de estos centros territoriales, deberá realizar este proceso previamente entregándole significado al elemento común de suyo. O sea, dándole un sentido al símbolo de ausencia para en seguida sellar la cosmovisión de su territorio por medio de la valorización del mismo. Hemos de adelantar que este proceso en la Ciudad-

Horizonte es inverso a la mayoría de las demás ciudades, en general, y de la periferia, en particular: la visión que se tiene de la misma se caracteriza por la desvalorización.

La desvalorización respecto de los elementos que conforman la Ciudad-Horizonte se produce debido al significado que se le da al símbolo que interiorizó el grupo humano (símbolo que concibe como inherente al territorio que habita), por lo tanto, el sentido que le asigna a la ausencia lo trasladará a todo el espacio. A las potencialidades internas (las potencialidades que el grupo humano ve y espera del territorio para sí) y las potencialidades externas (las que el grupo humano observa en el territorio para los otros). Dicho en palabras sencillas, vuelve la mirada sobre su factor común para determinar cuál es su incidencia en el desarrollo regional actual para luego dirigirla sobre los territorios denominados ajenos (esta vez tanto el centro como otros territorios, ya sean periféricos o no) e interrogar cuál es su aporte. Pues bien, no será de extrañar que postulemos que el sentido, *ab imis*, que se le arroga a la ausencia - desde dentro - como símbolo inherente al territorio sea el de aislamiento en su sentido más amplio, bajo el cual subyacen pilares como la desesperanza y el fracaso; figuras que revelan la desvalorización que sienten del territorio propio los habitantes de la Ciudad-Horizonte. El resultado nomotético de todo esto se expresa en que el entorno de la Ciudad-Horizonte considera que ésta no tiene posibilidades de participar en el desarrollo regional (entonces ser parte de él) ya que desvalora las potencialidades internas como las externas - o simplemente las considera nulas - como consecuencia clara del estigma que carga, además de ciertos elementos endógenos que les son únicos y que se reproducen con mayor fuerza en comparación con otros territorios.

La visión del territorio propio no solo está en contradicción con el territorio ajeno por los horizontes que los distancian, además está en contradicción con su propio papel dentro del proyecto de desarrollo. Esta característica es central al concebir la Ciudad-Horizonte, ya que es la que la termina diferenciando de toda la periferia regional y el centro: se está fuera materialmente del desarrollo preeminente del centro y se está fuera, además, volitivamente, de las posibilidades de asumir un rol común y participativo en el desarrollo ya que por razón de las circunstancias, el grupo humano entrega un valor negativo a su propio territorio y a las posibilidades que tienen de transformarlo, ya sea en él, o fuera de él, lo que produce un estado de inercia desde dentro que se traduce materialmente en la inacción política en la Ciudad-Horizonte, a diferencia de lo que ocurre hoy en día en algunas ciudades de la periferia regional que han avanzado en la defensa y resistencia frente a las divergencias que ha producido y produce el centralismo en Chile. Este hecho se manifiesta en el constante avance de las demandas que diversos sectores desde la periferia regional han levantado frente al gobierno nacional y subnacional (e incluso en algunos casos, estas demandas encuentran eco en gobiernos subnacionales y se han hecho parte), como también en el auge de movimientos críticos eminentemente regionalistas. Ejemplos claros de esto son los movimientos civiles en Calama o Aysén, y la obra magna regionalista Pensando Chile desde sus regiones; obra que tomamos como hoja de ruta.

Nuestra Ciudad-Horizonte, no obstante compartir los mismos puntos de referencia con estas ciudades y ser parte de la periferia regional, no forma parte de este suceso por las razones ya destacadas. Sospechamos que esto aumenta y reproduce con más fuerza el centralismo político, que es el sello del centralismo en Chile, ya que éste no encuentra contrapeso alguno para mantener y profundizar las desigualdades en nuestro país. El argumento de esta sospecha tiene relación con que la fuerza de los movimientos sociales nacidos en algunas ciudades de la periferia regional, no encuentra su correlato en otros sectores y territorios - en este caso, en la Ciudad-Horizonte- y termina debilitándose frente a la fuerza propia del centralismo y al abatimiento de la periferia. Junto con ello, la actividad crítica de los pensadores y los centros de pensamiento regional se diluye en la práctica por la ausencia desalentadora de participación civil en lugares como nuestra Ciudad, ya que ésta gracias a la aquiescencia de todos los elementos que la conforman, sean materiales o simbólicos, finalmente, engendra en sus habitantes y en sí misma la idea de inercia social y territorial que están sustentadas por pilares como el fracaso y la desesperanza. Así, el centralismo político encuentra un aliciente maravilloso para hacer de las demandas regionales una quimera con tufillo retórico (además de seguir acentuando las desigualdades) mientras las ciudades de la periferia regional encuentran el límite que las diferencia: las barreras erigidas en la Ciudad-Horizonte.

7 SISTE VIATOR⁷⁰

El proceso de regionalización de nuestro país a lo largo de los años no ha podido hacer mella al centralismo imperante, con lo que ha mantenido y aportado a las enormes desigualdades y contradicciones entre el centro y la periferia. Las causas de tal naufragio tienen su antecedente, primero, en la construcción y concepción del Estado-nación; segundo, en las fuentes materiales del proceso en comento, las cuales muestran que en ningún momento se consideró a las personas ni los territorios a intervenir, o sea que la regionalización no respondió a demandas sociales determinadas sino más bien a una imposición autoritaria y desde la ley; tercero, la falta de conocimiento por parte de la autoridad de las medidas a tomar; y cuarto, la descentralización y el desarrollo regional no son considerados como una política de Estado y su discusión (desde el poder) se sostiene solo por medidas de corto plazo y en tiempo de campañas electorales. Todas estas razones suman al porqué el proceso de regionalización apareja consecuencias negativas a la fecha, consecuencias que inciden en la creación de un fracaso: la Ciudad-Horizonte.

La Ciudad-Horizonte es un constructo precario que emana de las desigualdades y contradicciones del proceso de regionalización; es la creación de un fracaso, un lugar hipotético ubicado en nuestra periferia regional que se recrea como un crisol que almacena esta visión de la realidad. Se basa en las nociones de frontera, lejanía, barrera y límite. El peso que carga tras de sí son las desigualdades y contradicciones

⁷⁰ A modo de corolario.

de un proceso en el que no ha tomado parte, y que erige como símbolo propio e inherente a su creación: la ausencia. El ópalo como factor común se materializa desde dentro en: ausencia de crecimiento económico y ausencia de oportunidades; ausencia de competitividad; ausencia de creación de liderazgos y de poder; ausencia del Estado como aparato integrador y eficiente; ausencia de las condiciones mínimas para la generación y desarrollo de la identidad local; ausencia de legitimidad y reconocimiento del proyecto país y su discurso y ausencia del desarrollo que este profeta.

A partir de todos estos elementos, más los factores endógenos al territorio periférico en el que se ubica, la Ciudad-Horizonte debe configurar la cosmovisión que tiene de sí para valorar su lugar en el desarrollo. Como apuntamos, este proceso es traumático ya que primero a partir de la contradicción que tiene de la visión del centro y del territorio propio, reconoce el estar fuera del desarrollo, y luego, al vislumbrar desde dentro cuál es la posibilidad de participar en él, entra en contradicción consigo respecto de su aporte y sus posibilidades de ser parte. Esto lo hace al darle un significado al símbolo con el que identifica su territorio: si el significado es negativo, incurrirá en desvalorizarse, y con ello su propio papel en el concierto del desarrollo regional se verá en entredicho desde dentro. Lamentablemente es esto lo que ocurre en nuestra Ciudad-Horizonte y es lo que la diferencia de los demás territorios periféricos: el entorno de ella se consume en la desesperanza y el fracaso, en el aislamiento, y re-produce y re-crea la inercia. La barrera y lejanía como nociones de la Ciudad-Horizonte no solo surgen desde el estar fuera de otro lugar (el centro), también surgen desde el estar fuera desde su propio lugar. Es por esto que nos detuvimos al comienzo, cual caminantes a observar un epitafio, en la figura de Goliadkin como analogía del sujeto habitante de la Ciudad-Horizonte: el sujeto, postrera mente, reproduce el símbolo de la ausencia en sí (la inercia), con lo que perpetúa las desigualdades y contradicciones.

Perpetúa el fracaso.



“Ximena Vidal: una mirada hacia la cultura y la política”*; los desafíos de la Memoria Parlamentaria en el siglo XXI

Por Juan Veglia Quintana **

La vara con que debiera medirse el libro con que la diputada por el distrito 25, Ximena Vidal Lázaro, nos propone “una mirada” sobre sus 12 años de labor parlamentaria, es inescapablemente elevada. La fijó el Director de la Biblioteca del Congreso Nacional, BCN¹, durante el lanzamiento de esta obra, al recordar que entre los textos que la anteceden figuran las memorias de algunos de los más destacados parlamentarios del siglo XIX, como Lastarria, Abdón Cifuentes o el propio Vicuña Mackenna. Es decir, algunas de las memorias parlamentarias anteriores al libro de la diputada Vidal, fueron escritas por personajes a los que hoy consideramos como fundadores de nuestra República.

Contrariamente y con muy pocas excepciones², casi no se registran durante el siglo XX memorias parlamentarias propiamente tales, acaso como una consecuencia del presidencialismo post Constitución del 25, que situaba el punto más alto de la carrera política fuera del Congreso Nacional o acaso producto del prolongado cierre de aquél a partir de 1973.

De allí que resulte casi natural identificar, en la particular mirada que da Vidal a su experiencia parlamentaria, ciertos rasgos más bien característicos de la política del siglo XXI que de aquella propia de la centuria anterior, pese a la potencia de las anotaciones biográficas, ancladas en la paradigmática Guerra Civil Española (1936-39), que trajo a sus padres a Chile, y que resuenan tan nítidamente en la pluma peninsular de David Duque.

* DUQUE SCHICK, D. *Ximena Vidal: una mirada hacia la cultura y la política*. Santiago: Gráfica LOM, 2012.

** Jefe de Comunicaciones Institucionales de la Cámara de Diputados. Director de la revista Hemiciclo.

¹ PÉREZ GUIÑEZ. Véase su artículo sobre la historia de la BCN en esta misma edición.

² GAZMURI, J. *Senador por Chile*. Santiago: LOM Editores, 2009.

VALDÉS, G. *Un nuevo Congreso para una historia diferente*. Santiago de Chile: Pehuén, 1990.

1 MUJER Y DIPUTADA

¿Cuáles serían estos rasgos propios de la política del siglo XXI que definen la trayectoria parlamentaria de Vidal? A nuestro juicio su condición de mujer diputada es la primera de estas verdaderas “características epocales” que emergen de la lectura de su libro. No deja de ser llamativo al respecto –recurriendo nuevamente a elementos situados en los márgenes del texto– que la misma semana en que se lanzaba en el Congreso Nacional “**Ximena Vidal: una mirada [...]**”, una segunda diputada, también mujer, presentaba su propio libro, esta vez conteniendo el dramático testimonio de la pérdida de un hijo³.

La irrupción de la mujer en la vida política chilena es una conquista del siglo anterior, pero que da sus frutos más significativos en el actual. Es a partir de los años 2000 que las mujeres encabezan las principales instituciones del Estado, incluyendo la Cámara de Diputados y la propia Presidencia de la República. El papel de Vidal como mujer diputada, es interpretado contra ese ascendente telón de fondo. La mirada femenina, que recorre las 126 páginas de este texto, es o intenta ser ante todo una mirada política diferenciadora, constitutiva de un estilo de trabajo propio. Se trata de una mirada que integra *sensibilidad* en la aproximación a las personas con que hace cotidianamente política, *concreción* en las temáticas en que su actuar como legisladora y representante se manifiesta y *creatividad* en la búsqueda de soluciones a los problemas que enfrenta sea en el distrito o sea en la Sala de sesiones o en Comisiones. La Escena Primera, del Acto IV de “**Ximena Vidal: una mirada [...]**”, está dedicada justamente a pasar revista a sus 12 años como “diputada, autoridad y liderazgo femenino”.

2 CON LA GENTE Y NO PARA LA GENTE

Otro rasgo distintivo de la política en este siglo de las “redes sociales”, que asoma con nitidez de la lectura del texto, es la redefinición del vínculo entre políticos y ciudadanos, dejando atrás los esquemas dirigistas, que son reemplazados por la búsqueda de una relación horizontal entre políticos y ciudadanos donde, al menos para Vidal, el componente afectivo es fundamental. La Escena Tercera del mismo Acto IV está dedicada al “Distrito 25 de San Joaquín, La Granja y Macul”, coprotagonista de esta singular obra no tan dramática, el que se hace representar en tres elecciones sucesivas por la diputada Vidal (2001, 2005 y 2009), dándole en las tres ocasiones la primera mayoría .

Los temas característicos de esta parte del guión son los que interesan a la gente de la “tri-comuna” -los omnipresentes Salud y Seguridad Ciudadana, junto a los más particulares Adulto Mayor y Ferias Libres-; los actores que dominan esta escena son el vistoso *Dipumóvil*⁴, *los Talleres de Distrito y su metodología participativa, centrada en escuchar los problemas de las personas, y por supuesto su Equipo de Trabajo, al que la unen sólidos lazos afectivos y en el que algunos de sus integrantes la acompañan por más de 12 años.*

³ DUQUE SCHICK, D. Reseña: “Desnuda Frente a Ti”, de la diputada Marta Isasi, en la presente edición.

⁴ Vehículo con el cual recorre su distrito y atiende los requerimientos ciudadanos como una verdadera “oficina móvil”.

3 LA CULTURA COMO IDENTIDAD

En un tiempo en que la política es ante todo comunicación, y se realiza con los vertiginosos ritmos del *on-line* y de la red global, la cultura resulta central como forma de identidad de las personas. De allí arranca el homenaje que le rinde, a lo largo del Acto II “De profesión actriz”, a la también actriz y diputada María Maluenda, verdadero símbolo de la defensa de los Derechos Humanos, electa como ella por el Partido por la Democracia (PPD) y también con una trayectoria previa como militante comunista. De esa misma convicción surgen sus numerosas iniciativas parlamentarias para aprobar y promover una amplia gama de proyectos, que van desde la creación del Ministerio de la Cultura –para que ya no sea el “hermano más pobre de todas las áreas de desarrollo”⁵ – a la protección de los derechos de autor y la ampliación de los horarios dedicados a producciones culturales en la televisión.

Una dimensión importante de la identidad de un país, para la Diputada Vidal, es su memoria colectiva, lo que manifiesta en diversos reconocimientos simbólicos propuestos por ella, como la creación de un Museo Abierto en el Estadio Nacional “en memoria de las víctimas de la dictadura”, o el otorgamiento de la nacionalidad por gracia a Joan Turner, viuda de Víctor Jara⁶.

4 LA COMPLEJIDAD DE LA LABOR PARLAMENTARIA

Si se considera a “**Ximena Vidal: una mirada [...]**” como una Cuenta Pública de doce años de labor parlamentaria, se hace evidente que el trabajo de investigación y síntesis de su autor fue inmenso. Ello porque la sola afirmación de que la diputada Vidal en sus tres periodos en la Cámara de Diputados ha presentado o patrocinado más de 130 mociones -algunas de las cuales actualmente son ley, como la Ley sobre el Acoso Laboral-, más de 150 proyectos de acuerdo y más de 250 oficios de fiscalización, da una idea muy limitada del trabajo que hay tras estas cifras.

Asimismo, la Escena Cuarta del Acto IV, detalla una gran cantidad de iniciativas parlamentarias de Vidal, relativas a las materias más diversas, lo que produce el efecto contrario: los árboles dificultan apreciar el bosque.

Esta paradoja es consustancial al esfuerzo de todos quienes nos ocupamos de la comunicación parlamentaria y es quizás la principal tensión que se enfrenta durante la lectura del libro. Es tal la complejidad, variedad y cantidad de materias que abordan cotidianamente los diputados, sea en el distrito o sea en el Congreso, que todo intento por dar cuenta de su gestión, navega necesariamente entre estos márgenes.

Las nuevas tecnologías no facilitan precisamente el comunicar con sentido la naturaleza de la actividad parlamentaria, si bien hacen posible la entrega de volúmenes crecientes de información. Acaso sí pueda ser una herramienta útil en este esfuerzo la escogida por Vidal:

⁵ DUQUE SCHICK. *op. cit.*, p. 107.

⁶ DUQUE SCHICK. *op.cit.*, p. 109 y 110.

“El teatro y la política son las dos vocaciones que han iluminado mi vida. Con la interpretación teatral, he trabajado el alma de los personajes que represento y con la interpretación política, he podido tanto escuchar a la gente como crear políticas públicas en la dirección de las exigencias ciudadanas de hoy”⁷.

⁷ DUQUE SCHICK, *op. cit.*, p.

VI

Comentario del libro: “Desnuda frente a ti”, de la diputada Marta Isasi Barbieri*

Por David Duque Schick**

Cuando se trae a este mundo un bebé, una madre imagina el primer día de colegio, el viaje de estudios o el baile de graduación, ver a su pequeña colorada frente a Cupido, el 18 cumpleaños rodeada de familiares y amigos o la boda; pero ninguna madre visualiza el funeral de su propia hija. Todo lo que va contra la naturaleza del ser humano, contra la lógica -si la hay en este mundo- no se imagina, ni en las peores pesadillas. A los 41 años, Marta sufre el suicidio de su hija Divna por desamor.

La lógica de la vida, de los adultos, es que la vida continúa y no hay nada que el tiempo no cure. Queremos detener el mundo, estar eternamente al lado de la persona, orar, llorar, gritar, etcétera, y nos duele que el mundo siga girando. Sin darnos cuenta -por no dar mal ejemplo- no lloramos delante de dos hijas, no nos derrumbamos cuando abrigamos en su lecho perpetuo a nuestra hija que se fue prematuramente. Nos refugiamos en el trabajo porque la vida continúa, creemos y se nos pide ser fuertes, reafirmados con frases hechas y elogios vacíos. Nuestro cuerpo no escucha la “lógica” humana, enfermándose poco a poco, motivado por un trastorno por estrés postraumático, origen de un camino que lleva silenciosamente a la depresión más severa. El duelo es el camino “ilógico”, el proceso que permite superar esta experiencia vivida.

Las terapias son como las lentes, están especialmente graduadas para cada persona, por lo que no a todo el mundo le sirven de la misma manera. Marta nos acompaña y comparte, a lo largo de 144 páginas, la terapia que ha realizado. Gracias al apoyo profesional de su psicóloga y su psiquiatra -que prologan su libro- exterioriza y va desnudando sus miedos, angustias, culpa por no estar cerca o no darse cuenta de la situación. En este proceso recorre lentamente su vida, menciona distintas tareas, cita libros, destaca la figura de personas significativas en su proceso de vida.

* Editorial RIL, 2013. 144 p.

** Profesor de EGB, Universidad de Alcalá de Henares, filólogo alemán, Universidad Complutense y Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Antropología Social, Universidad de Granada en la especialidad de identidad y migración. Editor de la Academia Parlamentaria de la Cámara de Diputados de Chile.

El primer destinatario, o mejor dicho -porque nuestra lengua utiliza el género masculino como genérico- la primera destinataria es aquella mujer que ha perdido una hija/o y está contemplando el suicidio como la única solución posible. El grito desgarrador de Marta, hacia ellas, es que hay otros caminos, que hay esperanza y que el suicidio no es la solución, aunque ella un día la contempló desde el piso 17 en Iquique. Las mujeres que comparten -por desgracia- la misma experiencia sienten como propias cada palabra, cada situación, cada vivencia relatada en el libro.

Al ser escrito “Desnuda frente a ti” por una mujer que ocupa un cargo público de elección popular, permite recordarnos que debajo de políticos, jueces, miembros de fuerzas armadas y personas que deben actuar con objetividad, conforme a reglas preestablecidas, hay una persona que tiene un corazón de carne que late y siente.

Al comenzar a leer el libro, uno tiene que despojarse del sentimiento de que no es para uno porque no ha pasado por una depresión, una pérdida traumática, no es mujer o no le va a aportar nada, porque sabe ya lo que Marta va a contar. Quizá no hay nada nuevo por descubrir, pero sí permite -por múltiples invitaciones directas- tomar conciencia, reflexionar e incluso meditar sobre etapas de nuestra vida; pretéritas, presentes o venideras.

En la narración no existe una sucesión cronológica de las etapas del proceso vivido por Marta. Durante la lectura surgen interrogantes que al no encontrar respuesta inmediata despiertan el deseo de leer, sin pausa, los siguientes capítulos, pero la autora a través de sus preguntas sencillas y directas nos lleva por otro camino.

Cada capítulo, a modo de lectura del Evangelio –Buena Noticia- del día, provoca pararse y tomarse tiempo. Nos toma de la mano y nos lleva a su jardín donde va lentamente mostrando, desnudando, cada una de las flores que va rescatando de su vida. Siempre hay que quedarse con lo positivo, pues siempre existe, después de secar nuestras lágrimas generadas por el dolor. Hay una invitación constante a tomar conciencia de las flores que tenemos en nuestra vida. Quizá se echa de menos saber más de las flores que ha descubierto Marta en su etapa política, en particular de los parlamentarios que trabajan con ella en el Congreso Nacional, pues las referencias hacia ellos en general son –dando elementos que las justifican y fruto de traiciones y decepciones- “políticamente poco correctas”; y <<habría que dar la oportunidad a personas que realmente estén interesadas en hacer algo por el bien común y no en obtener un cargo>>, como escribe la diputada.

Diseminados por las páginas aparecen elementos similares que sirven de termómetro para medir la salud vital de Marta; de esconderse tras unas lentes oscuras y un pañuelo en sus viajes a sacárselos frente a una buena amiga y guía en Rapa Nui. En las playas de Yape y de Rapa Nui encuentra paz, tranquilidad, rememora encuentros cercanos y va realizando sola y acompañada por amigos y familiares su terapia. En este proceso de varios años están presente, la vuelta constante a la culpa, el deseo de encontrar a su príncipe azul que la acompañe por el resto de sus días, pues merece ser feliz. Se toma el tiempo para hacer lo que tiene que hacer como escribirle una carta a su adorada Divna donde le cuenta lo que no pudo decirle en vida, en la morgue, en su funeral o en su tumba y así vivir el duelo que pospuso tan “lógicamente”.

Desde chica la fe en Jesús, en quien todo lo puede, siempre ha estado presente en la vida de Marta. Dios tiene un perfecto conocimiento de nosotros, sabe de todos nuestros actos interiores y exteriores, tal como lo recoge el Salmo de David, 139. Marta multiplica su presencia en grupos carismáticos, de oración, de reflexión y de solidaridad.

Dicen que el dolor por la pérdida de un hijo no se supera nunca, sino que se aprende a vivir con ello. Hecho el duelo, superada la depresión, Marta regresa a su casa política empeñada en crear una ley que obligue al Estado al apoyo psicológico para toda madre que pierde un hijo y que proteja a la madre trabajadora frente al rechazo de licencias médicas por tal motivo.

Al igual que su polera verde, Marta tiene la esperanza de que su libro sea testimonio y sirva –junto con otros- en la terapia de duelo de personas con parecida experiencia y que en un futuro no lejano, permita a sus dos hijas comprender y entender su actuar en cada uno de los roles que le han tocado y le tocan vivir.

No debemos olvidar ser personas. Nosotros somos los protagonistas y patrones de nuestro propio barco. No esperemos a vivir una experiencia traumática para reconducir nuestros rumbos, afirmando fuerte nuestro timón a pesar de las tempestades, destacando lo realmente esencial de la vida y teniendo una actitud de servicio y solidaridad desinteresados.

El libro “Desnuda frente a tí”, fue presentado al abrigo del cariño de su gente en Iquique y posteriormente en el Congreso Nacional, en Valparaíso, recibiendo la admiración y el respeto sinceros de amigos, colegas, familiares y desconocidos.

¡QUÉ DIOS TE BENDIGA!

VII

Atribución de significado del concepto “dignidad” en modelos de Bioderecho, como fundamento derechos de ancianidad

Paulina Ramos Vergara* y Angela Arenas Massa**

Sumario

Introducción – 2 Dignidad y modelo liberal de Bioderecho – 3 Dignidad y modelo ontológico de Bioderecho – 4 Conclusiones

Resumen

Bioética es una disciplina con base filosófica y se vincula con el Bioderecho en cuanto a que se ocupa también del hombre, su dignidad, su vida, su identidad. Este estudio tiene por objetivo la atribución de significado del concepto dignidad elaborada por dos arquetipos de Bioderecho, modelo liberal y modelo ontológico, para develar la condición jurídica de los ancianos como sujetos de derechos.

Esta investigación es aplicada, de desarrollo, y situacional. El método de análisis lo constituye la aplicación del marco teórico sobre dos modelos de Bioderecho, diseñados por Laura Palazzani. Los resultados obtenidos evidencian diferencias importantes en el concepto dignidad y por ende, en su obligación. Se concluye que para dar contenido al concepto dignidad en el adulto mayor, es necesario un modelo que comprenda el valor de la vida de toda persona en sus diversos ciclos y que esté sustentado en un haz de valores claramente especificados.

Abstract

Bioethics is a discipline which has a philosophical base, and it is related with the discipline called Biolaw, since it also handle the topic of human being, his dignity, his life, his identity. This work has the main objective to expose which is the meaning of the concept “dignity”, developed by two archetypes of Biolaw -liberal and ontological model-, for disclose the legal status of the elderly people as subiectum iuris.

* Abogada, Universidad de Chile; doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; miembro del Centro de Bioética, Pontificia Universidad Católica de Chile.

** Abogada, Universidad Austral de Chile; doctora en Bioética, Pontificio Ateneo Regina Apostolorum de Roma; directora del Instituto de Bioética, Universidad Finis Terrae.

This is a applied, developmental and situational research. The analysis methodology is the implementation of the theoretical framework of two Biolaw models, designed by Professor Laura Palazzani. The results obtained show significant differences in the dignity concept, and therefore on its obligation. It is concluded that to give substance to the dignity concept in the topic of elderly people, it is needed a model that integrates the value of life of everyone, in each step of his life cycle, and underpinned by a bundle of clearly specified values.

1 INTRODUCCIÓN

En el siglo pasado en Occidente, con mayor razón en Oriente, las personas mayores eran consideradas merecedoras de especial respeto e incluso veneración de parte de la sociedad y particularmente del grupo familiar; el adulto mayor varón cumplía la mayoría de las veces, el rol de cabeza del grupo familiar extendido; sus decisiones eran respetadas y seguidas. La edad se valorizaba porque significaba mayor experiencia de vida. A lo anterior, se suma el hecho que era impensable, por innecesario, hablar de derechos de las personas mayores, dado que ese grupo etario tenía una esperanza de vida que en pocas oportunidades les permitía vivenciar esta etapa del ciclo vital¹.

No se puede desconocer que en los tiempos actuales esta visión ha cambiado radicalmente. La “Teoría de la Modernización”, presenta cómo los deseos, preocupaciones y anhelos de los adultos mayores son una carga para las generaciones menores o a lo menos son invisibles². Esta situación debiera llamar a reflexionar sobre los valores imperantes en la sociedad actual.

El Derecho - última ratio- ha debido hacerse cargo de la vulnerabilidad de las personas en esta etapa de su ciclo vital, reconociendo y garantizándoles derechos especiales.

Algunos esperan que con los avances tecnológicos sea posible mejorar las capacidades físicas e intelectuales del hombre, corrigiendo incluso los aspectos que se consideran indeseables a pesar que son propios de la condición humana, como el envejecimiento, la enfermedad y en última instancia la muerte. Es más, este presupuesto voluntarista lleva a los operadores científicos y sanitarios a no preguntarse necesariamente si la realización técnica es motivo suficiente para considerar lícita una intervención que pueda afectar la vida y su presupuesto básico, la dignidad intrínseca del ser personal, durante la tercera y cuarta edad.

¹ INE, *Proyecciones y Estimaciones de Población, Total País, 2004*, disponible en: <http://deis.minsal.cl/deis/ev/esperanza_de_vida/index.asp> [Consulta: 25-3-2013].

En 1950, la esperanza de vida al nacer promedio era de 54,8 años; 52,91 promedio hombre y 56,77 promedio mujeres.

² Superintendencia de Salud, Dependencia de los adultos mayores en Chile, disponible en internet: <www.supersalud.gob.cl/documentación/569> [Consulta: 15-3-2013].

La teoría de la modernidad, busca en el pasado las claves para explicar el sentido actual del envejecimiento. Sus postulados pueden resumirse en la “existencia de factores que acompañan al proceso de modernización, como el aumento de la proporción de población de adultos mayores sobre el total, el cambio en el tipo de conocimiento dominante, la extensión de la educación, la sustitución del modelo de familia extensa por el modelo nuclear en virtud al proceso de urbanización, etc., producen un efecto combinado cuyo resultado es la disminución de la valoración social de la vejez [...]”. Muchos autores describen este proceso, pero fue Cowgill quien elaboró un modelo que enlaza el grado de modernización de una sociedad con la valoración de los ancianos. La conclusión es que, a medida que aumenta el grado de modernización de las sociedades, disminuye la valoración social de la vejez.

El Bioderecho busca responder a los nuevos problemas que plantea las situaciones de los más vulnerables, el uso de nuevas tecnologías que afectan la calidad y la vida del hombre y su entorno y medio ambiente.

El debate en Bioderecho se traduce actualmente en dos tipos de razonamiento histórico predominante. Una primera corriente, es aquella funcionalista o propia del denominado *derecho neutral*; una segunda es aquella de carácter *ontológico*. Ambos modelos afirman resguardar la dignidad de la persona natural. No obstante, de sus presupuestos solo se puede afirmar que solo comparten que “dignidad” es un concepto polisémico y como tal discutido; su problemática deriva en buena parte de las diferentes visiones antropológicas de la persona humana.

Al respecto Palazzani³ propone los siguientes modelos de Bioderecho: modelo ontológico (que busca garantizar un valor substancial objetivo) y modelos funcionalistas o neutrales. En estos últimos se distinguen por sus matices los siguientes (en relación de género a especie): liberal, abstencionista, utilitarista, sociológico, procedimental, pragmático-convencional, formalista y contextual. Estos modelos no son puros en su aplicación, se superponen en muchos casos.

En este trabajo se coteja sólo el concepto “dignidad” usado por autores que para estos efectos pueden ser cercanos al modelo neutral-liberal o al de carácter ontológico. Y sus consecuencias en la realidad del adulto mayor.

2 DIGNIDAD Y MODELO LIBERAL DE BIODERECHO

Dentro de las corrientes que se autodenominan *neutrales*⁴, hay consenso en sostener que la principal función del Bioderecho es garantizar en modo acrítico las específicas exigencias individuales y sociales emergentes. No le corresponde la tutela de un valor substancial objetivo, ya sea porque no existe; no se conoce o se considera irrelevante. El horizonte ético social está representado por el esfuerzo para la liberalización de cada persona y de la sociedad.

En este sentido, se observa como particularidad del modelo liberal, una concepción antropológica donde el acento está puesto en la libertad del individuo entendida como autodeterminación, por sobre otras consideraciones.

Se pueden encasillar en esta corriente en relación al concepto dignidad-libertad a Ruth Macklin⁵ quien en forma directa afirma, “La dignidad es un concepto inútil. No significa más que respeto para las personas o su autonomía”⁶. Y destaca que en Bioética la dignidad puede ser eliminada sin pérdida de contenido, a diferencia de la autonomía del paciente que es un concepto más operacional. Aboga entre otros, por “el derecho a morir con dignidad” y “el testamento vital”.

Macklin, si bien reconoce que el término dignidad está presente en numerosos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, lo limita al respeto por la autonomía del paciente. Por ello, exige obtener consentimiento informado y

³ PALAZZANI, L. Filósofa y doctora en Filosofía del Derecho, directora del Centro de Estudios de Bioderecho, Libera U. della Maria SS. Assunta, Roma.

⁴ PALAZZANI, L. *Introduzione alla biogiuridica*, G. Giappichelli (Editor). Torino, 2002, p.59-94.

⁵ MACKLIN, R. Doctora en Filosofía, profesora de Bioética, Facultad de Medicina Albert Einstein, Universidad de Yeshiva, Nueva York.

⁶ MACKLIN, R. “Dignity is a useless concept. It means no more than respect for persons or their autonomy”, En: *British Medical Journal*, London, 2003, vol. 237, p. 1419-1420.

voluntario del paciente, protección de su confidencialidad, evitar la discriminación y las prácticas abusivas en el ámbito sanitario.

Este modelo da cuenta de una inclinación al subjetivismo relativista. La autonomía se plantea en Bioética como dominio sin límites del individuo que decide sobre sí mismo, su vida, su salud, incluso su muerte, con la voluntad como única referente.

En la concepción antropológica de John Rawls⁷, el hombre es egoísta y autointeresado; lo que se traduce en que intenta imponer sus puntos de vista con el objeto de obtener la mejor ventaja, o por hacer prevalecer sus ideas, sobre la organización de la sociedad y sobre cuáles han de ser los derechos y las obligaciones de cada uno⁸. Rawls, a partir de su teoría sobre la justicia, da un significado más preciso a la idea de respeto y dignidad humana. Como derivación de la teoría contractualista afirma que las personas morales que actúan en base a principios, lo hacen autónomamente⁹. Afirma que la igualdad moral, sinónimo de dignidad, es la fuente de la que surgen todas las formas de respeto político, económico, moral y social entre los seres humanos; su dignidad reside en la autonomía moral del individuo. Y agrega que la igualdad no está vinculada a la misma vulnerabilidad y sufrimiento ante las adversidades; a una igual capacidad de raciocinio o de lenguaje elaborado; a unas mismas características genéticas; al compartir unos valores y creencias sociales determinados.

En el ámbito nacional, Fernando Lolas¹⁰ en el artículo “Las dimensiones bioéticas de la vejez” parece vincular dignidad con libertad, precisamente, al referirse al proceso de envejecimiento. Al respecto, sostiene que “la dignidad de la vida humana exige no sólo la tradicional misión terapéutica de la *restitutio ad integrum* cuando ello sea posible. También demanda la *restitutio ad integritatem*, la recaptura del sentido de personal eficacia y singular autonomía que se pierde en el ineluctable, aunque negado, proceso de desvalimiento que, rectamente entendido, puede constituir un núcleo de cristalización para una bioética cotidiana que ilumine la condición de la ancianidad y el proceso que hacia ella lleva y que en ella se expresa, el proceso biográfico de envejecer”¹¹.

Las consecuencias de esta visión antropológica de modelo neutral-liberal en el Bioderecho, se traducen en que se solicita la intervención del Estado, a fin de garantizar la libertad individual entendida como autodeterminación. Para este modelo cabe distinguir entre “derechos morales” y “derechos jurídicos”. Los primeros, se refieren a aquellos que pertenecen a la esfera de la autonomía en relación a las elecciones éticas y bioéticas referentes a la disposición de la vida e incluso la decisión sobre la propia muerte, respecto de las cuales el derecho positivo debe interferir en la medida que proteja las condiciones que consientan la manifestación de la voluntad.

⁷ RAWLS, J. Filósofo, profesor de Filosofía Política, Universidad Harvard y autor de *Teoría de la Justicia*, (1971), *Liberalismo Político* (1993), *The Law of Peoples* (1999) y *Justice as Fairness: A Restatement* (2001). Destacado filósofo político del siglo XX. Su teoría política propone dos principios sobre los cuales basar la noción de justicia a partir de una posición original en el espíritu contractualista de los filósofos políticos clásicos.

⁸ VILLARINO, H. *Teoría de la Justicia John Rawls*. En: Revista de Medicina y Humanidades, volumen I, Nº3 (sept.-dic.), 2009, p.6.

⁹ RAWLS, J. *Una Teoría della giustizia*, Giangiacomo Feltrinelli (Editor). Milano, 2012, p.444 y 514.

¹⁰ LOLAS, F. Médico psiquiatra, profesor Facultad de Medicina de la Universidad de Chile.

¹¹ LOLAS, F. “Las dimensiones bioéticas de la vejez”. *Acta Bioética*, 2001, volumen 7, Nº1, p.55-70.

Se deben abolir los obstáculos a la manifestación -en sentido negativo- asegurando y procurando los medios para la concreción del comportamiento.

El Derecho Moral debe garantizar la libertad multiplicando posibilidades de elección posibles en relación a la experimentación biomédica, manipulación, prolongación de la vida, anticipación de la muerte, cuidados paliativos, testamento vital, etcétera. Es más, el Derecho debe reconocer el pluralismo, configurando socialmente una serie de alternativas que tienen el mismo valor, sin tomar posición a favor o en contra de ninguna de estas opciones.

Los derechos jurídicos se constituyen como sinónimo del Derecho Positivo (fuerza de coacción formal) y mantienen un rol definido, limitado y reducido en materia bioética, siendo el acto humano guiado por las decisiones morales de los individuos. El Estado en este ámbito tiene una reducida intervención a través de la ley. Se debe sustraer la moral de la normatividad, para minimizar la presión del Derecho respecto de las visiones éticas subjetivas. Una orientación legislativa uniforme es considerada insuficiente, cada individuo y cada comunidad está llamada a hacer valer la legislación penal y derechos sociales válidos solo para sus propios miembros. El Bioderecho es un tipo de límite público entre diversas esferas éticas privadas.

En el paradigma liberal, sólo se aceptan límites a la libertad, en la medida que emerja un razonable temor de eventual riesgo de consecuencia imprevisible por determinada elección de libertad; pero ese límite es temporal y útil para superar la emergencia social, absolutamente, sujeto a revisión y a eliminación si se llega a considerar innecesario. En la medida que la ciencia se encuentre en condiciones de evitar riesgos negativos o controlarlos, todo podrá ser posible; la sociedad debe minimizar el paternalismo estatal y jurídico.

Es un modelo que opta por una ley indulgente, abierta, dúctil, ligera y mínima, para un Derecho débil orientado en su expresión mínima al Derecho público. "Todo aquello que es científicamente posible debe estar garantizado o mejor aún, es jurídicamente garantizada la autónoma decisión individual"¹².

Este modelo se caracteriza por la exclusión de cualquier aspecto ético en el Derecho, con la pretensión expresa de ser neutral, o incluye eventualmente la referencia ética en el Derecho solo si es interpretada en sentido subjetivo; son todas las opciones posibles y aceptables.

En el ámbito nacional, Gonzalo Figueroa Yañez¹³ sostiene que la dignidad es el fundamento de todos los derechos esenciales de las personas naturales. Si bien no define el concepto dignidad, señala que de ella derivan los conceptos de igualdad jurídica (corolario de la dignidad), no discriminación y libertad. En razón de la igualdad esencial entre seres humanos, todo hombre desea sustraerse a cualquier voluntad ajena a la suya, para someterse únicamente a su querer propio, cada hombre desea ser libre del querer ajeno¹⁴.

Figueroa no se refiere a la libertad ontológica, porque considera que ella no corresponde a los seres finitos como los hombres, ni a la libertad biopsicológica; se

¹² PALAZZANI, Laura, *Introduzione alla biogiuridica*, G. Giappichelli (Editor). Torino, 2002. p.63.

¹³ FIGUEROA, G. Abogado y profesor de Derecho Civil y Bioética en la Universidad de Chile.

¹⁴ FIGUEROA, G. *Derecho Civil de la Persona, del genoma al nacimiento*. Santiago: Jurídica de Chile, 2001. p. 29-32.

refiere a la libertad político-social, que se entiende como cierta autonomía relativa, frente al querer de sus semejantes.

Para Figueroa, la dignidad como todos los Derechos Humanos, es un valor que va modificándose con el paso del tiempo. Desconoce la existencia del Derecho natural: Lo que pudo haber sido fundamento de un derecho humano en el siglo XII puede no serlo en el siglo XXI. En su libro *Sobre la dignidad y los principios*¹⁵, los seres humanos son capaces de ponderar valores, de escoger aquellos que desea alcanzar en la vida, se puede anticipar las acciones que se deben realizar para alcanzarlos, se puede luchar y morir por ellos. Los Derechos Humanos son formas de expresar este valor que tienen los humanos. El derecho a la vida, por ejemplo, emana de la dignidad en caso que se resuelva dar a la vida un destino valórico. Todos los Derechos Humanos como forma de expresar lo que es humano, de escoger valores, derivan de la dignidad. Los Derechos Humanos son cambiantes a medida que va cambiando el concepto de dignidad a través del tiempo. Esta es una afirmación de libertad, porque para escoger valores se debe ejercer la autonomía cuando se toma un camino determinado. La dignidad es característica de la especie humana, no solo a nombre de la Bioética. “Dignidad es un principio de libertad. Comparando la dignidad con el honor, la dignidad yo la tengo, el honor significa un reconocimiento, el honor me lo dan”¹⁶.

Aplicar este modelo centrado en la autonomía a los adultos mayores, implica hacer pender la dignidad -que no sería intrínseca- de la capacidad de vejez autónoma, en un período del ciclo vital -tercera y cuarta edad- en que se evidencia una autonomía decreciente que lleva consigo la pérdida de funcionalidad física, psicológica, afectiva, económica y/o social.

Para este modelo de Bioderecho, los adultos mayores no autónomos en los términos referidos, carecen de dignidad y solo pueden actuar en el mundo jurídico debidamente representados.

La pérdida de la dignidad del adulto mayor derivada de la declinación de su autonomía, trae como consecuencia la pérdida de la personalidad jurídica, es decir, del conjunto de cualidades que la constituyen en el mundo sociojurídico.

El modelo liberal promueve una visión del Derecho que ubica al hombre en su centro, como una sola subjetividad individual; arrebatada conceptualmente al sujeto de derecho del contexto social de referencia, lo priva de sus vínculos y relaciones, o simplemente desconoce el rol decisivo que la sociedad posee en la afirmación de la personalidad de cada uno, lo que tiene implicancias relevantes porque empobrece el rol de la sociedad civil y, atribuye a la sola autoridad política el nivel de afán en la tutela (o no tutela) y cuidado de los individuos¹⁷.

¹⁵ “La dignidad y el derecho a la vida (vivir con dignidad). En: Casado, M. (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*. Navarra: Civitas, 2009, p.150-152.

¹⁶ “Sobre la Dignidad y el Derecho a la Vida en los países en desarrollo”, en: *Derecho PUCP*. 2012. número 69, ISSN 0251-3420, 2012, p. 17. Disponible en internet: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/4259/4232>> [Citado 15-03-2013].

¹⁷ SCOLA, A. *Ripensare i diritti in una società plurale, en I nuovi diritti dell'uomo. Le sfide della società plurale*. Venecia: Marcianum Press, 2012. p. 33-43.

3 DIGNIDAD Y MODELO ONTOLÓGICO DE BIODERECHO

Por su parte, las corrientes ontológicas buscan el encuentro entre derecho/naturaleza y derecho/moral. Se busca mostrar una vía racional para comprender si tiene o no sentido retomar el *iusnaturalismo*, después de la experiencia del *iuspositivismo* moderno y del postmoderno. Supone bien justificar un modelo que fundamente el Bioderecho en la verdad ontológica y antropológica.

El modelo ontológico es eminentemente relacional, se desarrolla al interior de una orientación filosófica jurídica “onto-fenomenológica” y considera que el Bioderecho es portador de su propia visión axiológica.

En esta línea de pensamiento, Daniel Sulmasy¹⁸ en su artículo “Dignidad humana y Bioética: historia, teoría y aplicaciones selectas” afirma que todo ser humano es persona, valiosa en su compleja integridad que no se reduce a un subjetivismo. Y que precisamente por ser la persona de un modo determinado, su autoposición y capacidad de autodeterminarse es limitada. Después de un repaso histórico sobre el origen y desarrollo del concepto dignidad, plantea los cuatro argumentos morales más utilizados para fundamentar la dignidad:

a) Valorización social: la dignidad depende de la estimación pública de que es objeto la persona por su aporte al bien común o por el estatus que ha alcanzado en el orden económico, social, político, etcétera. Al respecto, Sulmasy desestima esta argumentación por cuanto habrían perdido su dignidad aquellas personas que no pueden aportar algo substancial al bien común, por ejemplo las personas mayores, pensionados, enfermos, etcétera

- b) Libertad: La persona es digna por el ejercicio activo de su libertad
- c) Placer-dolor de la vida humana
- d) Libertad para decidir según sus propios criterios

Además, Sulmasy da cuenta de los tres sentidos con que se entiende dignidad: *atribuida*: deriva de la posición del sujeto en la sociedad, de sus talentos o poder; la *intrínseca*: propia de toda persona por ser tal y por último la *florecente*: describe la conducta de un sujeto destacable por su excelencia. Los tres sentidos de dignidad antes mencionados no serían excluyentes. Afirma que la dignidad humana tiene su fundamento en la propuesta moral de que cada vida humana tiene significado y valor intrínseco. Considera que si se reconoce a la naturaleza humana como base de la dignidad se podría concluir que la dignidad es democrática, porque todos por definición la tienen. Concluye que la persona humana con toda su riqueza constituye el centro de la Antropología, no se agota en su autonomía.

En esta misma línea, Josef Seifert¹⁹, representante de la fenomenología realista, en su artículo “Dignidad Humana: fuentes y dimensiones de la dignidad humana”, plantea cuatro fuentes de la dignidad humana:

¹⁸ SULMASY, D. Médico internista, Doctor en Filosofía, profesor de Medicina del Clinton- Kilbride de la Universidad de Chicago.

¹⁹ SIEFERT, J. Filósofo, Dr. en Filosofía Universidad de Salzburgo, profesor de Filosofía, Universidad de Salzburgo y Dallas.

- a) La dignidad de la sustancia humana como tal o dignidad ontológica
- b) La dignidad de la persona despertada (del ser racionalmente consciente)
- c) La dignidad de la realización de la vocación personal a través de los valores cualitativos, la felicidad y la trascendencia que culminan en la dignidad moral
- d) La dignidad como don

Agrega que la dignidad designa un objetivo y un valor intrínseco que está por sobre preferencias subjetivas, tiene el carácter de inalienable, es propiedad absoluta y exclusiva de todo ser humano.

En el ámbito nacional, Paulina Taboada²⁰ afirma que tradicionalmente “persona” se ha entendido como un *nomen dignitatis*²¹. La persona representa un bien en sí misma (bien objetivo). Ella posee una cierta preciosidad intrínseca, una importancia positiva o sencillamente un *valor*. Es precisamente ese valor, exclusivo de la persona humana, lo que se denomina dignidad.

Taboada sostiene que la dignidad corresponde a uno de esos datos primarios e irreductibles que no pueden ser formalmente definidos, sino que necesitan ser comprendidos en sí mismos. Este tipo de nociones no admiten una definición lógica, es decir, una definición en términos de género próximo y diferencia específica. Junto con captar ese valor inconmensurable propio de las personas, se capta que este exige una respuesta adecuada. Se descubre la existencia de algo como una cointuición, en la que se reconoce un valor singular y la necesidad de responder a ese valor con actitudes y conductas concretas. Se puede llamar a este fenómeno “intuición moral fundamental”, común a todos hombres independientemente de sus culturas. Las personas merecen ser tratadas con respeto²².

En el modelo ontológico de Bioderecho, la obligatoriedad de la norma depende de la justificación de su valor, por lo tanto la función del jurista es buscar sentido a la dignidad, ¿por qué la dignidad? pronunciando un juicio y un valor al respecto.

En este modelo de Bioderecho, la personalidad jurídica es reconocida a todo *homo sapiens*. Los derechos humanos son reconocidos -no atribuidos- como derechos objetivos, inalienables, fundamentales, irrenunciables, esenciales, indisponibles y, se constituyen como realidades metapositivas, suprapositivas y prepositivas. Se discute la exclusividad del Derecho Positivo, no se niega ni se desconoce su existencia y validez.

Este modelo afirma que si se es *homo sapiens* se es titular de derechos, sin depender de la fase de desarrollo alcanzada. A todos los hombres y mujeres le es reconocido al menos el derecho a ser titular de derechos, por lo tanto el derecho a vivir, a la tutela de la propia existencia y a la tutela de la coexistencia.

²⁰ TABOADA, P. Médico Internista, Doctora en Filosofía, International Academy for Philosophy (IAP).

²¹ “La dignidad de la persona como fundamento de la ética” Apuntes de clases 2006, Disponible en internet: <<https://www.u-cursos.cl/medicina/2006/1/MFAHEM22/1/.../93200>>. [Consulta: 15-03-2013].

²² “El respeto por la persona y su dignidad como fundamento de la bioética”. *Vida y Ética*. 2008. Volumen 9, número 2, p.78-79. Disponible en internet: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/respeto-persona-dignidad-fundamentobioetica.pdf>>. [Consulta: 15-03-2013].

El jurista tiene una función sustancial en la investigación sobre el sentido del Bioderecho, no sólo una función formal; y debe argumentar con una orientación crítica (no neutral) los límites de la autonomía individual, la utilidad social, la voluntad política, acuerdo de las partes, contextos sociales o de la mera praxis.

En el ámbito nacional, Humberto Nogueira Alcalá²³, considera la dignidad como el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, la que constituye a la persona como un fin en sí mismo. Tal dignidad se constituye en la fuente de todos los Derechos Humanos. Dada la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos, debe rechazarse el ejercicio de cualquier derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. Agrega que la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales establecen los valores esenciales en que se cimenta el consenso de la sociedad y legitiman al Estado.

Según Nogueira, la denominación utilizada de derechos esenciales o humanos explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de derechos, su relación con la dignidad humana, expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del estatus jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter fundante del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico²⁴. La dignidad de la persona tiene una doble dimensión, que se expresa como autonomía de la persona y su autodeterminación y como necesidad de protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado. Esta última puede prevalecer en algunos casos sobre la primera, cuando el ser humano no se encuentra en condiciones de tomar sus propias decisiones en forma responsable, en cuyo caso la sociedad y el Estado deben brindarle protección (por ejemplo, enfermos mentales, pacientes grave, adulto mayor). Donde hay vida y seres humanos, estos deben ser protegidos y asegurados en su dignidad, no siendo decisiva la existencia de conciencia de tal dignidad por el sujeto, bastando las cualidades potenciales e inherentes a todo ser humano²⁵.

Aplicar este modelo centrado en la valoración intrínseca de las personas mayores de sesenta años, implica reconocer que pese a que su autonomía es decreciente, ello no afecta su dignidad.

Para el Bioderecho, los adultos mayores no autónomos mantienen en plenitud su dignidad, incluso cuando la pérdida de todas o algunas dimensiones de su funcionalidad, solo les permitan actuar en el mundo jurídico debidamente representados.

²³ NOGUEIRA, H. Doctor en Derecho, Universidad de Lovaina y profesor, Universidad de Talca.

²⁴ "Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional y jurisprudencia" En: *Revista Universidad de Talca-lus et praxis*. 2009. Volumen 9, número 1. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100020&script=sci_arttext&tlng=pt [21.03.2013].

²⁵ *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales Tomo I*. Santiago: Centro de estudios Constitucionales de Chile 2008, p.21.

La dignidad del adulto mayor como valoración intrínseca, exige al Bioderecho la promoción y garantía de instituciones que busquen el reconocimiento de sus cualidades y participación activa en el mundo sociojurídico. Por ejemplo, un desafío pendiente en el sistema sanitario nacional es el reconocimiento y protección de la capacidad gradual en la toma de decisiones²⁶⁻²⁷.

²⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina, ¿Hacia un Derecho de la Ancianidad". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol.33, número 1, 2006, p. 37-68.

En este artículo Aida Kelmelmajer se refiere a los ancianos y principios de bioética. Entre ellos, limitación de la medicina (lo que el Bioderecho denomina esfuerzo terapéutico), distribución de recursos sanitarios (que el Bioderecho denomina principio de justicia) y la necesidad de políticas tendientes a la adopción de decisiones respetuosas de la voluntad libre y suficientemente informada del anciano (la adopción de decisiones respetuosas de la voluntad libre del anciano, apuntan en Bioderecho a que los estatutos jurídicos sobre capacidad, consideren la especial naturaleza de las decisiones en salud).

²⁷ FAMÁ, M. "Salud mental y Derechos Humanos: Hacia un sistema de gradualidad de capacidades". En: *Revista de Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. 2005. Volumen 31, p. 59-87.

En este sentido Famá, indica que en el caso de la legislación argentina –situación que es similar a la chilena- las personas mayores ven vulnerado su derecho a la libertad de intimidad (privacidad e intimidad) en el hecho de quedar incluidos en una categoría legal que presume una absoluta incapacidad en el desarrollo de sus aptitudes personales y en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

4 CONCLUSIONES

1) El Derecho no podría, ni debería manifestarse como realidad neutra; cada vez que opta por una solución normativa, elige una opción de valor que tiene una propia moralidad y, que es deber de los juristas develar.

Lo indicado en el párrafo precedente está internalizado en el modelo ontológico, toda vez que se orienta al análisis de la persona humana y de la relacionalidad, como base de elaboración del Bioderecho. En este sentido, la ley es justa (legítima objetivamente) en la medida que garantiza la relacionalidad universal de los hombres, el orden de la libertad (su limitación como garantía de la posibilidad de componer), la igualdad ontológica según parámetros de simetría y de reciprocidad (al derecho de un sujeto corresponde correlativamente el deber del otro, en el sentido que debe respetar tal derecho).

Cuando los modelos funcionalistas se autodefinen neutrales, significa que pretenden separar el Derecho de cualquier atisbo de moralidad.

2) Se entiende que el término dignidad es de gran contenido conceptual, no reconoce propiamente gradación, si bien es innata, no atribuida, se realiza por el respeto al otro por ser de la misma naturaleza. Por otra parte, no existe una autonomía aséptica que no apele a valores. En algunos sistemas el respeto a la autonomía plantea una sobrevalorización de lo individual y conlleva la limitación del accionar de los otros.

Se estima que la dignidad de todo ser humano debe mantener una posición central en el discurso Bioético y en el Bioderecho.

3) Se reconoce que el término “dignidad” se presenta un tanto vago e intangible. Sin embargo, ello no puede llevar a declararlo inservible. Es más, las principales Declaraciones de Derechos Humanos sobre Bioética²⁸ la han incorporado como valor fundamental, intrínseco y consustancial a todo ser de la especie humana. Y reconocen al hombre en su naturaleza, dotado de dignidad y como tal objeto de respeto sin límites, por los otros seres humanos, por la comunidad y por cualquier forma de organización política. Sin referencia a la dignidad estos derechos serían impensables como derechos universales e inalienables.

No es pequeño el riesgo de que por falta de verdadero alcance y contenido sea eliminado de la reflexión y de la práctica cotidiana.

4) En el modelo neutral liberal de Bioderecho se busca que el Derecho intervenga protegiendo la autonomía de la persona en todos sus ámbitos, eliminando los impedimentos (o libertad negativa) y procurando los medios para su realización (o libertad positiva). Además se observa, que en la fundamentación subjetiva del derecho, el sentido intrínseco de la dignidad humana se vacía, se empobrece y se relativiza. Así unos identifican como personas y dignas a aquellos sujetos

²⁸ UNESCO. Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos. Disponible en internet: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/1461805.pdf>>. [Consulta: 25-03-1023].

_____. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y Derechos Humanos. Disponible en internet: <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>[Consulta: 25-03-1023].

Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y la Biomedicina, Disponible en internet: <<http://www.unav.es/cdb/coeconvencion.html>>. [Consulta: 25-03-1023].

con determinadas características: racional; consciente, con capacidad relacional desarrollada según parámetros pre- establecidos.

5) Para el modelo ontológico, la dignidad es intrínseca a todos los seres de la especie humana, sin distinción. No limitan la dignidad ni la personalidad a la fase plena de su desarrollo como ser humano; Ser persona no es accidente; es persona y digna todo hijo de mujer desde la fecundación hasta la muerte, no importando su condición, raza, o edad.

6) La persona humana en cuanto organismo biológico está sujeta a leyes de origen, desarrollo y decadencia. La vejez es un proceso natural dentro del ciclo vital que requiere especial protección. Es un llamado y desafío que se debe asumir en el orden personal, familiar y social.

7) Hoy el adulto mayor forma parte de un grupo etario desvalorizado, excluido y silenciado. Por ello demanda de la Bioética y del Bioderecho respuestas eficaces y urgentes. Esta marginalización puede llevar como en otras sociedades a la “interrupción voluntaria de la vejez.” El reconocimiento de la dignidad, como piedra angular de todos los derechos exige establecer estatutos especiales para el adulto mayor que preserven su autonomía, su calidad de vida, la relación entre las generaciones, el respeto de derechos característicos de la ciudadanía y que recuerden que ser viejo no es sinónimo a estar enfermo o de ser incapaz de ser un aporte a la sociedad.

Donde el hombre se hace impotente para reivindicar su derecho, resplandece la fuerza de su dignidad y la responsabilidad de la Comunidad hacia él.

8) La complejidad del debate en Bioderecho, se presenta en el momento en que se pasa del estatuto descriptivo del adulto mayor, al estatuto axiológico normativo; es decir, desde la definición “de principio” a la identificación “de hecho” o determinación de las normas éticas-jurídicas de comportamiento, en relación al sujeto reconocido.

Se descubre entonces en la dimensión valorativa del Bioderecho, a los adultos mayores como sujetos débiles, porque no se ha progresado en criterios especiales de justicia que permitan protegerlos en ámbito socio-sanitario.

9) En los debates bioéticos sobre eutanasia, cuidado de los discapacitados, de los pacientes en coma, de los pacientes psiquiátricos y en general del adulto mayor, se enfrentan las posiciones que definen la dignidad de la persona según dimensiones extrínsecas o temporales con las que defienden la dignidad ontológica. Por ejemplo, los defensores de las Directivas Anticipadas de Tratamiento o Testamento Vital, argumentan que buscan detener el dolor y sufrimiento que ocasiona al paciente una enfermedad grave e incurable. Los que rechazan esta institución, argumentan que el auténtico valor del ser humano se manifiesta más plenamente cuando es capaz de enfrentar sufrimiento, enfermedades, vejez y muerte como parte integrante del ciclo vital.

10) A nivel personal el anciano debe revalorizar esta última etapa de su vida. Primero, porque el envejecimiento es parte natural del ciclo vital. Se debe empezar el día clamando “hoy es el primer día del resto de mi vida”. Además, es un período de la vida que presenta nuevas oportunidades de desarrollo y compromiso. Este tiempo

se puede vivir con serenidad y emplear en recontar lo realizado, enmendar rumbos, recoger frutos, reencontrarse con los afectos, compartir experiencias con los más jóvenes que están sumidos en promesas y esperanzas; tiempo de cerrar círculos. El anciano a partir de su larga experiencia de vida tiene una mirada de mayor realismo; tiene una capacidad para discernir lo permanente de lo fugaz. El tiempo es un aliado para hacer el bien; para contemplar las realidades del mundo, sin apuro.

Para la sociedad y en particular para la familia los ancianos constituyen una parte importante del tesoro humano y sobrenatural de la humanidad entera. Dado que es connatural al ciclo vital, cada persona prepara la propia manera de vivir la vejez durante toda la vida. En este sentido, la vejez crece con nosotros.

Por otra parte, los ancianos son el nexo que une las diferentes generaciones; son los que formaron el mundo que las generaciones actuales disfrutan; son los que transmiten conocimientos y valores; con su presencia venerable, con su sufrimiento silencioso, con sus sabias palabras, demandan respeto y afecto.

El mundo necesita una “sociedad para todas las edades”. Los ancianos son agentes y beneficiarios del desarrollo.

Desde el punto de vista de la humanización de este mundo, los ancianos encarnan e interpelan la vulnerabilidad en su máxima expresión.

VIII

Convención Internacional de Derechos de las Personas de Edad

Tania Mora Biere*

Sumario

1 Antecedentes demográficos – 2 Derechos humanos y personas mayores – 3 Evolución del sistema internacional e interamericano de derechos humanos, en relación a las personas de edad – 4 Otros documentos de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de las personas mayores – 5 Los Grupos de Trabajo de Envejecimiento de la Organización de Naciones Unidas y de la Organización de Estado Americanos – 6 ¿Por qué creemos que es necesaria una Convención Internacional/ Interamericana de las personas de edad?

Resumen

El envejecimiento poblacional a nivel mundial es un hecho. Se proyecta que en veinte años más los mayores de 65 años superarán a los menores de 15. Esta realidad ha generado la especificidad de los Derechos Humanos en torno a las personas mayores y la transformación de las prioridades sociales, políticas, económicas, culturales [...] de los diferentes Gobiernos. Por medio de asambleas, conferencias y reuniones tanto a nivel internacional, como también regional, como en el caso de América Latina y el Caribe se van generando instrumentos para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad. Informes como el del Secretario General o el de la Alta Comisionada de Naciones Unidas expresan tácitamente que existen vacíos y deficiencias en los Derechos Humanos de las personas de edad, haciéndose necesaria una Convención Internacional/Interamericana para las personas de este grupo etéreo, sirviendo la Declaración de Brasilia como punto de partida.

Abstract

Global aging is a fact. It has been projected that in twenty years the percentage of the world population over age 65 will surpass the percentage of the population under 15. This reality has led to a greater focus on the human rights of older persons

* Abogada, Universidad Diego Portales, postulada en Economía y Finanzas, Universidad de Chile, diplomado de especialización en Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Políticas Públicas, Fundación Henry Dunant América Latina, Collège Universitaire. Postulante a máster en Gerontología Social, Universidad Autónoma de Madrid.

and the transformation of the social, political, economic, and cultural priorities of national governments. By holding meetings, conferences, and congresses at the international level, as well as at the regional level, as is the case with Latin America and the Caribbean, new instruments may be created to promote and protect the rights and dignity of senior citizens. Reports, such as the one from the Secretary-General of the United Nations or the one from the High Commissioner on Human Rights, implicitly express that there are loopholes and deficiencies with regard to the human rights of older persons. Hence, an International/Inter-American Convention is needed for people in this age group, with the Declaration of Brasilia serving as a point of departure.

1 ANTECEDENTES DEMOGRÁFICOS

El envejecimiento de la población a nivel mundial es un hecho ineludible que representa un indicador de desarrollo, por el mejoramiento de las condiciones de vida, que permiten que las personas puedan vivir más. Para el 2050 se espera que la población mundial mayor de 65 años se triplique respecto a la actual. Para América Latina y el Caribe el cambio de la estructura etárea de la población ha sido más dramático. Demográficamente la región pasó desde una estructura de población joven en 1950 a una que actualmente se encuentra en un evidente proceso de envejecimiento, que se acrecentará en las próximas décadas. El segmento de 60 años en adelante pasó de representar el 6% del total de la población en 1950 a un 10% en 2010, previéndose que alcanzará el 21% en 2040 y casi en el 36% de 2100. Es así como el número de personas mayores de 60 años con respecto a los menores de 15 sobrepasará todas las expectativas en los próximos 25 años. En 2010 se registraron aproximadamente 36 personas mayores por cada 100 niños en América Latina y el Caribe. Se proyecta que después de 2036, esta relación se invierta a favor de las personas mayores y que, en 2040, ya hayan 116 personas mayores por cada 100 menores de 15 años¹.

Chile, no se encuentra ajeno a esta realidad poblacional, actualmente la expectativa de vida al nacer supera los 78 años, sobrepasando los 80 en el caso de las mujeres². Si a ello se agrega que el país ha mostrado una drástica disminución de sus tasas de natalidad, se observa una acelerada transición demográfica hacia el envejecimiento poblacional. Estas condicionantes demográficas posicionan a nuestro país en un estadio avanzado de envejecimiento. La estructura etaria se está transformando completamente, cambiando las necesidades sociales y políticas en torno a áreas tan diversas como el cuidado, el trabajo, la economía, la salud, la educación, la previsión social, el género, y por cierto dentro de la perspectiva del Derecho.

¹ HUENCHUÁN, S. "Envejecimiento, solidaridad y protección social en América latina y el Caribe. La hora de Avanzar hacia la igualdad" *Publicación de Naciones Unidas*. Santiago de Chile, 2013, p. 13 y 14.

² MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. Encuesta de caracterización Socioeconómica. Casen, 2011.

2 DERECHOS HUMANOS Y PERSONAS MAYORES

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³ (1948), nadie podría poner en duda la existencia de un conjunto de derechos que cada individuo puede reclamar solo por el hecho de pertenecer a la especie humana, siendo sus disposiciones de aplicación universal, sin discriminaciones de ningún tipo. Más aún, en las últimas décadas ha surgido, en la doctrina internacional de los Derechos Humanos y principalmente basada en el principio de la no discriminación, una nueva fase de “especificación” de los derechos dirigidos a ciertos colectivos con características propias y diferenciables de otros, que los colocan en una posición de marginación o inferioridad, haciéndolos especialmente vulnerables a situaciones de violaciones de derechos. Este proceso de especificación de los derechos humanos ha llevado a la adopción de una serie de tratados y otros instrumentos de carácter universal o regional, que concretizan la formulación de las normas generales de derechos humanos para estos colectivos⁴.

Se hace necesario señalar en todo caso, para evitar confusiones teóricas, que hablar de derechos “específicos” no implica hablar de derechos “especiales”, por el contrario, implica la “especificación” de Derechos Humanos de predicación universal para concretarlos a situaciones específicas, en las que las personas pertenecientes a estos grupos pueden ser particularmente vulnerables a la violación de sus derechos⁵.

Esta evolución hacia la especificidad también es posible de encontrar en los ordenamientos jurídicos internos, pues normas de protección de derechos respecto de niños/as, mujeres o personas con discapacidad son fácilmente identificables. Sin embargo, aunque dentro de estos grupos marginados cabría considerar a las personas mayores-, en la sociedad actual es difícil la visualización de los requerimientos de la vejez y por lo tanto la consideración de sus necesidades particulares. Entre los factores que explicarían este hecho se encuentran la imagen desvalorizada de la vejez, situaciones de deterioro que se entienden los acompañan, así como la disminución de sus capacidades cognitivas, económicas, y la pérdida de roles sociales de quienes pertenecen a este grupo social. Pareciera ser que los ancianos son sólo considerados como objetos, esto es, personas que requieren de apoyo de los demás, que no pueden tomar decisiones por sí mismas y por ende no pueden ser considerados como verdaderos sujetos de derecho, conscientes de ellos y capaces de hacerlos valer, cuestiones que no hacen más que aumentar la probabilidad de sufrir violaciones de los mismos.

Desde la perspectiva de los derechos, hacer el cruce entre envejecimiento de la población y derechos, o más específicamente derechos humanos, parece entonces de la máxima relevancia.

Es por ello que resulta interesante, hacer una revisión de los instrumentos universales e interamericanos de Derechos Humanos, de las últimas décadas, los que permitirán vislumbrar la lenta y paulatina, pero a la vez constante evolución que es

³ Chile. Disponible en internet: <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>.

⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L. *Los desafíos de la protección internacional de los derechos humanos de las personas de edad*. Santiago de Chile: CEPAL/UNFPA, 2010. p. 27.

⁵ *ib.*, p.25.

posible encontrar, dirigidas a un reconocimiento pleno de los Derechos Humanos de las personas de edad, tanto en el régimen internacional como en el interamericano.

3 EVOLUCIÓN DEL SISTEMA INTERNACIONAL E INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, EN RELACIÓN A LAS PERSONAS DE EDAD

Para entender la evolución de los Derechos Humanos de las personas de edad, tanto en el sistema internacional como interamericano, resulta útil distinguir a estos instrumentos por su jerarquía; así encontramos:

3.1 Instrumentos internacionales de Derechos Humanos vinculantes

Se trata de acuerdos que los países convienen mutuamente, a modo de contratos, por los cuales voluntariamente se crean relaciones que obligan a los Gobiernos firmantes, siendo obligatorios para los Estados que los han ratificado.

Los tratados, pactos, y convenciones son instrumentos de este tipo.

La doctrina internacional ha señalado que un Estado, que es parte de un instrumento vinculante, está obligado a:

- a) Respetarlos, esto es, no obstruir la esfera protegida por los derechos
- b) Protegerlos; los Estados deben realizar acciones para prevenir o remediar la violación de los derechos, por personas o instituciones
- c) Promoverlos y hacer efectivo el pleno goce de los derechos, creando condiciones jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que permitan el pleno desarrollo de la persona humana

Al respecto, la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados señala en su artículo 27º que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Dado lo anterior, el hecho que un Estado decida vincularse jurídicamente a normas de tipo internacional, en algunos casos le significa incluso tener que adecuar su normativa interna a las disposiciones contenidas en la Convención o Pacto⁶.

Respecto a las normas vinculantes del sistema internacional de Derechos Humanos, en la actualidad y salvo en dos más modernos⁷, en los tratados de Derechos Humanos, no se reconoce explícitamente el criterio “edad” como motivo prohibido de discriminación, no obstante queda claro que el listado es ilustrativo; se incluye dentro de la categoría de “otras causas”.

En el ámbito universal, por ejemplo en la Declaración Universal de Derechos Humanos se señala en el artículo 2º que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, religión, opinión política o de cualquier otra opinión, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o de cualquier otra condición social”.

En el ámbito interamericano, existe un interesante desarrollo sobre normas

⁶ MORA BIERE, T. *Hacia una convención internacional de derechos de las personas mayores*. *Envejecimiento y cultura en Iberoamérica*. Santiago de Chile: Salesianos, 2009, p. 97 y 98.

⁷ Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familias y la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

de derechos humanos respecto de las personas de edad. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador, señala en el artículo 3º la obligación de no discriminación: “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Este Protocolo se estableció para realizar un reconocimiento más explícito de los derechos económicos, sociales y culturales y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, constituyéndose en el primer instrumento de carácter vinculante en el sistema interamericano de Derechos Humanos, que contiene normas específicas dirigidas a las personas mayores. El Artículo 3º hace mención a la obligación de No Discriminación. “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Si bien el artículo 3º del Protocolo que contempla la norma general de la discriminación, no incluye la variable edad como condición de discriminación, esta vuelve a estar contenida en la frase “otra condición social”. El artículo 9º trata derecho a la seguridad social, referido específicamente a los ancianos y el artículo 17º sobre la protección de los ancianos que trata materias como derecho a protección especial durante su ancianidad, entre otras, proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica; ejecutar programas laborales específicos destinados o estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

Chile no ha completado el proceso de ratificación de este Protocolo, ya que se encuentra pendiente de aprobación, en la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana del Senado, desde el año 2010.

3.2 Instrumentos internacionales de Derechos Humanos no vinculantes

Estas manifestaciones de voluntad de los Estados, son instrumentos de Derechos Humanos, que si bien no son directamente obligatorios para ellos contribuyen y pueden llegar a ejercer una influencia extraordinaria en los países, siendo indicadores de derecho consuetudinario y avance en el acuerdo de estos sobre algún tema⁸. A estos instrumentos se les suele llamar de derecho blando, porque no son directamente vinculantes. Pertenecen a este tipo de instrumentos las Declaraciones y Resoluciones, también son conocidos como normas de *soft law* o de derecho indicativo o blando.

⁸ HUENCHUÁN, S. y MORLACHETTI. “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos”. Notas de Población N° 81. CEPAL, Santiago de Chile, 2006, p. 49.

Respecto a los instrumentos de derecho blando o *soft law*, es posible encontrar una interesante evolución hacia la especificidad de los derechos de las personas de edad.

3.2.1 En la Primera Asamblea Mundial de Naciones Unidas, celebrada en Viena en 1982, sobre envejecimiento se aprueba un plan de acción internacional se aprueba a su vez un plan de acción internacional. Se abordó el tema del envejecimiento desde un enfoque demográfico y referido especialmente a los países desarrollados.

3.2.2 Los Principios de Naciones Unidas a favor de las personas de edad, aprobados por Resolución Nº 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1991. Mientras las Naciones Unidas a través de los años enunciaba un número de leyes en defensa de los Derechos Humanos de determinados grupos, como mujeres o niños, ninguno de ellos se refería a la situación de las personas mayores. Entonces la Federación Internacional de la Vejez (FIV), una entidad privada sin fines de lucro, decidió redactar una Declaración sobre Derechos y Responsabilidades de las Personas de Edad, que constituyó la base para la elaboración de estos principios⁹. Los Principios de Naciones Unidas para las Personas de Edad son:

a) Independencia: las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestimenta y atención de salud adecuados, mediante ingresos, apoyo de sus familias, de la comunidad y de su propia autosuficiencia

b) Participación: comprende el derecho a la participación activa de las personas mayores en la aplicación de las políticas dirigidas a ellas, posibilidad de formar movimientos y asociaciones

c) Cuidados: se refiere a la posibilidad de beneficiarse de los cuidados de las familias, acceso a servicios sanitarios y disfrute de Derechos Humanos cuando residan en establecimientos de larga estadía

d) Autorrealización: comprende el aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial, a través del acceso a recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad

e) Dignidad: considera el derecho de las personas mayores a vivir con dignidad y seguridad, verse libres de explotación y malos tratos físicos o mentales, ser tratados con dignidad, independientemente de su edad, sexo, raza, procedencia étnica, discapacidad, situación económica o cualquier otra condición y de ser valorados debidamente, prescindiendo de su contribución económica.

Algunos autores señalan que estos principios pueden ser considerados en esencia la base mínima de una futura Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores, puesto que constituye un asunto discutido en el seno de las Naciones Unidas desde el año 1973¹⁰.

3.2.3 La Segunda Asamblea Mundial sobre envejecimiento se realizó en Madrid (España) en el año 2002. Esta reunión enfocó su atención en el envejecimiento de los países en desarrollo. En ella se adoptaron dos documentos oficiales: la Declaración

⁹ NACIONES UNIDAS. "Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad", resolución 46/91 (A/RES/46/91), 1991.

¹⁰ HUENCHUÁN, S. y VÁSQUEZ, J. "Derechos Humanos en la edad Avanzada Análisis de los instrumentos de derecho internacional y de derecho interno en América Latina". Manuscrito. CEPAL, Chile.

Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre envejecimiento. En el primer documento se establecen los compromisos de los Gobiernos para responder a los desafíos que plantea el envejecimiento a las formas de organización social, económica y cultural, mientras que el segundo, constituye un instrumento programático en que se proponen más de un centenar de recomendaciones en tres áreas prioritarias: a) las personas de edad y el desarrollo; b) el fomento de la salud y bienestar en la vejez, y c) la creación de un entorno propicio y favorable¹¹.

El Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento de 2002, señala varios temas centrales relacionados con los derechos de las personas mayores, se plantea la plena realización de todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales; así como la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, los derechos civiles y políticos, y la eliminación de todas las formas de violencia y discriminación contra las personas de edad. Contribuyó al desarrollo de instrumentos regionales, en América Latina y el Caribe, que han impulsado fuertemente la visibilización de la situación de los derechos de las personas mayores alrededor del mundo. Los instrumentos más importantes de destacar son los siguientes:

a) Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento. Esta conferencia realizada en Santiago, Chile, en noviembre de 2003, se realizó para dar seguimiento en la región a la Segunda Asamblea Mundial sobre envejecimiento. En el documento suscrito se plantean metas, objetivos y recomendaciones para la acción en favor de las personas mayores en cada una de las tres áreas prioritarias acordadas en Madrid, representando un marco de referencia regional sobre la temática¹².

Si bien esta Conferencia constituyó un hito importante en el posicionamiento de la temática del envejecimiento en esta región, en la que participaron 30 Estados miembros de la CEPAL, más 3 Estados miembros asociados, no se abordó directamente la propuesta de elaboración de una Convención Internacional respecto a las personas mayores; sin embargo, se explicita a lo largo de toda la declaración el reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de las personas de edad.

b) La Segunda Conferencia Regional Intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, celebrada en Brasilia en diciembre de 2007, en la que se adoptó la "Declaración de Brasilia", donde los Gobiernos, además de presentar los avances nacionales en la implementación de la Estrategia Regional sobre el envejecimiento, se plantearon con mayor claridad los derechos de las personas de edad desde una perspectiva de Derechos Humanos. Así el Nº13 de la Declaración, los Estados firmantes proponen: "crear marcos legales y mecanismos de supervisión para proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de las personas de edad, tanto si utilizan los servicios de larga estadía como si residen en sus hogares, y facilitar la formulación y cumplimiento de leyes y programas de prevención de abuso, negligencia, maltrato y violencia contra las personas de edad".

¹¹ Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. Prólogo (2003). Disponible en Internet: <<http://www.cepal.org/celade/sansalvador2004>>.

¹² *ib.*

Pero la Declaración de Brasilia fue más allá en sus planteamientos, y los países que la suscribieron adoptaron dos importantes compromisos en esa ocasión: por una parte, acordaron en el Nº25 “solicitar a los países miembros del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que evalúen la posibilidad de designar un relator especial encargado de velar por la promoción y protección de los Derechos Humanos de las personas de edad”; y por la otra, se comprometieron en el Nº 26 a “realizar las consultas pertinentes con nuestros Gobiernos para impulsar la elaboración de una Convención sobre los Derechos Humanos de las personas de edad en el seno de las Naciones Unidas”¹³.

De acuerdo a lo señalado en el Nº 26 ya citado, esta Declaración explicita un compromiso de los representantes de los países asistentes, a impulsar las acciones con los Gobiernos para la elaboración de una Convención sobre Derechos de las personas Mayores. Por lo que este sería el primer instrumento, no vinculante, en hacer manifiesta esta solicitud.

En América Latina y el Caribe, se realizaron tres reuniones de seguimiento de la Declaración de Brasilia: Brasil (2008), Argentina (2009) y Chile (2009); reuniones sobre las cuales se siguió avanzando en la propuesta de la designación de un relator especial en el marco del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y de la convención internacional de derechos de las personas de edad. En la última de las reuniones se decidió trabajar en paralelo en el sistema internacional de derechos Humanos, y en el sistema interamericano, con miras al logro de un instrumento jurídicamente vinculante en ambos sistemas.

c) La Tercera Conferencia Intergubernamental de envejecimiento de América Latina y El Caribe, realizada entre el 9 al 11 de mayo de 2012, en Costa Rica, los 20 países concurrentes de América Latina y El Caribe acordaron por unanimidad la suscripción de la “Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y El Caribe” en la que por una parte señalaron su firme convicción de seguir trabajando en torno a una Convención Internacional de Derechos de las personas de edad, y designación de un relator especial, así como también se identificaron las acciones clave en materia de derechos humanos y protección social de las personas mayores.

El Nº1 de la Carta señala: “Reafirmamos el compromiso expresado en la Declaración de Brasilia de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas mayores, trabajar en la erradicación de la violencia y crear redes de proyección de las personas mayores para hacer efectivos sus derechos”.

El Nº2, indica: “*Respaldamos* la labor del Grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento y lo exhortamos a estudiar la viabilidad de una convención internacional de los derechos de las personas mayores y apoyamos al Grupo de trabajo de la Organización de los Estados Americanos sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores para que avance en la elaboración de una convención interamericana”.

El listado de los derechos de las personas de edad incluye seguridad social, salud, servicios sociales, derecho al trabajo, derecho a la educación, derecho a la vivienda,

¹³ CEPAL. Declaración de Brasilia. Disponible en Internet: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/32460/LCG2359_e.pdf>.

se rechaza todo tipo de maltrato contra las personas mayores, se hace hincapié en las obligaciones de los Estados respecto al envejecimiento con dignidad y derechos, sobre todo la obligación de erradicar las múltiples formas de discriminación que los afectan, se propone además el fortalecimiento de las instituciones públicas dirigidas a las personas mayores, entre otras indicaciones. El catálogo de los derechos y las obligaciones de los Estados, de la Carta de San José, hacen que -en opinión de la autora- sea el instrumento internacional más completo sobre los derechos de este grupo etéreo, suscrito hasta la fecha.

4 OTROS DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

4.1 Informe del Secretario General de Naciones Unidas¹⁴ de junio de 2011

En este informe, el Secretario General, examina por primera vez los problemas y desafíos en el campo de los Derechos Humanos de las personas mayores. Plantea 4 desafíos básicos en torno al tema:

a) Discriminación: los estereotipos y prejuicios sobre las personas mayores son tolerados socialmente, lo que impacta directamente en el disfrute de sus Derechos Humanos.

b) Pobreza: constituyéndose como su problema más apremiante, caracterizada por la falta de vivienda adecuada, malnutrición, costo prohibitivo de medicamentos, entre otros.

c) Violencia y abusos: señalando como estos hechos repercuten en la calidad de vida de las personas de edad; en general se reconocen: el maltrato físico, emocional, sexual y la violencia económica las que además se encuentran poco documentadas.

d) Falta de medidas y servicios específicos para las personas de edad: frente a la demanda creciente de servicios especializados, la oferta continúa siendo insuficiente, se requieren entre otros centros de cuidado, programas de cuidado a largo plazo, servicios geriátricos u otros que permitan garantizar la amplia gama de los derechos humanos.

4.2 Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁵ de agosto de 2012

La Alta Comisionada, a través de este informe, el que por primera vez examina la situación de los Derechos Humanos de las personas de edad, en términos generales señala que no existe ningún instrumento internacional de Derechos Humanos de carácter vinculante, centrado en las personas de edad y de la existencia de lagunas de protección en el régimen internacional de Derechos Humanos.

Respecto a las lagunas de protección en el régimen internacional de Derechos Humanos, indica entre otras:

¹⁴ NACIONES UNIDAS. Informe del Secretario General de Naciones Unidas, junio de 2011.

¹⁵ Informe de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Agosto de 2012.

a) Discriminación por razón de la edad, conocido como el “edadismo”; esto es la discriminación y estigmatización de las personas a medida que envejecen, el que se manifiesta en estereotipos recurrentes y en actitudes y prácticas negativas, muchas veces incorporadas en la legislación y las políticas. Agravada con otros motivos de discriminación como el género, discapacidad, situación socioeconómica, que genera situaciones de discriminación múltiple.

b) Capacidad jurídica e igual reconocimiento como persona ante la ley, la tutela y otras formas de sustitución de la capacidad de decisión se han considerado tradicionalmente como una cuestión relativamente simple cuando una persona envejece. Sin embargo, el nuevo enfoque paradigmático en favor del apoyo a la toma de decisiones, adoptado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, coloca a la autonomía y la independencia de las personas en el centro de este concepto.

c) Prestación de cuidados a largo plazo. Plantea cuestiones esenciales de Derechos Humanos, tales como la realización del derecho a la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a la intimidad, la libertad de circulación o el derecho a no ser objeto de tortura o malos tratos, entre otros, sin embargo, con frecuencia no se han regulado adecuadamente.

d) Violencias y abusos: la Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato define maltrato de las personas mayores como una acción única o repetida o la falta de respuesta apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza y la cual produzca daño o angustia a una persona mayor. Al igual que el caso de la discriminación.

e) Acceso a los recursos productivos, al trabajo, a la alimentación y a la vivienda en la vejez. Señala que la vejez puede tener consecuencias dramáticas en el contexto del trabajo y del acceso a los recursos productivos. Aunque el derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos y parte inherente de la dignidad humana, muchas sociedades desestiman a los trabajadores de más edad por considerarlos improductivos, lentos, propensos a enfermedades o incapaces de aprender.

Como conclusiones, la Alta Comisionada destaca la acción del Grupo de Trabajo de Envejecimiento de Naciones Unidas por la atención prestada a la situación de protección de las personas mayores alrededor del mundo, reconociendo que la situación de los Derechos Humanos de las personas de edad presenta una serie de retos particulares y urgentes, referidos a los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Hace presente además que las personas mayores son un segmento de la población importante y cada vez más numeroso y que como titulares de derechos se enfrentan a problemas específicos de Derechos Humanos que no es posible continuar ignorando. Finaliza con el reconocimiento que se requiere sin demora de medidas especiales para fortalecer el régimen internacional de las personas mayores, incluido un nuevo instrumento internacional específico.

4.3 Resolución de la Asamblea General 67/139. Hacia un instrumento internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad¹⁶

En lo sustancial, en el N° 1, indica lo siguiente: “Decide que el grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento, en el que podrán participar todos los Estados miembros y observadores de Naciones Unidas, como parte de su mandato y a partir de su cuarto período de sesiones, que se celebrará en 2013, examine propuestas relativas a un instrumento jurídico internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad, sobre la base del enfoque holístico adoptado en la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los Derechos Humanos y la no discriminación, así como la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer [...]”.

El N° 2 por su parte señala: “Solicita al grupo de trabajo que le presente lo antes posible una propuesta que contenga, entre otras cosas, los principales elementos que debería reunir un instrumento jurídico internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad, que actualmente no se contempla suficientemente en los mecanismos existentes y exigen por tanto, una mayor protección internacional”.

Si bien, esta resolución de la Asamblea General podría ser considerada un hito en el establecimiento de una nueva doctrina de los Derechos Humanos hacia las personas de edad, a través de un instrumento internacional jurídicamente vinculante, ésta ha sido sumamente controvertida, situación que se reflejó en su votación, 54 votos a favor y 119 abstenciones.

5 LOS GRUPOS DE TRABAJO DE ENVEJECIMIENTO DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS Y DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADO AMERICANOS

A partir de la Declaración de Brasilia, como se ha señalado, ha comenzado un interesante reconocimiento, tanto de las personas mayores como de sus derechos, los que cada vez han ganado más espacio en la agenda internacional de los Derechos Humanos.

5.1 Asamblea General de Naciones Unidas.

A través de la resolución N° 65/182 de diciembre de 2010, crea un “grupo de trabajo de composición abierta de envejecimiento”, en el que participan todos sus Estados miembros¹⁷. Además de la invitación a que lo conformen las organizaciones de la sociedad civil acreditadas ante Naciones Unidas. El propósito es: “aumentar la protección de los derechos humanos de las personas de edad examinando el marco

¹⁶ NACIONES UNIDAS Resolución de la Asamblea General 67/139. Hacia un instrumento internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad.

¹⁷ Disponible en Internet: <<http://social.un.org/ageing-working-group/documents.shtml>>.

internacional vigente en materia de derechos humanos de las personas de edad y determinando sus posibles deficiencias y la mejor forma de subsanarlas, incluso mediante el estudio, cuando corresponda, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas”.

Este Grupo, ha sesionado desde el año 2011 en tres ocasiones, destacándose la participación de Chile, a través de su institución rectora en temas de vejez y envejecimiento, el Servicio Nacional del Adulto Mayor, Senama, además de la contribución de la misión de Chile ante Naciones Unidas.

Durante el año 2011 se realizaron dos sesiones del grupo de trabajo. La primera, realizada en Nueva York entre los días 18 y 21 de abril, que trabajó el marco internacional actual sobre los Derechos Humanos de las personas mayores, marco regional actual y mecanismos de protección de derechos de las personas mayores, la identificación de posibles lagunas en el nivel internacional y violencia y abuso de las personas mayores. La segunda sesión se efectuó entre los días 1 y 5 de agosto; en esta ocasión se abordó el estudio de la violencia y abuso al adulto mayor, discriminación en personas mayores, y los derechos a la salud, a la protección social, protección social y finalmente la edad y la exclusión social. Durante el año 2012, entre el 21 y el 24 de agosto, se realizó la tercera sesión de trabajo, la que se abocó a revisar la participación de organizaciones no gubernamentales en la labor del grupo de trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento y el marco internacional vigente en materia de los derechos humanos de las personas mayores e identificación de las brechas existentes a nivel internacional.

La invitación a la cuarta sesión del grupo de trabajo, a realizarse entre los días 12 al 15 de agosto de 2013, probablemente centrará su discusión en la resolución de la Asamblea General 67/139, de 20 de diciembre de 2012, anteriormente señalada que señalaba: “Hacia un instrumento jurídico internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad”.

5.2 Grupo de trabajo de protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, Organización de Estados Americanos, OEA

A través de la resolución AG/RES. 2654 (XLI-O/11)¹⁸ “Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”. De la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011, se definió solicitar al Consejo Permanente que establezca un grupo de trabajo conformado por representantes nacionales y expertos provenientes del sector académico y de la sociedad civil, así como de organismos internacionales y agencias especializadas, que prepare un informe para fines de 2011, analizando la situación de las personas mayores en el hemisferio y la efectividad de los instrumentos universales y regionales vinculantes de Derechos Humanos con relación a la protección de los derechos de las personas mayores.

En el N°2 de la Resolución se establece: “Solicitar al grupo de trabajo que, teniendo en cuenta los resultados que se obtengan del informe antes mencionado, prepare un proyecto de convención interamericana para la promoción y protección

¹⁸ OEA Resolución AG/RES. 2654 (XLI-O/11) “Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”.

de los derechos de las personas mayores que deberá ser presentado al Consejo Permanente antes de que finalice el primer semestre de 2012, y recomiende otras medidas para avanzar en la implementación de convenciones internacionales vigentes.

El Grupo de trabajo de protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, de la OEA, cuya presidencia se encuentra radicada en Argentina, a partir de su creación, ha realizado un intenso trabajo de preparación de un “proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las personas mayores”, el que se encuentra bastante avanzado en su formulación. El mandato del grupo de trabajo lo obliga a presentar un proyecto de convención ante la Asamblea General durante el primer semestre del año 2013. La misión de Chile ante la OEA, ha tenido una participación permanente en el estudio y formulación del proyecto, en estrecha colaboración con el Senama.

6 ¿POR QUÉ CREEMOS QUE ES NECESARIA UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL/INTERAMERICANA DE LAS PERSONAS DE EDAD?

El envejecimiento poblacional, nos plantea retos inéditos, nunca en la historia de la humanidad, había existido una población mayor de 60 años tan numerosa y con expectativas de seguir creciendo, a lo menos durante el presente siglo.

Por otra parte, la situación de los Derechos Humanos de las personas mayores, según lo indicado por el grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre envejecimiento junto con los informes del Secretario General y de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, coinciden en indicar que existen lagunas de protección, en materias como discriminación y discriminación múltiple, abuso y maltrato, falta de servicios sociales especializados, acceso restringido de las personas mayores a recursos productivos, problemáticas en torno a la capacidad jurídica, prestación de cuidados a largo plazo u otros, como falta de formación de recursos humanos, voluntades anticipadas, acceso a la justicia, entre otras múltiples problemáticas, que colocan en la agenda internacional de los Derechos Humanos, la necesidad de contar con un instrumento internacional vinculante que estandarice los derechos dirigidos a este grupo etéreo, ya que sus especificidades y requerimientos se pierden en la universalidad con las que son tratados.

Respecto a la posibilidad cierta de contar con una Convención Internacional de Derechos de las personas de edad, es posible distinguir claramente dos posturas contrapuestas en los países miembros de Naciones Unidas: América Latina y El Caribe señalan unánimemente la necesidad de establecer un instrumento internacional jurídicamente vinculante que estandarice, proteja y subsane lagunas de protección y haga patente las obligaciones de los Estados frente a una adecuada protección de los Derechos Humanos de las personas de edad. Por su parte, la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá y China, están por seguir implementando el Plan de Acción Mundial de Madrid de envejecimiento, en el que se definen una serie de orientaciones para los países en torno a la vejez y el envejecimiento.

En el ámbito interamericano, como se ha señalado, América Latina y El Caribe se encuentran trabajando en un proyecto de Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las personas de edad. Sin embargo, aún es necesaria la opinión y voto favorable de Estados Unidos y Canadá, para que el instrumento pueda ser suscrito, países que como se ha señalado han manifestado su opinión contraria en el ámbito internacional.

El aporte que supondría la adopción de una Convención internacional de derechos de las personas mayores provendría no solo de los derechos contenidos en ella, sino también de la concientización de la sociedad sobre la importancia de los problemas e intereses específicos de la población mayor, entregando normas y lineamientos, los que se hacen efectivos a través de la existencia de un rol activo y mancomunado del Estado, la sociedad civil y las propias personas mayores.

Ahora bien, desde el punto vista de la doctrina internacional de los Derechos Humanos, una convención internacional y/o interamericana de derechos de las personas mayores no sólo contemplaría un ámbito normativo obligatorio para los países que la suscribieran, sino que también sería una forma efectiva de visibilizar y sensibilizar respecto de los derechos que se intenta proteger, por lo que parece de la mayor urgencia trabajar para que se transforme en una realidad.

Finalmente, el proceso de elaboración de una Convención Internacional, conlleva un trabajo de concientización y especificación de los derechos dirigidos a este grupo en condición de marginación, ir aunando voluntades de manera de lograr un trabajo en red e interdisciplinario, la voluntad de los Estados, el compromiso de la sociedad civil, la academia, el empoderamiento de las propias personas mayores, dispuestas a exigir sus derechos en un pie de igualdad.

América Latina y El Caribe, están unánimemente trabajando en aras de conseguir una Convención de Derechos de las personas mayores; la Declaración de Brasilia ha sido el punto de partida en este fructífero trabajo acerca del reconocimiento y protección de los Derechos Humanos de las personas mayores.

IX

Estatuto de filiación adoptiva en Chile: Constitución, aplicación de Principios y agenda legislativa

Paola Truffello Garcia*

Sumario

I Marco normativo de la adopción en Chile II Principales contenidos de la Ley 19.620 sobre Adopción de Menores - 1 Personas que pueden ser adoptadas, reglas especiales y procedimientos - 2 Personas que pueden adoptar - III Principios de la filiación adoptiva en Chile y su aplicación jurisprudencial - 1 Principios informadores de la adopción - Aplicación de los principios del interés superior del niño y subsidiaridad de la adopción por los Tribunales Superiores de Justicia - IV Agenda legislativa de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados - 1 Procedimientos previos a la adopción - 2 Personas que pueden adoptar y orden de preferencia - V Consideraciones finales

Resumen

La ley de adopción pone en primer lugar al adoptado

La legislación chilena considera un modelo de adopción único de carácter filiativo que opera con carácter subsidiario respecto a la familia biológica y tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado. Entre sus principios destaca el de subsidiariedad de la adopción y de interés superior del niño, como aquellos a los que la judicatura se enfrenta permanentemente al decidir sobre la disyuntiva de separar o no a un niño de su familia biológica. Para decidir, el juez debe considerar la imposibilidad de permanencia del niño con su familia de origen, así como, las ventajas que la adopción le representa. A más de una década de la regulación de la adopción mediante la Ley 19.620, su adecuación representa un desafío presente en la agenda legislativa de la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, que se encuentra iniciando el estudio de ocho proyectos de ley que proponen modificaciones a diversos aspectos de la regulación actual.

* Abogada, Universidad Diego Portales y Magíster en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Actualmente se desempeña como analista de Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional.

The adoption law puts the adoptee first

Chilean legislation is considering a unique model of adoption in which filiation, the legal relationship between parent and child, is based on the principle of subsidiarity with respect to the biological family. The main objective of the legislation is to ensure the best interests of the adoptee. Judges constantly face the dilemma of deciding whether or not to separate a child from his/her biological family. In order to decide the judge must consider the possibility of the child staying with his/her family of origin, as well as the advantages that adoption may represent. For more than a decade, legal findings have been based on Law 19.620. Its suitability presents a challenge in the legislative agenda of the Committee on the Family of the Chamber of Deputies, which currently finds itself initiating a study of eight bills which propose modifications to various aspects of the present regulations.

I MARCO NORMATIVO DE LA ADOPCIÓN EN CHILE

La adopción de menores de edad se encuentra regulada en la Ley 19.620, por expresa remisión de la Ley 19.585¹, que introdujo un nuevo estatuto filiativo en Chile, basado en el interés superior del niño, el trato igualitario para todos los hijos y el derecho a la identidad².

El estatuto jurídico de la filiación adoptiva en Chile, se conforma principalmente de las siguientes normas: Ley 19.620 de Adopción de Menores (Ley de Adopción, indistintamente), que regula íntegramente la materia; Decreto N° 944 de 2000 del Ministerio de Justicia, que fija el Reglamento de la Ley 19.620; Ley 19.585, que modifica el Código Civil en materia de filiación; Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia; Decreto Ley 2. 465 que crea el Servicio Nacional de Menores (Sename) y fija su Ley Orgánica; Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)³; Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional⁴ y Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción⁵.

¹ Así lo dispone el artículo 1, N° 24 de la Ley 19.585, al señalar que "la adopción, los derechos entre adoptante y adoptado y la filiación que pueda establecerse entre ellos, se rigen por la ley respectiva". Esta disposición constituye el actual inciso 2, del artículo 179 del Código Civil, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Justicia de 2000 (en adelante "Código Civil").

² RAMOS PAZOS, R. "Derecho de Familia". Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2007, Tomo II, p. 391.

³ Chile. Ministerio de Relaciones Exteriores Aprobada por Decreto 830 de 1990.

⁴ _____Aprobada por Decreto 1.215 de 1999.

⁵ _____Aprobada por el Decreto 24 de 2002.

Cabe tener presente, la existencia en nuestro ordenamiento jurídico, de normas contenidas en otros cuerpos normativos también referidos a la adopción de niños, niñas y adolescentes (NNA en adelante)⁶, entre ellos, el Código del Trabajo⁷.

II PRINCIPALES CONTENIDOS DE LA LEY 19.620 SOBRE ADOPCIÓN DE MENORES

La Ley 19.620 de Adopción de Menores, inspirada en el trato igualitario para todos los hijos biológicos, estableció un modelo de adopción único de carácter filiativo⁸.

En su artículo primero, la Ley de Adopción establece como objeto de la misma “velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen”.

A continuación, se analizan las principales materias que aborda la Ley de Adopción para dar cuenta de las personas que pueden ser adoptadas, las personas que pueden adoptar, los procedimientos para adoptar y los efectos de la adopción.

1 PERSONAS QUE PUEDEN SER ADOPTADAS, REGLAS ESPECIALES Y PROCEDIMIENTOS

Sólo pueden ser adoptadas las personas menores de edad que se encuentren en algunas de las hipótesis contempladas en el artículo 8 de la Ley 19.620 que se desarrollan a continuación⁹.

1.1 Menor de edad cuyos padres no se encuentran capacitados o en condiciones para hacerse cargo responsablemente de él y consienten judicialmente en entregarlo en adopción

⁶ La Convención de los Derechos del Niño y la mayoría de las legislaciones sobre la materia utilizan la voz “niño, niña y adolescente”, abandonando el término “menor” por considerarse peyorativo, sugerente de incapacidad y que no visibiliza la diferencia de género. Para efectos de este artículo se utiliza indistintamente la voz “niño, niña y adolescente” (NNA) o “niño”, para aludir a todo menor de 18 años.

⁷ El Código del Trabajo otorga a la trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad, en virtud de lo dispuesto en los artículos 19 o 24 de la Ley 19.620, derecho a postnatal parental y, cuando el menor tuviere menos de 6 meses, previamente, derecho a un permiso y subsidio por 12 semanas (artículo 200, Código del Trabajo). Asimismo, concede derecho a fuero laboral a la mujer u hombre soltero o viudo que manifiesten al tribunal su voluntad de adoptar un hijo. El plazo de un año se cuenta desde la fecha de la resolución que confía al trabajador o trabajadora el cuidado personal del menor de edad en conformidad al artículo 19 de la Ley 19.620 o bien le otorgue la tuición en los términos del inciso tercero del artículo 24 de la misma ley. Cesa de pleno derecho el fuero, desde el momento que se encuentre ejecutoriada la sentencia, que pone término al cuidado personal del menor o niega la solicitud de adopción (artículo 201, inciso 2, Código del Trabajo). Asimismo, se otorga permiso de cinco días al padre en proceso de adopción, el que se cuenta desde la notificación de la resolución que otorga el cuidado personal o acoja la adopción de un niño en conformidad a los artículos 19 y 24 de la Ley 19.620. El Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 2003 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo.

⁸ CORRAL TALCIANI, H. “Adopción y filiación adoptiva”. *Jurídica de Chile*.

⁹ *ib.*, H. *op. cit.*, p. 180 y sig. Corral resume dichas categorías en: adopción por entrega del niño; adopción del propio hijo o nieto y; adopción por desamparo del niño.

La primera hipótesis procede en aquellos casos en que los padres incapacitados o que no estén en condiciones para hacerse cargo responsablemente de su hijo, expresan su voluntad de entregarlo en adopción ante el juez competente¹⁰.

Si bien, según la regla general la voluntad de entregar en adopción a un niño se expresa después de su nacimiento, la Ley 19.620 innova al permitir que dicha voluntad se pueda expresar antes del mismo. López señala que “de este modo se busca incentivar a las madres que quieran abortar que recapaciten en su decisión ante la posibilidad de poder dar al menor en adopción, evitando de este modo la interrupción del embarazo”¹¹.

Algunos autores como Gómez de la Torre¹², sostienen que esta norma no ha cumplido su objetivo en cuanto a disminuir las cifras de aborto, por lo que sugiere su eliminación, por considerar que la vulnerabilidad a la que se ve expuesta la mujer en ese período, puede llevarla a tomar una decisión de la que posteriormente se arrepienta.

El procedimiento aplicable a esta hipótesis se regula en el artículo 9 de la Ley 19.620 y se inicia con la declaración de voluntad del padre y/o madre de entregar al hijo en adopción. Se desarrolla en dos audiencias, una preparatoria y otra de juicio. Si solo uno de los progenitores ha expresado su voluntad en este sentido, el otro progenitor debe ser citado.

Se genera la interrogante, como lo plantea Corral¹³, de si otros parientes biológicos como los abuelos del niño, debieran ser también citados a fin de que señalen su parecer respecto de la efectiva incapacidad de los padres. El autor concluye que, si bien legalmente el juez que conoce de este procedimiento no tiene la obligación de citar a los parientes por consanguinidad, podría hacerlo en virtud de sus amplias atribuciones para decretar una o más medidas¹⁴ y, debería realizarlo, considerando especialmente el principio de prioridad de la familia biológica del niño que analizaremos más adelante.

La sentencia ejecutoriada debe ser puesta en conocimiento del Sename para la inscripción del niño en el registro de personas que pueden ser adoptadas, que debe llevar dicho servicio.

Existe para el progenitor que manifestó su voluntad de entregar a su hijo en adopción, el derecho a retractarse dentro de un plazo de 30 días, contado desde la fecha en que se haya hecho la solicitud al tribunal. Esta limitación temporal podría colisionar con el principio de prioridad de la familia biológica, por lo que algunos, como Corral¹⁵, proponen que, aunque la ley no lo señala expresamente, la solicitud de entregar a un hijo en adopción, debe entenderse como revocable en cualquier momento del proceso mientras no haya quedado ejecutoriada la resolución judicial que declara la adoptabilidad del menor. Ello en virtud de los principios que inspiran la nueva legislación de adopción, de prioridad de la familia biológica y de subsidiaridad de la adopción.

¹⁰ Chile. Ley 19.620. Artículo 8 letra a) en relación con artículo 9.

¹¹ LÓPEZ DÍAZ, C. “Reformas de las Leyes de Filiación y Adopción”. Santiago de Chile: Jurídica La Ley, 2001, p. 80.

¹² GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. “El Sistema filiativo chileno” Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pag. 245.

¹³ CORRAL TALCIANI, H. *op. cit.*

¹⁴ Chile. Ley 19.620. Artículo 9.

¹⁵ CORRAL TALCIANI, H. *op. cit.*

1.2 Menor de edad descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes

La segunda hipótesis de procedencia de la adopción corresponde a aquellos casos en que el menor es descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes¹⁶. Así, se distinguen tres casos: adopción del hijo de uno de los cónyuges adoptantes que ha sido reconocido por uno solo de sus padres; adopción del menor que ha sido reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial y adopción del menor que es descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes.

La doctrina ha criticado la posibilidad de que los abuelos puedan adoptar, por considerar que ello altera el rol que éstos cumplen al interior de las familias (el abuelo pasa a ser padre, el padre biológico y los tíos hermanos del adoptado). Por ello, se propone que si el abuelo quiere educar, criar y vivir con su nieto, debe pedir su cuidado personal en conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil¹⁷.

En caso que el niño haya sido reconocido por solo uno de los cónyuges que lo quieren adoptar, se aplica directamente el procedimiento de adopción propiamente tal, contemplado en el Título III de la Ley 19.620.

Ahora bien, si el niño ha sido reconocido por ambos padres o tiene filiación matrimonial, se requerirá el consentimiento del otro padre o madre aplicándose, en lo pertinente, el procedimiento previsto para la adopción por entrega del niño (artículo 9, Ley de Adopción).

Si falta el otro progenitor o si este se opusiere a la adopción, el juez resolverá si el menor es susceptible de ser adoptado en conformidad con el artículo 12 y siguientes de la Ley 19.620, que se analiza a continuación.

1.3 Menor de edad declarado judicialmente susceptible de ser adoptados (por encontrarse en estado de desamparo)

La tercera y última hipótesis procede en aquellos casos en que el menor ha sido declarado judicialmente susceptible de ser adoptado por encontrarse en una situación de desamparo que se configura cuando el padre, madre o persona a quien se haya confiado su cuidado, se encuentra en alguna de las siguientes situaciones¹⁸: inhabilitado física o moralmente para ejercer el cuidado personal en conformidad al artículo 226 del Código Civil; no le proporciona al niño atención personal, afectiva y económica durante el plazo de 2 meses, o de 30 días si el niño no ha cumplido 1 año o; entrega al menor a una institución de protección de menores o a un tercero con ánimo de liberarse de las obligaciones paternas.

La ley establece presunciones respecto del ánimo de entregar al menor en adopción en las siguientes situaciones: cuando el menor se mantiene a cargo de una institución o de un tercero sin una causa que lo justifique y cuando los progenitores no visiten al menor en la institución donde se encuentre, por lo menos una vez

¹⁶ Chile. Ley 19.620. Artículo 8 letra b) en relación al artículo 11 de la Ley 19.620.

¹⁷ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *op. cit.*, p. 248. El artículo 226 del Código Civil dispone: "Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo, a los ascendientes".

¹⁸ Chile. Ley 19.620. Artículo 8 letra c) en relación al artículo 12 de la Ley N° 19.620.

durante el plazo de 2 meses (o 30 días si el menor tuviere menos de 1 año) salvo causa justificada¹⁹.

De manera tal que, podría proceder la adopción por desamparo del menor cuando su permanencia en una institución de protección de menores sea injustificada, aún cuando el menor sea visitado por su padre y/o madre dentro de los plazos que la ley señala.

El procedimiento en estos casos se inicia de oficio por el juez o a petición del Sename o de la entidad que tenga a su cargo el niño. Sin embargo, deberá ser iniciado siempre por el Sename, si el niño no tiene filiación determinada respecto de sus dos progenitores.

Se desarrolla en dos audiencias, preparatoria y de juicio y deben ser citados los ascendientes y otros consanguíneos de grado más próximo al niño para que expongan lo que sea conveniente a los intereses del menor de edad. La citación se realiza bajo apercibimiento de presumir su consentimiento a la declaración de adaptabilidad, en caso que no concurra.

La ley no fija un plazo determinado para citar a los parientes sino que señala que debe hacerse una vez recibida la solicitud “a la brevedad posible”²⁰. Sin perjuicio de ello, respecto de la celebración de la audiencia preparatoria; sí se establece un plazo, al igual que en el procedimiento de adopción por entrega voluntaria del menor, según el cual la audiencia debe realizarse entre el décimo y décimo quinto día posterior a su inicio.

La sentencia ejecutoriada que declare que el menor de edad puede ser adoptado, debe ser puesta en conocimiento del Sename, para los efectos del registro de personas que pueden ser adoptadas, que ésta entidad debe llevar.

2 PERSONAS QUE PUEDEN ADOPTAR

La Ley 19.620 distingue entre matrimonios con residencia permanente en Chile y matrimonios no residentes. Considera también la adopción uniparental, permitiendo la adopción a personas solteras, viudas y divorciadas.

Se prioriza la residencia por sobre la nacionalidad de los adoptantes. Así, existe preferencia legal para adoptar en beneficio de los matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile por sobre los matrimonios chilenos o extranjeros sin residencia en Chile. Por su parte, se prefiere también la adopción matrimonial por sobre la adopción uniparental de personas solteras, viudas o divorciadas.

En el Derecho comparado se observa también la existencia de preferencias legales aplicables a los postulantes que desean adoptar. Así en México²¹ y Colombia²², en igualdad de condiciones, la ley prefiere la adopción de nacionales frente a la de extranjeros. Diferente es el caso del estado civil de los futuros adoptantes, así por

¹⁹ *ib.*, Artículo 12.

²⁰ Chile. Ley 19.620. Artículo 14.

²¹ México. Código Civil Federal.

²² Colombia. Código de la Infancia y la Adolescencia.

ejemplo, las legislaciones de España²³, México y Colombia no presentan preferencias basadas en el estado civil, sino que disponen que debe tomarse en cuenta el interés superior del niño y la idoneidad de los adoptantes.

2.1 Adopción por personas residentes en Chile

Pueden adoptar los matrimonios chilenos o extranjeros con más de 2 años de matrimonio²⁴ y residencia permanente en Chile. Los postulantes tener más de 25 años y menos de 60 y presentar 20 o más años de diferencia de edad con el futuro adoptado²⁵. Deben haber sido evaluados como física, mental, psicológica y moralmente idóneos por el Sename²⁶ u organismo acreditado por este.

A falta de matrimonios interesados o legalmente idóneos, se permite la adopción por parte de personas solteras, divorciadas²⁷ y viudas²⁸, a quienes se exige los mismos requisitos ya señalados respecto de los matrimonios. A su respecto, se establece un orden de preferencia, en virtud del cual, si hubiere varios interesados solteros o viudos, se preferirá a quien sea pariente consanguíneo del niño, y en su defecto, a quien tenga el cuidado personal.

2.2 Adopción de personas no residentes en Chile sean chilenas o extranjeras

La ley que precedió a la actual regulación (Ley 18.703) establecía que la adopción de menores de edad en el extranjero debía regirse por la ley del país en que se otorgara. Si bien, se requería autorización judicial para que un niño pudiera salir del país, la protección de sus intereses se consideraba deficiente, por lo que la Ley 19.620 cambió completamente la figura, exigiendo que este tipo de adopción se verifique en Chile, sujetándose a las leyes chilenas y cumpliendo con una serie de exigencias adicionales²⁹.

Los matrimonios no residentes en Chile sólo pueden adoptar a un niño cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados e idóneos para hacerlo, circunstancia que debe acreditar el Sename. La adopción se otorgará según lo dispuesto en la Ley 19.620 y, cuando corresponda, a las Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Chile. Esta regla puede excepcionarse, si existen razones de mayor conveniencia para el interés superior del menor, lo que el juez debe exponer fundadamente en su resolución.

Los cónyuges solicitantes deben cumplir con requisitos de idoneidad ya

²³ España. Código Civil y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

²⁴ El plazo de los 2 años no se considera si uno o ambos cónyuges es infértil.

²⁵ Respecto de los matrimonios, la ley establece que los límites y la diferencia de edad, pueden ser rebajados prudencialmente por el juez en un máximo de 5 años y no proceden si uno de los adoptantes fuere ascendiente por consanguinidad del niño.

²⁶ El Sename es un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, creado por el Decreto Ley 2.465 de 1979, encargado de contribuir a proteger y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la reinserción social de adolescentes que han infringido la ley penal.

²⁷ Puede otorgarse la adopción al separado judicialmente o divorciado, si la solicitó siendo cónyuge y siempre que convenga al interés superior del niño; Ley 19.620. Artículo 22.

²⁸ Puede otorgarse la adopción a una persona viuda, cuando su cónyuge difunto hubiere iniciado junto a ella la tramitación de adopción o manifestado de manera irrefragable su voluntad en ese sentido. En este caso, otorgada la adopción, el niño será inscrito como hijo de ambos cónyuges; *ib.*

²⁹ RODRÍGUEZ QUIRÓS, A. "Nuevo Régimen de Adopción". Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho, cursos de actualización en Derecho Civil, septiembre 1999, p. 5. Citado en: GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *op. cit.*, N° 17. p. 501.

señalados y presentar la documentación requerida³⁰ y su solicitud debe ser siempre patrocinada por el Sename o un organismo acreditado ante este.

2.3 Procedimientos necesarios para la adopción: previo y de adopción propiamente tal

Con excepción de la hipótesis de adopción de un niño reconocido solo por uno de los cónyuges adoptantes, en general para constituir la adopción deben verificarse dos procedimientos judiciales. Uno previo, preparatorio de la adopción, y otro de la adopción propiamente tal.

En el procedimiento previo a la adopción, contemplado en el Título II de la Ley de Adopción, tiene por objeto determinar si el menor se encuentra en algunos de los supuestos legales para ser adoptado y dependerá de la hipótesis de adoptabilidad en la que se encuentre en el niño, según fue analizado precedentemente.

El segundo procedimiento necesario para otorgar la adopción de un niño, corresponde al de adopción propiamente tal y se regula en el Título III de la citada ley. Es un procedimiento no contencioso, en el que no se admite oposición y el tribunal tiene facultades para decretar de oficio las diligencias necesarias para comprobar las ventajas de la adopción y la idoneidad de los solicitantes.

Asimismo, en él se puede otorgar el cuidado personal del niño a quienes hayan manifestado su voluntad de adoptarlo, siempre que se cumplan con los requisitos contemplados en la ley.

La sentencia que otorga la adopción, ordena la cancelación de la inscripción de nacimiento anterior y ordena una nueva. Y en contra de ella procede recurso de apelación con efecto suspensivo.

2.4 Efectos de la adopción

La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, sin distinción legal alguna, respecto de la filiación biológica. Sus efectos se producen desde la fecha de inscripción de nacimiento en el Registro Civil.

La inscripción de la adopción extingue los vínculos de filiación de origen para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio. Es irrevocable, salvo que haya sido obtenida por medios ilícitos o fraudulentos.

³⁰ Según dispone el artículo 32 de la Ley 19.620, deben presentar al Tribunal de Familia correspondiente al domicilio del menor o de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre, documentos traducidos al castellano, autenticados, autorizados y legalizados, para acreditar especialmente: su identidad, estado civil, idoneidad, requisitos que el menor adoptado debe cumplir para ingresar al país de residencia de los solicitantes, legislación vigente del país de procedencia de los solicitantes en relación con la adopción y la nacionalidad del futuro adoptado; capacidad económica, entre otros.

III PRINCIPIOS DE LA FILIACIÓN ADOPTIVA EN CHILE Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

El nuevo estatuto filiativo en Chile, introducido por la Ley 19.585, representó un verdadero cambio de paradigma en esta materia³¹. Los criterios rectores de esta reforma fueron recogidos por la Ley 19.620 sobre Adopción de Menores en los principios de interés superior del niño, derecho a la identidad, entre otros³².

1 PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA ADOPCIÓN

Los principios reconocidos por la doctrina, consagrados en diversas disposiciones legales y reglamentarias y recogidos por la jurisprudencia nacional coinciden en los siguientes:

1.1 Interés superior del niño

El principio del interés superior del niño se encuentra consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño³³ y debe guiar las actuaciones de las instituciones, tribunales, autoridades y órganos legislativos del país, quienes, al momento de tomar medidas que afecten a los niños, niñas y adolescentes, deben considerar primordialmente el interés superior del niño³⁴.

Se sostiene que sólo con la CDN, los intereses de los niños se convierten en verdaderos derechos, esto es, como un límite al poder de los padres y del Estado³⁵.

En lo que respecta a la adopción, la CDN dispone expresamente que “los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”³⁶.

En la doctrina, el principio del interés superior del niño representa un concepto jurídico moderno, por lo que su contenido permanece bastante impreciso y sus funciones múltiples³⁷.

Cillero³⁸, siguiendo a Dworkin, sostiene que los principios “son proposiciones que describen derechos”, por lo que el interés superior del niño en la CDN constituiría una garantía entendida ésta última “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”³⁹. Así, desde la vigencia de la Convención, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una

³¹ RAMOS PASOS, R. *op. cit.*, p. 391.

³² CAMPILLAY FERNÁNDEZ, J. *La Adopción y los nuevos Tribunales de Familia*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2005.

³³ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3.1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

³⁴ *ib.*

³⁵ CILLERO BRUÑOL, M. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: *Justicia y Derechos del Niño*. Unicef. N°9, Santiago de Chile, 2007.

³⁶ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 21.

³⁷ ZERMATTEN, J. “El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico”. Informe de trabajo, 3-2003. Disponible en internet: <http://www.childsrightrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf> (Abril, 2013).

³⁸ CILLERO BRUÑOL, M. *op. cit.*

³⁹ FERRAJOLI, L. “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Madrid: Trotta, 1995. Citado en: CILLERO BRUÑOL, M. “El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En: *Justicia y Derechos del Niño* 2007 N°9. Santiago de Chile: Unicef.

autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

Conforme a lo anterior, Cillero⁴⁰ plantea como concepto del principio del interés superior del niño “la plena satisfacción de sus derechos” constituyendo el contenido del principio los propios derechos, de manera que interés y derechos, se identifican. Esta concepción del principio, sostiene, evita que se considere al mismo, como una mera orientación que amplía las facultades discrecionales.

Además, el autor reconoce en el principio del interés superior del niño también una función interpretativa, en virtud de la cual deben ponderarse los derechos en conflicto, debiendo tomarse siempre “aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos [...]”⁴¹.

Asimismo, es interesante la propuesta de Rivero⁴² para quien, el interés superior del niño, constituye un “concepto jurídico indeterminado, por medio del cual la ley se refiere a una realidad cuyos límites no precisa con exactitud, pero con lo que intenta definir o delimitar un supuesto concreto que permite que sea precisado luego en el momento de la aplicación”. Constituye para el autor, un concepto de valor que inicialmente no permite mayor especificidad, pero que “trasladados a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no a otras”.

A nivel nacional, una de las principales características de la normativa sobre adopción radica en que ella tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado⁴³. Así, la Ley 19.620 sobre adopción de menores y su Reglamento⁴⁴, lo recogen expresamente al iniciar su articulado.

Destaca, el criterio de preferencia a favor de interés superior del niño, presente en el Reglamento de la Ley de Adopción, según el cual, en los procesos de evaluación de los postulantes como familia adoptiva, debe privilegiarse dicho interés por sobre el que puedan tener las personas que desean adoptar⁴⁵.

El principio en estudio se recoge también en otras disposiciones de la Ley de Adopción, entre ellas, en el deber del juez de tener en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez, de resolver siempre considerando las ventajas que la adopción representa para el niño o niña⁴⁶.

Una aproximación desde los Tribunales de Justicia para definir el principio en estudio, lo concede la Corte Suprema⁴⁷ al disponer que “[...] debe considerarse, como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular, y en la especie, por aquello que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la satisfacción de todos los

⁴⁰ CILLERO BRUÑOL, M. *op. cit.*

⁴¹ *ib.*

⁴² RIVERO HERNÁNDEZ, F. “El interés del menor”. Madrid: Dykinson, 2000. p. 242. Citado en BUSTAMANTE OYAGUE, E. “La administración de justicia de los niños y adolescentes ante el abandono de los hijos. Aplicación del principio del Internet superior del niño”. En: *Revista Jurídica del Perú*. 2004 N° 55, p. 159 – 172.

⁴³ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *op. cit.* p. 226.

⁴⁴ Chile. Ministerio de Justicia, Decreto N° 944, de 2000.

⁴⁵ Chile. Reglamento Ley de Adopción, artículo 10.

⁴⁶ Chile. Ley 19.620. Artículos 3, 14, 15, 22, 24 y 30.

⁴⁷ Chile. Corte Suprema. Sentencia de 2010, Rol 9922-2010. Fuente: Legal Publishing.

requerimientos de una vida normal orientados al equilibrado y sano desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral”.

Otra sentencia, también de la Corte Suprema, ha entendido al interés superior del niño como un concepto jurídicamente indeterminado que alude a “asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida orientados a asegurar el libre y sano desarrollo de su personalidad”⁴⁸.

1.2 Subsidiaridad de la adopción y prioridad de la familia biológica

La filiación adoptiva procede de manera supletoria a la filiación natural, ya que es la familia biológica la llamada a cuidar y criar a los niños que provienen de ella. Por tanto, los tribunales de Justicia deben agotar las instancias que permitan mantener a un niño junto a su familia biológica⁴⁹.

Como resume Jarufe⁵⁰, el principio de subsidiariedad responde a tres circunstancias: la prevalencia de la familia biológica, pues se asume que la permanencia del niño con ésta redundará en la protección de su interés, en tanto el deber de cuidado de los hijos corresponde en primer lugar a sus padres; los efectos radicales de la adopción, en cuanto confiere el estado civil de hijo respecto de los adoptantes y sus consanguíneos y; la naturaleza irrevocable de la adopción, dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Adopción.

La CDN⁵¹ dispone el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Y establece, la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas para ayudar a los padres y personas responsables por el niño, entre las que se considera la entrega de asistencia material y programas de apoyo en nutrición, vestuario y vivienda, esto es, apoyar a las familias biológicas para que puedan ser capaces de mantener a sus hijos⁵².

La Ley de Adopción recoge este principio en su artículo 1, ya revisado a propósito del interés superior del niño, pero que, en lo pertinente, dispone que la adopción procederá cuando los cuidados que la familia adoptiva debe brindar al niño, no puedan ser proporcionados por su familia de origen.

La ley expresamente exige al juez que, para decretar la adopción de un niño, deberá considerar la imposibilidad de que permanezca en su familia de origen, así como, las ventajas que la adopción le representa al mismo⁵³. De esta manera, ante la disyuntiva de separar o no a un niño de su familia biológica, el juez deberá preferir que éste permanezca con su familia de origen, salvo que el interés superior del niño aconseje como más beneficioso entregarlo en adopción⁵⁴.

⁴⁸ Chile. Corte Suprema. Sentencia de 14.04.2008. Rol 1384-08 (MJ16848). En: Microjuris. En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 2010, Rol 193-2010. En: Legal Publishing.

⁴⁹ CAMPILLAY FERNÁNDEZ, J. *op. cit.*

⁵⁰ JARUFE CONTRERAS, D. “La vulneración de las relaciones paterno-filiales y su justificación legal en el procedimiento de adopción”. Presentación en el seminario “El interés superior del menor en las relaciones personales paterno-filiales”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Octubre 2012.

⁵¹ CONVENCION de los Derechos del Niño. Artículo 27.1.

⁵² _____ Artículo 27.3.

⁵³ Chile. Ley 19.620. Artículo 15, inciso 2.

⁵⁴ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *op. cit.*, p. 225.

Otra manifestación de este principio, se observa en la obligación del juez que conoce una solicitud de susceptibilidad de adopción, de citar a la brevedad posible, a los ascendientes y otros consanguíneos del niño, hasta el tercer grado en la línea colateral, cuando la filiación esté determinada, los que deberán concurrir a la audiencia preparatoria y podrán oponerse a la solicitud⁵⁵.

El principio de subsidiariedad de la adopción se recoge en sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia chilenos en el siguiente sentido: “Los artículos 1, 7 y 15 de la Ley de Adopción, recogen el principio de subsidiaridad del estatuto de la adopción que se manifiesta en que la filiación natural es el estado normal y la filiación adoptiva solo es procedente en carácter supletorio, vale decir, es la familia de carácter biológico la llamada a cobijar al menor y dispensarle la crianza y cuidados necesarios [...]”⁵⁶. Asimismo, se ha sostenido que el fundamento de la adopción “reside en la necesidad de otorgar una nueva familia a quien no cuenta con una que sea capaz de darle lo necesario para desenvolverse en su vida. Es decir, es preciso tener presente que la justificación de este instituto es la desprotección inicial del adoptado y la privación de su medio familiar original”⁵⁷.

1.3 Verdad biológica o derecho a la identidad

Este principio se encuentra consagrado tanto en la Convención de los Derechos del Niño⁵⁸ que exige a los Estados Parte velar por la aplicación del derecho a la identidad en su legislación nacional, como en la Ley 19.585 de Filiación, que permite una amplia investigación de paternidad y maternidad con el objeto de garantizar el ejercicio del derecho a la identidad⁵⁹.

El derecho a la identidad consiste en el derecho de los niños a conocer sus orígenes, es decir, a sus padres biológicos, lo que es necesario para el desarrollo de la personalidad⁶⁰. Así es recogido en la Ley de Adopción⁶¹, al otorgar a toda persona, el derecho a solicitar al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informe si su filiación es adoptiva. Este derecho lo puede ejercer todo aquel que siendo mayor de edad y plenamente capaz, presuma que fue adoptado.

1.4 Otros principios

Junto a los principios referidos precedentemente, los que se estiman centrales para la aplicación e interpretación del estatuto de filiación adoptivo en Chile, la doctrina reconoce otros, también aplicables y relevantes en esta materia; estos son: la inseparabilidad de los hermanos, la preferencia de la familia matrimonial y de la adopción nacional, y el derecho del niño a dar su opinión y consentir en su adopción.

⁵⁵ Chile. Ley 19.620. Artículo 14.

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 16.03.2006. Rol 7-2006. En: PuntoLEX, “Familia, Legislación y Jurisprudencia” Texto coordinado y editado por el Departamento de Estudios Jurídicos PuntoLEX. Edición 2008.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 27.05.2005, Rol 656-2005. Citada en: Gómez de la Torre Vargas, M. op. cit., p. 224-225.

⁵⁸ Convención de los Derechos del Niño. Artículo 7.

⁵⁹ Chile. Ley 19.585. Artículo 1, n° 24, actual artículo 198 del Código Civil.

⁶⁰ El derecho a la identidad representa un considerable cambio respecto de la legislación que precedió a la Ley 19.620 (Leyes 16.346 y 18.703), las que otorgaban a la adopción un carácter secreto. Gómez de la Torre Vargas, M. op. cit. p. 228-229.

⁶¹ Chile. Ley 19.620. Artículo 27.

El principio de la inseparabilidad de los hermanos, manifestado en el mandato que la ley realiza al Juez para que procure que los hermanos en situación de ser adoptados, lo sean por los mismos solicitantes⁶². La justificación de este principio radica en que la adopción no cause un nuevo daño al niño en desamparo, separándolo de sus hermanos biológicos⁶³.

El principio de preferencia de la familia matrimonial⁶⁴, se desprende del texto de la Ley de Adopción, que solamente permite la adopción por una persona (soltera, viuda o divorciada) siempre que no existan cónyuges interesados en adoptar⁶⁵, así como, al disponer la procedencia de la adopción internacional sólo respecto de adoptantes casados⁶⁶.

Por su parte, la preferencia por la adopción nacional, se observa en que la adopción internacional solo procede frente a la ausencia de matrimonios idóneos e interesados chilenos o extranjeros con residencia en Chile⁶⁷.

Finalmente, se menciona como un principio informador en la materia, el derecho del niño a dar su opinión y del menor adulto a consentir en su adopción. Según este principio, en los procedimientos de adopción el juez debe tener en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez. Si se trata de un menor adulto⁶⁸, se requerirá su consentimiento sobre la posibilidad de ser adoptado en el procedimiento previo a la adopción, así como, en el procedimiento de adopción propiamente tal, respecto de la solicitud de los interesados⁶⁹.

Frente a la negativa del niño a ser adoptado, el juez puede, en forma excepcional, proseguir con el procedimiento fundado en el interés superior del mismo. Esta regla se condice con la CDN⁷⁰ en tanto si bien esta exige al juez a escuchar a los niños y a tener en cuenta su opinión, no le otorga a esta un carácter vinculante para la decisión⁷¹. Sin perjuicio de ello, parece contradictorio otorgar al menor el derecho a expresar su opinión para luego no considerarla⁷².

⁶² Chile. Ley 19.620. Artículo 23.

⁶³ CORRAL TALCIANI, Hernán. *op. cit.*, p. 68.

⁶⁴ *ib.*, p. 216.

⁶⁵ Chile. Ley 19.620. Artículo 21.

⁶⁶ *ib.*, Artículo 31.

⁶⁷ *ib.*, Artículo 30.

⁶⁸ Chile. Código Civil. Artículo 26: Mujer mayor de doce años y varón mayor de catorce y menores de 18 años.

⁶⁹ Chile. Ley 19.968. Artículo 16 que crea los Tribunales de Familia, dispone el derecho a ser oído, del niño, niña o adolescente, como un principio rector que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal para resolver.

⁷⁰ Convención de los Derechos del Niño. Artículo 12.1.

⁷¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *op. cit.*, p. 230.

⁷² *ib.*

2 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y SUBSIDIARIDAD DE LA ADOPCIÓN POR LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

2.1 Criterios jurisprudenciales que aplican el principio del interés superior del niño, por sobre el principio de subsidiariedad de la adopción

2.1.1 La Corte Suprema en sentencia de 2008⁷³ consideró que, siendo el interés superior del niño un principio fundamental en materia de adopción, los sentenciadores infringieron abiertamente las reglas de los artículos 1 y 12 de la Ley 19.620 y 3 y 21 de la Convención sobre Derechos del Niño, al preferir en beneficio del padre biológico y rechazar la susceptibilidad de adopción que legalmente procedía declarar, por cumplirse todos sus requisitos.

2.1.2 La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 2004⁷⁴, dispuso que “[...] los sentenciadores [...] desatendieron el interés superior del niño al privilegiar la pretensión de la madre, que no es otra que obtener la permanencia de este en un Centro de Protección [...] a fin de mantener contacto con él. La internación es una medida de carácter transitoria que no soluciona la necesidad del niño de lograr una protección especial, y por ello la garantía efectiva de sus derechos debe prevalecer por sobre otro en cualquier conflicto de intereses, en este caso, en relación a sus progenitores”.

2.1.3 La Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia de 2010⁷⁵, estimó justificado el abandono material y afectivo que exige la ley respecto del padre biológico de la niña, ya fallecido, así como, de toda la familia paterna que apareció en la vida de la niña a través de su abuela paterna, sólo para oponerse a la solicitud de susceptibilidad.

Por ello, el tribunal pese a existir familia biológica (la abuela paterna que se oponía a la declaración de susceptibilidad de su nieta), concluyó que la adopción por parte del marido de la madre biológica era más beneficiosa para la niña, pues había construido su identidad sobre la base de la figura de ambos, con quienes se identificaba y proyectaba, lo que se vería afectado con la imposibilidad de ser adoptada por estos.

2.1.4 La Corte de Apelaciones de Coyhaique, en sentencia de 2010⁷⁶ declaró la susceptibilidad de adopción en virtud del artículo 12 de la Ley 19.620, pues se acreditó que la madre de las niñas, “no ha velado por su crianza, cuidado personal y educación, entregándolas desde siempre al cuidado de terceros, constituyéndose este hecho en un peligro material, sin perjuicio del peligro moral al que están expuestas”.

⁷³ Chile. Corte Suprema, Sentencia de 14.04.2008. Rol 1384-08 (MJJ16848). En: Microjuris.

⁷⁴ Chile. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 02.08.2004, Rol 2.705-04, En: GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M. *op. cit.*, p. 226.

⁷⁵ Chile. Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 2010, Rol 193-2010. Fuente: Legal Publishing.

⁷⁶ Chile. Corte de Apelaciones de Coyhaique, sentencia de 18.06.2010. Rol 10-10 (MJJ24178). En: Microjuris.

Sin embargo, el voto disidente de dicha sentencia argumentó en sentido contrario, esto es, que la susceptibilidad debía ser rechazada, por considerar que la adopción “sólo procede una vez que se ha acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia de la menor con su madre y estas circunstancias, sin embargo, no han resultado demostradas, apareciendo entonces que la propia obligación de velar por el interés superior de la menor, se centra en que se le posibilite a la misma desarrollar una vinculación con su madre y familia materna, sin prescindir de su filiación de origen, pues ello significaría privarla de su propia historia e identidad personal”.

2.2 Criterios jurisprudenciales que aplican el principio de subsidiariedad de la adopción como manifestación del interés superior del niño

2.2.1 La Corte Suprema en sentencia de 2009⁷⁷ de casación en el fondo⁷⁸, señaló que la decisión de los sentenciadores⁷⁹ se convino con los principios de subsidiariedad de la adopción y prioridad de la familia biológica consagrados en nuestra legislación, la que manifiesta una preferencia inicial por la familia de origen, considerando la adopción como una opción subsidiaria.

Los recurrentes justificaron el abandono material y afectivo del padre, basado en que éste no ejerció su rol en la forma debida, siendo extensible dicho abandono a toda la familia paterna “quienes aparecen en la vida de la niña solo ahora, oponiéndose a la solicitud de autos”.

La sentencia sostuvo que la declaración de susceptibilidad “procede solo y una vez que se ha acreditado la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del menor con ésta. En el caso sub lite estas circunstancias, sin embargo, no han resultado demostradas, apareciendo, entonces que la propia obligación de velar por el interés superior de la menor, se centra en que se le posibilite a la misma desarrollar una vinculación con su padre y familia paterna, sin prescindir de su filiación de origen, pues ello significa privarla de su propia historia e identidad personal”.

2.2.2 La Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencia de 2004⁸⁰ sostuvo que “aunque la madre sea alcohólica y tenga limitantes personales, sociales y económicas, si ha mantenido interés en contactarse y visitar al menor, no procede la declaración de susceptibilidad del menor”.

2.2.3 La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 2006⁸¹, revocó la sentencia de primera instancia que declaraba la susceptibilidad de adopción de un niño, por estimar que, para asegurarle un mejor nivel de vida debía entregarse

⁷⁷ Chile. Corte Suprema, sentencia del 18 de mayo de 2009, Rol 1967-2009. Fuente: Legal Publishing.

⁷⁸ Recurso de casación fue interpuesto contra la sentencia que rechazó el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de primera instancia. Ésta última, había rechazado la declaración de susceptibilidad de la adopción, solicitada por la madre de la niña y su nuevo cónyuge.

⁷⁹ Que rechazaron el recurso de apelación.

⁸⁰ Chile. Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 23.06.2004, Rol 21.515. En: CAMPILLAY FERNANDEZ, Jordan, *op. cit.*, p.92.

⁸¹ _____. Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 845-2006 del 6 de abril de 2006.

a sus padres asistencia psicológica, social y económica, que les permitiera acceder a una fuente laboral estable y no declarar la susceptibilidad de la adopción. Estimó que esta última procede cuando la familia de origen no está en condiciones de procurar satisfacer las necesidades espirituales y materiales de los hijos, lo que no fue acreditado en el proceso.

Esta sentencia sostuvo que el hecho de que los padres se encontraran en condiciones que les impedía dar atención económica adecuada a su hijo, no constituía causa legal para declarar la susceptibilidad de adopción del mismo. Asimismo, afirmó que la falta de visitas al hogar donde se encontraba el niño, se justificaba porque la internación se había realizado contra la voluntad de los padres y existía prohibición judicial de visitas.

2.2.4 La Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en sentencia de 2008⁸², confirmó la sentencia apelada que otorgaba la susceptibilidad de adopción, con el voto en contra de uno de sus ministros quien consideró que, la adopción es una decisión de última ratio, que debe ser tomada “cuando no existe medio posible de mantener a los menores en su familia de origen, o lo que es lo mismo, cuando ello es imposible”. En ese sentido, estimó que, como constaba del dictamen del doctor, “la madre de los menores, no obstante su historia de vida y el hecho de presentar un trastorno del desarrollo de la personalidad, tiene posibilidad de ser tratada, no impidiéndole aquel trastorno ejercer el rol materno, pese a que necesita supervisión; habiendo manifestado similar opinión otra sicóloga, al señalar que la madre ha tenido una evolución favorable y que tiene aptitudes para desempeñarse como madre, bajo la supervisión de un adulto”.

IV AGENDA LEGISLATIVA DE LA COMISIÓN DE FAMILIA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

En el año 2013⁸³, la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados ha iniciado el estudio de ocho proyectos de ley⁸⁴, que modifican la regulación de la adopción de menores de edad. Todos ellos son mociones parlamentarias, presentadas entre los años 2005 y 2012 y se encuentran en primer trámite⁸⁵.

⁸² Corte de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de 07.05.2008, Rol 36-2008. En: Legal Publishing.

⁸³ A Abril de 2013.

⁸⁴ Proyectos de ley en tramitación en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, consultados hasta el 19 de marzo de 2013 en <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>> [Consulta: Abril, 2013].

⁸⁵ Siguiendo el orden de su presentación a tramitación legislativa, los Boletines son los siguientes: Boletín N° 3.847-18 que modifica el artículo 31 de la Ley 19.620, sobre adopción de menores, por parte de matrimonios extranjeros no residentes en Chile (ingresado 20.04.2005); Boletín 4.616-18 que modifica la Ley 19.620, sobre adopción de menores, tipificando como delito de ofrecimiento de entrega de menores en gestación (ingresado 17.10.2006); Boletín 6108-18 que modifica la Ley 19.620, sobre adopción de menores con el objeto de incorporar a las parejas que mantienen relación de convivencia estable, como sujetos aptos para solicitar en forma conjunta la adopción del un menor (ingresado 30.09.2008); Boletín 6745-18 que otorga prioridad para ser adoptantes a aquellos padres guardadores que estén a cargo de un niño menor de dos años, por un período igual o superior a 6 meses ininterrumpidos (ingresado 03.11.2009); Boletín 7943-18 que modifica el artículo 20 de la Ley 19.620 sobre adopción de menores, estableciendo que podrán adoptar aquellos cónyuges que hayan contraído el vínculo matrimonial según el artículo 102 del Código Civil (ingresado 27.09.2011); Boletín 8249-18 que modifica la Ley 19.620 sobre adopción de menores (ingresado 02.05.2012); Boletín 8244-18 que modifica la Ley 19.620 con el objeto de facilitar la declaración de susceptibilidad del menor para la adopción (ingresado 19.04.2012); Boletín 8718-18 que modifica la Ley 19.620 sobre adopción de menores eliminando el requisito para la declaración de susceptibilidad de adopción en caso que indica (ingresado 10.12.2012).

Los dos grandes ejes normativos de la adopción en Chile cuya modificación proponen los proyectos de ley, dicen relación con los procedimientos previos a la adopción (Título II), las personas que pueden adoptar y su orden de prelación (Título III). Ellos se destacan sumariamente a continuación.

1 PROCEDIMIENTOS PREVIOS A LA ADOPCIÓN

a) Se prescinde del consentimiento del progenitor condenado por delitos sexuales: En el procedimiento judicial por entrega del niño (que procede cuando los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del niño y expresan ante el juez, su voluntad de entregarlo en adopción), la iniciativa de ley prescinde de la necesidad de manifestar dicha voluntad, respecto del progenitor que haya sido condenado por delitos sexuales contra el niño que se pretende dar en adopción⁸⁶.

b) Improcedencia de retractación del progenitor cuya voluntad se ha presumido: Establece la improcedencia de que el progenitor pueda retractarse de la voluntad de entregar a su hijo en adopción, cuando esta se ha presumido en la hipótesis del artículo 9 N°2 de la Ley de Adopción, esto es, cuando no ha comparecido a la audiencia a allanarse u oponerse a la solicitud de declaración de susceptibilidad de adopción que ha sido solicitada por el otro progenitor⁸⁷.

c) Calificación para declarar la susceptibilidad de la adopción: Propone que el juez siempre decrete la susceptibilidad de adopción del niño en situación de desamparo⁸⁸, cuando de los antecedentes se presuma gravemente que la intervención del padre o madre o persona a quien se ha confiado su cuidado, tenga solo por objeto el entorpecimiento del proceso de adopción o sea notoriamente perjudicial para el niño. Se fija además un plazo máximo de 4 meses, contado desde la presentación de la solicitud, en el cual el juez debe decretar la susceptibilidad del niño de ser adoptado⁸⁹.

d) Inicio de oficio del procedimiento de susceptibilidad: Faculta al juez para iniciar de oficio el procedimiento para declarar la susceptibilidad de adopción, en los casos en que el niño tiene filiación indeterminada respecto de ambos padres⁹⁰.

e) Limita la oportunidad para el reconocimiento de paternidad: Con el objeto de evitar el reconocimiento voluntario del niño cuya susceptibilidad de adopción se encuentra en tramitación judicial, se dispone que el tribunal oficie al Servicio de Registro Civil e Identificación para la anotación de dicha circunstancia⁹¹. En los fundamentos del proyecto se señala que esta medida busca impedir inscripciones de reconocimiento que puedan generar vicios de nulidad, pues señala que, lo que debiera proceder en estos casos, es la comparecencia en el proceso de susceptibilidad o en el de adopción.

⁸⁶ Chile. Boletín 8.718-18.

⁸⁷ Boletín N° 8.249-18

⁸⁸ Ley 19.620. Artículo 12.

⁸⁹ Boletín 8.244-18.

⁹⁰ Boletín 8.249-18.

⁹¹ *ib.*

f) Criterios para declarar la susceptibilidad: Actualmente, el juez debe resolver sobre la susceptibilidad de adopción, considerando especialmente “la imposibilidad de disponer de otras medidas que permitan la permanencia del niño con su familia de origen y las ventajas que la adopción representa para él”. Se propone reemplazar dicho criterio, y en su lugar disponer “la especial consideración del interés superior del niño y de las ventajas que la adopción representa para él”⁹².

2 PERSONAS QUE PUEDEN ADOPTAR Y ORDEN DE PREFERENCIA

a) Incorporación de los convivientes: Equipara los derechos reconocidos en la Ley 19.620 para los matrimonios chilenos o extranjeros residentes en Chile, a las parejas que cohabiten y tengan una relación de afectividad análoga a la conyugal. Con ello, se altera el orden de prelación existente, ya que sitúa a las uniones de hecho con residencia en Chile, en el mismo lugar que ocupan actualmente los matrimonios con residencia en el país, a quienes la ley prefiere por sobre la adopción uniparental⁹³.

b) Cónyuges de distinto sexo: Propone explicitar que los matrimonios que pueden optar por la adopción, cumplan con los requisitos del artículo 102 del Código Civil (ser celebrado entre un hombre y una mujer)⁹⁴. Asimismo, disponer expresamente que la adopción internacional, es decir, aquella que se otorga a matrimonios extranjeros no residentes en Chile, solo proceda respecto de cónyuges de distinto sexo⁹⁵.

c) Preferencia legal expresa a favor del guardador: Establece la primera prioridad para adoptar a las personas que, cumpliendo con los requisitos legales, hayan sido declaradas guardadores, por el Sename u organismo acreditado, de un niño menor de 2 años y que permanezcan con él más de 6 meses en forma ininterrumpida⁹⁶.

V CONSIDERACIONES FINALES

La adopción de menores de edad se encuentra regulada íntegramente en la Ley 19.620, por expresa remisión de la Ley 19.585 que introdujo un nuevo estatuto filiativo en Chile. Establece un modelo de adopción único de carácter filiativo, esto es, que confiere irrevocablemente el estado civil de hijo respecto de los adoptantes, extinguiendo los vínculos de filiación de origen.

Destacan como principios informadores de este instituto, emanados de su regulación normativa y desarrollados por la doctrina y jurisprudencia: la subsidiariedad de la adopción y preferencia de la familia biológica, el interés superior del niño y, la verdad biológica o derecho a la identidad del niño, niña o adolescente.

⁹² Chile. Boletín 8.249-19.

⁹³ Boletín 6.108-18.

⁹⁴ Boletín 7.943-19.

⁹⁵ Boletín 3.847-18.

⁹⁶ Boletín 6.745-18.

Existen tres hipótesis en las que puede encontrarse un niño para ser adoptado: Haber sido entregado voluntariamente por sus padres en adopción, ser consanguíneo de uno de los cónyuges adoptantes o, encontrarse en estado de desamparo. El procedimiento judicial difiere según el caso.

Se contemplan dos procedimientos judiciales para otorgar la adopción: uno para determinar la susceptibilidad para ser adoptado y otro, para otorgar la adopción del niño a sus futuros padres adoptivos. Entre éstos, la ley prefiere la residencia permanente por sobre la nacionalidad de los solicitantes y la adopción matrimonial por sobre la uniparental.

Por mandato legal, el juez para decidir sobre la susceptibilidad de adopción, debe considerar la imposibilidad de permanencia del niño con su familia de origen, así como, las ventajas que la adopción le representa. De manera que, en cada proceso de adopción, resulta decisiva la ponderación que el sentenciador efectúe de la aplicación de los principios de subsidiaridad de la adopción respecto de la familia biológica y de interés superior del niño.

Del análisis de sentencias pronunciadas por Tribunales Superiores de Justicia en procesos de adopción, se observa que las decisiones judiciales varían drásticamente, otorgando o rechazando las solicitudes de susceptibilidad de adopción, según lo que se estime como el interés superior del niño.

El sentenciador oscila entre proteger y fortalecer el vínculo existente entre el niño y su familia biológica o decidir su entrega en adopción, pese a existir dicha familia de origen, cuando considera que ello responde a su interés superior.

Lo anterior, evidencia la relevancia que tiene el alcance y significado del mentado principio. Del análisis del origen, regulación y aplicación del principio del interés superior del niño se comparte el concepto que lo identifica con asegurar el ejercicio y protección (plena satisfacción) de los derechos fundamentales de los niños, lo que además evita que el principio pueda ser utilizado como una justificación de eventuales decisiones arbitrarias.

Finalmente, es interesante relevar también, como lo hacen algunas sentencias (y votos disidentes) la obligación del Estado de apoyar a las familias biológicas responsables de los niños, para que éstos puedan mantenerse bajo su cuidado. En estos casos, el interés superior del niño se centrará entonces, en posibilitar el desarrollo de un vínculo con la familia biológica, o parte de ella. Solo cuando ello no sea posible, deberán tomarse las medidas para brindar al niño una familia adoptiva que le entregue el afecto y cuidado al que tiene derecho.



Régimen de Sociedad Conyugal: Proyectos de Reforma, Análisis Crítico

Leonardo Estradé-Brancoli*

Sumario

1 Antecedente histórico de Derecho Comparado - 2 Antecedentes históricos de proyectos y anteproyectos de Reforma al Régimen Matrimonial de Bienes en Chile - 3 Texto Aprobado por la Cámara de Diputados: Análisis Crítico - 4 Consideraciones Generales Socio-jurídicas sobre Equidad de Género

Resumen

Con la aparición del patriarcado, se dio una dicotomía histórica de roles: el del hombre en el ámbito público y la mujer en el doméstico, y su concreción jurídica en el Derecho de Familia. Es a contar de los inicios del siglo XX y especialmente después de la Primera y sobretodo de la Segunda Guerra Mundial, en que la mujer inició una gradual participación en las distintas sociedades occidentales, siendo creciente en aquellas de mayor desarrollo socio-económico; tuvo como consecuencia significativos cambios en el Derecho de Familia y muy especialmente en el régimen matrimonial, imperando el principio de iguales derechos para el marido y la mujer, la que no rige en el derecho chileno, a pesar de diversos proyectos de ley presentados, tendientes a reformar el régimen patrimonial del matrimonio, dos de los cuales han sido aprobados por la Cámara de Diputados y al momento de cerrar este artículo se encontraban pendientes para su vista por el Senado.

Abstract

With the emergence of patriarchy, a historical dichotomy of gender roles was established: males predominated in the public sphere and females in the domestic sphere. This separation of the roles of men and women was reified in family law. At the beginning of the 20th century, especially after the First World War and above all during the Second World War, women began to gradually participate more fully

* Licenciado en Sociología, Universidad de Chile, egresado de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Diplomado en Perspectiva de Género en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Central y en Mediación Familiar, Universidad del Pacífico. Se ha desempeñado como asesor legislativo desde hace 21 años, especialmente en área de familia y equidad de género.

in most Western societies, particularly in those that were more developed socio-economically. This resulted in significant changes to family law, especially with regard to marriage, where the principle of equal rights for both the husband and wife began to prevail. However, Chilean law does not yet reflect this principle, despite various bills that have been introduced aimed at reforming the statutes concerning property and inheritance. Two of these bills have been passed by the Chamber of Deputies and, at the time of writing, are currently on the agenda to be discussed in the Senate.

1 ANTECEDENTE HISTÓRICO DE DERECHO COMPARADO

En la Antigüedad, en las sociedades primitivas de tipo matri-igualitarias o matrísticas, la mujer gozaba de plena independencia económica. Las de tipo patriarcal que surgen coetáneas a estas y después sustitutivas de ellas, al igual que en la Edad Media y época posterior, era el marido el administrador de los bienes matrimoniales.

A fines del siglo XIX, en Suecia 1874, Noruega 1888 y Dinamarca en 1890, se permitió a la mujer casada administrar los bienes producto de su trabajo¹. En 1882 en Inglaterra y Canadá se “establece un sistema general de separación legal de patrimonios al disponer que todos los bienes adquiridos por la mujer antes, durante y después del matrimonio formarán su propiedad separada del mismo modo que si fuera soltera”, lo propio en Estados Unidos y Australia². En el siglo XX, desde 1902 en El Salvador, 1904 en Nicaragua, 1906 en Honduras, se instauró la separación de bienes, pero Guatemala y Panamá subsistió la sociedad conyugal con administración marital³; en 1907, Francia permitió a la mujer casada la libre disposición de sus ingresos en su actividad profesional, a los que se denominó bienes reservados⁴.

Es a contar de 1921 en Suecia, 1923 Islandia, 1925 Dinamarca, 1926 la Unión Soviética, 1927 en Noruega, la mujer adquiere la libre administración de sus bienes cuando está casada en régimen de comunidad de bienes, en 1929 Finlandia opta por una gestión separada y al final cada cónyuge toma la mitad del valor total de los bienes de ambos⁵. Desde 1919, Italia reintroduce el régimen matrimonial distinguiendo los bienes dotales aportados por la mujer y administrados por el marido y los parafernales o separados administrados libremente por ella⁶. Turquía en 1926 mantiene la separación de bienes e impone la monogamia⁷. En ese mismo año Argentina una modificación establecía que la sociedad conyugal se presuma la administración del marido, pudiendo la mujer ponerle término en cualquier momento⁸, Chile en 1925 establecía los bienes reservados de la mujer, pero fue a contar de 1934 que se le

¹ ROMO ROMÁN, A.; DOYARCABAL Cassè, S.; Schmidt Hott, C.; Merino, F.; Parada, C. “Proyecto de Reforma al Código Civil Derecho de Familia: Estatuto Jurídico de la Mujer Casada”, Universidad Gabriela Mistral, 1987, p. 3 en “Temas de Derecho” año 2 nº 2.

² VATTIER FUENZALIDA, C. “La matrimonial home en el Derecho Matrimonial inglés”, Universidad de Salamanca, 1977, p. 80 en “La Reforma del Derecho de Familia” Cuadernos de Derecho Comparado 1, Departamento de Derecho Civil.

³ SIMO SANTOJA, V. *Regímenes Matrimoniales Legislación Comparada*. Pamplona: Aranzi, 1991. p. 135, 180, 194, 236, 242.

⁴ ROMO ROMÁN, A.; DOYARCABAL CASSÈ, S.; SCHMIDT HOTT, C.; MERINO, F.; PARADA, C. *op.cit.* p.3

⁵ SIMO SANTOJA, V. *op. cit.*, p. 114, 182, 278, 317, 340.

⁶ ROMO ROMÁN, A.; DOYARCABAL CASSÈ, S.; SCHMIDT HOTT, C.; MERINO, F.; PARADA, C. *op. cit.*, p. IV en “Temas de Derecho”.

⁷ SIMO SANTOJA, V. *op. cit.*, p. 333.

⁸ MAZZINGHI, J. “Régimen de Bienes en el Matrimonio en el ordenamiento Jurídico Argentino: De la Unidad a la Igualdad”, Universidad de Los Andes, Santiago-Chile, 1998, p. 89 en “Los Regímenes Matrimoniales en Chile” Facultad de Derecho.

consideró separada de bienes para ese efecto. En 1932 Colombia otorgaba a la mujer casada en sociedad conyugal plena capacidad de administración, lo propio en Uruguay en 1946⁹. En 1947 Japón establece la separación de bienes¹⁰.

En 1945 Bulgaria, 1949 Alemania Oriental, establecen preferentemente la separación de bienes¹¹; en 1946 Yugoslavia (Serbia, Montenegro, Croacia, Bosnia-Herzegovina, Macedonia, Eslovenia), 1950 Polonia y China, 1952 Hungría, 1954 Rumania, 1956 Holanda, 1958 Bélgica, se rigen por la comunidad de bienes o gananciales¹². A contar de 1957 se establece en Alemania Occidental la comunidad de plusvalía equivalente a la participación en los gananciales, pudiendo optar también por separación o comunidad de bienes¹³. Checoslovaquia en 1964, 1965 en Alemania Oriental y 1968 en Bulgaria, adoptan el régimen de comunidad¹⁴. En Inglaterra a contar de 1964, se introduce una categoría estricta de bienes familiares que se consideran comunes¹⁵. En 1965 Francia, 1968 Argentina y Portugal, 1970 Quebec, 1974 Luxemburgo y Costa Rica, 1975 Italia y España, 1976 Cuba y Puerto Rico, 1977 Ecuador, Bolivia y Brasil, 1981 España, 1982 Venezuela, 1983 México, 1984 Perú, 1992 Paraguay; todos ellos con régimen de comunidad restringida de ganancias, sea actual o diferida denominados: comunidad de bienes, comunidad de gananciales, sociedad de gananciales, sociedad conyugal¹⁶. En 1974 Israel, 1976 Austria y 1983 Grecia se rigen por un régimen de separación con compensación al final, al igual que en 1988 en Suiza y 1989 en Québec en los que se implementa la participación en los gananciales¹⁷. En Turquía, Marruecos, Argelia, Túnez, Egipto, Líbano, Arabia, Siria, Irak, Irán rige la separación de bienes y la dote aportada por el marido¹⁸.

En Alemania, el régimen principal es el de comunidad de plusvalía equivalente al de participación en los gananciales, pero se puede optar por el de separación de bienes, o por el de comunidad de bienes con administración conjunta, salvo que expresen que la comunidad pueda ser administrada por el marido o la mujer. En Francia e Italia el régimen legal y supletorio se denomina comunidad de bienes, en España sociedad de gananciales, Portugal comunidad de gananciales, en Perú sociedad de gananciales, Bolivia y Paraguay comunidad de gananciales, Venezuela sociedad conyugal; teniendo en todos ellos administración conjunta entre marido y mujer, la que comprende los bienes inmuebles y muebles registrables (acciones de compañías y vehículos motorizados) para enajenar o gravar. En Noruega y Dinamarca se denomina comunidad de bienes, Suecia y Luxemburgo comunidad restringida de ganancias; Colombia, Ecuador, Uruguay y Argentina sociedad conyugal, se establecen sobre la base de administración con consentimiento conjunto para actos importantes señalados precedentemente y de tipo individual respecto de los demás.

⁹ ROMO ROMÁN, A.; Doyarcabal Cassè, S.; Schmidt Hott, C.; Merino, F.; Parada, C. p. II, VI y VII en "Temas de Derecho" año 2 n.º 2.

¹⁰ SIMO SANTOJA, V. *op. cit.*, p. 238.

¹¹ *ib.*, p. 53, 94.

¹² *ib.*, p. 75, 138, 214, 223, 296, 309, 353.

¹³ *ib.*, p. 46-50.

¹⁴ *ib.*, p. 53 y sig., 94 y sig., 126 y sig.

¹⁵ *ib.*, p. 197.

¹⁶ *ib.*, p. 60, 88, 103, 117, 121, 152, 165, 186, 232, 246, 291, 300, 306, 349. Disponible en internet <<http://www.eurosur.org/FLACSO/mujeres/paraguay/legi-2.htm>> [Consulta: 30 de julio de 2011].

¹⁷ SIMO SANTOJA, V. *op. cit.*, p. 69, 201, 228, 320; CAPARROS, E. "Los Sistemas Económicos Matrimoniales en los ordenamientos jurídicos canadienses", Universidad de Los Andes, Santiago, 1998, p.79-81, en "Los Regímenes Matrimoniales en Chile" Facultad de Derecho.

¹⁸ SIMO SANTOJA, V. *op. cit.*, p. 58, 243, 258, 330, 333.

En todos ellos en forma alternativa existe el régimen de separación de bienes, en tanto Francia, España y Paraguay existe además un tercer régimen de tipo alternativo el de participación en los gananciales con modalidad crediticia. Sea cual fuere el régimen matrimonial, rige también la modalidad de bien familiar en todo el derecho comparado¹⁹.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE PROYECTOS Y ANTEPROYECTOS DE REFORMA AL RÉGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES EN CHILE

Históricamente han existido proyectos y anteproyectos de reforma al régimen de bienes en el matrimonio.

El primero fue el enviado a la Cámara de Diputados el 21 de Julio de 1970 como Mensaje por el presidente de la República don Eduardo Frei Montalva y el ministro de Justicia don Gustavo Lagos Matus, el cual contó con la elaboración de la Comisión de Reforma al Régimen de Bienes en el Matrimonio designada por el Ejecutivo e integrada entre otros por los juristas señores Arturo Alessandri Rodríguez y Eugenio Velasco Letelier, el cual reemplazaba la sociedad conyugal con administración del marido por un nuevo régimen de participación en los gananciales con modalidad comunidad o comunidad de gananciales, que consistía en la existencia de dos patrimonios separados el del marido y el de la mujer que administran cada cual respectivamente, requiriendo el consentimiento de ambos para enajenar o gravar los inmuebles adquiridos a título oneroso durante su vigencia y al término de dicho régimen éstos formarían la masa común, la que se divide por mitades; a este sistema se le denomina también comunidad diferida de gananciales. Respecto de este proyecto el presidente Salvador Allende dispuso encargar para su estudio al Ministerio de Protección de la Familia que se creaba a cargo de doña Valeria Ambrosio, cuya tramitación legislativa se interrumpió con el cierre del Congreso Nacional.

Un anteproyecto posterior dado a conocer en 1979, el de La Comisión de Reforma al Régimen de Bienes en el Matrimonio encargada por la ministra de Justicia doña Mónica Madariaga e integrada por los juristas señores Julio Phillipi Izquierdo, Avelino León Hurtado y Víctor Delpiano, cuyas ideas matrices se refieren a mantener el régimen de sociedad conyugal en virtud del cual cada cónyuge administra libremente los bienes propios de cada cual, en tanto el marido hace lo propio con los sociales y la mujer con los reservados sociales y respecto de éstos cuando son inmuebles deberán consentir ambos para enajenar o gravar. Al finalizar el régimen tanto los bienes sociales como los reservados sociales formarán la masa común, la que se divide por mitades.

Otro anteproyecto dado a conocer en 1986, el de la Comisión Especial de Docentes de la Universidad Gabriela Mistral, integrado por las académicas señoras Alicia Romo Román, Solange Doyharcabal Cassè, Claudia Schmidt Hott, María Pía Guzmán y los académicos señores Francisco Merino y César Parada, estableció el régimen de participación en los gananciales con modalidad comunidad o comunidad

¹⁹ *ib.*

diferida de gananciales, sustitutivo de la sociedad conyugal con administración marital.

Todos los proyectos y anteproyectos anteriores tienen como idea matriz la igualdad jurídica entre los cónyuges, lo que significa plena capacidad jurídica de la mujer casada derogando efectivamente su incapacidad relativa.

Por su parte, el Gobierno del general Augusto Pinochet por intermedio del ministro de Justicia don Hugo Rosende Subiabre, encargó una Comisión Especial para reformar el Derecho de Familia, la que estuvo integrada entre otros por los académicos de la Universidad Católica de Chile señores Fernando Rozas Vial, Raúl Lecaros Zegers y Eduardo Riesco. La propuesta fue eliminar conceptualmente la incapacidad relativa de la mujer casada, pero deja subsistente la administración del marido respecto de los bienes sociales y derechos hereditarios de la mujer y manteniendo la facultad al marido para hacerse dueño de los muebles de ella con la obligación de devolverlos a título de recompensa al final del régimen, salvo los bienes reservados que son los obtenidos por la mujer con el producto de su trabajo, entendiéndose para ese efecto como separada de bienes, pudiendo en todo caso renunciar o no a los gananciales al formarse la masa común, si renuncia conserva sus bienes reservados, sino forman parte de la masa común al dividir por mitades. Esta propuesta sí tuvo tramitación en las Comisiones Legislativas dependientes de la Junta Militar convirtiéndose en la ley 18.802, la que comenzó a regir el 9 de septiembre de 1989.

El Gobierno del presidente de la República Patricio Aylwin, por intermedio del ministro de Justicia Francisco Cumplido y la ministra Soledad Alvear del Servicio Nacional de la Mujer, envió un proyecto de ley como Mensaje, el que creaba el régimen de participación en los gananciales con modalidad crediticia sustitutivo de la sociedad conyugal, consistente en que al inicio del régimen se debe calcular el patrimonio originario de cada cónyuge que durante su vigencia administra libremente; al final del régimen se debe establecer el patrimonio final de cada uno, sumar ambos patrimonios y por la mitad del excedente el cónyuge con menos gananciales tiene un crédito en contra del cónyuge con mas gananciales. Respecto del inmueble que sirva de residencia principal de la familia, se puede declarar por sentencia judicial bien familiar, y como tal se administra conjuntamente con independencia de cual cónyuge sea el dueño, mientras tenga esa calidad, que en todo caso puede desafectarse. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados lo rechazó, debiendo el gobierno enviar una indicación sustitutiva de incorporar como alternativo el régimen de participación en los gananciales, manteniendo la sociedad conyugal con administración marital. Durante la tramitación en el Senado los senadores Hernán Vodanovic, Laura Soto, Ricardo Nuñez y Rolando Calderón presentaron indicaciones en orden a otorgar iguales derechos a la mujer y el marido cuando estuvieren casados en sociedad conyugal, lo cual fue rechazado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Finalmente ambas Cámaras aprobaron la creación del régimen de participación en los gananciales pero como uno alternativo mas, dejando subsistente la sociedad conyugal con administración del marido, como el legal y supletorio de la

voluntad de las partes, sin perjuicio de la declaración de bien familiar, cualquiera fuere el régimen de bienes, convirtiéndose en la ley 19.335, la que comenzó a regir el 24 de diciembre de 1994.

El 13 de Septiembre de 1995, entró a tramitación legislativa en la Cámara de Diputados el proyecto de ley como Moción (boletín 1707-18) de las diputadas María Antonieta Saa, Marina Prochelle, Romy Rebolledo, Fanny Pollarolo, y diputados Andrés Palma, Aníbal Pérez, Tomás Jocelyn-Holt, Ignacio Balbontín, con la adhesión de los diputados Rosauro Martínez, Arturo Longton, José Antonio Galilea, Carlos Cantero, Carlos Ignacio Kuschel, Eugenio Tuma, Ezequiel Silva, Sergio Morales y Leopoldo Sánchez-Grunert y las diputadas Mariana Aylwin, Eliana Caraball, Lily Pérez San Martín, Adriana Muñoz-D'Albora, que crea el régimen de comunidad de gananciales sustitutivo de la sociedad conyugal, en virtud de la cual cada cónyuge administra libremente su patrimonio separado con la limitación de enajenar o gravar los inmuebles adquiridos a título oneroso y respecto de éstos formar la masa común al término de dicho régimen, la que se divide por mitades; el que vino a ser reforzado por indicación sustitutiva del Gobierno de la presidenta doña Michelle Bachelet y la ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Sernam, doña Laura Albornoz, quien tuvo la colaboración de los juristas de la Fundación Fernando Fueyo Laneridon Gonzalo Figueroa Yáñez y Andrea Muñoz Sánchez, entre otros. Después de diez años de tramitación, la Cámara de Diputados lo aprobó en Octubre de 2005, pero reincorpora como alternativas el régimen de sociedad conyugal con la particularidad de administrar el marido o la mujer, aplicándose homólogas disposiciones inversas, según cual fuere el cónyuge administrador de que se trate, y se deroga el régimen de participación en los gananciales. Actualmente se encuentra en segundo trámite en el Senado.

El 4 de Abril de 2011, entró a tramitación un proyecto de ley enviado como Mensaje (boletín 7567-18) del presidente de la República, don Sebastián Piñera y la ministra del Servicio Nacional de la Mujer, Sernam, doña Carolina Schmidt en orden a reformar la sociedad conyugal estableciendo que la administración pueda tenerla el marido o la mujer, pudiendo constituir patrimonio reservado el cónyuge no administrador, puede también haber administración conjunta de ambos cónyuges en lo que respecta a los inmuebles adquiridos a título oneroso e indistinta respecto de los muebles, manteniendo además el régimen de participación en los gananciales. El 15 de Junio de 2011, entró a tramitación un nuevo proyecto ingresado como Moción (boletín 7727-18) de las diputadas María Antonieta Saa, Carolina Goic, Adriana Muñoz-D'Albora y de los diputados Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, René Saffirio, José Miguel Ortiz, Pedro Araya, Marcelo Schilling y Hugo Gutiérrez, que en su aspecto fundamental establece la coadministración de ambos cónyuges como legal y supletorio; y además como alternativo la administración del marido, teniendo la mujer patrimonio reservado o separado; en tanto bajo la administración de la mujer, el patrimonio reservado del marido tiene el límite de enajenación o gravamen para requerir el consentimiento de ella. Viene a sumarse otro proyecto o Moción ingresado el 9 de Julio de 2008 (boletín 5970-18) de los diputados Álvaro Escobar Rufatt, Pedro Araya, Marco Enríquez-Ominami, Alfonso de Urresti, Alejandra Sepúlveda Orbenes, y Esteban Valenzuela Van Treek y la diputada María Antonieta Saa; que otorga a la

mujer la administración de sus bienes propios. Los tres proyectos fueron refundidos en su tramitación y radicados primero en la Comisión de Familia, y posteriormente en la de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, para finalmente ser aprobado por la Sala y despachado al Senado.

3 TEXTO APROBADO POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS: ANÁLISIS CRÍTICO

La Cámara de Diputados ha dado su aprobación a los proyectos de ley refundidos: uno mensaje del Ejecutivo y dos mociones parlamentarias; previo informe de las Comisiones de Familia y de Constitución, Legislación y Justicia respectivamente; en la tramitación de ésta última se presentaron un conjunto de indicaciones de las diputadas María Antonieta Saa, Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat y los diputados Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg y en algunas de ellas Arturo Squella, en tanto en otras este último diputado presentó indicaciones por separado²⁰.

Como cuestión previa cabe señalar que este es el segundo proyecto aprobado por la Cámara de Diputados relativo al régimen matrimonial genéricamente de comunidad de bienes y el tercero referido a los regímenes matrimoniales en general, siendo el primero el de participación en los gananciales. En el segundo proyecto de comunidad de gananciales, basado en la comunidad diferida de bienes, el marido y la mujer tiene cada uno una administración separada, pero requiriendo del otro cónyuge el consentimiento para realizar actos importantes, mantiene por ese concepto el carácter de solidaridad familiar, el que a su vez se ve reforzado mas adecuadamente en favor de el o la cónyuge económicamente mas débil por ser el cónyuge propietario quien tiene la gestión o administración de un determinado bien, aun cuando se trate de aquel que tenga menos bienes; se denomina comunidad diferida porque la comunidad nace a su disolución. En el Senado no hubo voluntad para la aprobación en general de este proyecto que se presentaba como legal y supletorio de la voluntad de las partes, no obstante encontrarse en estado de tramitación para su aprobación; siendo ese el motivo de la presentación de un nuevo proyecto manteniendo la denominación de sociedad conyugal, basado ahora en una comunidad actual de bienes, que nace con el régimen, que como se señalare anteriormente fue aprobado por la Cámara de Diputados.

El propósito es consagrar el principio de igualdad para cualquiera de los tres regímenes, y respecto del de sociedad conyugal coexista con el principio de comunidad, para que dentro de ésta si la administración fuere conjunta se otorgue la debida protección al o a la cónyuge económicamente más débil, y si la administración fuere unilateral, además de lo anterior, en caso de ser necesario se hagan valer el principio de discriminación positiva en favor de las mujeres por la desigual evidencia

²⁰ Se complementó con un trabajo de una Comisión Técnica designada por el presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia; integrada por las asesoras del serman Andrea Barros, Susan Ortega, el asesor de la Fundación Jaime Guzmán, Gustavo Rosende y el asesor legislativo Leonardo Estradé-Brancoli. Se recibió aportes de las asesoras legislativas Carolina Salas, Yohanna Villablanca y Josefina Figueroa Gostín, esta última del Instituto Libertad.

empírica de la participación de las mujeres en la sociedad en comparación con los hombres. La finalidad más que una igualdad meramente jurídica, las normas sean concordantes y tiendan a una cada vez mayor igualdad empírica.

Entre los deberes personales está la obligación de guardarse fe, como consecuencia, el adulterio constituye una infracción a este deber, el que se define como la mujer casada que yace con varón que no es su marido y el varón casado que yace con mujer que no es su cónyuge; la que por indicación de la diputada María Antonieta Saa y el diputado Arturo Squella con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Monckeberg, se sustituye por otra del siguiente tenor: el hombre o mujer casado que yace con persona que no sea su cónyuge. Se opta por esta nueva definición por dos razones: la primera, porque incluye tanto la relación heterosexual como homosexual, dado que la norma actualmente vigente solo incluye la primera generando un vacío legal; la segunda, dado que el yacer en el ámbito penal se refiere al coito vaginal, y que por eso se cambió a acceso carnal en un anterior proyecto de ley en materia penal, fue necesario entonces precisar que en materia civil el concepto de yacer es más genérico referido a la relación sexual en términos amplios, esto es coito o contacto de tipo sexual en cualquiera de sus formas.

Existe también la obligación de socorro y ayuda mutua, que el marido y la mujer deban proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que entre ellos medie, debiendo si es necesario el juez reglar la contribución. La Comisión de Familia había aprobado que debiera considerarse el aporte que realiza el o la cónyuge -por regla general mujeres- que se dedique al cuidado de los hijos o al hogar común, pero la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia elimina este inciso, y así se aprobó. Al respecto cabe precisar que la labor doméstica constituye un trabajo y a la vez cuantificable monetariamente, por lo que debió haberse explicitado esa situación, tomando en consideración que las labores domésticas son realizadas en mayor proporción por mujeres que por hombres.

Siguiendo lo señalado precedentemente, la norma referida a que los cónyuges están obligados a suministrarse los auxilios que necesiten para sus acciones o defensa judiciales, siendo el marido quien debe proveer a la mujer las expensas para el litigio, si estuvieren casados en sociedad conyugal, se sustituye por aquella en que los cónyuges regidos por este régimen, recae la obligación de proveer las expensas para el litigio en el cónyuge que tenga la administración de los bienes en favor del otro.

Adicionalmente se mantiene la norma referida a que los cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a algunos de ellos les asistan razones graves para no hacerlo.

La diputada María Antonieta Saa y el Diputado Arturo Squella con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, presentaron una indicación del siguiente

tenor: la mujer y el marido tienen iguales derechos y deberes, sin perjuicio de las diferencias establecidas en la ley. Se fundamenta la propuesta por las siguientes razones: primero, porque frente a diversas disposiciones específicas, debe haber una norma orientadora de carácter general; segundo, porque el principio inspirador es el de la igualdad entre los cónyuges, que se manifiesta en los tres regímenes matrimoniales existentes: sociedad conyugal cuando hubiere coadministración, separación de bienes y participación en los gananciales; tercero, está conforme a las normas de derecho comparado tanto el criterio igualitario como la existencia de un principio directriz; cuarto, la única excepción formal al principio igualitario, ocurre cuando se optare por la modalidad de administración unilateral en sociedad conyugal, que no obstante implica normar una diferencia, se explicita esa situación como excepción, sin alterar la regla general; quinto, históricamente existía la norma genérica referida a la potestad marital, por cuanto el derecho era patriarcal, al ser igualitario, debe entonces explicitarse ahora en este otro sentido. No obstante no fue aprobada.

De los tres regímenes existentes se establece como legal y supletorio de la voluntad de las partes, el régimen de sociedad conyugal bajo la modalidad de coadministración, por cuanto es este régimen el que refuerza de mejor manera la solidaridad familiar basado en un mínimo de responsabilidad compartida atendiendo las necesidades básicamente económicas al interior de la familia y en especial entre los cónyuges. Coetáneamente se consagra como excepción la modalidad de administración unilateral de la sociedad conyugal, así como los regímenes de separación de bienes y participación en los gananciales, y por ende debe ser expresamente mencionada si se optare por cualquiera de ellas; dado que el silencio de los contrayentes se le aplican las disposiciones del primer régimen con la modalidad mencionada.

Como se ha señalado, en el derecho comparado el régimen de comunidad de bienes o sociedad conyugal con la modalidad de coadministración, es supletorio de la voluntad de las partes, lo que significa que la mujer y el marido se rigen por el principio de igualdad y paridad; y si los cónyuges convienen que uno de ellos debe administrar, ello se hace valer por la vía del mandato, sin necesidad de normarlo especialmente, salvo en la legislación alemana que lo hace en términos generales y en el proyecto de legislación chilena, que se norma detalladamente, en este caso se rige por el principio de igualdad pero no de paridad, el que se da por el derecho de opción de ejercer uno u otro cónyuge la administración, sin estar preestablecida esa función en razón de su sexo, como lo es en la actualidad. No obstante cualquiera que fuese la modalidad de administración, ésta está conforme con el principio de la autonomía de la voluntad que tienen los cónyuges; eso sí, teniendo muy presente que como parte de este principio incluye el de la debida información para que sea real y empíricamente efectivo, por consiguiente, es de la esencia de este establecer una norma supletoria, de lo contrario, significaría que se tomaría una decisión sin la debida información, que por la complejidad del régimen comunitario y sus modalidades de administración -conjunta o unilateral-, la hipótesis más probable es que los contrayentes que no tengan la debida información, opten por

el régimen de separación de bienes, por parecerles de mas simplicidad, pero que no necesariamente importa su real conveniencia, especialmente si lo que se pretende tanto como principio jurídico como en la práctica, sea cautelar los intereses de el o la cónyuge económicamente mas débil, por regla general la mujer.

Respecto al matrimonio celebrado en el extranjero, la norma referida a que los casados en el extranjero, se mirarán en Chile como separados de bienes a menos que pacten otro régimen al inscribir su matrimonio. Dicha norma constituye los siguientes problemas: primero, que si una persona se casa en el extranjero, implica un abierto incentivo al régimen de separación, lo que es absurdo si la regla general es el de sociedad conyugal, tanto en Chile como en el extranjero; segundo, ni siquiera se permite probar estar casado en un régimen distinto al de separación si nada se dice al momento de inscribir en Chile, que para ese efecto constituye una presunción de derecho, violando con ello los principios de legalidad y de equidad; por eso una de las mociones originaria establecía solo una presunción simplemente legal de separación de bienes pudiendo probar la existencia de otro régimen, tal como existía antes de la última reforma parcial al régimen de sociedad conyugal. No obstante lo que se aprobó fue que quienes se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como casados en sociedad conyugal, fundado en que la mayoría de los países la regla general es el régimen de comunidad de bienes o sociedad conyugal, y que se incentiva con ello un régimen basado en la solidaridad familiar y no uno desprovista de esta, siendo a su vez concordante con el espíritu general de la legislación chilena en esta materia.

De conformidad al proyecto de ley presentado por la diputadas María Antonieta Saa, Carolina Goic, Adriana Muñoz-D'Albora y los diputados Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, René Saffirio, José Miguel Ortiz, Pedro Araya, Marcelo Schilling y Hugo Gutiérrez, se deroga la norma actualmente vigente que permite a la mujer casada en sociedad conyugal renunciar a los gananciales con anterioridad a la celebración del matrimonio, por cuanto dicha renuncia anticipada se hace sin conocer ella si obtuvo o no ganancias al repartirse la masa común de bienes la que se produce a su disolución, requisito que es de la escencia para tomar una decisión acertada en esta materia, por lo tanto, no se condice con los principios generales del derecho que dicha decisión de suyo trascendental se tome basado en el azar de un hecho futuro e incierto en ese momento, que además se presta para presiones, en cuyo caso la decisión estaría motivada por la presión y ni siquiera por el azar.

Si los cónyuges se casaren en sociedad conyugal, se considera como pertenecientes al haber propio los siguientes bienes: 1° los que tenían los cónyuges antes de pactar el régimen y 2° los inmuebles o muebles, adquiridos por los cónyuges individual o conjuntamente a título gratuito, que incluye los adquiridos por herencia, legado o donación; esto significa que se deroga el haber relativo vale decir los bienes muebles o dineros que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante él adquiriere, quedando obligada la sociedad a su disolución a pagar la correspondiente recompensa. Por su parte, se considera pertenecientes al haber social los bienes siguientes: 1° de las remuneraciones, honorarios y cualquier otro ingreso proveniente de todo género de empleos y oficios devengados durante la

vigencia del régimen; 2° de todos los frutos, rentas, pensiones intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan tanto de bienes sociales como propios de cada cónyuge y que se devenguen durante la vigencia del régimen; 3° si hubiere cambio de administración, los bienes que ingresare la mujer que hubiere tenido patrimonio reservado; cabe señalar que se hace esta mención porque se aprobó que solo la mujer pueda tener patrimonio reservado cuando administra el marido, pero no el hombre cuando administra la mujer, de haberlo tenido uno u otro cónyuge, aunque fuere diferenciado, entonces esta facultad la tendría la mujer o el marido según correspondiere; 4° los bienes que a título oneroso adquiera cualquiera de los cónyuges.

El marido y la mujer que fueron coadministradores de la sociedad conyugal respecto de bienes sociales; sean éstos inmuebles, acciones de sociedades anónimas o participación en sociedades civiles o comerciales, derechos o concesiones inscritos, vehículos motorizados, naves o aeronaves a los que se les denomina muebles registrables; para enajenar o gravar, prometer enajenar o gravar, así como constituirse en aval, codeudor solidario o fiador respecto de las obligaciones constituidas por terceros o para disponer entre vivos a título gratuito, salvo que fueren de poca monta atendidas las fuerzas del haber social; requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o la autorización del otro que no concurriere al acto, la que deberá ser otorgada por escrito o por escritura pública si el acto exigiere esta solemnidad, pudiendo prestarse por medio de mandato especial que conste por escrito o por escritura pública, según la respectiva exigencia, o por mandato general, pero excepcionando en este último caso los inmuebles. Si la forma fuere la de exigir el consentimiento del cónyuge no propietario a los actos del cónyuge propietario o aportante de ese bien social, el efecto práctico sería el mismo por la necesidad de actuar en este caso de consuno.

En relación al arriendo o cesión de tenencia de un bien raíz social; de conformidad a la indicación presentada por la diputada María Antonieta Saa con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, exige el consentimiento conjunto para arrendar o ceder la tenencia de dichos bienes; pero otra indicación presentada por el diputado Arturo Squella estableció que indistintamente cualquiera de los cónyuges podía dar en arriendo con el límite de dos años para los bienes raíces urbanos y cuatro años para los bienes raíces rurales, la que finalmente se aprobó. Al respecto se fundamentó que era mas conforme a un régimen de comunidad que fuera indistinto, lo cual es contradictorio, por cuanto precisamente la comunidad se da en el consentimiento conjunto y por ende es la primera indicación la que representa ese sistema y no la segunda; sin embargo, al ser indistinto, no garantiza que sea el o la cónyuge propietario aportante de ese bien social quien arriende, podría serlo pero no necesariamente, considerando que los arrendamientos urbanos se hacen por regla general dentro del plazo de un año renovable y si bien puede arrendarlo el cónyuge propietario, pero si no es así y lo arrienda el cónyuge no propietario, se daría el absurdo de ni siquiera tener que requerir el consentimiento

del cónyuge propietario aportante al menos cuando el contrato es hasta cierto tiempo, lo que es de suyo injusto para éste, dado que lo lógico sería que él fuere el gestor, que en ningún caso se contradice con un sistema comunitario, además que da mucho mas certeza jurídica a terceros, por la inscripción de la propiedad, que en todo caso siempre procede el mandato cuando las circunstancias lo requieren; y por ende no hay razón para suponer que una administración individual indistinta es mas comunitaria que una administración individual del cónyuge gestor aportante, dado que en una u otra situación se debe requerir del consentimiento del otro en los casos señalados en la ley, además desde la particularidad del enfoque de género, si se ve desde la perspectiva de la mujer actualmente casada en sociedad conyugal con administración del marido, ese bien sería de su patrimonio reservado administrado por ella, comparativamente tratándose de una norma de sociedad conyugal ahora de coadministración, en homóloga circunstancia podría aunque no necesariamente administrarla el marido, por ser indistinta, lo que es absurdo; es acorde con la equidad que el arriendo lo gestione la mujer aportante con el consentimiento del marido cuando se realice por un tiempo mayor de los dos y cuatro años según el caso, y desde luego a la inversa si el marido es quien lo aporta; en definitiva, no sería lógico que impere en este punto la ley del más fuerte para favorecer a quien se adelanta al otro para arrendarlo, porque en vez de cooperación se crea una negativa competencia entre uno y otro cónyuge. De lo que no se trata es de imponer dogmas a priori que puedan perjudicar al o a la cónyuge económicamente mas débil, incentivando con ello mas a la separación de bienes que a la sociedad conyugal; por todas las razones señaladas precedentemente, es de toda justicia, sea el cónyuge propietario el arrendador de un bien que él aporta a la sociedad y si ambos lo han aportado, entonces requerir el consentimiento conjunto.

La autorización de que trata este artículo podrá ser suplida por el juez, con conocimiento de causa y citación del otro cónyuge, si éste la negara sin justo motivo o en caso de interdicción de uno de los cónyuges o por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, de igual manera en caso de algún impedimento como ser menor de edad, demencia, ausencia real o aparente u otro y de la demora se siguiere perjuicio. Si el juez decide dar la autorización, deberá tomar los resguardos para evitar todo fraude al otro cónyuge. Si uno de los cónyuges se opusiere a la donación de los bienes sociales, no podrá ser suplida por el juez.

Respecto de los demás bienes muebles, esto es los no registrables, hubo dos indicaciones:

a) De la diputada María Antonieta Saa con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, referida a: respecto de los demás bienes muebles, se presume que los actos realizados por el cónyuge que los adquirió por compraventa u otro acto jurídico cuenta con la autorización del otro, sin perjuicio que tratándose de bienes muebles, los terceros que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que éstos pudieran intentar fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el contratante haya hecho al

tercero de buena fe la entrega o tradición del bien respectivo. Con todo si el cónyuge adquirente tuviere un impedimento que no fuere de larga o indefinida duración o en caso de necesidad urgente, el otro cónyuge podrá realizar los actos señalados previamente. Al respecto hay que tener presente: primero, si bien en muchos casos podría tratarse de bienes de bajo valor monetario, no siempre se tratará de bienes de poca monta, y aun en ese caso podrían tener un alto valor afectivo para uno de ellos y no necesariamente para el otro; segundo, podría tratarse de bienes de alto valor pecuniario, por ejemplo cuadros valiosos o electrodomésticos o enseres domésticos de elevado valor pecuniario; tercero, el mayor o menor valor subjetivo de dichos bienes, dependerá del nivel socioeconómico de los cónyuges; quinto, si bien la certeza de los bienes registrables radica en el registro, respecto de los bienes no registrables existen diversos medios de prueba que permiten determinar el origen de un determinado bien, en virtud del principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal y estos medios entre otros: cartola de tarjeta bancaria o de crédito, registro no oficiales como los que lleva un martillero respecto de cuadros y en general recurrir a cualquier otro medio de prueba y respecto del otro cónyuge recurrir al consentimiento presunto; sexto, queda cubierto en todo caso que el otro cónyuge pueda obrar en casos expresamente contemplados en la ley; séptimo, en subsidio se opere sobre el principio que lo accesorio siga la suerte de lo principal. En este caso se hace una jerarquía para cautelar efectivamente desde diversos puntos de vista tanto objetivos como subjetivos los intereses reales de ambos cónyuges, pero especialmente del o de la cónyuge económicamente más débil, por regla general la mujer, el que viene a ser reforzado por ese concepto desde una perspectiva de equidad de género.

b) Por su parte el diputado Arturo Squella presentó otra indicación, -que fue la que se aprobó- referida a que tratándose de los demás bienes muebles puedan respecto de éstos actuar indistintamente uno u otro cónyuge; lo que significa que cualquiera de ellos no necesariamente el cónyuge adquirente aportante del bien social, no solo pueda gestionar, sino también disponer de éste, generando un vacío legal respecto de los dineros en cuenta bancaria, debido a que admite doble interpretación, que conforme a la equidad la administra el cónyuge propietario de esa cuenta, lo que es de suyo mas justo, o que de conformidad al sentido literal de la norma la gestionen indistintamente uno u otro, con todos los conflictos económicos y bancarios que ello puede generar y desde luego por el riesgo que puede significar en cuanto a privacidad, mal manejo u otro factor que perjudique por ese hecho gravemente al o a la cónyuge económicamente mas débil, además no hay un consentimiento presunto de parte del otro cónyuge como se establece en el derecho comparado, sino plena disposición; en definitiva, se aprobó una norma que consolida la ley del más fuerte entre los cónyuges, que en vez de cooperación promueve la competencia entre ellos.

Es conforme al sentido de comunidad, la administración y disposición conjunta de bienes que se estiman como de mayor importancia. Ahora bien, para facilitar la realización de actos jurídicos estimados como de menor importancia, se establece pueda haber una administración individual, la que puede ser indistinta de

cualquiera de los cónyuges o por gestión del cónyuge aportante del bien social; si es indistinta podría darse que el cónyuge no aportante del bien social comprometa al otro cónyuge en su gestión aún sin su aprobación, lo que es reprochable si lo hace de manera inconsulta, que aunque se trate de bienes definidos como menos importantes, no por ello se puede permitir que se vulnere la voluntad del cónyuge aportante, con mayor razón desde una perspectiva de género cuando es por regla general la mujer la que aporta al hogar el producto de su trabajo, mas aun si por los medios de pruebas legales y principios generales del derecho se puede determinar cual de los dos es el o la cónyuge que aportó el bien determinado, sin perjuicio de las excepciones legales que permitan obrar al otro; por ello es mas acorde con la equidad en este caso la administración individual la tenga el cónyuge aportante del bien social.

Respecto a la responsabilidad de la coadministración en sociedad conyugal, hubo dos indicaciones:

a) De la diputada María Antonieta Saa con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, referida a: si la sociedad conyugal fuere coadministrada por el marido y la mujer y ambos han contraído la deuda, los acreedores podrán perseguir sus derechos en la totalidad de los bienes sociales y subsidiariamente en los propios de uno y otro cónyuge. Si solo uno de los cónyuges ha contraído la deuda, los acreedores podrán perseguir sus derechos en los bienes propios de éste y subsidiariamente en los bienes sociales en cuanto se probare haber cedido en utilidad o a favor del otro cónyuge o de la familia común, pero solo hasta la concurrencia del beneficio que le hubiere reportado el acto. El fundamento radica en que si la coadministración recae sobre bienes sociales es respecto de éstos que debe responder cuando se ha contraído una deuda para responder frente a terceros, ese el límite, dado que los bienes propios tienen otro origen, si bien no debiera incluir a éstos, de ser así en todo caso a lo menos fuere en subsidio, lo cual es de toda lógica, porque no se puede pretender equiparar una deuda social extensiva en el mismo nivel a bienes sociales y propios, mas aun cuando los bienes propios los administra el respectivo cónyuge, y como éstos generalmente se originan por herencia, legado o donación, sobretudo el primero y que podría uno de los cónyuges estar en comunidad con sus parientes y les afectaría directamente la responsabilidad frente a terceros, por lo tanto, lo justo tanto para los cónyuges como para los acreedores es hacer valer los créditos en el ámbito que corresponda. Si uno de los cónyuges ha contraído la deuda sin el consentimiento del otro, no es justo que el otro cónyuge se vea perjudicado por ese acto en los bienes que él aporta a la sociedad, por eso como sanción solo obliga en los bienes propios, a la vez los terceros acreedores tendrán el suficiente cuidado de requerir el consentimiento del otro cónyuge, que es de toda justicia, y además está conforme al principio de equidad.

b) Por su parte el diputado Arturo Squella presentó otra indicación, -que fue la que se aprobó- en orden a que si ambos cónyuges coadministraren y concurrieren al acto, los acreedores podrán perseguir sus derechos en la totalidad

de los bienes sociales y propios de cada cual. Si solo uno de ellos ha concurrido al acto, los acreedores podrán perseguir sus derechos en la totalidad de los bienes sociales y subsidiariamente en los propios de cada cónyuge, en cuanto se probare haber cedido en utilidad del otro cónyuge o de la familia común. No concurriendo los supuestos anteriores, los acreedores solo podrán perseguir la deuda en los bienes propios del cónyuge que la contrajo. Se fundamenta en que cualquiera de los cónyuges representa a la sociedad; al respecto hay que determinar si aunque concurren ambos cónyuges a contraer una deuda, los acreedores puedan hacer valer sus derechos en los bienes propios de ellos, tomando en cuenta que incluso podría estar en comunidad con otras personas las que podrían verse afectadas. El mismo argumento cuando solo uno de ellos ha contraído la deuda sin el concurso del otro, al ser la norma general significa que afecta al otro cónyuge en bienes que éste obtuvo con su trabajo e incluso bajo cierta circunstancia en un bien propio de éste que incluso podría no haber estado de acuerdo con el endeudamiento, es a todas luces muy injusto, porque al imperar la ley del más fuerte, no se cautelan debidamente los intereses del cónyuge económicamente más débil por regla general la mujer.

Si uno de los cónyuges administrare la sociedad conyugal, el marido o la mujer, según quien correspondiere, requerirá la autorización del otro cónyuge, esto es del no administrador, en los mismos casos exigidos para la coadministración, así como también homóloga disposición respecto a las formalidades en el otorgamiento. Inicialmente se había aprobado que se mantuviera la norma vigente, esto es sólo requerir el consentimiento del cónyuge no administrador para la enajenación o gravamen o promesa de enajenación o gravamen de un inmueble, pero en una segunda votación se aprobó conforme a lo ya señalado.

Si se tratare del arriendo de un bien raíz, el marido o la mujer, según quien correspondiere requerirá el consentimiento del otro cónyuge, esto es del no administrador si el bien raíz se arrendare por mas de cinco años si fuere urbano o de ocho si fuere rural, alterándose lo aprobado para la coadministración que fue de dos y cuatro años respectivamente.

Se aplican también al presente las normas de autorización supletoria otorgada por el juez en los casos que ahí se señala.

Los actos ejecutados sin concurrir con los requisitos previstos para la coadministración o administración unilateral, adolecerán de nulidad relativa, acción que podrá ser impetrada en el plazo de cuatro años contado desde la disolución de la sociedad conyugal o desde que cese la incapacidad del cónyuge no administrador o sus herederos, pudiendo hacerlas valer el otro cónyuge o el no administrador, según el caso, sus herederos o cesionarios; pero no se podrá pedir la nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato. En el caso del arrendamiento o de la cesión de la tenencia, el contrato regirá solo por el tiempo que se señalare en una u otra administración.

De conformidad a la indicación presentada por la diputada María Antonieta Saa y el diputado Arturo Squella con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián

Mönckeberg, se estableció la responsabilidad frente a terceros, según lo expresado en los dos párrafos a continuación:

a) El cónyuge administrador es respecto de terceros dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio; de esta manera, el acreedor podrá perseguir los bienes de éste como los sociales y los del cónyuge no administrador en cuanto se probare haber cedido el contrato en utilidad personal a éste. La deuda contraída por el cónyuge no administrador con mandato general o especial, es respecto de terceros deuda del cónyuge administrador y por consiguiente de la sociedad, pudiendo el acreedor podrá perseguir el pago de la deuda en estos bienes, pero no en los del cónyuge no administrador, salvo que le reportare un beneficio prevenido precedentemente; pero si el mandatario contrata a su nombre obliga sus bienes y no los del mandante. Las compras que el cónyuge no administrador haga al fiado de objetos muebles destinados al consumo ordinario de la familia, obligan los bienes del cónyuge administrador y de la sociedad conyugal, pero no del no administrador, salvo que le reportare beneficio prevenido precedentemente. De igual manera no obligan al cónyuge no administrador por contratos celebrados por ambos de consuno o en que éste se obligue solidaria o subsidiariamente con el administrador, salvo que le reportare un beneficio prevenido precedentemente.

b) El cónyuge no administrador que puede ser el marido o la mujer, se mirará como separado de bienes respecto de la gestión de sus bienes propios, pero no respecto de los frutos o rentas de éstos por ser sociales y por ende administrados por el cónyuge administrador. Los acreedores del cónyuge no administrador tendrán acción sobre los bienes que administre, pero no los acreedores del cónyuge administrador, salvo que probaren que el contrato celebrado por él cedió en utilidad del cónyuge no administrador o de la familia común, pero solo hasta concurrencia del beneficio que le hubiere reportado el acto; pero una vez disuelta la sociedad, las obligaciones contraídas en su administración separada podrán perseguirse sobre todos sus bienes. Al respecto es necesario tener presente que bajo la norma vigente, la mujer que hubiese obtenido bienes en virtud de herencia, legado o donación y en capitulaciones matrimoniales se reserva ella la administración o que el testador o donante hubiese establecido como expresa condición que no lo administre el marido, la mujer respecto de estos bienes incluyendo frutos o rentas se le considerará separada parcialmente de bienes, norma que en todo caso es excepcional. Distinta es la situación de la separación que se propone por cuanto el cónyuge no administrador solo administra de pleno derecho los bienes propios, pero no los frutos o rentas de éstos, lo que significa que se trata de una separación parcial restrictiva de bienes y no de una separación parcial propiamente tal de bienes como lo es en la actualidad.

Si la sociedad conyugal fuere administrada por el marido, la mujer casada que desempeñe un empleo, ejerza una profesión, oficio o industria, sea o no separado del de su marido, que fue introducido por indicación de la diputada María Antonieta Saa y el dputado Arturo Squella con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián

Mönckeberg, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ello se obtenga, no obstante cualquier estipulación en contrario; a estos se les denomina bienes reservados. Si fuere mayor de dieciocho años, necesitará autorización judicial dada con conocimiento de causa para enajenar o gravar los bienes raíces. Incumbe probar a la mujer probar por cualquier medio legal el origen y dominio de estos bienes. Por su parte los terceros que contraten con la mujer quedarán a cubierto de toda reclamación que puedan interponer ella o el marido, sus herederos o cesionarios fundada en la circunstancia de haber obrado ella fuera del ámbito de su patrimonio reservado. Los actos celebrados por la mujer obligan estos bienes y los que obtenga en virtud de herencia, legado o donación y no los del marido, salvo que éste hubiere accedido como fiador o de otro modo a las obligaciones contraídas por la mujer. De esta manera, los acreedores de la mujer tendrán acción sobre los bienes que ella administre, pero no los del marido, a menos que probaren que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común, pero solo hasta la concurrencia del beneficio que le reportare el acto. Disuelta la sociedad conyugal, si la mujer acepta los gananciales, entrarán estos bienes a la partición de los gananciales, y en ese caso el marido responderá a esas obligaciones hasta concurrencia del valor de la mitad de esos bienes, esto es goza del beneficio de emolumento, siempre que pruebe el exceso de la contribución que se le exige; si la mujer renunciare a los gananciales, el marido no responderá por las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada.

Si la sociedad fuere administrada por la mujer, el marido que desempeñe un empleo, ejerza una profesión, oficio o industria, no se considerará separado de bienes, y tendrá ella la administración de estos bienes, aplicándose la regla general, según corresponda en especial en lo que se refiere a la administración y responsabilidad frente a terceros. Podría considerarse en este caso, que el hombre tuviere bienes reservados sociales bajo su administración pero restrictivo, esto es, por los bienes que él obtenga por este concepto requerir la autorización de la mujer en los mismos casos que se establece para la coadministración o administración unilateral, conservando la mujer la administración de los frutos o rentas de los bienes propios; considerando que en esa situación, el marido no tendría la opción de renunciar a los gananciales y la mujer gozaría respecto de estos bienes del beneficio de emolumento y no respondería tampoco por las obligaciones contraídas por el marido en esta administración, quedarían a cubierto los intereses de la mujer.

Al respecto cabe tener presente que las posturas originales fueron la del Ejecutivo de establecer un patrimonio reservado en términos amplios para ambos cónyuges sin distinción. En cambio la moción, esto es el proyecto de ley presentado por las diputadas María Antonieta Saa, Carolina Goic, Adriana Muñoz-D'Albora y los diputados Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, René Saffirio, José Miguel Ortiz, Pedro Araya, Marcelo Schilling y Hugo Gutiérrez, se establecía para ambos cónyuges patrimonio reservado pero diferenciado, el de la mujer cuando administrare el marido en los términos ya señalados; y el del marido cuando administrare la mujer, pero sin que se le subentienda a éste como separado de bienes, sino de una administración limitada y debiendo requerir el consentimiento de la mujer para enajenar o gravar

o prometer enajenar inmuebles. En el transcurso de la discusión particular en la Comisión de Familia, la postura del Ejecutivo se modificó en los términos en que se aprobó el proyecto, esto es que solo la mujer no administradora goza de dicho beneficio, pero no el marido en homóloga circunstancia.

Históricamente se estableció dicho beneficio para la mujer como una excepción a la administración del marido, primeramente como una gestión restringida y con posterioridad asimilarla como separada de bienes para ese solo efecto, lo que no ha significado problema en su aplicación. Si con la creación de la administración de la mujer, se establece un patrimonio reservado para el marido, subentendiéndolo como separado de bienes, podría darse que se tratase de un hombre con muchos recursos obtenidos con el producto trabajo, como profesional o empresario y la mujer tener menores ingresos o ninguno, lo que sería injusto que los bienes del marido pudieren no ingresar a la masa común y los de la mujer sí; esto justifica que el marido no tenga patrimonio reservado para ese efecto separado de bienes.

Si el cónyuge administrador tuviere un impedimento que no fuere de larga o indefinida duración, el cónyuge no administrador podrá actuar por si mismo respecto de los bienes sociales, pero requerirá la autorización de juez dada con conocimiento de causa en aquellos actos en que fuere necesario la concurrencia de ambos cónyuges; respecto de los bienes del cónyuge administrador, el cónyuge no administrador podrá actuar con la autorización del juez indicada y siempre que la demora se siguiere perjuicio. Los actos del cónyuge no administrador obliga al cónyuge administrador en sus bienes y en los sociales, de la misma manera que si el acto fuere de éste último, y además sus bienes propios hasta la concurrencia del beneficio particular que reportare el acto.

Los cónyuges hasta por una vez podrán pactar cambio de administrador, siempre que se otorgue por escritura pública y se subinscriba al margen de la respectiva inscripción matrimonial dentro de treinta días contados desde la escritura respectiva, pacto que no perjudicará los derechos válidamente adquiridos por terceros. Si a consecuencia del pacto de cambio de administrador, la mujer pasare a ser administradora de la sociedad conyugal, y si hubiere ella tenido bajo la anterior administración del marido patrimonio reservado, por los bienes que conformen dicho patrimonio tendrá ella derecho a recompensas. Si hipotéticamente el marido tuviese patrimonio reservado restringido, y en el caso descrito él pasare a administrar la sociedad conyugal, tendría en ese caso derecho a recompensas. Las deudas contraídas en el ejercicio de su patrimonio reservado podrán ser ejecutadas en los bienes de éste que hayan pasado a ser sociales.

Si el cónyuge administrador marido o mujer, administrare fraudulentamente o que por administración errónea o descuidada hubiere un mal estado de los negocios fuere insolvente, el cónyuge no administrador mujer o marido, podrá solicitar judicialmente la administración de la sociedad.

Si el cónyuge administrador o uno de los cónyuges en caso de coadministración, -que puede ser el marido o la mujer-, fuere declarado en interdicción o que por larga ausencia de éste sin comunicación con su familia, el cónyuge no administrador o el

otro cónyuge, según el caso, hubiere sido nombrado curador de aquel o curador de sus bienes, tendrá por ese hecho la administración de la sociedad conyugal, que en caso de incapacidad o excusa, dicha administración la podrá ejercer otra persona, que en todo caso si el marido o mujer menor de edad fuere designado administrador necesitan de curador para la administración de la sociedad conyugal. Si la solicitare el cónyuge no administrador, el juez le podrá conferir la administración provisoria, de los bienes sociales y los propios del otro cónyuge previo otorgamiento de garantía real o persona si la demora se siguiere perjuicio; pero si la solicitud fuere de mala fe deberá restituir doblados los bienes que hubiese dispuesto. La resolución que la otorgare deberá subinscribirse al margen de la respectiva inscripción matrimonial.

El cónyuge que administrare extraordinariamente esto es el no administrador, ejercerá con iguales facultades que el cónyuge administrador, no obstante para enajenar o gravar los bienes raíces sociales o disponer a título gratuito de éstos, salvo que fueren de poca monta atendido el haber social, requerirá de autorización judicial previo conocimiento de causa. Todo acto en contravención a lo señalado precedentemente, será nulo relativamente, correspondiendo la acción al cónyuge administrador que no tiene la administración extraordinaria, sus herederos o cesionarios la que podrá ser impetrada en el plazo de cuatro años contado desde que cese el hecho que motivó la curaduría correspondiendo la acción al cónyuge administrador que no tiene la administración extraordinaria, sus herederos o cesionario; pero no se podrá pedir la nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato. En el caso del arrendamiento de inmuebles sociales o de la cesión de su tenencia, el contrato regirá solo por el tiempo que se señalare para la administración unilateral, pero podrá durar mas tiempo si el cónyuge no administrador que administrare extraordinariamente hubiese sido especialmente autorizado por el juez, previa información de utilidad.

El cónyuge no administrador que administrare extraordinariamente se constituye en aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquier otra caución respecto de terceros, para obligar los bienes sociales, necesitará de la autorización del juez dada con conocimiento de causa; si no lo tuviere, sólo obligará sus bienes propios y los que administrare en virtud de bienes reservados o separados parcial y restrictivamente.

En la administración de los bienes propios del cónyuge administrador, se aplicarán las normas de las curadurías.

Los actos del cónyuge no administrador, esto es la mujer o el marido que tuviere la administración extraordinaria con las limitaciones señaladas precedentemente, se mirarán como actos y contratos del cónyuge administrador que no tiene la administración extraordinaria, y obligarán en consecuencia a la sociedad y al cónyuge administrador y también los del cónyuge no administrador en cuanto apareciere o se probare que dichos actos y contratos se hicieron en negocio personal del cónyuge no administrador.

El cónyuge no administrador que no quisiere tomar obre sí la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, ni someterse a la dirección de un curador, podrá pedir la separación de bienes, debiendo observarse dichas disposiciones.

Cesando la causa de la administración extraordinaria que se señala precedentemente, recobrará el cónyuge administrador sus facultades administrativas, previo decreto judicial.

La sociedad conyugal se disuelve: por la disolución del matrimonio; por la presunción de muerte de uno de los cónyuges, por la declaración de nulidad de matrimonio; por la sentencia de separación judicial o de separación de bienes; por el pacto de separación de bienes o participación en los gananciales.

Una vez disuelta la sociedad conyugal, se formará una comunidad y se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte. La mujer tendrá la facultad de optar si los bienes reservados de ella los incorpora a la masa común, en cuyo caso se entenderá que los acepta con beneficio de inventario; o conserva sus bienes reservados y renuncia a los gananciales.

El marido o la mujer que fuere cónyuge administrador es responsable del total de las deudas de la sociedad; en tanto el cónyuge no administrador responde de las deudas hasta la concurrencia de su mitad de gananciales, debiendo eso sí probar el exceso de la contribución que se le exige sobre su mitad de gananciales, sea por inventario, tasación u otros documentos auténticos; quedando a salvo la acción contra del cónyuge administrador en contra del otro para el reintegro de la mitad de estas deudas; esto es lo que se denomina el beneficio de emolumento.

El cónyuge no administrador que puede ser la mujer o el marido, hará antes que el otro las deducciones señaladas precedentemente y las que consistan en dinero, sea que pertenezcan a uno u otro, se ejecutarán sobre el dinero y muebles de la sociedad, y subsidiariamente sobre los inmuebles de la misma; pero si los bienes de la sociedad no fueren suficientes, el cónyuge no administrador, podrá hacer las deducciones que le correspondan sobre los bienes propios del otro cónyuge, elegidos de común acuerdo, si no lo hubiere tal acuerdo, elegirá el juez; esto es lo que se denomina el pago preferente a la disolución de la sociedad conyugal; fue esta la norma que finalmente se aprobó. La Diputada Saa con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, presentó una indicación para derogar este artículo. El fundamento radica en que la actual normativa de administración marital entre sus facultades el marido administra los bienes sociales y derechos hereditarios que incluye los inmuebles de la mujer obtenidos a título gratuito, además se hace dueño de los dineros y muebles que reciba tanto él como la mujer, tan solo debiendo a ella a la disolución del régimen, recompensa respetando en lo posible el valor adquisitivo al tiempo del aporte, lo cual se diluye mucho cuando el tiempo de duración de este régimen matrimonial es muy prolongado, que por lo demás históricamente era la misma suma numérica, lo que significaba un despojo patrimonial, que con la última reforma se relativiza un poco, pero no altera la sustancia normativa. Con la modificación que se propone, lo que se adquiere por el cónyuge no administrador

sea la mujer o el marido queda bajo su administración, incluido los dineros o muebles que éste reciba, salvo los frutos o rentas del bien propio, nada más, o sea se reduce notoriamente las facultades de quien administra. En consecuencia, de conformidad a la norma vigente, las amplias facultades detentadas por el marido administrador, se equilibra con la debida recompensación a que tiene derecho la mujer, al menos potencialmente al final del régimen, por lo que se justifica no solo la preferencia en el pago, sino que para ser efectivo lo haga valer tanto en los bienes sociales como los propios del marido. Sin embargo, aplicar mecánicamente esa norma para la normativa que se propone, basado ahora en una administración muchísimo mas restringida, expone a quien administra sea el marido o la mujer ante la posibilidad de afectar sus bienes propios, además de los sociales, pueda ser víctima de actos arbitrarios por quien no ha administrado, detentando ahora un poder excesivo, evidentemente que no se produce el pretendido teórico equilibrio, sino mas bien un desequilibrio en contra de quien administra; mas aun cuando hay que tener presente que el cónyuge no administrador goza del beneficio de emolumento, constituyendo ahí la verdadera garantía para éste sea el marido o la mujer y específicamente para ella al detentar el patrimonio reservado y por la posibilidad de optar si renuncia o no a los gananciales, en tanto para el marido por la posibilidad de tener patrimonio reservado restringido si lo hubiere. En subsidio, a lo mas se debió aprobar que la preferencia abarcara solo los bienes sociales.

Disuelta la sociedad conyugal, y estando ésta bajo administración del marido, la mujer o sus herederos, ambos mayores de edad y si fueren menores de edad con autorización judicial, tienen la facultad de renunciar a los gananciales a que tuvieren derecho, y podrán hacerlo mientras no hayan entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales. Esta renuncia solo podrá rescindirse, si se probare que la mujer o sus herederos han sido inducidos a renunciar por fuerza, engaño o por un justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales, acción que prescribirá en cuatro años contados desde la disolución de la sociedad. Con la renuncia, los derechos de la sociedad y del marido se confunden e identifican, aun respecto de ella; en tanto la mujer conserva su patrimonio reservado, derechos y obligaciones a las recompensas e indemnizaciones que correspondan. No se otorga esta facultad al marido cuando administrare la mujer, por cuanto es consecuencia del patrimonio reservado, si no lo tiene, tampoco la consecuencia resultante del primero y en caso de tenerlo en forma restringida, tampoco se justifica por cuanto sería una forma de burlar los intereses de la mujer.

La indicación de la diputada María Antonieta Saa y el diputado Arturo Squella con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, establece que los cónyuges que a la fecha de ley se encontraren casados bajo el régimen de sociedad conyugal, se regirán por las normas de la ley que entra en vigencia, aplicándose de pleno derecho las normas de la sociedad conyugal con administración del marido, pero las autorizaciones que hubiere dado la mujer para dar en arriendo o ceder la tenencia de los bienes raíces sociales por mas de cinco años si son urbanos o

mas de ocho años si son rurales, incluidas las prórrogas que se hubieren pactado son válidas, y no será necesario nuevas autorizaciones respecto de aquellos actos o contratos que indicaren un plazo inferior; pero a contar de la fecha de vigencia de la presente ley, se exigirá que la mujer otorgue estas autorizaciones cuando los contratos de arriendo o cesión de derechos de tenencia de estos bienes, sea por mas de dos y cuatro años, según se trate de bienes urbanos o rurales. Esta indicación se fundamentaba en consideración a que cualquiera que fuese la administración: del marido, la mujer o conjunta, se requiriera el consentimiento del otro cónyuge a los dos y cuatro años para el arriendo o cesión de tenencia de bien raíz urbano o rural respectivamente, lo que finalmente se aprobó fue este nuevo plazo solo para la coadministración, pero no para la unilateral; por tal motivo se rechazó.

La indicación de la diputada María Antonieta Saa con la adhesión de las diputadas y diputados Adriana Muñoz-D'Albora, Carolina Goic, Marcela Sabat, Pedro Araya, José Miguel Ortiz, Guillermo Ceroni, Gaspar Rivas, Carlos Abel Jarpa, Lautaro Carmona, Cristián Mönckeberg, establece que los cónyuges que a la fecha de ley se encontraren casados bajo el régimen de sociedad conyugal, se regirán por las normas de la ley que entra en vigencia, aplicándose de pleno derecho las normas de la sociedad conyugal con administración del marido, esto es: 1° la mujer que adquiriese bienes en virtud de herencia, legado o donación, pertenecerán a la mujer los frutos o rentas de los bienes heredados, legados o donados a ella y todo lo que con ello adquiriera; los acreedores de la mujer tendrán acción sobre los bienes heredados, legados o donados a ella, pero no sobre los bienes del marido, salvo cuando éste hubiere accedido como fiador o de otro modo a las obligaciones contraídas por la mujer, y será también responsable a prorrata del beneficio que hubiere reportado las obligaciones de la mujer, comprendiendo en este beneficio el de la familia común en la parte en que de derecho haya debido proveer a las necesidades de ésta; por su parte los acreedores del marido no tendrán acción sobre estos bienes a menos que probaren que el contrato celebrado por él cedió en utilidad de la mujer o de la familia común, pero solo hasta la concurrencia del beneficio que le reportare el acto; 2° a la disolución de la sociedad conyugal, los frutos o rentas y adquisiciones entrarán en la partición de los gananciales, a menos que la mujer o sus herederos renunciaren a estos últimos, en cuyo caso el marido no responderá de las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada, que por ese hecho los acreedores podrán perseguirse sobre todos los bienes de ella.

Como cuestión previa de carácter histórico, es necesario tener presente que la última reforma otorgó una capacidad meramente nominal, sustitutiva de la denominación incapacidad relativa a la mujer casada en sociedad conyugal, al subsistir la administración marital. En lo que se refiere al contenido de las modificaciones propuestas en el artículo transitorio, considerando que la normativa permanente rige para los matrimonios celebrados desde la vigencia de la ley, en todo caso, subsiste la limitación para que la mujer administre los bienes que ella obtenga a título gratuito con anterioridad a la fecha de vigencia de la ley, por cuanto sigue siendo el marido el administrador de bienes aunque sea dentro de un ámbito mas restrictivo establecido

por la nueva norma aprobada; en consecuencia, de conformidad a lo señalado es que se hace imprescindible que sea la mujer quien administre no solo los bienes adquiridos a título gratuito de conformidad a la nueva normativa aprobada, sino también y esto es lo que propone la indicación, relativo a los frutos o rentas de estos bienes. El fundamento radica que no pueden subsistir las normas discriminatorias en contra de las mujeres casadas con anterioridad a la vigencia de la ley, dado que para que sea efectivo el principio de equidad es imprescindible una norma paritaria para uno y otro cónyuge, es de esa manera que constituye un nexo causal con el principio de iguales derechos a hombres y mujeres, el que tiene rango constitucional, el cual desde la entrada en vigencia de dicha reforma a la Constitución, desde esa fecha, las normas de la sociedad conyugal en cuanto a la administración marital han pasado a ser inconstitucionales; a mayor abundamiento para reafirmar esto último cabe señalar que la Comisión Redactora de la Nueva Constitución había establecido inicialmente el principio de iguales derechos a hombres y mujeres, el cual se eliminó, justamente entre otras razones porque entonces hacía imperativo modificar el régimen matrimonial. De ahí la urgencia de pasar de una capacidad nominal a una capacidad real y efectiva, para las mujeres casadas con anterioridad a la fecha de vigencia de la ley. No constituye argumento sostener que no se podría otorgar esta capacidad real a la mujer dado que no sería de la esencia comunitaria de la sociedad conyugal, porque de ser así, significaría que ni aun bajo el mandato del testador o donante o así establecido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, podría administrar los bienes propios o los frutos o rentas de éstos. Como cuestión accesorio, subsiste la norma de mantener el patrimonio reservado a la mujer casada, por cuanto se trata de un derecho adquirido de ella y no una mera expectativa. Un fundamento complementario; cabe tener presente: primero, es el referido a que si bien respecto de los cónyuges casados con anterioridad a la vigencia de la ley, podrían cambiarse tanto de administración como a otro régimen, se requiere en todo caso, el consentimiento de ambos cónyuges, por lo que ante la negativa del marido, solo le resta a la mujer solicitar la administración extraordinaria, la separación judicial o el divorcio, en cualquier caso significa la judicialización de la administración; segundo, si bien se aprobó también que la mujer unilateralmente pueda pedir la separación de bienes, tal como la definición señala -solo la separación de bienes-, es positivo, en cuanto impide la continuación de una administración descuidada o fraudulenta, pero no precave de ella hacia atrás, que lo sería con la administración al menos de lo que es de ella. En consecuencia, nada obsta a la modificación que se propone.

La indicación del diputado Arturo Squella –que finalmente se aprobó- era de similar tenor, solo que la administración separada de la mujer se restringe a cuando ella hubiere adquirido bienes en esa calidad, en lo demás se rige por las normas de dicho régimen bajo administración del marido, aplicándoseles las normas que entran en vigencia a los matrimonios anteriores a la fecha de vigencia de la ley.

Existen dos regímenes matrimoniales alternativos, el de separación de bienes- de general aceptación- y el de participación en los gananciales -de baja aceptación-.

El de separación de bienes, esto es que los patrimonios del marido y la mujer se mantienen separados, y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone

libremente de lo suyo, respondiendo cada cónyuge de su obligación, salvo que el otro accediere como fiador o de otro modo a las obligaciones del primero.

El de participación en los gananciales, los cónyuges al casarse deben realizar un inventario de bienes para determinar el patrimonio originario de cada cual; durante su vigencia opera como régimen separatista, exceptuando si un cónyuge otorgare cauciones personales a obligaciones de terceros, en cuyo caso requerirá el consentimiento del otro. Al finalizar este régimen, ambos deben realizar un inventario de bienes para determinar el patrimonio final y así determinar los gananciales de uno y otro, los que se suman y se dividen por dos, teniendo el o la cónyuge con menos gananciales un crédito en contra del otro pero solo por el excedente de dicho resultado y las gananciales obtenidas. La complejidad de este régimen patrimonial especialmente en la determinación de los patrimonios originario y final, ha significado una baja aceptación en los contrayentes, y no necesariamente se aplican las normas crediticias, por lo que muchas veces opera como simple separación de bienes.

De conformidad a lo anterior, podría sustituirse el régimen de participación, por el de comunidad de gananciales, o en subsidio agregarse éste último a los ya existentes, que aunque de administración separada se requiere el consentimiento del otro para realizar actos importantes -los mismos que para la sociedad conyugal- que por ese concepto es de esencia comunitario aunque se trate de una comunidad diferida, por cuanto combina la simplicidad con la debida protección a ambos cónyuges especialmente el económicamente mas débil por regla general la mujer.

Cualquiera fuere el régimen de que se trate, las normas señaladas precedentemente sufren modificaciones, en caso de que el inmueble que sirva de residencia principal sea declarado bien familiar, en cuyo caso se requerirá el consentimiento del otro cónyuge para enajenar o gravar o prometer enajenar o gravar.

Para efectos de cambio de régimen, por una sola vez puede realizarse respecto de cualquiera de ellos entre sí: sociedad conyugal, separación o participación.

4 CONSIDERACIONES GENERALES SOCIO-JURÍDICAS SOBRE EQUIDAD DE GÉNERO

Históricamente en toda sociedad desde sus inicios están basados en una estructura familiar matriarcal relativa o matri-igualitaria o matrística, la que en un período de tiempo determinado ha coexistido con las de tipo patriarcal de posterior aparición para después ser definitivamente sustituidas por ésta. Es en ese contexto que se ha diseñado un derecho de familia y específicamente un régimen matrimonial basado en la administración marital; la que de conformidad al derecho comparado a medida que la mujer ha comenzado a tener una presencia significativa en la sociedad, se ha legislado en términos igualitarios; no es necesario que haya una evidencia empírica estrictamente igualitaria entre el hombre y la mujer, basta que ese proceso tenga esa tendencia creciente, y en tal caso la legislación coadyuva a ese objetivo.

Específicamente en lo que se refiere al derecho chileno, es el último en la legislación occidental en modificar el régimen matrimonial; de aprobarse el proyecto de ley, la hipótesis más probable es que los contrayentes bajo la vigencia de la nueva ley, se seguirían casando mayoritariamente bajo el régimen de sociedad conyugal, como lo ha sido en la actualidad, alrededor de un 56%; pero como ahora existe una triple modalidad; la probabilidad es que en un alto porcentaje se casen en coadministración, y del porcentaje restante sea mayor quienes se casen con administración del marido y en una mínima proporción se casen con administración de la mujer. De igual manera en la misma proporción actual alrededor de un 40% lo harían en separación de bienes y algo más de un 2% en participación en los gananciales; de ahí la sugerencia de sustituir éste por el de comunidad de gananciales

El fundamento de esta hipótesis, radica en que las parejas de hoy especialmente las jóvenes tienden a compartir un ideario igualitario, por eso la opción de separación de bienes o sociedad conyugal con coadministración sería la regla general en que ambos tendrán la expectativa de obtener ingresos remunerados a la vez el de compartir labores domésticas, aunque en la práctica ésta recaiga preferentemente en las mujeres. Lo lógico sería que si el marido tiene ingresos sustantivamente mayores y la mujer se dedique preferentemente a las labores domésticas, sea él el administrador de la sociedad; en cambio si es la mujer quien tiene esos ingresos mayores y el marido se dedica preferentemente a las labores domésticas, entonces administre ella; sin perjuicio de que excepcionalmente se altere lo señalado precedentemente y no se siga ninguna lógica en cuanto a la elección de un régimen. Deberá en todo caso tenerse en cuenta que no se está en una sociedad igualitaria, sino en transición a ésta desde una de tipo patriarcal, la que por definición subsiste aún una subcultura machista, la que cruza transversalmente edades y estratos socioeconómicos, pero que es mayor en las generaciones de más edad y de ingresos menores. Es por este motivo, que debe tenerse presente para legislar el contexto socio-cultural -similar al promedio latinoamericano-; lo que significa igualdad como principio, y en cuanto fuere aplicable criterios de discriminación positiva en favor de las mujeres, cuyas disposiciones sean concordantes tanto a nivel constitucional como legal, la de igualdad efectiva entre hombres y mujeres -especialmente el referido a un régimen de comunidad de bienes-.

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 legislación, fiscalización y 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 el Consejo Editorial en cuanto a su interés académico, pero los contenidos serán de responsabilidad de sus respectivos autores. Para el número siguiente se dará prioridad a aquellas que traten sobre XXXXXXXXXXXXXXXX. 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 hasta 1.1.1 La extensión del original debe ser entre 5.000 y 7.500 palabras para los artículos (excluyendo las notas), y de 1.500 a 2.500 palabras para los comentarios de libros.

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 siguiendo el formato ISO 690. Disponible en Internet: <<http://www.academiaparlamentaria.cl>>.

4 La tipografía debe ser Calibri, tamaño 11, con un interlineado de 1,15 y sin saltos de línea entre párrafos.

5 Las contribuciones deben ser remitidas en formato Word al correo electrónico academiaparlamentaria@congreso.cl.

6 No se aceptarán artículos que hayan sido publicados o que se considere ofrecer a otra publicación. Los originales serán editados en cuanto a precisión, organización, claridad o consistencia con el estilo y formato de la revista.

7 El plazo de entrega vence el día 30 de septiembre de 2013.

Integración plural de la Mesa como garantía fundamental
para las minorías parlamentarias
John Smok Kazazian

La Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: Un desafío permanente
Alfonso Pérez Guiñez

Los actuales desafíos regionales en Chile: ¿Nueva regionalización o más descentralización?
Egon Montecinos Montecinos

Regionalización. La creación del fracaso: Ciudad-Horizonte
Patricio Alarcón Testa

“Ximena Vidal: una mirada hacia la cultura y la política”; los desafíos de la
Memoria Parlamentaria en el siglo XXI
Juan Veglia Quintana

Comentario del libro: “Desnuda frente a ti”, de la Diputada Marta Isasi Barbieri
David Duque Schick

Nuevos conceptos en Derecho de Familia

Atribución de significado del concepto dignidad en modelos de
Bioderecho, como fundamento Derechos de Ancianidad
Paulina Ramos Vergara y Ángela Arenas Massa

Convención Internacional de Derechos de las Personas de Edad
Tania Mora Biere

Estatuto de filiación adoptiva en Chile: Constitución, aplicación de
Principios y agenda legislativa
Paola Truffello García

Régimen de Sociedad Conyugal: Proyectos de reforma, análisis crítico
Leonardo Estradé-Brancoli