

IDEAS & PROPUESTAS

2013 - 2014

IDEAS & PROPUESTAS 2013-2014

I.S.B.N. 978-956-8771-09-6

Junio de 2014, Fundación Jaime Guzmán

Inscripción N° 242.485

Derechos reservados. No está permitida la reproducción total o parcial de esta obra.
Santiago de Chile.

Editado por Editorial JGE Ltda.

Capullo 2240, Providencia. Santiago, Chile.

Impreso por Quad / Graphics Chile

Colaboradores

Claudio Arqueros V.

Jorge Barrera R.

Beatriz Corbo A.

Gonzalo Cordero M.

Hernán Larraín F.

Jorge Jaraquemada R.

Héctor Mery R.

Máximo Pavez C.

Guillermo Ramírez D.

Gustavo Rosende S.

Manuel Uzal C.

Felipe von Unger V.

Índice

| | |
|-----|--|
| 7 | Presentación |
| | Temas Político-Institucionales |
| 11 | Ética y política ¿Ruptura o continuidad? |
| 24 | Ruptura de la izquierda en Chile. Un país Des-Concertado |
| 35 | ¿Es necesaria una asamblea constituyente en Chile? |
| 51 | Elecciones primarias presidenciales |
| 61 | ¿Fin del sistema electoral binominal? |
| 74 | ¿Recurso Extraordinario o Recurso de Casación? |
| 84 | A 40 años del quiebre institucional, las causas que llevaron al 11 de septiembre |
| 98 | Principios de la derecha, ni vieja ni nueva |
| 113 | Ineficacia de la marca AC |
| 125 | Frente a la abstención electoral ¿Votar es un derecho o un deber? |
| 137 | Cambio cultural y político. Su impacto en la UDI |
| 152 | Todo por Chile |
| 165 | Regulación del Lobby ¿El fin de las sospechas? |

Temas Sociales y Económicos

- 181 Codelco y sus principales desafíos de futuro
- 190 Píldora del día después y objeción de conciencia. El derecho a no suministrarla
- 203 Pueblos indígenas e igualdad ante la ley
- 215 Proyecto de nueva Ley de Fármacos: ¿Se beneficia realmente a las personas?
- 227 ¿Tiene solución el problema de la judicialización de alza de los planes de salud?
- 241 Violación, embarazo y trauma ¿Es el aborto una solución?
- 254 Elecciones presidenciales. La educación en la encrucijada
- 270 De cara a la segunda vuelta presidencial. La familia en la encrucijada
- 283 Uniones de hecho: Otro golpe a la familia en Chile
- 298 Empresas en un día: Fomentando el emprendimiento

Temas Internacionales

- 313 ¿*Quo Vadis* Primavera Árabe?
- 324 La revalorización de la familia en las políticas públicas europeas

Presentación

Jaime Guzmán, se entregó con talento y pasión, durante toda su vida, a la formación de la juventud y a la defensa de sus férreas convicciones. Trabajó sin tregua defendiendo la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales.

Esta nueva edición de *Ideas & Propuestas* contiene 25 artículos que originalmente fueron publicados de manera quincenal entre abril de 2013 y marzo de 2014. Su recopilación conjunta busca afianzar el desafío permanente de construir esa sociedad libre, justa y responsable que inspiraba a Jaime Guzmán, pues lo creemos absolutamente necesario para el desarrollo y bienestar de Chile, y de su gente.

Aunque cada *Ideas & Propuestas* coloca especial preocupación en la contextualización de los temas tratados y en la revisión de la literatura relacionada, no pretendemos exhaustividad académica, sino ofrecer un estilo propositivo, procurando dar un giro desde la reflexión hacia la acción. En efecto, nuestra idea es poner de relieve en la discusión pública los temas que estimamos de vital relevancia para el país, colocando énfasis en acciones y políticas concretas.

Este desafío cobra especial relevancia en las actuales y particulares circunstancias que vive nuestro país, cuando desde la izquierda se plantean reformas de gran profundidad que buscan precisamente socavar los cimientos institucionales del modelo de desarrollo que se ha construido durante los últimos 40 años y que ha traído estabilidad política, prosperidad económica y social, y un enorme prestigio y reconocimiento internacional a Chile.

Para efectos prácticos, hemos agrupado los trabajos que se publican en este libro en tres grupos: temas político-institucionales, temas sociales y económicos, y temas internacionales. Aun cuando, precisamente por lo señalado en el párrafo previo, en esta oportunidad hemos dado mayor espacio a los dos primeros en desmedro de lo internacional.

Jorge Jaraquemada R.
Director Ejecutivo
Fundación Jaime Guzmán

Temas Político - Institucionales

Ética y política ¿Ruptura o continuidad?

• 1 de mayo de 2013 •

Los llamados “temas valóricos” ponen de manifiesto la estrecha vinculación entre ética y política, pues el ejercicio del poder no sólo debe tener en cuenta si su actuación es posible o imposible –desde un punto de vista material– sino también y fundamentalmente, si es “buena” o “mala” desde una perspectiva ética. No obstante, las distintas visiones antropológicas que existen en la sociedad originan distintas maneras de entender la política: un ejercicio meramente técnico, o una actuación ética. Dirimir lo anterior es de vital importancia, porque lo que se juega no es un mero principio filosófico, sino un postulado democrático fundamental de enormes consecuencias para la vida política, social y económica de los pueblos.

I. Introducción

Hace unos meses un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado a Costa Rica por haber prohibido la fecundación artificial¹. E inmediatamente resurge la polémica sobre el derecho a la vida de los embriones que se desechan o pierden en estas técnicas.

Al mismo tiempo, en Chile continúa el debate en Chile sobre la conveniencia de otorgar un estatuto jurídico a las uniones de hecho, mediante la aprobación de un proyecto de ley que las consagra como Acuerdos de Vida en Pareja (AVP).

Por otra parte, cada cierto tiempo surgen voces que plantean la posibilidad de legalizar el aborto terapéutico² y previamente, también se discutió sobre la licitud de reconocer o no el matrimonio homosexual³. Sin embargo, no son sólo estos los temas de relevancia moral discutidas en los foros públicos, también han sido objeto de debate: la censura y calificación cinematográfica; las campañas públicas de prevención del sida que recomendaban el uso del preservativo; la igualdad de derechos entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio; la distribución gratuita de anticonceptivos de emergencia; la ley de divorcio y la práctica de la eutanasia, por nombrar los temas más polémicos.

Como puede verse los llamados temas valóricos, cada cierto tiempo, se toman la agenda noticiosa y son “trending topic” de las redes sociales. Sin duda, aquellas discusiones que vinculan la ética con la política son las que más pasiones levantan, enfrentando a grupos conservadores y liberales ante la gran pregunta de las últimas décadas ¿Existe alguna relación entre ética y política?

1. Véase Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257. Sentencia disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=403>

2. Véase “Ideas y Propuestas” N° 90 en www.fjguzman.cl

3. Véase “Ideas y Propuestas” N° 79 en www.fjguzman.cl

Para algunos, la evidencia de una pluralidad de doctrinas y credos morales dentro de la sociedad es motivo suficiente para que el Estado o cualquier actor social que adhiriera a una de ellas, no pueda argumentar desde sus convicciones en sede pública. De hacerlo, incurriría en una imposición ilegítima respecto de todos aquellos que sustenten otra, o no adhirieran a ninguna. Por lo tanto, todo debate público debiera afrontarse desde aquellos valores o principios ampliamente compartidos en sociedad, y no desde posiciones particulares y minoritarias que están bien para orientar la vida privada, pero no para regular la vida pública. Como es fácil de concluir, esta posición niega toda vinculación entre ética y política. En consecuencia, el soberano no podría promover un determinado ideal de vida buena, sino más bien generar las condiciones de imparcialidad para que cada quien –con el sólo límite de no dañar a los demás– defina su proyecto de vida como prefiera. Esta es una de las posiciones más características del pensamiento liberal.

En la otra vereda, para quienes sostienen el pensamiento clásico –la posición generalmente llamada conservadora– la separación de las esferas ética y política es un imposible, pues ambas coinciden en su objeto. Siguiendo la tradición aristotélica sostienen que la ciencia soberana y más fundamental de todas es la ciencia política que se sirve de todas las ciencias prácticas y prescribe, también en nombre de la ley, lo que se debe hacer y lo que se debe evitar, y por consiguiente, el fin de la política será el verdadero bien: el bien supremo del hombre⁴. Es decir, para Aristóteles, el fin de la vida de los seres humanos es un asunto de la política. La ética por tanto es parte de la política, y en la actividad política los ciudadanos se perfeccionan éticamente.

La visión clásica hace notar, por ejemplo, que cada vez que el hombre actúa, tanto en el ámbito privado como público, persigue un fin que considera bueno. Eso significa que el obrar humano nunca es neutro, pues siempre es la consecuencia de una determinada concepción de bien del sujeto que actúa. Por lo mismo, incluso cuando alguien señala que lo que corresponde al gobernante no es tomar opciones valóricas determinadas, sino más bien respetarlas todas de igual manera lo dice, porque cree que eso es lo

4. Véase Aristóteles. Ética a Nicómaco libro primero, capítulo primero.

bueno en la esfera pública. Al razonar de esa forma ya está optando por una posición que considera “buena” y está haciendo un juicio ético (con la consiguiente imposición moral hacia los que no están de acuerdo).

El presente trabajo pretende hacer un breve recuento de las razones últimas de esta discrepancia y señalar el camino por el que ésta transita en el debate público.

II. El problema de la naturaleza humana

Tal vez el gran debate ético-político del presente siglo es el que aborda la pregunta de si existe o no una naturaleza humana y en caso afirmativo, en qué consiste.

La posición clásica entiende por naturaleza la esencia de algo en cuanto principio de operaciones de cara a un fin determinado. En el caso del hombre incluye todas las tendencias de la persona, las físico-biológicas y las espirituales. Es una perspectiva integradora y global. Esta doctrina clásica se basa en la concepción aristotélica que entiende la naturaleza como criterio de fundamentación de la ética. “En Aristóteles, la naturaleza es fin y causa final, para especificar que no todo lo que es término merece el nombre de fin. La realidad es algo que se define por la perfección que es capaz de alcanzar. En este sentido, las nociones de perfección y naturaleza se reclaman mutuamente: la naturaleza de un ser es su perfección y la perfección que corresponde a un ser es el determinado por su naturaleza”⁵.

Así por ejemplo, el hombre es un ser racional y por su naturaleza busca y le perfecciona el saber. Lo propio del hombre, dada su inteligencia, es el conocimiento de la verdad. Asimismo, en virtud de su dimensión volitiva el hombre busca naturalmente el bien, que también lo perfecciona. Y finalmente, dado que es un ser corpóreo también necesita de todos aquellos bienes materiales que son los supuestos mínimos para lograr sus objetivos (alimentación, vestido, refugio, etc.). La búsqueda de todos

5. Véase Peña, Jorge. *Benedicto XVI: Naturaleza y razón*. El Mercurio, 26.12.2011

estos fines y su obtención efectiva constituyen la felicidad que es el fin último de todo ser humano.

Pero también se entiende el concepto de naturaleza humana desde un punto de vista teológico. En este sentido se la hace sinónimo de finalidad o meta a conseguir. En otras palabras la naturaleza humana sería la finalidad del ser humano, lo cual no es algo agible, medible, mensurable o cuantificable, pero eso no significa que no sea algo posible de determinar, ni mucho menos que no exista.

De hecho, Santo Tomás enseña que toda naturaleza tiene una inclinación propia hacia su perfección que se llama apetito natural. Ese apetito se manifiesta según la esencia o naturaleza de cada ser y, en el caso del hombre, tiene dos vertientes: los deseos sensibles –instinto de conservación, reproducción y cuidado de la prole– que comparte con los animales y las aspiraciones racionales –sociabilidad, amistad, conocimiento, amor, trascendencia, etc.– que tiene de manera exclusiva. Podría sostenerse, uniendo ambos conceptos, que en el ser humano existe algo dado –una dignidad intrínseca que emana de su forma de ser– común a todos los hombres, y algo que depende de cada uno alcanzar –una dignidad moral, o perfección, que busca estar a la altura de lo que debiera ser un hombre cabal– y que debe conseguirse en el proyecto de vida que cada cual se forje para sí mismo.

Pero hay otras formas de entender el concepto de naturaleza. Algunas corrientes, de corte biologicista o evolucionista usan este concepto para identificar al hombre con el mundo animal; mientras que las teorías culturalistas, por su parte, se oponen a un concepto de naturaleza por considerar que el hombre es fundamentalmente cultura⁶. Ambas

6. Véase Burgos, Juan Manuel. Tres vías de repensamiento del concepto de naturaleza humana desde una perspectiva personalista. Una primera versión de este texto se presentó en las III Jornadas de la Asociación Española de Personalismo (Madrid, febrero de 2007). Recoge ideas que se tratan con mucho más detalle en J. M. BURGOS, Repensar la naturaleza humana, Eunsa, Pamplona 2007. La ponencia completa está disponible en <http://www.personalismo.net/persona/tres-v%C3%ADas-de-repensamiento-del-concepto-de-naturaleza-humana-desde-una-perspectiva-personalista>.

posiciones podrían englobarse en lo que se ha denominado “sentido empírico” de la palabra naturaleza que la identifica con los hechos que se dan en el sujeto, vale decir, lo dado por la biología y las pulsiones de los instintos. Para esta concepción la naturaleza no está en un supuesto fin al que se está llamado, sino en la manera en que el ser humano es desde el comienzo.

“El pensamiento ilustrado interpreta la naturaleza como un factum, al hecho de ser como se es. Las cosas, mal que nos pese, son como son -se nos dice-, no apuntan a una plenitud ni significan nada. Es ilusorio remitirse a un deber ser, cuando de lo que se trata es de afrontar el ser de las cosas. Y donde había tendencias, ahora nos encontramos con hechos desnudos y mudos que se agotan en ser lo que son. Se verá en la naturaleza sólo un conjunto de hechos y no hay tendencias cuyo significado sea preciso desvelar. El significado no vendrá entonces del conocimiento del fin y el sentido de la tendencia natural, sino que tendrá un sentido únicamente cultural”⁷.

Por eso los culturalistas, que en principio coinciden con la idea naturalista, dan un paso más. El hombre no sólo no se reduce a la naturaleza sino que más bien se opone a ella. Lo propio de la persona humana es la libertad y la creatividad, la cultura y la historicidad, el dominio de sí y la autodeterminación (...) El hombre, en definitiva, tiene naturaleza pero es cultura y, por lo tanto, puede usar su naturaleza como le parezca conveniente⁸. Como ha señalado un reconocido columnista de pensamiento liberal: “Ya sabemos que “naturaleza”, junto con ser una palabra de gran equivocidad (en el diccionario tiene registrados 18 significados), suele ser la marca de prestigio que algunos otorgan a sus creencias morales y jurídicas para conferirles mayor autoridad y sustraerlas de ese modo al debate con concepciones que se les opongan o para adjudicarles anticipadamente la victoria cuando han entrado ya en la batalla de las ideas”⁹.

7. Véase Jorge Peña. El Mercurio, 26 de diciembre de 2011. P. A 2.

8. Véase Burgos. Op. Cit.

9. Véase Squella, Agustín. *Un discurso de Benedicto XVI*. El mercurio. 23.12. 2011.

Esto es lo propio de las teorías sobre el género que inspiran a las causas feministas y al lobby gay en sus demandas de reconocimiento y legitimación¹⁰.

Como es lógico, una concepción de persona que persigue un fin que lo perfecciona como tal, tendrá una idea de libertad muy diferente a otra que vea al hombre como una realidad fáctica que hay que “dejar ser” o una indeterminación que hay que construir según los diferentes proyectos de ser humano que se ofrezcan. Un camino o meta supone unas normas que deben ser cumplidas para llegar a él. Lo que ya está hecho o lo que no está todavía iniciado, no reconoce normas objetivas porque o son necesarias o porque el llamado a ponerlas es el artífice de la creación.

III. El problema de la libertad

Se llega, de este modo, al segundo punto de discusión que es consecuencia natural de la polémica por la naturaleza humana. ¿Cómo actúa el hombre? De manera libre. Esa es una idea universalmente aceptada. “El modo de obrar sigue al modo de ser”, sostiene la expresión clásica, pero si el modo de ser se concibe de forma diferente, la idea que se tenga de la libertad también será muy distinta.

Para quien reconoce que el ser humano tiene un fin, que es lograr su perfección, la verdadera libertad se juega en la capacidad de lograr ese objetivo a pesar de los obstáculos que la propia naturaleza suele poner. En efecto, el ser humano nace inacabado, su nacimiento revela un sujeto absolutamente indefenso, tanto desde el punto de vista físico, como psicológico y moral. A partir del día que llega al mundo comienza la aventura –primero protagonizada por sus padres, y con el paso de los años, por el mismo– de llegar a ser hombre, y de la manera más cabal posible. De eso se trata la educación, de mejorar a la persona integralmente para que pueda llegar lo más alto posible en el ideal de excelencia humana.

10. Véase “Ideología del género. El gran atentado a la familia”. Ideas & Propuestas N° 117, 09.01.13 en <http://www.jaimeguzman.cl/estudios-y-publicaciones/publicaciones/ideas-y-propuestas/>

¿Cómo se va haciendo el hombre? ¿Cómo construye su proyecto de persona y de vida? ¿Qué debe hacer con aquella parte de su existencia que le viene dada –constitución física y psíquica; tendencias; potencias superiores (inteligencia y voluntad), etc.– y que debe completar? El hombre va forjando su historia con las decisiones que toma en cada instante de su vida. Primero sus padres, de manera subsidiaria, y luego él mismo según su propio proyecto de vida. Esto pone en juego uno de los primeros niveles de libertad humana: su capacidad de elegir.

El hombre es el único ser sobre el planeta que es capaz de elegir, de optar, de ponderar diferentes alternativas e inclinarse por aquella que le parezca más conveniente. Siempre elegirá lo que crea mejor, pero eso no significa que siempre acierte, pues entre sus limitaciones está la posibilidad de equivocarse. Un enfermo puede desobedecer las indicaciones médicas, causándose un mayor o menor perjuicio; un adolescente puede engañar a sus padres en algo que, sabe, puede ser delicado; un padre de familia puede desatender a su mujer e hijos a pesar de su evidente responsabilidad, etc. ¿Por qué ocurre esto? Sin duda, en el camino de la propia formación surgen una serie de dificultades conocidas por la propia experiencia: la limitación de la inteligencia, que no siempre acierta a distinguir el camino correcto; la debilidad de la voluntad, que a veces aunque se sepa lo que se debe hacer no es capaz de lograrlo; la fuerza de las pasiones que suelen nublar el entendimiento; la atracción de muchas cosas materiales que embota el corazón para la conquista de bienes arduos, pero superiores, etc.

Esta posibilidad de error dada la incuestionable debilidad humana hace que el foco de atención de todo acto de elección no esté en este acto mismo, sino en aquello que se elige. Vale decir, más importante que el sólo hecho de elegir, lo verdaderamente relevante es aquello que se elige. Hay decisiones que son más o menos humanizadoras. Elegir el perdón es de mucha más categoría que optar por la venganza; como esforzarse por trabajar es mucho más digno que ganarse la vida delinquiendo.

Es aquí donde radica la esencia de la libertad. Ella consiste en la capacidad de elegir aquello que, en mayor medida, está en concordancia con el fin último de la persona. En otras palabras, ser libre es poder elegir lo que perfecciona:

el bien. Y así, por ejemplo, aquella persona que atenazada por las deudas es capaz de devolver el dinero que por error le habían dado, enseña que, por sobre la necesidad material, es más importante la integridad moral. Ese conocimiento más el hecho de actuar en consecuencia –proceder con honestidad, en definitiva– la hace mejor persona.

En la otra vereda, y como ya se dijo, quien no reconoce una naturaleza objetiva que completar, ya sea porque no existe –en cuyo caso el hombre debe construirse, culturalmente, del todo– o porque existiendo ya está hecha –y por ende sólo cabe dejarla ser sin límites– no puede sino valorar la sola elección como el fin último de su conducta. Ello es obvio. Si no hay meta objetiva y común a la que llegar, no hay elecciones mejores o peores, sino sólo elecciones libres o forzadas, siendo las primeras deseables y las segundas censurables. En este sentido caben las expresiones “mi libertad comienza donde termina la tuya” o “haz lo que quieras en tanto no dañes a los demás”, etc.

En consecuencia, quien no reconoce una naturaleza humana llamada a una perfección propia y específica, no puede ver la libertad sino de manera limitada e incompleta. Es cierto que el hombre forja su vida eligiendo, pero no es ese sólo hecho el que lo constituye como persona. Más importante que elegir, es elegir bien. Y así, por ejemplo, quien elige la diversión y el juego como los bienes más importantes de su vida –por sobre el trabajo u otros bienes superiores– no podrá extrañarse que al cabo de un tiempo pierda no sólo esos bienes, sino también la posibilidad de seguir divirtiéndose.

Este hecho nos pone ante la última de las polémicas en torno a las cuales se ha estructurado este trabajo ¿Hay formas de vida mejores que otras? ¿Hay sólo una, o son varias las maneras de ser feliz? ¿Es posible bosquejar, aunque sea de manera general eso que algunos llaman la “vida buena”?

IV. El problema del bien común

Si existe una naturaleza humana llamada a una perfección propia y específica, y si la persona cuenta con la libertad para lograrla, entonces

hay un marco, al menos general, para poder orientar la conducta de los hombres en sociedad. Así, por ejemplo, ha sido común en la historia de la humanidad que el poder político proscriba –mediante normas jurídicas– ciertas conductas atentatorias contra la moral, tales como: la pedofilia, la usura y el homicidio, entre muchas otras. Como asimismo, también ha incentivado –no forzado– otras conductas consideradas deseables para la buena convivencia: normas protectoras de la familia; incentivos al ahorro y a la inversión para la creación de empleos; incentivos a las donaciones con fines culturales, etc.

Ello ha sido así, porque uno de los efectos de las leyes positivas es orientar la conducta de los hombres hacia el bien común (aquello que perfecciona no sólo al hombre, sino a toda la comunidad) y alejarla de los actos perjudiciales para el que actúa y el todo. Vale decir, uno de los fines de la ley es promover las virtudes cívicas. Para ello, por cierto, la ley debe ser justa, es decir, conforme a la razón práctica verdadera, adecuada a las tendencias que se orientan hacia el bien común político.

Ahora bien, es evidente que las leyes jurídicas no pueden exigir todas las virtudes ni prohibir todos los vicios, sino solamente aquellos que son exigidos por razón de justicia, y sin los cuales la sociedad no podría sostenerse. Así, por ejemplo, no es jurídicamente exigible la simpatía, como tampoco es posible prohibir por ley la poca elegancia. Por supuesto, lo anterior debe hacerse, según Santo Tomás, teniendo en cuenta el tenor moral de la sociedad a la que ha de aplicarse y la posibilidad de que esa aplicación produzca males mayores que aquellos que se pretende remediar, lo que ha de ser apreciado prudencialmente en cada caso concreto¹¹.

Una vez más, y desde el otro lado de la vereda, para quienes no reconocen esa naturaleza ni sus fines, este ejercicio de la autoridad no tiene sentido. En efecto, si cada individuo tiene la posibilidad de auto-normarse de cara al fin que él mismo se ha trazado, no existen –como ya está dicho– bienes morales ni modos de vida éticamente mejores que otros. En consecuencia, cualquier pretensión de la autoridad política de imponer o

11. Véase Santo Tomás. Suma Teológica I-II q. 96.

prohibir, a través de su legislación, determinadas conductas en el ámbito de la moralidad, sería una imposición de una particular opción moral, y por ende un modo de actuar ilegítimo.

Lo que correspondería, para esta posición, sería que cada autoridad prohíba solamente las conductas que causan daño a otros, y que se limite a crear el marco normativo para que cada sujeto pueda realizar, en la mayor medida posible, su propio proyecto de vida. Para ello, obviamente, se requiere de un acuerdo general e instrumental que no adscriba a ideas de bien o doctrinas antropológico-morales específicas. Se concluye, entonces, que la única justificación del ejercicio de la autoridad política radica en la protección de los derechos individuales.

La inconsistencia de esta posición salta a la vista, toda vez que sus políticas están suponiendo subrepticamente una visión o modelo de hombre perfectamente delimitada: individualista, universalista, hedonista, subjetivista y economicista. Por lo tanto, el “Estado neutral” que el pensamiento liberal defiende no es tal, ya que se inclina decididamente por la promoción de un modelo particular de hombre. Ello sí constituye una imposición hacia todos aquellos que no creen en él. Además, la negativa del liberalismo a aceptar la concepción de bien común participable (más que el simplemente agregativo) hace imposible la solución de la mayoría de los problemas políticos y conduce necesariamente a la disgregación social¹².

La posición liberal le niega justificación racional a la actividad de la autoridad política, porque si todo bien es meramente subjetivo, ¿qué sentido tendría custodiar los bienes privados o perseguir los crímenes, que son bienes comunes a todos los ciudadanos?; y si todo bien fuera meramente privado, actividades como la educación, la promoción de las ciencias y de las artes y la protección de la salud pública quedarán fuera del ámbito de actividad de la autoridad política. Salta a la vista la insuficiencia del planteamiento liberal.

12. Véase Massini, Carlos I. *Iusnaturalismo, liberalismo y comunitarismo*. Revista Humanitas n° 18.

V. Conclusión

Como ha quedado claro a lo largo de la exposición de cada uno de los planteamientos en disputa, del reconocimiento o la negación de un bien específico y propio del ser humano –buscado como fin de su actuar– depende el reconocimiento de un vínculo o una separación absoluta entre la actividad política y la ética.

Para quienes defienden que el fin del hombre es lograr su propia perfección en las diferentes dimensiones de su existencia, reconocen el deber ineludible de la autoridad política –dada su naturaleza sociable– de plantearse su actividad, por una parte, como la promoción de todo aquello que contribuya al bien de la persona en comunidad, y por otra, la prohibición de aquellas conductas que en mayor medida lo perjudiquen. Vale decir, el ejercicio político es esencialmente ético, y hay por ende, una solución de continuidad entre ética y política.

Por otro lado las aporías y dificultades, muchas de ellas insolubles, que se presentan al pensamiento liberal en el tema de la exigibilidad jurídica de las normas morales, tienen su raíz principal en la concepción de una autonomía humana –sin vinculación con una naturaleza o fin específico– pensada como absoluta y sin límites intrínsecos. Si cada individuo puede hacerse a sí mismo según su propia concepción o idea de bien, la autoridad política no puede promover ningún tipo de “vida buena” sin incurrir, por ello, en una imposición ilegítima: no puede haber, entonces, relación ninguna entre ética y política. Es más, expresamente la actividad política debe desligarse de cualquier intento moralizador.

Con todo, el concepto de naturaleza humana –con sus derivaciones hacia la libertad y el bien común– resultan irrenunciables porque, en su estructura más esencial, además de significar la dinamicidad humana, da razón de un hecho humano fundamental: la igualdad esencial de todos los hombres. Si todos los hombres son radicalmente iguales –con los mismos derechos y deberes, y la misma dignidad– debe ser necesariamente, porque tienen la misma naturaleza, porque son igualmente hombres. En consecuencia, no

está en juego aquí un mero principio filosófico, sino un postulado básico de la sociedad de enormes consecuencias para el ordenamiento jurídico, moral, político y para la vida cotidiana¹³.

13. Véase Juan Manuel Burgos, op. Cit.

Ruptura de la izquierda en Chile. Un país Des-Concertado

• 15 de mayo de 2013 •

La renovación ideológica de la actual Concertación tiene su primer momento a comienzos de los 80', cuando comienza a hacer suya la reconfiguración del Estado en materia de transferencias sociales. Al llegar al poder, con la "política de los acuerdos" consolida su renovación al adherir a la institucionalidad política vigente, alejándose de las posiciones de izquierda más extremas. No obstante su actual identificación con las posiciones de esta izquierda (representadas en los movimientos sociales) hace sospechar de la real renovación del conglomerado opositor y vaticina un eventual futuro gobierno con fuertes presiones hacia prácticas populistas.

I. Introducción: Declive del bienestar europeo y modernización de la centro izquierda chilena

En los últimos dos años la Concertación de Partidos por la Democracia ha experimentado cambios de distinta índole. Estos van desde claras ausencias de liderazgo –surgimiento de distintos díscolos que se separaron de la coalición para emprender proyectos políticos propios con la consecuente disociación y socavamiento de la marca Concertación– hasta un giro programático hacia ideas de izquierda contrarias al sendero seguido durante los veinte años que fueron gobierno. Para comprender este fenómeno es necesario analizarlo desde una mirada amplia a la identidad de la centro izquierda chilena.

Existe un conjunto de procesos históricos que cambiaron el perfil de los partidos de la izquierda contemporánea y que, gradualmente, se ha ido expresando en la distancia que éstos tomaron respecto a la relevancia de la intervención del Estado en el contexto de la globalización. El desplome del Estado de bienestar Keynesiano a mediados de los 70' es fundamental para comprender el fenómeno en cuestión, y se relaciona con múltiples factores que, ahora, es posible consignar sumariamente.

a) Las crecientes demandas hacia el Estado significaron una gran transferencia de fondos públicos y burocratización de su estructura. Con ello su “mano de obra” se transformó en un clientelismo “costoso” que erosionaba las fuerzas del crecimiento económico. La paradoja era que sin crecimiento económico resultaba impracticable seguir batiendo récords en materias de gasto fiscal. Esta especie de tentación de la “sociedad salarial” (1950/1970) por fomentar un “pensionista cualificado” constituía un drástico des-incentivo de la iniciativa privada, el emprendimiento y las formas de autogestión.

b) La burocracia del Estado repercutió en el proceso social que neutralizaba los proyectos culturales de parte de la sociedad civil. Aquí el Estado del bienestar –a pesar de su impronta laicista– representaba una máquina totalizante que se hacía cargo, indiscriminadamente, de las más diversas prestaciones de la estructura social: salud,

educación, cultura, transporte, urbanización y mercado interno. Todas ellas estaban bajo el control de un diseño supra-controlador, que tendía a desconocer la autonomía de las opciones culturales y discursos soberanos de la sociedad civil.

c) Por último, esta totalización también estimuló a ultranza las demandas corporativas y sociales, generando una “revolución de expectativas” sobre movilidad social e integración política. Ello contribuyó a impugnar el orden social y el marco institucional en su conjunto. No por casualidad, dos décadas más tarde, se comienza a instalar la cuestión de la *governabilidad* en las agendas de los gobiernos latinoamericanos.

Cabe precisar que aunque el proyecto del bienestar no tenía una relación doctrinal con el campo socialista –los llamados regímenes de la “cortina de hierro”– la hegemonía cultural estuvo siempre del lado de la izquierda social-demócrata europea y ello se explica por su compromiso por hacer reformas y cuestionar activamente –por la vía del conflicto laboral– los procesos de modernización institucional. Estos procesos que se acaban de mencionar sumariamente tuvieron lugar en América Latina bajo el fallido expediente del Estado nacional-populista (1940-1970), y es posible consignar algún “parecido de familia” en la reivindicación concertacionista sobre el “rol” del Estado durante estos últimos dos años.

En el caso chileno desde 1938 hasta 1973 (auge de gobiernos radicales y radicalización de la reforma agraria y de la nacionalización del cobre) el Estado proveedor fue asumiendo funciones agregadas en los diversos servicios sociales que se expresan en un programa centralizador, especialmente, en materias productivas¹. Simultáneamente, en el caso argentino este proceso tuvo lugar bajo los dos gobiernos de Juan Domingo Perón (1946-1955) donde el consumo interno sobrepasa ampliamente la demanda agregada. Allí también existe una política

1. Véase el clásico estudio de Mario Góngora; *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile, Siglo XIX y XX*. Editorial Universitaria. Santiago, 1981.

expansiva de transferencia de fondos públicos para el mejoramiento de los salarios reales².

Estas prácticas de sobrepolitización e ideologización se expresaron en una cultura anti-institucional que acompañó al reformismo (tan familiar hoy en el movimiento estudiantil) e impidió la aceptación del orden normativo, desgastándolo por medio de una constante interpelación –pues no sería más que un ejercicio de la dominación arbitraria de las instituciones– que daría cuenta del carácter excluyente de las instituciones de turno. Además de lo anterior, la politización de los discursos de izquierda penetró en todos los niveles de la vida social (trabajo, cultura, economía, familia) al punto de sostener que todo el cuerpo institucional responde al juego de las articulaciones políticas. Ello tendrá como resultado el grave deterioro de los procesos de legitimación institucional en los Estados populistas. En nuestro país, el clásico slogan de los 70’, “...crear, crear...poder popular” puede ser un fiel ejemplo de esto último. La Concertación comprendió el daño de dicha cultura política de la izquierda y por lo mismo no es casual que sus gestiones fueran acordes con el contexto de globalización y de economía libre mercado que primaba ya en el mundo.

Ahora bien, todos estos elementos permiten comprender la crisis del “estatismo”, que paradójicamente, es reivindicado por los agentes de la Concertación. De este modo, la renovación ideológica de la actual Concertación tiene su primer momento a comienzos de los 80, como renovación del campo socialista y hará suya (con diversas tensiones internas) la inevitable reconfiguración del Estado en materia de transferencias

2. En la reforma constitucional de 1949 se establecen dos mociones: Art. 39 - El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino. Art. 40 - La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. (...) Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.

sociales (políticas públicas) desde que comenzaron a ser gobierno en la década de los 90’.

II. Modernización del Estado y políticas públicas focalizadas de la Concertación

A comienzos de los 90’, ideas tales como reducción o reconfiguración del Estado comienzan a circular masivamente en el campo académico nacional³. Todas ellas se entienden como una necesaria des-estatización de la estructura socio-productiva que se enmarca dentro del proyecto modernizador del cual fue parte el mundo concertacionista. El antecedente preliminar será, nuevamente, la excesiva carga de prestaciones por parte del Estado en el período 50-70, como aquella experiencia que, como ya se señaló, minó su propia capacidad de respuesta a la demanda social. De allí que la posibilidad de transitar hacia una crisis de gobernabilidad producto de una potencial jibarización del Estado, constituyese un riesgo digno de preocupación de la centro izquierda. Parece razonable pensar que, por esta razón, la Concertación participa del proceso de renovación y suscribe al diseño de subsidiaridad.

Así entonces, una vez que los gobiernos de la Concertación asumen la administración del Estado en 1990, con mayor o menor convicción, adoptan el modelo de Economía Social de Mercado y suscriben activamente la transformación de Chile mediante la llamada “democracia de los acuerdos”. Con la modernización ya iniciada, admiten desde un comienzo, incluso, la descentralización administrativa del Estado.

Todo esto implicó a) renunciar a una relación ideológica con los actores izquierdistas de diferentes movimientos, b) fortalecer la disciplina fiscal para evitar “golpes” inflacionarios, y c) adoptar un modelo esbelto de desarrollo mediante la transferencia pública focalizada. En el marco de una sociedad de bienes y servicios con una economía abierta y externalizada, la Concertación comprende que la cuestión del orden social no puede ser

3. Sobre esta materia dejamos consignados los estudios transicionales de Guillermo O’Donell sobre los Estados burocráticos-autoritarios en la región.

confiada a las antiguas formas de asociatividad, a saber, los sindicatos instrumentalizados, los movimientos estudiantiles de izquierdas extra parlamentarias, etc.

A partir del riesgo de volver al imaginario disociado y destructivo que implicaba la producción de sujetos ideologizados, la Concertación, a comienzos de los 90', entra en un proceso de típica renovación y deja afuera las prácticas más críticas hacia la institucionalidad. Se instruye, así, una especie de relación esquiva con la llamada "izquierda extra-parlamentaria". De este modo, sin perjuicio de su pasado, cuando comienza a gobernar la coalición del arco iris participa de una fuerte institucionalización de la política y toma distancias programáticas con aquellos actores y movimientos (Partido Comunista, Partido Humanista, Izquierda alternativa) más rupturistas con el proyecto de la economía de libre mercado heredada del gobierno militar.

Es así como puede afirmarse, a 23 años de la asunción de los gobiernos de la Concertación, que aquellos fueron parte de la agenda de modernización de Chile, contribuyendo a solidificar la institucionalidad por medio de acuerdos y diálogos democráticos. Destacan por ejemplo, los procesos de concesiones de obras públicas, el fortalecimiento del modelo particular-subservencionado, etc.

En el campo de la política pública contribuyó a fortalecer una amplia red de empoderamiento social mediante instituciones de capacitación, cartera de proyectos y licitaciones tales como el FOSIS o el CENSE soportados en beneficios otorgados generalmente a los agentes estatales. De ahí hasta los programas del Chile Solidario dan cuenta de una nueva red de protección social, con especial énfasis en los segmentos de mayor vulnerabilidad. En ese sentido, se trata de una coalición que no solamente heredó las transformaciones institucionales del gobierno militar, sino que las fortaleció en un proceso que tiene a su haber dos décadas.

En esa misma perspectiva pueden mencionarse los planes de modernización en el campo municipal. Esta institución, otrora centro de

articulación política, ingresó en un proceso de flexibilización funcional que capta recursos de fondos públicos y privados por la vía de los gobiernos regionales (GORE), la presentación de proyectos a MIDEPLAN, y hasta las acciones concurrentes por la vía SUBDERE. Todo este andamiaje de mejoramiento de la gestión da cuenta de un proceso adaptativo al cual la Concertación ingresó por la vía de las transformaciones. Destaca además la focalización de distintos servicios sociales (plan auge, viviendas sociales, subsidios habitacionales, etc.). En fin, todas estos cambios fueron parte de los procesos de mejoramiento de gestión del Estado que, a la vez, tuvieron en resguardo los brotes del populismo que, paradójicamente, hoy cuestiona la vía del desarrollo socio-económico que esa misma coalición asumió hace más de 30 años.

Pero contra todos los procesos descritos anteriormente, a pesar de todas las implicancias de este diagnóstico, todo indica que estas transformaciones no penetraron plenamente en la racionalidad del establishment concertacionista. Esos cambios simulan algo muy parecido a un proceso adaptativo que sólo funciona bajo el control del Estado. En buenas cuentas, estaríamos hoy frente al comportamiento típico de una izquierda hegemónica y excluyente. Los sucesos del año 2011 soportan esta afirmación por cuanto el actual *modus operandi* concertacionista se ha basado en un cuestionamiento frontal y constante al modelo socio-económico que ayudaron a consolidar. A diferencia del giro a la izquierda que hoy experimenta la Concertación, durante los 90' le era impensado llegar a acuerdo con actores radicalizados que bloqueasen el respeto de la institucionalidad democrática.

La explicación de dicho giro parece ser la activación de un dispositivo principalmente electoralista. De este modo, en lugar de resolver los problemas de liderazgo, de disociación, o de credibilidad frente a la ciudadanía –producto de los innumerables casos de corrupción o de políticas fallidas que ocurrieron durante sus gobiernos– la alicaída Concertación buscó una vía rápida de recuperación del poder mediante una alianza programática con el PC y operando como caja de resonancia del movimiento estudiantil. Así fueron surgiendo voces que comenzaron a promover una asamblea constituyente para cambiar completamente la Constitución, otras que indicaban que el modelo estaba agotado y que había

que cambiar, desde las AFP hasta las metodologías del INE, o incluso, que se debiese acabar con la educación que fuese fruto del emprendimiento privado –satanizado como lucro–, independiente de su calidad. Ahora la intención es convencer que el Estado es garante de calidad, gestión, y sobre todo de amplia gratuidad. De esta forma va quedando en evidenciada una transformación de premisas, lenguajes y supuestos que reflejan una Concertación representada en la afirmación: “administramos un modelo que nunca quisimos”.

Así, el esfuerzo renovador que aparentaba la izquierda concertacionista se ha puesto en entredicho por los últimos sucesos. La renovación de este conglomerado se encuentra sometida a prueba por las reivindicaciones del conflicto estudiantil del año 2011: gratuidad total de la educación bajo el monopolio estatal. El fortalecimiento de esta tesis se encuentra en el inusitado respaldo de la coalición del arco iris al movimiento estudiantil y su crítica al marco institucional, generando con ello obstrucción y ruptura a los acuerdos políticos establecidos durante los últimos 20 años.

Existe una extensa lista de situaciones contradictorias en la Concertación que es necesario consignar sumariamente:

- a) La actual pancarta de la gratuidad y calidad educacional a contrapelo de los mejoramientos por tramos de cobertura y la reforma educacional (LOCE-LEGE) que llevaron a cabo mientras fueron gobierno.
- b) La nueva demanda de una reforma tributaria a diferencia del discurso concertacionista del crecimiento económico enarbolado durante la década de los 90' y especialmente sostenido por la cartera de Hacienda de los gobiernos concertacionistas.
- c) El actual cuestionamiento a la legitimidad del mercado crediticio a contra-corriente de toda la liberalización del consumo que se masificó durante toda la década de los 90' como una nueva forma de integración socio-simbólica (cultura mall y sujeto crediticio).

d) El apoyo a los discursos contestatarios –nuevamente– a diferencia de la política de los consensos que fue parte del diseño de gobernabilidad de la agenda concertacionista.

e) Por fin, y a modo de ejemplo iconográfico, la validación de la toma del ex Congreso (validada por el entonces Presidente del Senado, Guido Girardi) da cuenta de este síntoma amnésico que contraviene todo el universo de procedimientos y reglas institucionales bajo las cuales se instauró la llamada transición chilena a la democracia⁴.

En el fondo, el retroceso ideológico de este conglomerado se orienta a un neo-populismo que nunca ha podido lidiar resueltamente con el marco institucional auto-implementado desde 1990 por los propios gobiernos de la Concertación. Todo esto lleva a sospechar que, en esencia, su *relato* se trató más bien de un ejercicio esencialmente adaptativo, un programa instrumental que se benefició del vínculo entre el Estado central, Municipios y los gobiernos regionales, toda vez que se tenía el control del aparato estatal.

Ello permitiría explicar el carácter ambiguo del discurso de la Concertación cuando aceptó el Estado reducido y a una resolución focalizada de demandas sociales. La vuelta al populismo de los últimos dos años ha llevado a la coalición a reclamar, desvergonzadamente, la extensión del Estado en materias de transferencias públicas; a proponer mayor redistribución del ingreso; a sugerir más regulación a las instituciones crediticias, y por esa vía a restablecer las viejas críticas al modelo que ella misma ejecutó mediante reformas administrativo-institucionales realizadas en sus gobiernos. También destaca la actual constitución de pactos políticos con actores (el Partido Comunista y el llamado “mundo alternativo”) que anteriormente eran parte de una trinchera extra-parlamentaria y que actualmente son reconocidos como potenciales aliados en una eventual hegemonía que necesita de discursos intrínsecamente antagónicos.

4. Sin embargo, ello también podría ser entendido como el descrédito de las instituciones analizado por CEPAL, proceso que atraviesa la región. Al respecto véase, <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/3/11643/spg28.PDF>.

III. Conclusiones: la nueva encrucijada

Es posible concluir que, sin perjuicio de la institucionalidad política, social y económica que esta coalición estimuló por dos décadas, lo que se ha visto en los últimos dos años es una estrategia populista que permite presagiar dos riesgos:

- a) De un lado, un juego temerario que se puede traducir en un fuerte deterioro de legitimidad de las instituciones democráticas al promocionar actos de insurgencia que tienden a devaluar la democracia representativa (mediante demandas por Plebiscito, Asamblea Constituyente, y nueva Constitución)
- b) De otro, la proyección de un quinto gobierno concertacionista sobre la base de integrar aquellos actores que tienen cuestionamientos de fondo al modelo económico-social.

Se trata de un doble desafío, por cuanto esta coalición también es fruto de los procesos de elitización de la política que se viene sedimentando desde mediados del siglo XX. Por eso, pese a la “tentación populista”, también debe lidiar con discursos institucionales como es el caso del candidato de la Democracia Cristiana, Claudio Orrego o el Senador Patricio Walker. En este sentido, se está frente a una alianza que está surcada por una “loca geografía”. Sólo ello permite explicar su tremenda capacidad adaptativa a los cambios que ella misma ha contribuido a generar.

Se trata de un “objeto mutante” que pasó de ciclos solemnes y mediáticos (Lagos y la escena del republicanismo, Bachelet y los discursos de género) a una estrategia de fricción (alianza con los grupos estudiantiles, cuestionamiento a la validez de nuestro modelo político-económico, alianza con el partido comunista, etc.). De esta forma y contra lo previsto, el país está ad portas de una nueva versión concertacionista: un socialismo de barniz populista. En efecto, cuesta pensar en un eventual nuevo gobierno de la “antigua Concertación”. Primero, porque Michelle Bachelet (la más probable representante del conglomerado) todavía es candidata de dos de los partidos más izquierdizados del sector, y debe sostener un discurso

atractivo para ese público. En segundo lugar, porque también debe “adueñarse” del electorado que se siente representado por el conflicto social, y que actualmente se lo disputan otros candidatos, como Marco Enríquez. Finalmente, porque después de todo el posicionamiento que está construyendo en el presente le será muy difícil abrazar nuevamente la política institucional construida sobre los consensos.

No sorprendería, incluso, un cambio de nombre de la coalición opositora, pues resulta difícil pensar que vuelvan a ser mayoría, utilizando una marca que fue registrada para otra estrategia. Se hace evidente, entonces, que la vía institucional de los años 90' es incompatible con el proceso deliberativo del último año. Tal parece que el “progresismo radicalizado” deberá enfrentar la tentación populista.

¿Es necesaria una asamblea constituyente en Chile?

• 12 de junio de 2013 •

Los movimientos sociales han centrado su crítica en “el modelo” surgido de la Constitución de 1980. Dada la supuesta ilegitimidad y falencias democráticas de la Carta Fundamental, una asamblea constituyente sería la solución a todas las injusticias que afectarían a Chile. Una mirada a experiencias constituyentes propiciadas por las izquierdas más extremas de América Latina en las últimas décadas, muestra que ha sido un mecanismo para concentrar el poder en el Ejecutivo, despreciando la democracia representativa y evitando los contrapesos institucionales. No parece razonable, entonces, transitar ese camino. El actual texto constitucional –legitimado de múltiples maneras– ha realizado aportes significativos a la estabilidad y gobernabilidad del país desde el retorno a la democracia. Uno de ellos fue incorporar mecanismos para que las mayorías no arrasen los derechos de las minorías, pues la finalidad de las constituciones es, precisamente, garantizar la libertad y la dignidad de todas las personas.

I. Introducción

Los movimientos sociales de 2011, que mezclaban legítimas reclamaciones estudiantiles con veladas intenciones de identificarse con la respuesta a una crisis institucional irreversible, han conducido a que muchos actores políticos y sociales abjuren de lo que han denominado “el modelo”, categoría algo difusa en la cual parecen caber el Estado, la sociedad, la economía, la educación y los demás elementos que, para los más vehementes en el reclamo, sólo cambiarán si una asamblea constituyente pone término a la Constitución de 1980.

Para ellos, el sistema institucional no daría respuestas satisfactorias a muchos de los problemas presentes; ni es lo suficientemente flexible, dada la dificultad para realizar cambios legislativos en las materias regidas por leyes orgánicas constitucionales. Lo anterior, se sostiene, se agrava con el sistema electoral contemplado para integrar el Congreso Nacional, y sobre todo con una supuesta ilegitimidad de origen de una Constitución que fue concebida y aprobada por un gobierno militar autoritario. En este contexto, la carta fundamental sería repudiada por la mayoría ciudadana y, en consecuencia, debiera ser reemplazada por otra que interpretara a toda la ciudadanía, recurriendo a una asamblea constituyente que tenga el efecto de purificar las instituciones para conformar lo que se conoce como Estado Social de Derecho. Se supone que bajo ese estado ideal se terminarán los conflictos, se erradicará la pobreza y las riquezas naturales les pertenecerán a todos. El Estado Social, y los que estén a su cargo, permitirán alcanzar la felicidad plena.

Se pretende hacer creer que un cambio constitucional será más proclive a la existencia de libertades, cuando precisamente se está apuntando hacia un control de la sociedad, de la persona como sujeto de derechos y de su capacidad para organizarse libremente en lo que llamamos sociedades intermedias y que, en muchos casos, le dan sentido a la vida en sociedad del ser humano.

La democracia implica, en esencia, el gobierno de las mayorías con pleno respeto a las minorías. Cambios significativos a la estructura institucional

no pueden ser realizados por la simple vociferación de grupos de presión. Es por ello que las leyes que exigen mayorías calificadas tienen por objeto asegurar que en una democracia el proceso de toma de decisiones y la decisión misma cuenten con un apoyo amplio que legitime tanto a mayorías como minorías políticas. A ello se suman otros mecanismos como la posibilidad de solicitar comisiones investigadoras (2/5 partes en ejercicio de la Cámara), las preguntas escritas (1/3 de los diputados presentes) y las interpelaciones ministeriales (1/3 de los diputados en ejercicio), además de la legitimación activa para requerir al Tribunal Constitucional su control previo (1/4 de las cámaras).

En las últimas dos décadas en Chile se han construido consensos que a todas luces –y en el reconocimiento de todo el mundo– han sido la garantía para asegurar la estabilidad del sistema político y también del sistema económico social, y han permitido la gobernabilidad político administrativa que requiere el Estado. Desconocer este hecho podría significar, como ha sucedido en algunos países de la región, que una simple mayoría circunstancial pueda efectuar cambios significativos a la institucionalidad, comprometiendo no sólo la calidad de sus instituciones, sino también los acuerdos básicos de convivencia y la distribución del poder interno.

II. Aportes de la Constitución de 1980

La Constitución de Chile de 1980 ha hecho enormes contribuciones al desarrollo dogmático constitucional. Entre ellas, es posible señalar las siguientes: la proclamación de la dignidad humana como elemento principal del sistema jurídico, así como el reconocimiento de la libertad de todas las personas; el reconocimiento de un orden natural del cual forman parte la persona, la familia, los grupos intermedios y el Estado; el reconocimiento del principio del respeto de la autonomía de los cuerpos intermedios entre la persona y el Estado, y el rol subsidiario de éste; el afianzamiento del principio de servicialidad y responsabilidad del Estado; la orientación de este último hacia la promoción del bien común, en una tarea que le cabe de manera conjunta con las demás personas, instituciones y grupos; el establecimiento de preceptos que de manera explícita fijan el

carácter vinculante de la Constitución, tanto para titulares e integrantes de los órganos del Estado como respecto de toda persona, institución o grupo, encarnando así la fuerza normativa de la Carta Magna, esto es, el principio de aplicación directa y no mediatizada de las normas del Código Político; la reciente incorporación de los principios de probidad y publicidad de los órganos del Estado; y la proscripción del terrorismo en cualquiera de sus formas.

En materia de derechos y deberes de las personas, es digno de mencionar el rol que cabe a éstos como límites de la soberanía estatal, así como el deber de respeto y promoción que le corresponde al Estado acerca de los mismos, según el orden constitucional y los tratados internacionales suscritos por Chile que se encuentren vigentes. En el catálogo de los derechos, libertades y bienes jurídicos que hoy gozan de protección explícita, están el derecho a la vida, a la integridad física y síquica de las personas, el repudio y prohibición de diferencias arbitrarias, el debido proceso, los principios de legalidad y culpabilidad en materia penal, el respeto y protección de la vida privada y de la honra, la libertad de conciencia, la tutela del medio ambiente, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, la libertad de afiliación y desafiliación a asociaciones de cualquier género, el estatuto de las libertades económicas, el robustecimiento de los derechos de propiedad y sus atributos y facultades, y por último, la protección de los derechos en su esencia.

La enumeración de los ámbitos señalados ha permitido enriquecer la hermenéutica constitucional. No cabe duda que el explosivo crecimiento de la jurisdicción constitucional, gracias al aporte del constituyente de 1980 en materia de recurso de protección, y las tareas progresivamente confiadas en nuestro medio al Tribunal Constitucional, han generado transformaciones muy valiosas en la doctrina. Tal vez entre las más importantes esté el hecho de que la Constitución ha sido puesta al alcance de todos, y usada profusamente en los debates políticos, judiciales o valóricos, bajando así a la ley común de las alturas en que la han puesto los más fieles del positivismo legal.

Con todo, los avances de la Carta de 1980 no se reducen a la dogmática, los derechos y garantías constitucionales, el desarrollo de una hermenéutica

especial y la fijación judicial del sentido de la Constitución. Es interesante consignar aquí el diseño de instituciones como el Presidente de la República, sus atributos, facultades y potestad reglamentaria; el Congreso Nacional, la formación de la ley, los quórum constitucionales diferenciados según la materia de que trate la ley, más la valiosa definición de “ley” que contiene el artículo 63 número 20°; un Poder Judicial que es más que la mera administración de justicia; un Tribunal Constitucional robusto y cada vez más activo; una Contraloría General dotada de misiones claras; el estatuto autónomo del Banco Central; además de definiciones sólidas en el orden regional, provincial, municipal y territorios especiales.

III. La Constitución de 1980 bajo permanente sospecha

Para los críticos, las consideraciones señaladas parecen no importar, y concentran en tres argumentos la supuesta ilegitimidad de la Carta fundamental: una supuesta ilegitimidad de origen; un texto hermético incapaz de modificarse; y una falencia democrática en virtud de algunas de sus instituciones. Como se verá a continuación ninguno de estos argumentos es sustentable.

3.1 La acusación de ilegitimidad

La mayoría de las constituciones chilenas, particularmente la de 1833 y de 1925, tuvieron partos complejos atendidas sus circunstancias históricas y sus procedimientos de generación. Así también si se mira la experiencia comparada se encontrarán varios casos en que el origen de las constituciones estuvo impugnado. ¿Qué podría decirse, por ejemplo, en abono del vicio de origen de una de las constituciones actualmente más prestigiadas, como es el caso de la alemana, cuyo “momento constitucional” se produce en 1949 bajo la presión de las fuerzas aliadas ocupando el país luego de la derrota germana en la Segunda Guerra Mundial?

En la Constitución de 1980 es posible apreciar que, independiente del contexto político de aprobación, la carta ha sido reconocida invariablemente por todos como la norma jurídica constitucional válida. Por otra parte, las

sucesivas reformas han logrado adaptar el texto a las necesidades políticas, lo que fue reconocido por el propio ex presidente Ricardo Lagos cuando señaló estar conforme con tener una constitución que represente a todos: *“Este es un día muy grande para Chile. Tenemos razones para celebrar. Tenemos hoy por fin una Constitución democrática, acorde con el espíritu de Chile, del alma permanente de Chile, es nuestro mejor homenaje a la independencia, a las glorias patrias, a la gloria y a la fuerza de nuestro entendimiento nacional”*¹.

Se trata de un texto al que no se le reprochan sus valores constitucionales, tales como la posición de la dignidad de la persona, sus derechos, la servicialidad del Estado, y los otros que ya hemos mencionado. En consecuencia, el reproche de legitimidad es simplista, pues desconoce un criterio complejo como el de la legitimidad constitucional. Los objetores de la Constitución olvidan también los grandes acuerdos políticos y las innumerables reformas que ha sufrido el texto constitucional. Éstas comenzaron en 1989, y fueron ratificadas mediante un plebiscito de legitimidad incuestionable. Ese sólo hecho permite afirmar que la voluntad popular la ha asumido como un texto dotado de legitimidad y valor jurídico vinculante.

Más tarde, la Constitución ha sido modificada en los años 1989, 1991, 1992, 1994, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2008, 2010, 2011 y 2012, introduciéndosele un sinnúmero de cambios, algunos de ellos muy sustantivos, particularmente aquellos propiciados en las grandes reformas ocurridas en 1989 y 2005. En definitiva, en estos más de treinta años de vigencia se han realizado veinticuatro reformas que le han incorporado cambios en setenta y nueve materias. Algunos de ellos son el término de los senadores designados y vitalicios; el término de la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de Orden; la modificación sustancial del Consejo de Seguridad Nacional; la modificación de la composición de la Corte Suprema, la entrega de nuevas atribuciones al Tribunal Constitucional, la creación del Ministerio Público, la incorporación del principio de probidad

1. Discurso del ex Presidente Ricardo Lagos Escobar al promulgar la Ley 20.050, que introdujo las reformas constitucionales y que fijó el texto refundido de la Carta Política, 17 de septiembre de 2005. Disponible en <http://www.emol.com/noticias/nacional/2005/09/17/195634/presidente-lagos-firmo-nueva-constitucion-politica.html>

y publicidad de los actos de la administración, los cambios que incorporaron la inscripción automática al padrón electoral y la voluntariedad del voto, etc. En definitiva, *“ya que 91 de 120 artículos de la Constitución han sido reformados de algún modo (76%). Se aprobaron 24 reformas constitucionales, las que involucran 79 materias. Estas cifras contradicen el argumento del inmovilismo producto de las barreras institucionales”*².

Como puede verse, nuestro Código Político ya no es sólo lo que escribieron los miembros de la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución entre 1973 y 1978; ni lo que hicieron constar en su texto el Consejo de Estado y la Junta de Gobierno; ni tampoco los legisladores de las reformas acaecidas entre los años 1989 y 2012; sino también lo que los tribunales ordinarios y la justicia constitucional han ido prescribiendo paulatina y sistemáticamente.

3.2 La acusación de hermetismo

Es cierto que la Constitución de 1980 exige quórum de tres quintos o de dos tercios para introducirle modificaciones, según sea la materia objeto de la reforma. Sin embargo, esa es la tendencia en la gran mayoría de las constituciones contemporáneas, que han entendido que gran parte de la eficacia normativa de un ordenamiento constitucional se juega en su perdurabilidad y, en consecuencia, han optado por demandar altos niveles de acuerdo parlamentario y/o por establecer procedimientos complejos para su reforma, de manera tal de evitar que mayorías circunstanciales, y a veces efímeras, debiliten o sustituyan instituciones que constituyen la base de la convivencia política pacífica.

En efecto, existen varias constituciones que, como en el caso de la chilena, requieren una mayoría calificada para reformar su texto. Es el caso de la Constitución de Alemania de 1949 que demanda dos tercios de ambas cámaras parlamentarias para su modificación, de la Constitución de Portugal de 1976 que pide dos tercios de los diputados en ejercicio y de la Constitución de España de 1978 que solicita los tres quintos en ambas cámaras legislativas y la disolución y posterior ratificación del parlamento

2. Fuentes, Claudio, El Pacto (Ediciones UDP) 2012.

para ciertos capítulos. Hay otras constituciones que exigen que su modificación sea discutida y acordada en dos momentos sucesivos por un mismo cuerpo legislativo. Es el caso de la Constitución de Italia de 1947, de la Constitución de Brasil de 1988 y de la Constitución de Venezuela de 1999. Otros ordenamientos exigen que la discusión se realice por dos Congresos distintos. Es el caso de las cuatro leyes fundamentales de Suecia de finales del siglo XVIII, de la Constitución de Noruega de 1814, de la Constitución de Holanda de 1815, de la Constitución de Colombia de 1991, de la Constitución de Perú de 1993, de la Constitución de Finlandia de 1999 y de la Constitución de Bolivia de 2008. En otros casos, las modificaciones constitucionales no se satisfacen sólo con la aprobación del parlamento respectivo sino que demandan que la reforma sea ratificada por la ciudadanía en un plebiscito. Es el caso de la Constitución de Japón de 1945, de la Constitución de Francia de 1958, de la Constitución de Uruguay de 1966 y de la Constitución de Ecuador de 2008.

Pero los resguardos que las constituciones adoptan frente a un proceso de reforma no sólo se restringen a los niveles de consenso o a la complejidad de los procedimientos utilizados sino también, en algunos casos, pueden manifestarse en brindar especial protección a ciertos principios o contenidos que se consideran política o jurídicamente valiosos. Por ejemplo, algunas constituciones consideran que haberse constituido como República es algo que no puede quedar sujeto a las mayorías parlamentarias. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Italia de 1947, de la Constitución de Alemania de 1949, de la Constitución de Francia de 1958, de la Constitución de Portugal de 1976, de la Constitución de Turquía de 1982, de la Constitución de Grecia de 1986 y de la Constitución de la Federación Rusa de 1993. En otros casos, similares a la Constitución de Chile de 1980, se establecen restricciones a la reforma en materia de derechos esenciales de las personas. Es el caso de la Constitución de Alemania de 1949, de la Constitución de Puerto Rico de 1952, de la Constitución de Portugal de 1976, de la Constitución de Brasil de 1988, de la Constitución de Perú de 1993 y de la Constitución de Ecuador de 2009.

Es relevante, además, dar cuenta que la flexibilidad constitucional no sólo tiene que ver con los mecanismos y quórum para su modificación, sino que

también de manera importante con su capacidad de adaptación por la vía de la hermenéutica judicial³. La invocación diaria de sus preceptos ante la judicatura nos permite sostener que estamos ante una Constitución viva, aplicada en la realidad y, como decíamos, jurídicamente legítima. A este respecto resulta particularmente curioso que algunos de los más acerbos críticos de la rigidez formal de la Constitución de 1980 sean, a su vez, acres opositores de su interpretación por la vía judicial. En efecto, a muchos les molesta que el debate constitucional se haya trasladado a los tribunales –lo llaman despectivamente, como ya está dicho, “judicialización”–, postergando así el poder del Congreso Nacional, o dicho de otro modo, menoscabando el poder de los partidos políticos que legítimamente buscan controlarlo mediante las contiendas electorales.

3.3 La acusación de falencia democrática

Las falencias más comúnmente apuntadas en esta materia son: el sistema electoral binominal y las leyes orgánicas constitucionales que exigen supramayorías para su aprobación en el proceso de formación de la ley.

Sobre el primero cabe aclarar que su modificación en nada depende de reformar o sustituir la actual Constitución. Desde la gran reforma constitucional del año 2005 el sistema electoral no está recogido en ella. De hecho la discusión sobre la mantención o cambio del actual sistema binominal que se aplica en Chile –exclusivamente a las elecciones parlamentarias– pasa más por la falta de consenso entre los incumbentes que verían directamente afectados sus intereses de reelección con cualquier modificación al sistema y también por el disenso respecto de cuál sería el nuevo sistema que, haciéndose cargo de las críticas que recibe el binominal, evite a la vez la reedición de los problemas que planteaba el antiguo sistema proporcional aplicado a las elecciones legislativas chilenas hasta el año 1973. En consecuencia, no es cierto que la Carta Fundamental de 1980 defina un sistema electoral y –sin pretender restarle importancia– se trata de un debate de naturaleza simplemente legal.

3. Véase Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom y Melton, James, *The endurance of national constitutions* (Cambridge University Press) 2009.

Sobre los altos quórum de aprobación de las leyes orgánicas, puede precisarse que siguen la tendencia de la Constitución francesa de 1958 que sí las admite y que es justamente la experiencia que tuvo a la vista el constituyente chileno de 1980. En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico político de Austria, Bélgica y Portugal también coloca exigencias mayores para aprobar reformas en algunas materias legales, así como los de Alemania, España y nuevamente Portugal lo hacen en el ámbito de la reforma constitucional.

Las democracias que gozan de estabilidad institucional y gobernabilidad política suelen incorporar mecanismos diversos para que en el fragor del juego electoral las mayorías no terminen arrasando con los derechos y libertades de las minorías. ¿No es acaso parte de la definición de los sistemas democráticos contemporáneos el respeto irrestricto por los derechos de todos, incluyendo por cierto a las minorías que, potencialmente, pueden verse amenazadas por una actitud autoritaria de la mayoría vencedora en las elecciones? Pues bien, parece razonable que los sistemas constitucionales recurran a mecanismos como las leyes supra-mayoritarias para defender ciertas instituciones claves, como los órganos cuyo rol es precisamente el control político, o los que fiscalizan las elecciones y las contralorías, gocen de una mayor protección. Asimismo, corporaciones como las municipalidades también deben gozar de estos resguardos para cautelar apropiadamente su carácter de entidades autónomas.

A propósito de este debate, hay un texto de Jaime Guzmán que muchos citan y anatemizan, asignándole un valor opuesto a toda vocación democrática. En su momento Guzmán señaló: *“que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhela, porque –valga la metáfora– el margen de alternativas posibles que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”*⁴.

Es necesario y de toda justicia poner en contexto esta cita, en la que Guzmán apuntaba a que en cualquier diseño institucional es fundamental

4. Guzmán Errázuriz, Jaime: El camino político. En revista Realidad Año 1 N°7 (Instituto de Estudios para una Sociedad Libre) 1979, pp.13-23

definir cuánto poder tendrán los gobernantes. Su preocupación central era que el poder del Estado debía estar controlado para que no pusiera en peligro la estabilidad democrática ni la sociedad libre. Los adversarios en un régimen democrático podrán tener muchas diferencias, pero han de tener una convicción común: la democracia y la libertad como valores superiores. De tal manera que en las elecciones no se juegue lo esencial de la forma de vida de un pueblo. Lo que Jaime Guzmán afirmaba está en plena sintonía con el republicanismo y el constitucionalismo tradicionales, en cuanto pretende limitar el poder del Estado para favorecer la libertad y la justicia, y para proteger los derechos individuales.

Sentadas las consideraciones anteriores, parece que las sospechas sobre la paternidad de la carta fundamental, sobre su hermetismo y calidad democrática, usualmente invocadas como reproches principales a la Constitución que nos rige, debieran ser miradas, a lo menos, con un recomendable escepticismo.

IV. Circunstancias en que suele recurrirse a una asamblea constituyente

Las asambleas constituyentes son expresión del poder constituyente originario que surge de la soberanía radicada en el pueblo y que básicamente consiste en que éste se organiza para dotarse de un ordenamiento constitucional por primera vez allí donde éste no existía o bien para sustituir el existente por considerar que era inadecuado. Se usan en circunstancias muy precisas y definidas. Primero, cuando se culmina un proceso exitoso de independencia nacional del cual surge un nuevo Estado que busca arraigar sus bases institucionales o bien cuando se produce una convergencia de Estados independientes en torno a algún tipo de asociación, en ambos casos sin que existan instituciones preestablecidas para elaborar un ordenamiento constitucional. En estos casos la asamblea constituyente surge como el mecanismo que permite la adopción de una Constitución. Es el caso de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y podría haber sido perfectamente el caso de la unificación de las dos Alemanias luego de la caída del Muro de Berlín en 1989, aunque no lo fue porque en este caso se privilegió la

reforma constitucional como vía idónea suficiente para institucionalizar la reunificación de ambos países.

Segundo, las asambleas constituyentes han sido funcionales en situaciones de quiebres o rupturas institucionales donde surge un nuevo régimen que, deliberada y expresamente, desea cortar toda continuidad con las bases jurídicas y políticas del régimen preexistente para instalar un nuevo sistema. Es el caso de la revolución francesa de 1789 y su asamblea constituyente de 1791, del V Congreso Panruso de los Soviets que aprueba la Constitución de la URSS de 1918 luego de la revolución bolchevique, del proceso constituyente alemán después de terminada la Segunda Guerra Mundial que culminó con la promulgación de la Constitución Alemana de 1949, y del proceso constitucional español de 1978 posterior a la muerte de Francisco Franco. Como se ha dicho: *“Las asambleas constituyentes o convenciones constitucionales han tenido éxito en dos tipos de circunstancia histórica: en el período subsiguiente a un rompimiento significativo con el pasado, como en el caso de una revolución, guerra civil o una interrupción traumática similar, o cuando los nuevos estados, ya sean ex colonias o estados independientes, se unen para formar una federación o confederación”*⁵.

No obstante, en las últimas décadas y particularmente en América Latina, ha surgido una tercera circunstancia en que la convocatoria a una asamblea constituyente ha sido un mecanismo recurrente. Esta circunstancia – bastante más prosaica en sus objetivos– se produce cuando gobernantes de rasgo populista, aprovechando su fuerte arrastre electoral, han intentado rediseñar el ordenamiento constitucional por la vía de una asamblea constituyente para avanzar en su anhelo de concentrar el poder en el Ejecutivo, desprestigiar los órganos típicamente representativos, como el Congreso, y esquivar o derechamente desarticular aquellos mecanismos de contrapeso que son típicos en una democracia, como el poder judicial, los órganos electorales y las contralorías, para finalmente intentar perpetuarse en el poder valiéndose de este rediseño y también de los recursos que les provee el control del aparato del Estado.

5. Fafard, Patrick y Reid, Darrel, *Constituent assemblies: A comparative survey*, Research Paper N°30 (Institute for Intergovernmental Relations, Queen’s University) 1991.

Es el caso de lo que Guillermo O'Donnell ha denominado “democracias delegativas”⁶ en América Latina, es decir, aquellas institucionalmente débiles, con presidentes que llegan al poder a través de elecciones libres y competitivas, levantando candidaturas al margen de los partidos tradicionales o fuertemente críticas a ellos y que apelan directamente a la ciudadanía saltándose cualquier tipo de mediación democrática, y que una vez en el poder no se comportan como representantes políticos sino como dueños personales del gobierno, por encima de cualquier sistema de control a su gestión.

Estas “democracias delegativas” tienen repercusiones negativas para la gobernabilidad democrática, pues se perciben a sí mismas como regímenes fundacionales y debilitan los mecanismos e instituciones de responsabilización política y de rendición de cuentas. En efecto, en nombre de los intereses del pueblo, el gobernante de turno se hace del poder absoluto mediante mecanismos excepcionales y de cooptación, con lo cual le es posible desarrollar sus políticas al margen de los mecanismos de control, aquellos que –se acusa– fueron creados por la vieja estructura, esa que le negaba el poder al pueblo y que hoy se lo devuelve al mandatario populista sin restricciones. Las consecuencias principales de esta forma de gobernar son el socavamiento estructural de las instituciones del Estado, cuando no su completa demolición. Ejemplos de este tipo de procesos constituyentes son las asambleas que originaron la Constitución de Venezuela de 1999, la Constitución de Ecuador de 2008 y la Constitución de Bolivia de 2009.

V. Necesidad de una asamblea constituyente en Chile

¿Está Chile en algunas de las circunstancias descritas y que en la experiencia comparada aconsejan un proceso constituyente originario vía asamblea? Todo parece indicar que no es así. Aún más, la evidencia de los resultados que exhibe Chile y su percepción por la comunidad internacional demuestra

6. Véase O'Donnell, Guillermo, *Delegative Democracy*. En *Journal of Democracy* Vol. 5 N°1 (The Johns Hopkins University Press) 1994, pp.55-69.

que no sólo no existen esas condiciones o circunstancias extremas de ruptura política y/o social en nuestro país, sino que, muy por el contrario es percibido como un país ejemplo de estabilidad política, económica y social en América Latina y en el mundo entero.

Cuando los propiciadores de una asamblea constituyente para Chile elaboran sus críticas consideran que la visión valórica –que ciertamente tuvo la actual Constitución al definir los principios y reglas del proceso político– no es compartida por toda la población. No obstante, si ello fuera así quedaría en entredicho el reconocimiento que han tenido nuestros representantes desde 1990 hasta hoy en el texto constitucional. En efecto, sería de extrema complejidad afirmar que todos nuestros representantes elegidos por el pueblo desde 1989 (incluyendo a los presidentes y parlamentarios) no han sido representativos de la ciudadanía, y que el país ha vivido por más de dos décadas en un aparente sueño democrático, pero gobernados por representantes ilegítimos. Por otro lado no parece tan evidente que la ciudadanía compartiría el proyecto político y social que pretenden impulsar mediante una asamblea constituyente. En esa lógica, sería muy cuestionable su mandato fundacional.

La pregunta que surge, entonces, es si podría un poder constituyente originario, expresado en una asamblea, debilitar o eliminar los principios políticos y jurídicos básicos que claramente están vedados para el poder constituyente derivado y desconocer, por ejemplo, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, como en el caso chileno lo precisa el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución de 1980.

Si se observan las experiencias de asambleas constituyentes de los últimos tiempos en América Latina y a los nuevos ordenamientos constitucionales que ellas han producido, particularmente en Venezuela en 1999, en Bolivia en 2007 y en Ecuador en 2008, puede observarse que se persigue instaurar un modelo compuesto de al menos los siguientes elementos comunes: un discurso “antiimperialista” o más bien derechamente antinorteamericano, un fuerte dirigismo estatal anti economía de mercado o, como suelen decir “antineoliberal”, y un rechazo a la propiedad privada como modo de generar

riqueza, todo ello mezclado con nacionalismo o indigenismo; claramente ninguno de ellos muy cercano a un ethos democrático ni tampoco a los elementos esenciales de la democracia representativa que aprobó la Carta Democrática Interamericana de la Organización de Estados Americanos (OEA) el año 2001⁷.

Estos regímenes han intentado plasmar un proyecto hegemónico caracterizado por ser fuertemente estatista y autoritario, que va entregando diversos derechos a la población, particularmente de carácter social, a través de sucesivos plebiscitos que les permiten ir construyendo mayorías electorales permanentes⁸. Lo que se ha producido allí es precisamente un déficit democrático a través de un proceso paulatino, pero persistente, de resquebrajamiento de la democracia representativa, donde los procesos constituyentes respectivos jugaron un rol funcional a esa precarización de la democracia, coadyuvando a la concentración del poder en el Ejecutivo y a generar una fuerte dependencia de éste, de los órganos que precisamente debían actuar en roles de fiscalización y contención del poder.

VI. Conclusión

El decaimiento de los partidos políticos se manifiesta de muchos modos, pero tal vez una de las más visibles es la abierta pérdida de sentido institucional que los ha llevado a la obsecuencia frente a las voces que surgen desde las calles, levantadas por movimientos de una representatividad al menos cuestionable y que, en último término, no hacen sino expresar sus propios intereses particulares y que no necesariamente están en consonancia con el interés general del país. Esta situación puede llevarlos a sumarse de modo desaprensivo a iniciativas de asamblea constituyente sin rumbo ni contenidos definidos y sin ninguna posibilidad real de encauzar el debate, es un fenómeno que debiera ser objeto de reflexión profunda. El

7. Disponible en http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm

8. Véase López Maya, Margarita y Panzarello, Alexandra, *Populismo, rentismo y socialismo del siglo XXI: el caso venezolano*; Mayorga, Fernando, *Bolivia: populismo, nacionalismo e indigenismo*; y De la Torre, Carlos, Rafael Correa: *un populista del siglo XXI*. Todos ellos en Cheresky, Isidoro (compilador), *¿Qué democracia en América latina?* (Prometeo) 2012.

lugar en que los cambios constitucionales debieran provocarse y discutirse es el de las instituciones y no el de las asambleas.

Frente al reclamo impetuoso y apasionado para que se convoque a una asamblea constituyente cabe responder con una reflexiva calma, distinguiendo entre aquellas materias que resultan plausibles de ser sometidas a la deliberación democrática, de aquellas otras que surgen de voces ditirámicas que han creído reconocer en el frenesí de la coyuntura movilizadora una suerte de “momento constitucional” que permita refundarlo todo.

Algunos han hablado de un “momento constitucional” dando a entender que –movimientos sociales mediante– están dadas las condiciones para una refundación institucional. Pero tal como señala el autor que dio origen a la expresión “momento constitucional”, no debe confundirse éste con una “solución constitucional”, es decir, con el traspaso de un reclamo social que puede implicar cambios significativos, pero que no genera un nuevo régimen⁹.

Por de pronto, el país está en un momento electoral, frente a un debate que surge con nueva fuerza precisamente meses antes de las elecciones presidenciales, tal como se produjo al finalizar el gobierno anterior. Es probable que en este proceso las actuales normas constitucionales surjan más adecuadas de lo que se las considera, mostrando mucha más capacidad de adaptación que la que aquellos líderes que se reflejan en realidades ajenas a nuestra tradición jurídica suelen atribuirles.

9. Véase Ackerman, Bruce: *Generation of Betrayal?* En *Fordham Law Review* Vol. 65 N°4 (Fordham University School of Law) 1997, pp.1519-1536. El autor cita como ejemplo el voto femenino y la fundación de Estados Unidos como la “solución constitucional” y el “momento constitucional” respectivamente.

Elecciones primarias presidenciales

• 10 de julio de 2013 •

Por primera vez en la historia de Chile se realizaron elecciones primarias abiertas para definir los candidatos presidenciales de las dos principales coaliciones políticas. Aunque causó sorpresa el gran número de votantes que se movilizó en la jornada, a nadie extrañó el holgado triunfo de la candidata del PS y del PPD sobre los demás representantes de la llamada Nueva Mayoría; como tampoco fue inesperado el estrecho resultado producido entre los candidatos de la Alianza. Cuánto arraigo tiene este mecanismo en la experiencia comparada; cómo se comportó la institucionalidad que sustentó el proceso y qué debiera esperarse a futuro en función de los resultados, son algunas de las interrogantes que se pretenden dilucidar.

I. Introducción

Las elecciones primarias entregan a la ciudadanía la responsabilidad de elegir el candidato de un partido o una coalición a un cargo de representación popular para representarlo en una elección posterior. Así también, posibilitan la discusión sobre temas de interés social, aún cuando los contenidos programáticos son principalmente absorbidos por las actividades de campaña y apariciones mediáticas. En definitiva, buscan generar participación respecto de decisiones importantes como seleccionar un candidato a la presidencia o al parlamento, con el objeto de entregar mayor legitimidad a quien resulta electo. Por lo mismo, son un mecanismo de apoyo para los partidos toda vez que mediante una consulta popular estos logran identificar quién es más competitivo para un determinado cargo, cuestión que, además, implica una visibilidad pública que acarrea beneficios.

Sin embargo, no son el único mecanismo de selección y sería un error considerarlo así, pues también es posible formularle ciertos reparos. Por ejemplo, tiene altos costos económicos que en situaciones de crisis económica siempre importan, tanto por el gasto para el país como para los partidos, considerando que se hace necesario enfrentar dos campañas. Por otro lado, la competencia al interior de cada coalición puede generar roces internos con resultados negativos para los partidos.

Con todo, las elecciones primarias si bien tienden a potenciar la capacidad de participación de los electores, debiesen procurar mantener y profundizar la unidad dentro de un determinado partido o bien dentro de una coalición. En ese marco, las primarias celebradas recientemente en nuestro país, deben demostrar el cumplimiento de ese fin. De no ser así, este mecanismo podría ser cuestionado y verse debilitado a futuro por los eventuales costos políticos y electorales que quiebres internos o proyecciones de resultados apresuradas podrían hacer pagar.

Cabe señalar que la elección primaria celebrada a fines de junio en Chile fue abierta, lo que equivale a decir que estaban convocados a votar todos los ciudadanos con derecho a sufragio que no militasen en ningún partido

político y aquellos inscritos en alguno de los que participaba en esta elección. Esto, a la vez, implica que a diferencia de las primarias cerradas, donde los votantes marcan su preferencia en virtud del partido al que pertenecen, en este tipo de elección, los electores tienden a orientar su voto en función del grado de identificación con los candidatos. De modo que se demuestra que quienes salieron elegidos son efectivamente los más competitivos en cada sector.

II. Experiencia comparada que orienta las primarias en Chile

El sistema de elección primaria es un instrumento utilizado por distintos países para resolver la selección de sus candidatos. A diferencia de Europa donde este mecanismo –si bien es utilizado en Francia, España e Italia– no está plenamente afianzado, sí tiene una larga tradición en Estados Unidos, país donde las primarias comenzaron a aplicarse a fines del siglo XIX como reacción al hermetismo cupular de los partidos y dominio de los procesos de selección de candidatos. De este modo, este mecanismo se inició en Minnesota de modo obligatorio en 1901, si bien ya se había aplicado dos años antes. Desde entonces, este sistema ha ido consolidándose en diferentes estados, entregando a los electores más capacidad de influir en la selección de algún representante a un determinado cargo. Aun cuando es necesario aclarar que en algunos estados, como Utah o Alaska, hace menos de una década comenzaron a realizarse elecciones primarias para elegir candidato a presidente.

Existen variadas formas de elecciones primarias en los EE.UU. La variedad o calificación de cada una, guarda relación con los electores que están facultados para poder sufragar en los comicios de un determinado partido político, es decir, en virtud de la apertura a la participación. De este modo, existen primarias abiertas, cerradas, o bien las denominadas primarias transversales.

En el sistema de primarias cerradas votan sólo los militantes de un determinado partido político. Bajo el sistema de las llamadas primarias abiertas, los electores de un estado tienen el derecho de participar en el proceso independientemente del partido en el cual militen. Sin embargo,

por democrático que pueda ser este tipo de primaria, algunos sostienen que abre algunos riesgos de abuso. Se ha dado, por ejemplo, que algunos electores militantes de un partido participaron en las primarias de otro partido para hacer ganar al peor candidato en competencia. Para evitar ese efecto no deseado, al menos veinte estados han requerido que los electores declaren públicamente su filiación.

Bajo el sistema de primarias semi-abiertas, por lo general el elector está facultado para votar en la elección que corresponde al partido al cual pertenecen. En algunos estados, no obstante, los partidos deciden si los independientes pueden también participar en sus primarias, o bien los independientes eligen en qué primaria desean votar. Ese es el caso de Virginia del Oeste, donde el partido republicano permite que voten electores independientes, no así el partido demócrata. Hay lugares también en los cuales los electores independientes, sólo por el hecho de votar en la primaria de un determinado partido pasan a ser militantes, debiendo manifestar su voluntad de renuncia para quedar desafiliados.

Bajo el sistema transversal, utilizado hasta el año 2003 cuando la Corte Suprema lo prohibió porque atentaba contra la facultad de los partidos de seleccionar ellos sus candidatos, los electores podían participar en la primaria que estimasen y para el cargo que les pareciera. Es decir, se podía participar en la primaria presidencial de un partido y en la primaria parlamentaria de otro.

En relación con la participación, cabe decir que el número de personas que participa en este proceso es muy inferior a las elecciones oficiales. Esto es importante por cuanto implica que la influencia de un grupo reducido de ciudadanos se sobredimensiona.

¿Qué ocurre en otros países? No obstante la relevancia de las primarias en EE.UU. es necesario señalar que en Sudamérica también se ha acrecentado la utilización de este sistema, con el objeto de generar más participación y transparencia en la elección de los candidatos de determinados sectores. Así ha ocurrido con países como Costa Rica que desarrolla primarias desde 1978 (conocida como Convención Nacional), o Uruguay que desde

1999 utiliza este sistema. Bolivia también tiene un sistema de primarias y Ecuador contempla el sistema en su nueva Constitución. En Honduras se iniciaron el año 2012 con el Partido Nacional de Honduras y Liberal de Honduras. Por su parte, Chile es el país que más recientemente ha incorporado este mecanismo, no obstante la Concertación había acordado ya desde 1993 elegir a sus candidatos por medio de elecciones primarias.

Para introducir este sistema en nuestro país, fue necesario realizar una reforma a la Constitución, específicamente al artículo 19, número 15. Así, el 20 de noviembre de 2012 fue publicada la Ley N° 20.640 que establece el Sistema de Elecciones Primarias para la nominación de candidatos a presidente de la república, senadores, diputados y alcaldes. El 27 de abril de 2013 se publicó, además, la Ley N° 20.669, que introdujo modificaciones a la ley anterior para -entre otros- asegurar de mejor forma el secreto del voto.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que el someterse a elecciones primarias para elegir candidatos de representación popular no es una obligación para los partidos, como sí lo es respetar el resultado. Esto se traduce en que ningún candidato perdedor puede presentarse en la elección próxima al mismo cargo por el cual compitió en la elección primaria.

De este modo, por primera vez en Chile, el domingo 30 de junio se eligieron los candidatos presidenciales de la Concertación o Nueva Mayoría y de la Alianza, en primarias abiertas, en las que podían participar todos los electores, excepto los militantes PRI, PRO, PH y otros partidos que no integran los pactos Alianza y Nueva Mayoría.

III. El desempeño institucional

Dado que el domingo 30 de junio se estaba iniciando un nuevo mecanismo electoral y que además fue entregado en forma íntegra al SERVEL, la atención estaba puesta, no sólo en los candidatos y sus resultados, sino también en el desempeño que esta institución tendría. Más aún considerando los cambios en locales de votación y fusión de mesas que se anunciaron las semanas previas a la elección.

En ese sentido, dicha decisión puede ser evaluada como positiva en el sentido que el funcionamiento fue normal y expedito en los locales de votación. De hecho, las mesas se constituyeron de manera similar, en cantidad de vocales y horario, respecto a lo que ha ocurrido en elecciones anteriores. Lo anterior se traduce en que al final de la jornada sólo 5 de las 13.538 mesas instaladas a lo largo del país no se constituyeron. Además, aún cuando en su momento se pensaba que el cambio de locales podría influir en la falta de participación, las cifras señalan que al final aquello no tuvo mayor efecto en la motivación del elector por participar y la gente acudió a votar, pudiendo hacerlo normalmente en este nuevo escenario de cambios y fusiones.

Cabe señalar que si bien se produjeron atochamientos en las horas cercanas a las 13.00 horas, esto pareció deberse, más al horario de concurrencia mayoritario de los electores –a medio día, dada la época invernal– que a la fusión de mesas.

Los principales problemas que se registraron para votar se relacionaron con errores en el registro de los votantes. En efecto, algunas personas figuraban militando en partidos políticos que no participaban en este proceso, o bien en partidos contrarios al candidato por el cual querían votar. Conviene señalar que esta situación no es responsabilidad del SERVEL sino de quienes firmaron por algún partido, o de quienes pudieron hacer firmar a personas independientes bajo engaño manifiesto. En ese marco, aun cuando durante el mes de junio se efectuaron 1.500 desafiliaciones a partidos políticos, no faltaron personas que señalaron encontrarse militando sin conciencia de aquello (presumiblemente, porque se les habría falsificado la firma) cuestión que podría ser muy grave y denunciante ante la Fiscalía si se considera que toda inscripción debe realizarse ante un notario que da fe del acto.

Finalmente, otro elemento importante a destacar de manera positiva fue la capacidad de entregar con eficacia y rapidez los resultados, considerando que a partir de esta elección dicho Servicio comenzó a hacerse cargo íntegramente de los procesos electorarios. Esta primera prueba mostró que el hecho de que los resultados no fueran enviados al Ministerio del

Interior provocó una desburocratización del proceso, facilitando la rápida publicación de los escrutinios a todo nivel: nacional, regional y comunal. De este modo, se puede afirmar que la autonomía del SERVEL le entrega una clara eficacia al sistema.

IV. Análisis de los resultados

Dada la cantidad de personas que participaron: poco más de tres millones de electores (23% del padrón aproximadamente), lo primero que puede inferirse es que el clima de polarización impulsado por algunos sectores, y que daba cuenta de una supuesta deslegitimidad de nuestras instituciones fue el gran derrotado. Lo anterior, porque la experiencia comparada señala que ante mayor descontento con las instituciones, menor es la disposición a participar.

En ese sentido, queda develado que la vía violenta y de fuerza que han venido adoptando algunos grupos radicales, y su esfuerzo por boicotear este proceso electoral es algo que la ciudadanía rechazó. Aún más, aquellos que en su momento promovieron un clima anti institucional y de descrédito al sistema político, hoy participan activamente en éste, incluso en calidad de candidatos.

De este modo, esos tres millones de votantes que acudieron a votar constituyeron una sorpresa transversal que terminó poniendo en cuestión el grado de desafección con la política, del cual se ha venido ampliamente hablando. Aun cuando se debe considerar que por ser ésta la primera primaria, representaba para muchos, no sólo una novedad, sino también casi una primera vuelta electoral en que se pretendía demostrar las hegemonías partidistas y la fuerza de los candidatos.

Ahora bien, en términos numéricos, en la coalición Nueva Mayoría, como era esperado, la candidata Michelle Bachelet alcanzó un 73% de los votos, versus un 13% de Andrés Velasco que logró el segundo lugar. Los grandes derrotados parecen ser, por un lado José Antonio Gómez (5%) y la izquierdización que representaba como supuesto anhelo que el país esperaba, cuestión que con este resultado queda descartado; y por otro,

la Democracia Cristiana que por diferentes motivos (ambigüedad, o bien falta de lealtad o convicción) salió muy mal parada como para sentarse a negociar con el bloque que apoyaba a Bachelet (PPD, PS, MAS y PC).

Con esto, parece claro que el país está presenciando un equivocado giro programático e ideológico hacia la izquierda por parte del conglomerado que gobernó por más de veinte años desde la vuelta a la democracia. En este nuevo cuadro, si la Democracia Cristiana no hace valer su posición de partido moderado, en una coalición tensionada por el Partido Comunista, no le quedará más que adherir a este nuevo pacto con el serio riesgo, no sólo de perder protagonismo, sino lo que es más crítico: su identidad de partido de centro y en definitiva su supervivencia política.

No obstante, si se analizan los resultados del pacto Nueva Mayoría se puede observar que el 73% obtenido por Michelle Bachelet, aunque la ubica como una sólida candidata respecto del resto de sus contendores, revela que la adhesión ciudadana está relacionada principalmente con sus atributos personales más que con un respaldo a la izquierdización de la Concertación.

De esta manera, la amplia distancia que logró sacar a Velasco, Orrego y sobre todo a Gómez parece indicar que quien motiva la participación ciudadana es ella misma. Es decir, la diferencia de votos obtenidos no se debe leer sólo en el porcentaje de diferencia, sino principalmente entre la cantidad de gente que ella logra cautivar en relación a los otros candidatos del pacto Nueva mayoría. Así entonces, quienes creen que el país quiere izquierdizarse, se equivocan, incluyendo a la misma Bachelet. Quienes son sus adherentes la quieren a ella, con todas sus ambigüedades y equivocaciones, pero no necesariamente quieren izquierdización.

Esto se puede leer así desde el momento en que, al observar la votación obtenida por cualquiera de los otros tres candidatos de la Nueva Mayoría, ninguno de ellos alcanza a empatar siquiera la votación del candidato perdedor de la Alianza. Del mismo modo, los votos obtenidos por Gómez (de clara línea izquierdista) están 14 veces más abajo de la candidata ganadora y a más de un 60% de distancia de Andrés Velasco, que salió segundo. Pero además, porque la suma total de esos mismos candidatos que competían

en la Concertación contra Michelle Bachelet tampoco alcanzan la votación total que alcanzan los dos representantes del pacto Alianza.

En el caso de la Alianza, los resultados muestran que, por un lado, el candidato de la UDI Pablo Longueira no se equivocaba en manifestarse escéptico frente a las encuestas, pero además que su partido tiene un nivel de organización destacable. Por otra parte, también corresponde reconocer que la transversalidad del relato de Longueira, y su opción de aludir al centro social más que a una actitud confrontacional, le fue de gran apoyo para superar cualquier rechazo previo que suele atribuírsele.

Algunos han señalado que las primarias, más que para debatir son para motivar la participación del electorado. Y en ese contexto, queda demostrado que si en un corto período de campaña el candidato de la UDI le pudo ganar a un avezado, y previamente bien posicionado, Andrés Allamand, aquel se consagra como el más competitivo para enfrentar a la candidata de izquierda de aquí a noviembre. Más aún, considerando que en una situación electoral similar, Joaquín Lavín logró alcanzar a Ricardo Lagos que el año 1999 había superado por más del 70% de los votos a Andrés Zaldívar en una primaria que logró un porcentaje de participación del padrón similar al de esta primaria recién pasada.

No obstante los resultados de la competencia al interior del pacto de centro derecha, el gran triunfo de la Alianza pasa por haber logrado motivar a más de 800.000 personas, pues dicha participación es un aliciente en lo que queda de una campaña que será muy disputada.

V. Conclusión

La positiva experiencia de las elecciones primarias en el país, que estuvo por sobre la media mundial, igual devela que los niveles de participación son más bajos que en las elecciones oficiales como la que vendrá en noviembre. Esto se debe a que generalmente son las personas militantes y cercanas a los partidos los que se muestran más interesados en votar en este tipo de comicios preliminares. Ello explica que, lo que se vio por parte

de los candidatos, fue una búsqueda de quienes eran más cercanos en ideas y motivación. La elección de noviembre, por tanto, no está definida.

Así entonces, lo que ahora debiese venir es una conquista por el centro moderado para captar así a un electorado que hoy es amplio e impredecible.

El triunfo obtenido por Michelle Bachelet y Pablo Longueira abre nuevos escenarios. Por lo pronto, ambos deberán consolidar la estructura de sus programas de gobierno.

La candidata de la llamada Nueva Mayoría deberá enfrentar la tensión de ir en búsqueda del voto de centro (siempre importante), manteniendo el apoyo de la izquierda liderada por el partido Comunista. En ese marco, las profundas diferencias de proyectos que hoy exhibe la ex Concertación, implica un gran desafío al liderazgo de la candidata elegida por dicho conglomerado. Sobre todo si se considera que el electorado de Velasco, al carecer de estructura partidaria, es mucho más difícil de comprometer.

En el caso de Longueira, el primer desafío será lograr posicionarse como el candidato de la Alianza más que como el candidato de la UDI, con el objeto de cerrar el último ciclo de un proceso de primarias: lograr la unidad entre los competidores.

En ese escenario, y dado que tanto Allamand como Longueira mantuvieron mientras competían un discurso aliancista y pro gobierno, aquella unión y afiatamiento entre ambos partidos debiese consolidarse camino a los comicios de noviembre.

Finalmente, deberá lograr ampliar su electorado a ese centro que no se comporta ideológicamente sino que busca un candidato con quien identificarse en virtud de la sensibilidad que aquel pueda tener con sus problemas cotidianos. El desafío de Longueira, entonces, estará en lograr consolidar el mensaje dirigido al llamado centro social y conquistar, como ya ocurrió en las pasadas elecciones, a un electorado que tradicionalmente votó por la Concertación –especialmente la Democracia Cristiana– pero que no quiere volver a repetir fallidas experiencias de la izquierda más extrema.

¿Fin del sistema electoral binominal?

• 7 de agosto de 2013 •

Después de más de veinte años de vigencia y de haber contribuido a la estabilidad política del país, todo parece indicar que el sistema binominal está viviendo sus últimas horas. Aunque se discuten dos proyectos diferentes, parece haber consenso en la necesidad de cambiar el sistema de elección parlamentaria. Aunque no hay dogmas al respecto, pues todos los sistemas electorales tienen ventajas y desventajas, es necesario ser muy cuidadoso. Los cambios que se introduzcan deben compatibilizar la representatividad de las fuerzas políticas, con la gobernabilidad que el país necesita.

I. Introducción

Durante el gobierno del presidente Sebastián Piñera el debate sobre el sistema electoral binominal se ha vuelto a encender. En efecto, a siete meses del término del actual gobierno hay dos propuestas sobre la mesa: la del acuerdo Concertación-Carlos Larraín y la del gobierno. Ambas propuestas son distintas, pero tienen similitudes importantes que hacen suponer que –quizás por primera vez– el país está en un escenario propicio para consensuar un cambio al tan denostado sistema electoral binominal.

II. El sistema binominal: sus virtudes y defectos

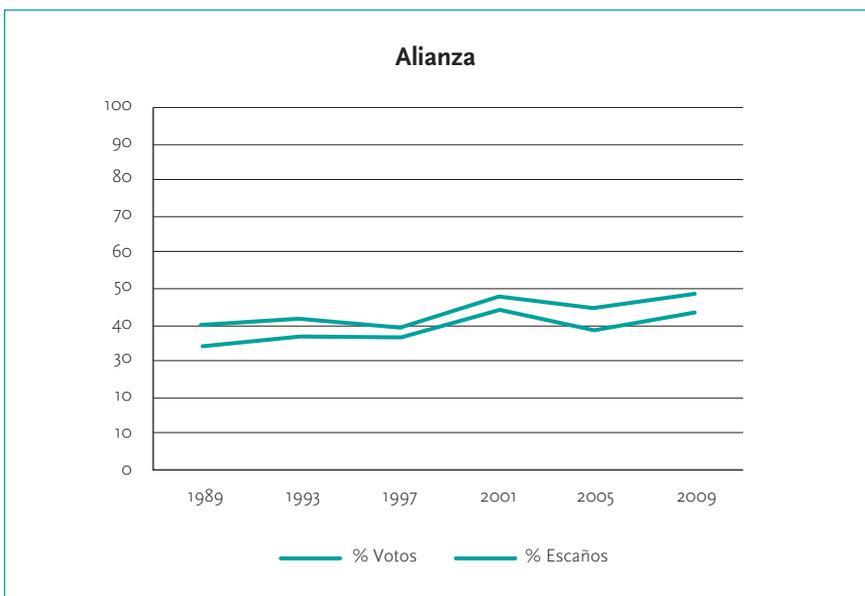
El sistema binominal en Chile se aplica en Chile solamente en las elecciones parlamentarias. Es un sistema proporcional de magnitud 2; es decir, un sistema que elige 2 parlamentarios por distrito con un sistema de repartición de escaños que se denomina D'Hondt. Este sistema –el D'Hondt– es lo que hace que una lista requiera obtener el doble de votos que su más cercana contendora para que pueda obtener ambos escaños; lo que en Chile se conoce como “doblajes”.

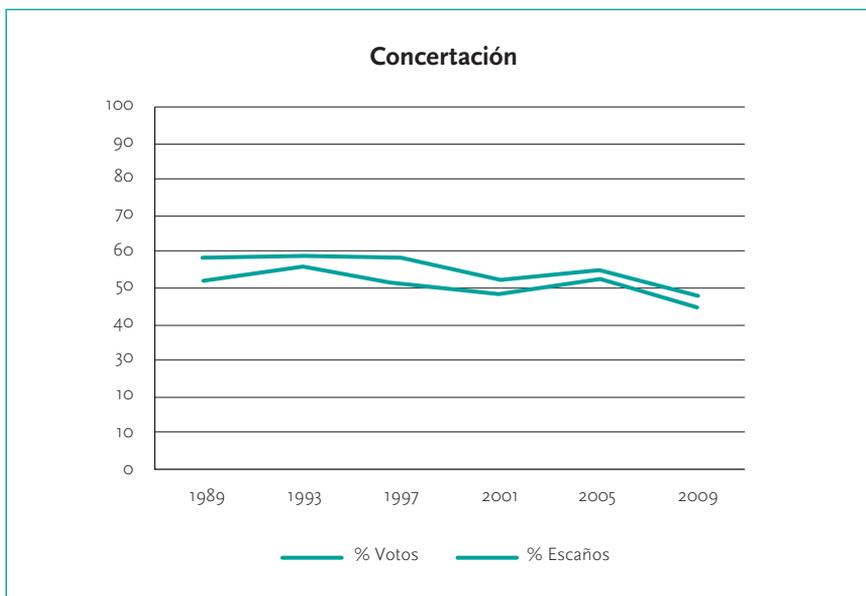
Esta necesidad de doblar ha sido criticada por algunos políticos, ya que implicaría que el 33.4% pesa lo mismo que el 66.6%. En otras palabras, da igual sacar casi el doble de votos porque al final la repartición de escaños es pareja: uno para una fuerza política y otro para su contendora. Lo anterior, dicen sus críticos, implica aceptar una desproporción que es inaceptable en democracia ya que no se expresa la voluntad de la gente.

La crítica anterior resulta poco convincente por dos razones. La primera, porque la desproporción no debe ser mirada por distrito sino que en el agregado final. Hay países –como Estados Unidos o Inglaterra– que tienen distritos uninominales, es decir, que eligen sólo un parlamentario por distrito. En esos casos, la desproporción por distrito puede resultar dramática ya que sólo con un voto más, una fuerza política podría llevarse el total de los escaños, dejando en cero a la fuerza que obtuvo un voto menos. Con todo, nadie podría afirmar

que Inglaterra y Estados Unidos no tienen democracias sólidas, pues lo que importa no es lo que ocurra en cada distrito, sino cuál es la proporción final en el parlamento, analizando la realidad del país como un todo y no distrito por distrito.

En el caso chileno, el sistema binominal ha logrado una proporcionalidad más que aceptable; sobre todo en el caso de los diputados. Los siguientes gráficos muestran el porcentaje de votos obtenidos, versus el porcentaje de escaños obtenidos. En ellos se ve claramente que tanto la Alianza como la Concertación han obtenido un porcentaje de escaños similares a los votos obtenidos en todas las elecciones en las que se ha utilizado el sistema binominal, es decir, desde 1989 a la fecha.





La segunda razón por la cual no parece razonable criticar de “antidemocrática” esta modalidad de “doblajes” es que esta situación ocurre porque el binominal –como hemos dicho– es un sistema aceptado internacionalmente como proporcional de magnitud 2 con sistema D’Hondt. Este sistema no es antojadizo ni menos un invento extraño, como se ha pretendido instalar. Tan común es, que en Chile se usa D’Hondt para la elección de concejales y CORES. Adicionalmente, las dos propuestas para modificar el binominal, que están hoy sobre la mesa, utilizan también este sistema. La única diferencia, pues, con el binominal es la magnitud de los distritos; que –hay que aclarar– no es una diferencia menor.

Se crítica al sistema binominal porque supuestamente subsidia a la segunda fuerza política. En este caso, eso significaría que es un sistema que subsidia a la Alianza dado que en las seis elecciones parlamentarias que se han celebrado con este sistema la Alianza ha sido la segunda fuerza política.

Esta objeción también resulta falsa. En nuestro país, existe conciencia –y coincidencia– entre los diversos analistas electorales, que este sistema favorece a las dos primeras fuerzas políticas. Y esto no debe extrañar dado que el sistema binominal es un sistema que por su esencia obliga a las fuerzas políticas a agruparse en dos grandes bloques para maximizar sus posibilidades de obtener escaños. En otras palabras, el sistema binominal –a diferencia de sistemas proporcionales de mayor magnitud– ha impedido la atomización de fuerzas políticas, lo que suele asociarse a mayores niveles de estabilidad política.

Así las cosas, el sistema binominal no ayuda a ninguna de las dos primeras fuerzas de modo preferente, sino que las favorece de igual modo. En efecto, la Alianza fue más favorecida que la Concertación en las elecciones de los años 1993, 2005 y 2009, mientras que la Concertación fue más favorecida que la Alianza en las elecciones de los años 1989, 1997 y 2001.

Una tercera crítica que se le ha hecho al sistema electoral binominal es que desincentiva la participación de la ciudadanía. Si bien no queda claro por qué se produciría este efecto, lo que sí parece quedar claro es que la evidencia no sustenta la crítica. En efecto, si se toma la elección parlamentaria del 2001 (se usa esta porque es la última que se hizo sin elección presidencial simultáneamente que, como se sabe, es la que atrae más personas a las urnas) y se la compara con la elección municipal del año anterior es posible observar que la participación es prácticamente la misma, a pesar de que en la elección municipal la cantidad de candidatos es muy superior. Por tanto, esta crítica no parece sustentarse en la evidencia.

Elección municipal (2000) | Sin binominal

7.089.886 votos

Elección parlamentaria (2001) | Con binominal

7.034.292 votos

Una cuarta crítica hacia el sistema electoral binominal es la presunta falta de competencia. A pesar de que resulta difícil medir cuán competitivo es un sistema electoral, una buena aproximación sería analizar cuánto recambio hay en el parlamento. Así, podría afirmarse que un parlamento con bajos niveles de recambio (donde el incumbente siempre le gana al desafiante) tiene menos competencia que uno donde el recambio es mayor. En otras palabras, la competencia tiene que ver con la seguridad que tiene o pueda tener un parlamentario de conservar su asiento en el Congreso.

Un reciente estudio de Res Pública, de los investigadores Alejandro Ferreiro y Eugenio Guzmán, muestra que Chile tiene un nivel de competencia aceptable. En efecto, de 29 países analizados (casi todos OECD) Chile ocupa el noveno lugar en competitividad, con un 38.8% de cambio medio por elección. El promedio de los 29 países es de 36.4%, es decir, Chile supera el promedio internacional.

Incumbencia y cambio de los representantes políticos a nivel internacional (1974-1989)

| | Países | Cambio medio por elección (%) |
|----|---------------|-------------------------------|
| 1 | México** | 86,5 |
| 2 | Argentina** | 74,8 |
| 3 | Brasil | 48,6 |
| 4 | Canadá | 46,9 |
| 5 | Portugal | 45,2 |
| 6 | España | 44 |
| 7 | Francia | 42,3 |
| 8 | Noruega | 39,3 |
| 9 | CHILE* | 38,8 |
| 10 | Austria | 38,6 |
| 11 | Holanda | 36,3 |
| 12 | Israel | 36,2 |
| 13 | Suiza | 35,7 |
| 14 | Grecia | 35,6 |
| 15 | Italia | 35,5 |
| 16 | Luxemburgo | 35,3 |
| 17 | Finlandia | 35 |
| 18 | Islandia | 33,6 |
| 19 | Bélgica | 30,5 |
| 20 | Malta | 28,5 |
| 21 | Nueva Zelanda | 27,5 |
| 22 | Suecia | 25,9 |
| 23 | Dinamarca | 25,4 |
| 24 | Japón | 25,1 |
| 25 | Reino Unido | 24,3 |
| 26 | Irlanda | 23,9 |
| 27 | Alemania | 21,3 |
| 28 | Australia | 20 |
| 29 | E.E.U.U. | 15,1 |
| | Promedio | 36,4 |

Sin embargo, la crítica sobre la falta de competitividad, si bien es incorrecta, sí se aproxima a un defecto real del sistema binominal: la competencia, aunque existe, se da al interior de las coaliciones y rara vez entre las coaliciones. Este es un mal de todos los sistemas proporcionales, pero se acentúa en uno de magnitud 2 como el binominal.

Otra crítica que es razonable es la rigidez del sistema actual que impide el redibujamiento de los distritos en la medida en que la realidad demográfica del país va cambiando. Si bien este aspecto no está directamente relacionado con el sistema binominal, parece imposible de ser corregido sin un cambio al sistema electoral en su conjunto.

III. Sistemas electorales alternativos

Parte de la crítica que se podría hacer al debate sobre la conveniencia de cambiar o mantener el sistema binominal ha sido la falta de alternativas que puedan generar un consenso transversal. Da la impresión –no es fácil saberlo con certeza– que las propuestas que se han hecho buscan primero el bien del grupo que las propone y no necesariamente el bien mayor de nuestro sistema político institucional.

Las alternativas para cambiar un sistema electoral son infinitas. Sin embargo, existen dos grandes familias de sistemas electorales que se pueden distinguir. A saber, los sistemas mayoritarios y los sistemas proporcionales. Los sistemas mayoritarios son aquellos en que los distritos electorales eligen un solo escaño. Es decir, en este sistema el que obtiene más votos gana y el resto pierde. Este es el sistema –como apuntábamos más arriba– de Estados Unidos e Inglaterra. En Chile utilizamos este sistema para la elección de alcaldes.

En los sistemas proporcionales se elige más de un candidato por distrito. El binominal, como ya está dicho, es un sistema proporcional de magnitud 2. Los proyectos que hoy se discuten en el parlamento son sistemas proporcionales con diferencias en la magnitud de los distritos y en el número de distritos. Los sistemas proporcionales son muy populares en

los países europeos con un sistema político parlamentario. Es decir, este sistema se implementa en la gran mayoría de estos países.

Ahora bien, ambos sistemas tienen ventajas y desventajas. Se suele relacionar la estabilidad como una ventaja de los sistemas mayoritarios porque obliga a las diversas fuerzas políticas a agruparse de modo de maximizar sus posibilidades de ganar elecciones. Así, no existe la atomización de partidos y coaliciones que se generan con un sistema proporcional. El que haya menos partidos facilita las negociaciones e impide que grupos minoritarios que pueden inclinar la balanza en el parlamento tengan un poder desmedido en relación a su verdadero apoyo popular.

Por su parte, se suele relacionar la representatividad como una ventaja de los sistemas proporcionales. Es decir, al haber mayor número de partidos y una distribución proporcional de cargos, es más frecuente que se genere en el parlamento una foto casi exacta de la realidad política nacional.

A estas dos familias de sistemas electorales se puede sumar una tercera, que son los sistemas mixtos. Estos sistemas tienen distritos mayoritarios y un componente proporcional que busca asegurar la representatividad de las distintas fuerzas políticas. Tal es el caso del sistema alemán.

Más allá de las fortalezas o debilidades de estos sistemas, es necesario atender a sus efectos. Maurice Duverger, destacado politólogo francés, fundador del Instituto de Estudios Políticos de Burdeos, representante del Partido Socialista en el Parlamento Europeo, quien acuñó –entre otros– el término semi-presidencial, identifica tres leyes sociológicas al respecto:

- a) Un sistema electoral mayoritario conduce a dos grandes partidos.
- b) Un sistema electoral proporcional conduce a un multipartidismo.
- c) Un sistema electoral mayoritario con segunda vuelta conduce a un multipartidismo con dos grandes coaliciones.

¿Qué sistema es mejor? En abstracto, ninguno es mejor que el otro. Sin embargo, en concreto se podría afirmar que hay sistemas mejores que otros, dependiendo del sistema político general. Existen estudios ampliamente

difundidos que afirman que los sistemas electorales proporcionales son una mala idea en las democracias presidencialistas. En simple, estos estudios afirman que para los regímenes presidencialistas es mejor tener un sistema mayoritario, porque le asegura al ejecutivo tener mayoría en el parlamento. Un sistema de gobierno presidencial, combinado con un sistema electoral proporcional puede producir un cerrojo en el que el ejecutivo debe negociar cada ley con múltiples grupos en el parlamento, lo que entorpece la labor legislativa y desacelera la ejecución de las políticas del gobierno.

En efecto, Scott Mainwaring, un experto en política comparada (máster de Yale, doctor de Stanford y profesor de Notre Dame) y uno de los autores más citados en temas de sistemas electorales y partidos políticos, afirma que “el hecho que democracias presidenciales con multipartidismo tengan tan malos resultados no ha recibido la debida atención. Ninguna de las 31 democracias estables del mundo tienen esta configuración, y existe sólo un ejemplo en la historia –Chile desde 1933 a 1973– que la tuvo”.

Es decir, el autor afirma que presidencialismo con multipartidismo (sistema proporcional, si seguimos las leyes de Duverger) no funcionan juntos. Y la razón es que esa mezcla produce un estancamiento entre el poder ejecutivo y el poder legislativo por falta de control de aquel sobre el parlamento. En palabras de Mainwaring “el presidencialismo multipartidista es más proclive que el parlamentarismo o que el presidencialismo bipartidista a llevar a un punto muerto entre ejecutivo y legislativo, produciendo inmovilismo. A diferencia de los sistemas parlamentarios, los presidenciales no tienen mecanismos para asegurar mayoría en el parlamento. El partido del presidente suele tener mayoría –o casi– en sistemas bipartidistas, pero casi nunca en sistemas multipartidistas. El presidente se ve así obligado a formar coaliciones en el parlamento para cada tema. En este sentido, los sistemas presidenciales multipartidistas se parecen a gobiernos de minoría parlamentaria, con la diferencia de que en la mayoría de los sistemas parlamentarios el gobierno dura mientras obtenga apoyo mayoritario en los temas claves”.

Mainwaring no está solo. Bruce Ackerman –de la universidad de Harvard y profesor de la facultad de derecho de Yale– en su famosa obra “La

Nueva División de Poderes” de 2007, afirma que “la forma más tóxica de división de poderes es la combinación constitucional de (1) un presidente popularmente electo junto con (2) un Congreso electo por un sistema de RP [representación proporcional]”. También los politólogos chilenos Patricio Navia y Cristóbal Aninat afirman en un informe de Expansiva que quienes postulan un sistema completamente proporcional para Chile “cometen el error de olvidar las tensiones que produce tener un sistema presidencial fuerte como el chileno, junto a un régimen de representación proporcional en la composición del Congreso (...) Nuestra propuesta consiste en la adopción de un sistema mayoritario para las elecciones legislativas del país, la creación de 120 y 38 distritos uninominales para la Cámara y el Senado, respectivamente, y la creación de un organismo independiente para el diseño y rediseño periódico de los distritos electorales”.

Sin embargo, y a pesar de todas estas advertencias, las únicas dos propuestas que hoy se discuten son proporcionales y no mayoritarias. Tal es el caso del proyecto de la oposición con un sector de RN como la propuesta del gobierno.

IV. Propuestas y conclusiones

Por primera vez pareciera que existe un cierto consenso entre los partidos sobre la naturaleza del sistema electoral que debiera reemplazar al binominal. Como ya hemos dicho, ambos proyectos introducen un sistema electoral proporcional.

Dado que ambos proyectos son similares, en la última sesión de la comisión de Constitución del Senado celebrada el día miércoles 31 de julio de 2013 el diputado Pepe Auth –en calidad de invitado a la comisión– propuso fusionar ambos proyectos. Este antecedente es útil para entender que en estos momentos resulta difícil hacer un análisis de los proyectos porque aún es incierto qué es lo que finalmente se discutirá y eventualmente votará en el parlamento. Con todo, se presenta a continuación un paralelo entre ambos proyectos:

| Propuesta de la Concertación + parte de RN | Propuesta del Gobierno |
|---|---|
| Aumenta la cantidad de diputados a 150 y los senadores a 50. | Mantiene la cantidad de diputados en 120 y la de senadores en 38. |
| Sistema proporcional con sistema D'Hondt de repartición de escaños. | Sistema proporcional con sistema D'Hondt de repartición de escaños. |
| Magnitud de distritos: 3,4 y 6,8. | Magnitud de distritos: 2,4 y 6. |
| Mantiene circunscripciones senatoriales binominales y crea Senadores Nacionales, electos por votación nacional. | Agrupar circunscripciones senatoriales para aumentar magnitud. |
| Limita la reelección de los parlamentarios: 3 periodos para los diputados y 2 para los senadores, sin poder presentarse en zonas distintas. | Limita la reelección de los parlamentarios: 3 periodos para los diputados y 2 para los senadores, pero pueden presentarse en zonas distintas. |

Como se ve, ambas propuestas son muy similares y pueden fusionarse. Por ejemplo, el senado puede quedar con fusión de circunscripciones (propuesta gobierno) y con senadores nacionales (propuesta oposición).

Respecto a la magnitud de los distritos, los distritos de magnitud 3 pueden generar una desproporción mayor que lo que se alega respecto del binominal. En efecto, mientras el binominal fortalece la opción de las dos mayores fuerzas políticas, un “trinominal” genera un sesgo en favor de la fuerza dominante, quien tenderá a llevarse dos escaños (el 66% del distrito) con mayoría simple. Así, si los distritos de magnitud tres son numerosos, en el agregado la desproporción podría ser significativa.

Finalmente es necesario llamar la atención respecto de dos puntos. Primero, ninguno de los proyectos contempla limitar la reelección de los alcaldes. En Chile los alcaldes tienen amplias facultades ejecutivas que pueden influir en el resultado de una elección (facultades que los parlamentarios no tienen) por lo que resultaría de toda lógica limitar su reelección. En segundo lugar, creemos que la labor legislativa no justifica un aumento en el número

de parlamentarios. En efecto, la labor parlamentaria –como cualquier otra– se encuentra afectada a la ley de rendimientos decrecientes, por lo que aumentar su número no sólo conlleva mayores gastos para el Estado, sino que probablemente menor actividad legislativa.

Por último, parece necesario establecer un mecanismo que permita redibujar los distritos según los cambios demográficos del país. Hay abundante experiencia comparada que ofrecen múltiples y variadas soluciones para este problema.

¿Recurso Extraordinario o Recurso de Casación

• 21 de agosto de 2013 •

Dentro de pocos días se votará en el Senado una de las reformas más importantes del Nuevo Código de Procedimiento Civil: el llamado Recurso Extraordinario que pone fin al recurso de casación, tanto en la forma como en el fondo. Dicha modificación implica mucho más que una mera reforma procedimental. De lo que se trata es de discernir, en realidad, la verdadera naturaleza, función y fines de la Corte Suprema en la institucionalidad de la resolución de causas del país.

I. Introducción

Próximamente se votarán, en el capítulo del Nuevo Código de Procedimiento Civil, las reglas sobre los recursos procesales, en especial la propuesta del Ejecutivo de poner término al recurso de casación, sustituyéndolo por un recurso extraordinario. La propuesta tiene por finalidad reemplazar este mecanismo de impugnación vigente desde hace décadas en Chile, sea en la forma o en el fondo, por uno que se pretende novedoso: el Recurso Extraordinario.

Esta modificación sería una de las más importantes que contempla el proyecto de ley que establece el Nuevo Código Procesal Civil, pues en opinión de sus promotores aportaría coherencia y unidad de criterio a las decisiones de los tribunales del país.

No obstante, la prudencia parece indicar que el recurso de casación en el fondo no debe suprimirse de la legislación chilena, por numerosas razones, expuestas de manera bastante clara y convincente, por destacados juristas nacionales¹.

Esta reforma excede a un mero cambio a los procesos civiles. De lo que se trata es de discernir, en realidad, la verdadera naturaleza, fines y posición de la Corte Suprema en el sistema político y en la institucionalidad de la resolución de causas del país. Es evidente que la reforma también tiene consecuencia políticas, y es necesario advertir que el poder que podría restarse a la Corte Suprema quedaría radicado en las Cortes de Apelaciones, cuyas decisiones serían, en adelante, prácticamente inexpugnables. En efecto, sólo en la medida que el error de derecho cometido por un Tribunal de Alzada entre en contradicción con otras sentencias pronunciadas por tribunales superiores, será posible de remediar por la vía del recurso extraordinario. Por lo demás, la experiencia que ya se puede tener a la vista por la introducción de este arbitrio en materia laboral no parece alentadora.

1. Véase Raúl Tavorari Oliveros en el artículo “La eliminación de la casación civil: una marcha contra los tiempos” en <http://derecho-scl.udd.cl/files/2013/06/La-eliminaci%C3%B3n-de-la-casaci%C3%B3n-civil.pdf>

La finalidad del recurso de unificación, conforme a la propuesta, es la de hacer valer las garantías constitucionales, y la de fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial. Conviene examinar si ese propósito debiera ser el principal perseguido por un medio de impugnación de esta clase. Si se pone atención a la naturaleza y fisonomía de la casación en el fondo, podrá descubrirse que el propósito de esta última es el mismo, con la diferencia que prevalece aquí el interés de la parte agraviada para echar a andar el mecanismo de revisión por parte del Máximo Tribunal. Se dice que no es aceptable que una Corte Suprema se avoque a la resolución de causas particulares en las que no concurra un interés público de carácter general. Sin embargo, este argumento no tiene en cuenta que la aplicación correcta de la ley tiene ese mismo alcance, aunque quien acuda a la Corte sea un particular. Es necesario tener presente que la Corte Suprema no es un centro de estudios jurídicos, sino el lugar donde se toman las decisiones de los conflictos sometidos a su conocimiento por las partes. Además, debe tenerse presente que la esencia y el fin primario y directo de la labor judicial es la resolución de conflictos y no la producción de doctrina jurisprudencial, aunque indirectamente ese fin propio tenga como consecuencia la elaboración doctrinal.

II. Contenido del proyecto

Algunos rasgos que conviene destacar del Recurso Extraordinario contemplado en los artículos 405 y siguientes del proyecto son los siguientes:

Su objeto, según el artículo 405 del texto propuesto, es que la Corte Suprema se avoque al conocimiento de un asunto judicial por estimarse afectado un interés general. Quien puede deducirlo es el agraviado por la sentencia, con arreglo al artículo 405. La petición sometida a la decisión de la Corte consiste en solicitar que se avoque al conocimiento de un asunto.

Los requisitos del recurso contemplados en el artículo 408 son: que se deduzca por escrito; que se expresen los agravios que causa al recurrente; que contenga las razones por las cuales se estima concurrente el interés

general; y las peticiones concretas sometidas al conocimiento y decisión de la Corte Suprema.

Para definir qué se debe entender por concurrencia de un interés general (que pueden constituir en la realidad las causales del recurso), el artículo 409 del proyecto enuncia dos hipótesis diferentes:

- a) Infracción en forma esencial, cometida en la sentencia o en el procedimiento, de un derecho o garantía fundamental de aquellos que establecen la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por Chile, o que se encuentren vigentes.
- b) En caso de que la Corte considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial.

El inciso segundo del artículo 413 contiene las exigencias formales de la sentencia del Recurso Extraordinario: 1) exposición de los fundamentos que se consideraron para declarar la admisibilidad del recurso; 2) explicación de la forma en que se verifica la infracción esencial; 3) la manera en que deberá ser interpretada una norma o principio jurídico; 4) y la declaración de la confirmación, modificación, revocación o invalidación de la sentencia o del procedimiento en que fue pronunciada. Contra esa sentencia no hay recursos, con una sola excepción: si se demostrare que el fallo contradice otra sentencia pronunciada por la sala especializada, sin que se hubiere dejado constancia de la voluntad de modificar la doctrina anterior. Finalmente, la publicidad que debe darse a la sentencia, más allá de la notificación legal a las partes, es su publicación en la página web del Poder Judicial y ser incluida en los informes de la Cuenta Anual dada por el Presidente de la Corte Suprema.

III. El recurso de casación en el ordenamiento jurídico vigente

Por intermedio del recurso de casación se pretende invalidar las sentencias pronunciadas con infracción de ley, siempre que tal infracción lleve aparejada una influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia. Se dice

que constituye un recurso extraordinario porque procede contra ciertas y determinadas sentencias, y sólo por las causales y motivos que admite la ley.

Puede interponerlo quien revista el carácter de parte agraviada por la sentencia impugnada.

Las peticiones que debe contener un recurso de casación es que se lo tenga por interpuesto, que sea invalidada la sentencia impugnada y que en su lugar, la propia Corte dicte, acto seguido y sin nueva vista, una sentencia de reemplazo, transformándose así, sin reenvío al *ad quem*, en un tribunal del grado. Para ser conocido por la Corte, primeramente debe sortear un examen de admisibilidad que permita dictar el respectivo decreto “autos en relación”. Dicha sentencia interlocutoria no se dictará si en esta sede previa el recurso es declarado inadmisibile por incumplimiento de requisitos formales (plazo, resolución recurrida, patrocinio de abogado), o por sentencia que declara su manifiesta falta de fundamento.

La declaración de manifiesta falta de fundamento es hoy en día la fórmula de control previo aceptada por el Código y más corrientemente aplicada por la Corte Suprema. De prosperar el Recurso Extraordinario, será sucedida por la Declaración de Interés General.

IV. Recurso Extraordinario

Lo primero que llama la atención del proyecto en comento es que su objetivo sea el reemplazo del recurso de casación por el Recurso Extraordinario, en circunstancias que este último es caracterizado, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, como un recurso extraordinario. Parece razonable pensar que la naturaleza ordinaria o extraordinaria de un recurso puede examinarse desde dos perspectivas diferentes: por un lado, desde las causales o motivos que permiten su interposición, y por otro, teniendo en cuenta las potestades de la Corte Suprema para conocerlo y fallarlo como tribunal *ad quem*.

Sobre el marco constitucional que tendría que tenerse presente para el diseño de las impugnaciones que debiera conocer el Máximo Tribunal en cuestiones

civiles, tanto para su interposición como para su conocimiento, se debe advertir que, a diferencia de otros países de la región que en años recientes han modificado su régimen jurisdiccional y de recursos procesales², la Constitución Política no asigna a la Corte Suprema en términos explícitos la labor de conocer de recursos procesales determinados. El rol que la Carta Fundamental asigna a aquella es ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica de los tribunales que componen el Poder Judicial³ (art. 82).

Además, un sistema de recursos procesales debiera tener presentes algunas consideraciones propias de la dogmática constitucional, tales como las siguientes:

a) Las tareas que la ley asigne a la Corte debieran orientarse a los fines del Estado contemplados en el artículo 1° de la Constitución, esto es, contribuir al Bien Común.

b) El tratamiento procesal de los recursos debiera concebirse en términos que permitan afirmar el pleno respeto del principio de igualdad y la prohibición de diferencias arbitrarias (Art. 19 N° 2 C.P.R.).

c) El sistema debiera propender a la igual protección de la ley a las personas en el ejercicio de sus derechos, garantía que se concreta en la ley como del derecho a tutela judicial efectiva proporcionado en términos igualitarios a la población, sujetándose siempre a los criterios propios de un racional y justo procedimiento (art. 19 nro. 3°).

d) Un mecanismo de selección de causas y de conocimiento sustantivo de asuntos litigiosos debe necesariamente respetar el principio de inexcusabilidad, tal como ya lo ha sostenido el tribunal Constitucional en sentencia de 1995 sobre el proyecto de ley de Reformas Judiciales y Modificaciones a los Recursos de Casación y de Queja.

El profesor Raúl Tavolari ha tratado el problema de mantener vigente o no el

2. Es el caso de Ecuador y Colombia.

3. Véase Art. 82 C.P.R.

Recurso de Casación, aportando argumentos que parecen dar razón a los que instan por su abolición. Esas ideas se pueden sintetizar del siguiente modo:

a) Tanto abogados como jueces, han terminado por transformar a esta impugnación en un medio excesivamente formalista y ritual.

b) La Corte Suprema lo ha transformado, a través de doctrinas que se han arrastrado por décadas, en un instrumento que privilegia el culto a la ley por encima de la solución racional y justa de las contiendas judiciales. Es habitual que se mire la casación como “un homenaje a la ley”, o que se diga que los jueces “son verdaderos esclavos de la ley”. Ello explica cómo en el pasado se hizo uso indiscriminado del recurso de queja, cuya esencia y finalidad es disciplinaria, para transformarlo en la práctica en una verdadera tercera instancia jurisdiccional, en detrimento de la casación. Si bien la Ley 19.374 puso término a esta situación, ello no acarreó un incremento sustantivo de las sentencias definitivas de casación.

Un aspecto que subrayan quienes buscan abolir la Casación es el de la negativa a considerar siquiera la existencia de un recurso jurisdiccional efectivo según las pretensiones del interés particular que sea digno de ser conocido por la Corte Suprema. Parece obvio que instar por la correcta aplicación de la ley o por invalidar una sentencia que hace una errónea aplicación del derecho son cuestiones que inciden en el interés general. Aunque la decisión del recurso termine favoreciendo sólo a una parte determinada, lo cierto es que decidir el derecho, sea éste la ley, un principio general o la equidad, es una materia que en definitiva cederá en beneficio de toda la comunidad jurídica. La finalidad puramente destinada a crear, fijar, uniformar, aclarar o modificar doctrinas jurisprudenciales hace ver a la Corte Suprema como un Centro de Altos Estudios de la Ciencia Jurisprudencial, y no ejercer la labor jurisdiccional de manera inexcusable y que compete al Estado y al Poder Judicial, y su Máximo Tribunal, por excelencia.

La propuesta del Ejecutivo de reemplazar un recurso por otro es audaz. Ciertamente, el fundamento de la misma puede estar en el propósito de acabar de una vez por todas con los lastres que llevaron a la casación chilena a transformarse en un mecanismo muchas veces excepcional, por

la excesiva formalidad en la interpretación de sus requisitos sustantivos. Algunos son propios del régimen procesal chileno, y otros son problemas que también se han manifestado en otras naciones, tales como la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, y los errores *in iudicando e in procedendo*. Sin embargo, no parece que esa explicación sea suficiente para idear un nuevo recurso reacio a examinar el contenido de las decisiones de una Corte de Apelaciones, o de pretensiones correctoras en caso de infracción de derechos y garantías, o de estimar, la Corte Suprema, que debe instaurar, modificar o poner término a planteamientos doctrinarios.

Si se pudieran trazar los rasgos que definen la fisonomía del Recurso Extraordinario reglamentado en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, se advertirá que se lo define más por sus límites que por su contenido esencial. Tales son los que se describirán a continuación:

a) Un límite al recurso a deducirse para ante la Corte Suprema debiera ser el análisis de la prueba que necesariamente debió producirse en audiencias, pues para eso está la labor de las Cortes de Apelaciones. El control de legalidad y de mérito propios del recurso de apelación debiera bastar para el desarrollo de esta tarea. No obstante, si la falsa valoración de los hechos se lleva a cabo por una Corte de una manera que implique transgresión a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, conduciendo a una incorrecta aplicación del Derecho, la Corte Suprema puede y debe avocarse al conocimiento y fallo del asunto.

b) La segunda restricción ha sido definida de manera demasiado general por el proyecto, y consiste en que se exige la concurrencia de agravio o perjuicio para el recurrente. La expresión “agravio” –más propia de la apelación del derecho común que de un recurso extraordinario– sugiere que la sentencia que se trata de atacar por esta vía debe causar daño al ocurrente en términos que justifiquen acudir a la máxima jurisdicción.

c) Un tercer límite está constituido por las causales del recurso –los motivos de impugnación– que son los que deben satisfacerse para que el asunto sea digno de revisión por parte de la Corte Suprema, en lo que el proyecto denomina “*interés general*”.

d) Cabe añadir, además, que el solo empleo de la denominación de “*extraordinario*”, tanto en el epígrafe del título correspondiente como a lo largo de los artículos que regulan el recurso, es indiciario de la voluntad del legislador de dar carácter excepcional o inusual a este remedio jurisdiccional.

No obstante lo anterior, parece prudente considerar los siguientes elementos como concurrentes a la construcción de un sistema de revisión de causas por parte de la Corte Suprema para el Código contenido en el proyecto:

a) Debe someterse a las exigencias constitucionales a las que ya se hizo referencia (orientación al bien común, igualdad ante la ley, igual protección, tutela judicial efectiva, racional y justo procedimiento, inexcusabilidad), evitando la adopción de mecanismos de rechazo in limine que dependan de la mera voluntad de la Corte para avocarse al conocimiento de causas.

b) Debe constituir un medio eficaz para revisar la juridicidad de las decisiones de una Corte de Apelaciones, sin que por eso sea aceptable transformarlo en un recurso ordinario de control de mérito de las decisiones de las Cortes de Apelaciones (en otras palabras, en una apelación de la apelación), ni en un control de pura legalidad (en desprecio de otras fuentes del Derecho de similar o mayor jerarquía).

V. Conclusión

Los argumentos que se vienen exponiendo permiten formular una propuesta de indicaciones cuya finalidad es satisfacer los estándares señalados, de manera que no se desnaturalice la labor, en esencia jurisdiccional, que cabe cumplir a la Corte Suprema en el sistema de resolución de controversias. Estas indicaciones, marcadas en negrita y cursiva, posibilitarían no poner término abrupto a una tradición jurisdiccional más que centenaria, evitando que los defectos asociados a la casación deban manifestarse en el recurso que se propone incorporar a la legislación chilena.

Art. 409. Interés general. La Corte Suprema determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala

respectiva estime que concurre un interés general que haga necesaria su intervención.

Sólo podrá estimarse que concurre un interés general para avocarse al conocimiento del asunto en los siguientes casos:

- a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;
- b) Cuando en la sentencia se hubiere cometido errónea aplicación del derecho.
- c) En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial.

Art. 413.- Fallo del recurso. La Corte Suprema actuando en Sala o en Pleno según el caso, deberá fallar el recurso dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado la audiencia de vista.

En la sentencia la Corte Suprema deberá exponer los fundamentos que se tuvieron presente para declarar la admisibilidad del recurso y si se acogiere, la forma en que se ha verificado la infracción esencial del derecho fundamental o la manera en la cual deberá ser interpretada o aplicada una determinada norma o principio jurídico y concluirá declarando la confirmación, modificación, revocación o invalidación de la sentencia recurrida y del procedimiento del cual emanare en su caso. Si la Corte Suprema al acoger el recurso extraordinario anulare la sentencia recurrida, para dictar acto seguido y sin nueva vista sentencia de reemplazo. Si anulare el juicio en el cual se hubiere pronunciado, determinará el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenará la comunicación al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio.

A 40 años del quiebre institucional, las causas que llevaron al 11 de septiembre

• 4 de septiembre de 2013 •

Muy pronto se conmemorarán cuarenta años del quiebre institucional del 11 de septiembre de 1973. Como en cada aniversario relevante rebrotan las heridas del pasado y algunos intentan tergiversar la historia buscando beneficios políticos y electorales. Aunque la responsabilidad de la crisis podría atribuirse a toda la clase política que tenía en sus manos la conducción de Chile, especialmente decisivo fue el proyecto de país que quiso instaurar la Unidad Popular y la justificación de la vía armada como herramienta legítima de acción política.

I. Introducción

En el marco del aniversario número cuarenta del 11 de septiembre de 1973, se han venido desarrollando distintas formas de recordar este acontecimiento. Ya sea por medio de prensa escrita, documentales de televisión, publicaciones de libros, opiniones de políticos y analistas, el país ha presenciado el interés por traer a la conciencia ciudadana esta parte de la historia.

Este interés incluye los sucesos más importantes ocurridos durante el gobierno de la Unidad Popular y el gobierno militar, y considera el 11 de septiembre como una fecha clave que divide a quienes la vivieron de acuerdo a la trinchera política en la que se encontraban en ese momento. Seguramente dicha división es una señal de lo fraccionado que se encontraba el país, al punto que fue necesaria la intervención militar. Por lo mismo, resulta relevante contribuir a explicar las causas que llevaron al quiebre, considerando que el tiempo transcurrido y el largo esfuerzo por lograr reconciliación debiese ofrecer una visión madura de lo ocurrido.

II. El contexto en el que surge la UP

La Unidad Popular fue, más que un pacto político electoral, una coalición de gobierno. Es decir, Salvador Allende, como candidato y luego como presidente del bloque de izquierda, debía tener la voluntad y la convicción de seguir el derrotero trazado por los miembros de la UP para realizar su revolución. En ese contexto, el Presidente y la Unidad Popular que lo respaldaba caminaron juntos por la vía de entregarle al Estado la potestad de los diferentes medios de producción. Es importante destacar este hecho que hoy parece tan utópico, por cuanto refleja el contexto ideológico sobre el cual se fueron gestando los motivos que luego abrieron diferencias profundas en nuestra sociedad. Efectivamente, miraba el modelo de la Unión Soviética, al punto que su intención era hacer de Chile un país socialista. Y así abiertamente lo afirmaba en su primer mensaje al Congreso Pleno el 21 de mayo de 1971 "...como Rusia entonces (en 1917), Chile se encuentra ante la necesidad de iniciar una manera nueva de construir la sociedad socialista.

Chile es hoy la primera nación de la tierra llamada a conformar el segundo modelo de transición a la sociedad socialista¹”. Bajo ese contexto es que se fue estatizando y expropiando tierras, bancos, la minería y otras industrias².

Allende fue cuatro veces candidato a presidente: en 1952, luego en 1958, en 1964 y finalmente en 1970. Su relevancia política será lograda en la segunda elección a la que se presentó, en la que estuvo cerca de lograr el triunfo de la mano del Frente de Acción Popular (FRAP). De este modo, los inicios de la UP, al menos en su estructura, pueden encontrarse en la elección de 1952 (en la que Allende logró el 5% de los votos) pues, socialistas (un grupo todavía fraccionado) y comunistas (que operaban en clandestinidad) por pesar sobre ellos la ley de defensa de la democracia³, conformaban dicha alianza que fue la base de lo que después fue la Unidad Popular.

La elección de 1958 enfrentó a la Democracia Cristiana con el FRAP y al triunfador Jorge Alessandri. En dicha elección pudo haber ganado Allende –quien obtuvo el 28% de la votación final– si es que el ex sacerdote Antonio Zamorano (conocido como el cura de Catapilco) no hubiese logrado cerca de 40.000 votos de un electorado proveniente principalmente de sectores muy humildes con tendencia de izquierda.

En 1964, el FRAP enfrentaba como principal contendor a un popular Eduardo Frei Montalva, luego que liberales y conservadores apoyaran a este último con el objeto de evitar el triunfo de la izquierda marxista-leninista representada por Allende. En esa oportunidad, Frei obtuvo el 38% de los votos.

Ya en 1970, una vez conformado el nuevo referente denominado “Unidad Popular”, Allende logró posicionarse nuevamente como candidato a

1. Salvador Allende G., primer mensaje al Congreso Pleno 21 de mayo de 1971

2. Al respecto, véase Vial Gonzalo “Salvador Allende el fracaso de una ilusión”, Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 2005.

3. Esta ley, promulgada el año 1948 por el presidente Gabriel González Videla, y conocida como la “ley maldita”, tenía como objeto prohibir la organización, la propaganda y la participación en cargos públicos a los militantes comunistas debido a su constante impulsión a la agitación social, aún cuando eran parte del gobierno de turno. Al respecto, véase Trabucco Godoy, Luis. 1953. *Sobre la Ley n.º 8.987 (de Defensa Permanente de la Democracia)*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

presidente, a pesar de sus derrotas anteriores. Aquello le significó ser, más que el gran líder de su conglomerado, uno más en el comité que tomaba las decisiones políticas, pues, los partidos integrantes de la UP habían acordado que debían avanzar con unanimidad en sus estrategias. Esto permite concluir que había un consenso respecto de las decisiones tomadas⁴, y por lo tanto, existía un proyecto claro que después fracasó. No hubo errores en la gestión de un proyecto político concebido de manera diferente. Esto explica que la Unidad popular, una vez en el gobierno, se desplegó en cargos repartidos mediante un sistema de cuotas, con el objeto de llevar a cabo dicho proyecto del modo más coherente con dicho acuerdo de unanimidad.

Más allá de la discusión de algunos protagonistas de esa época sobre el modelo de gobierno marxista al que apuntaba la UP, es decir, si miraba a Cuba o a Unión Soviética, es importante señalar que el sustento ideológico de la Unidad Popular era definitivamente marxista-leninista, tal como lo afirma Allende en su discurso en la IX Conferencia Nacional de las Juventudes Comunistas: “Nuestra vía o nuestro camino tiene particularidades muy específicas, pero se rige a su vez por las leyes generales de toda revolución que tiene un objetivo socialista, leyes éstas que han sido desentrañadas por el marxismo-leninismo”⁵. En ese sentido, conviene mencionar que si bien Allende logra llegar a la Moneda por la vía institucional obteniendo el 36% de la votación y ratificado luego por el Congreso, era de esperar que afloraran intenciones de dirigir el país hacia un modelo socialista. Eso explica, entre otras cosas, los fallos judiciales sin cumplir por orden del gobierno junto con la toma ilegítima de predios y empresas que ocurrieron durante su mandato.

A eso además es lo que se aspiraba cuando el programa de la UP, y el mismo Allende, hacía uso del término “poder popular”, aludiendo a reemplazar el Congreso por una asamblea compuesta por dirigentes

4. De hecho, el llamado comité de la UP estableció adoptar las medidas por unanimidad. Al respecto, véase Vial Gonzalo “Salvador Allende el fracaso de una ilusión”, Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 2005.

5. Salvador Allende G., discurso en la IX Conferencia Nacional de las Juventudes Comunistas.

sociales que se vendría a erigir como un nuevo poder en claro desafío a la institucionalidad. Es relevante en este caso recordar lo que el programa básico de gobierno de la Unidad Popular señalaba al respecto “Para estimular y orientar la movilización del pueblo de Chile hacia la conquista del poder, constituiremos por todas partes los Comités de la Unidad Popular. No sólo serán organismos electorales, serán intérpretes y combatientes de las reivindicaciones inmediatas de las masas y, sobre todo, se prepararán para ejercer el Poder Popular”⁶.

Este contexto es el que lleva a la Democracia Cristiana a exigir a Salvador Allende –una vez que obtiene un estrecho primer lugar en las elecciones– una serie de garantías constitucionales para que su gobierno respete el marco institucional y las libertades de las personas. No obstante, son los mismos miembros de la UP quienes se van a encargar de dar claras señales de que dicho acuerdo sería imposible de cumplir. Es así como, por ejemplo, Luis Corvalán va a sostener que Chile avanzaría hacia una “dictadura legal del pueblo”⁷, o la famosa declaración de los miembros de la UP de 1973 en que señalan que no garantizan que en Chile no habría dictadura. Es más, el mismo Salvador Allende en su momento indicó que el estatuto de garantías constitucionales no era precisamente ninguna garantía, pues, era “una necesidad táctica; no cambiamos ni una coma del programa; en ese momento lo importante era tomar el gobierno”⁸.

III. Los partidos que conformaron la Unidad popular

Para llegar al poder, y lograr vencer la hegemonía de la Democracia Cristiana, la UP quedó en principio conformada por el MAPU, el Partido Socialista, el Partido Comunista, el Partido Radical y finalmente la Izquierda Cristiana⁹.

6. Programa Básico de Gobierno de la Unidad Popular, 1969.

7. Cfr. Labarca Eduardo, Corvalán: 27 horas, Stgo, Quintamantú, 1972, 117.

8. Cfr. Debray, Conversaciones, en “Punto final”, 16.III.1971.

9. El MIR no fue explícitamente parte de la UP, su postura desde su fundación en los años 60 fue acceder al poder por la vía armada, Allende en cambio, pretendía llegar por elecciones, para luego avanzar hacia un modelo socialista revolucionario.

El MAPU nace en 1969 producto de la separación de ciertos sectores más de izquierda de la Democracia Cristiana con los grupos más tradicionales que deciden apoyar la candidatura de Salvador Allende por considerar que la DC representa una tendencia capitalista que ellos no comparten. Se definen como marxistas leninistas, y orientan sus objetivos a triunfar contra quienes consideraban los enemigos del pueblo, es decir, los empresarios, los dueños de grandes predios agrícolas, etc. Finalmente, se dividen a fines del año 1972 después de realizar un congreso doctrinal.

Así se originó, por un lado, un grupo de perfil marxista leninista que lideraba Oscar Guillermo Garretón, y por otro, se conformó el llamado MAPU Obrero Campesino que adoptó un perfil menos radical que encabezaba Jaime Gazmuri¹⁰, aún cuando tampoco descartaba la vía armada como forma legítima de lucha¹¹.

El Partido Socialista, fundado en 1933 fue siempre marxista y por tanto justificaba la vía armada como herramienta legítima para llegar al poder. De hecho, ya en 1965 se indexa la idea de apoyar la vía insurreccional una vez que el país estuviese preparado¹². Bastaron sólo dos años para que ese momento, a juicio del PS, llegara. En efecto, el famoso congreso de Chillán del año 1967 es la instancia en que el PS considera que la vía armada para acceder al poder es necesaria y a la vez inevitable. Pero además, se constituye como un momento de urgencia que implicó afirmar, entre otras cosas, que el estado mayor de la revolución era la Organización Latinoamericana de Solidaridad; que había que crear una asamblea del pueblo para construir el socialismo por medio de un poder paralelo; y finalmente que la revolución cubana era un ejemplo de que la vía violenta era posible¹³.

En ese marco, Carlos Altamirano y Clodomiro Almeyda se hacen parte de una campaña de difusión defendiendo dicha urgencia bajo la idea de que

10. Cabe señalar que el año 1983 volvió a conformarse una rama de este movimiento, liderado por Garretón y que se llamó MAPU Lautaro, cuyo fin era lograr derrocar al gobierno militar de Augusto Pinochet a través de la vía armada.

11. Cfr. Farías, *La izquierda*, I, 245.

12. Al respecto, véase Rojas Sánchez Gonzalo, *La agresión del oso*, pág. 12, Editorial El roble, stgo. 2003.

13. *Idem*.

había que seguir el modelo cubano acelerando la guerra de guerrillas¹⁴. De este modo, en 1970, el PS ya caminaba hacia la inconstitucionalidad. De hecho, la derrota de Allende por parte de Eduardo Frei en la elección de 1964, acrecentó aún más la tendencia de que el socialismo no debía dar una pelea con el *establishment* con las condiciones impuestas por aquellos y que era necesaria una confrontación armada.

Por su parte, el PC ya se declaraba un partido que debía alcanzar sus objetivos por la vía armada desde el famoso *Manifiesto*. De modo que, si bien se encontraba dividido entre quienes aspiraban a una confrontación inmediata y quienes consideraban que había que llegar democráticamente al poder para luego avanzar hacia la revolución, tenía una clara definición violentista y buscaba en algún momento actuar con las armas para hacerse del poder. Así lo manifestaba públicamente y a lo largo de los años, Luis Corvalán, tanto en Chile como en el extranjero. Así lo demuestra en su discurso pronunciado en enero de 1972 en el aniversario de los 50 años del Partido Comunista en Chile: “La clase obrera y el pueblo no permitirán la vuelta atrás. En cualquier circunstancia pelearán, con la firme decisión de aplastar todo intento sedicioso. Los fascistas ya están notificados”¹⁵.

IV. El programa de gobierno de la UP

Desde el punto de vista político el gran tema que se incluyó en el programa fue la ya citada Asamblea del Pueblo, pues implicaba un tipo de poder que reemplazaría al Congreso y que podría ser sometido al constante cuestionamiento e incluso a la destitución. Esta asamblea, además, podía elegir a los miembros de la Corte Suprema.

Pero eso no es todo, la Unidad Popular además consideraba relevante y necesario hacerse parte de la órbita marxista internacional. En ese

14. Cfr. En Farías, *La izquierda*, I, 29,30, 30-3,37 y 34.

15. Luis Corvalán, discurso por los 50 años del Partido Comunista en Chile.

marco, se pretendió estrechar relaciones con países socialistas, lo cual explica que más tarde se rompieran relaciones con algunos países vecinos como Bolivia, Paraguay y Brasil. Así entonces, se estrechaban lazos con Cuba, con la Unión Soviética, con Corea del Norte y China, considerándose los como países referentes. De hecho, el MIR veía a Cuba como un país hermano y Clodomiro Almeyda valoraba el vínculo con la Unión Soviética. Allende por su parte, señalaba que Cuba era el primer territorio libre de América Latina¹⁶.

Desde el punto de vista económico, el programa de la Unidad Popular observaba una crisis del modelo capitalista, motivo por el cual consideraba imperioso transformar el país. Dicha transformación consistía en una amplia estatización por medio de la expropiación de diferentes empresas que fuesen rentables, como las del rubro de la minería, la banca, las grandes industrias del petróleo y navieras entre otras. Pero además la propuesta incluía fijar precios y reajustar los salarios de empresas estatales y privadas.

A estas alturas cabe recordar que el gobierno de la Unidad Popular no tuvo mayoría absoluta en las elecciones (36%) y tampoco en el Congreso. De modo que lograr cumplir sus objetivos se hacía muy difícil, al menos dentro del marco de la legalidad. La Democracia Cristiana se encontraba dividida, pero la mayoría de la militancia adhería a Frei, quien se había erigido en la elección anterior como una alternativa opuesta al marxismo, de modo que resultaba poco probable para la UP lograr acuerdos con dicho partido.

Por eso la idea era, vía plebiscito, crear la figura de la Asamblea Popular. Pues, era una forma de obtener no sólo un apoyo en el poder legislativo, sino además en el poder judicial, pues como se ha dicho la designación de la Corte Suprema le correspondería a dicha asamblea.

16. Al respecto, véase Rojas Sánchez Gonzalo, La agresión del oso, pág. 53, Editorial El Roble, Santiago, 2003.

V. El desastre económico

Una vez en el poder, el gobierno de la UP se esforzó por hacer cumplir su proyecto, y como no contaba con mayoría en el Congreso, debía buscarla con el apoyo de la población. Eso implicó entonces un esfuerzo por apurar el cumplimiento de lo ofrecido. De esta manera, por medio de ciertos resquicios legales, como la ley 520¹⁷ publicada en 1932, que establecía que si una empresa de productos de primera necesidad no abastecía lo necesario esta podía ser requisada, se comenzó a hacer efectivo el programa a costa de una violación constante del derecho de propiedad.

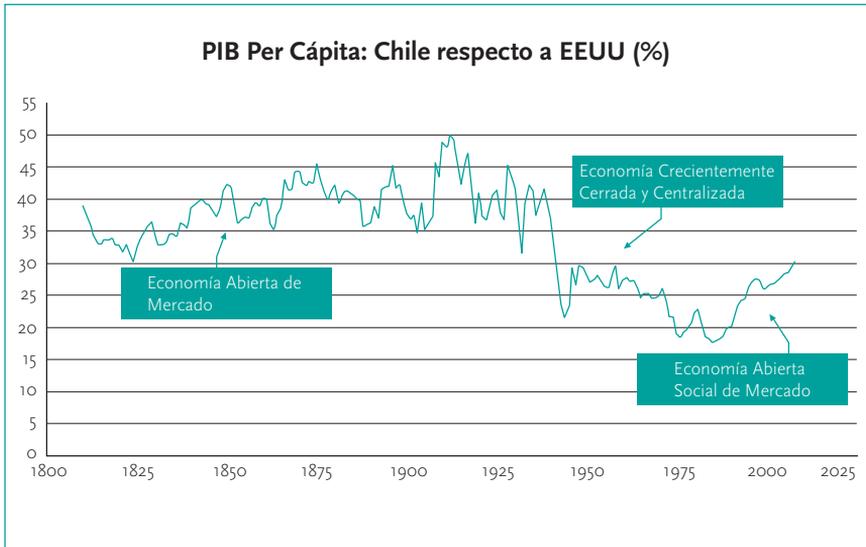
Esta política incluyó un mal manejo del cobre –que redujo su producción en un 25% en tres años– y la expropiación de más del 60% de las tierras trabajadas que ya estaban en manos del Estado. De hecho, a mediados de 1973 ya se habían expropiado, según el mismo Salvador Allende, cerca de nueve millones de hectáreas¹⁸. La productividad por tanto disminuyó notablemente al punto que la cosecha de trigo cayó en tres años más del 50%. Mientras que la producción de las industrias habían disminuido un 25% el año 1973¹⁹.

La estrategia consistía en que los sindicatos, que eran parte de la UP, precedían a tomarse la empresa y como ésta, obviamente, dejaba de producir, entonces se procedía a su expropiación. También se utilizó la fijación de precios, al punto que si una empresa se negaba a la estatización, se le fijaba los precios hasta se convertirse en insostenible su productividad.

17. Esta ley data de 1932, surgió en un gobierno de facto de 12 días.

18. Cfr. En Farías, *La izquierda*, VI, 4.619

19. Al respecto, véase Rojas Sánchez Gonzalo, *La agresión del oso*, pág. 78, Editorial El roble, stgo. 2003



Fuente: CEPAL

La escasez de productos fue notoria ya a fines de 1971, año en que se realizó una protesta con cacerolas. Así, se fue produciendo un declive económico de forma muy drástica, que fue muy difícil de remontar.

El resultado de este proceso concluyó en una profunda crisis política y social. Se produjo un crecimiento negativo, desempleo creciente y salarios decrecientes. Además, se registró un desabastecimiento que generó protestas sociales, mercados negros, y pérdidas de reservas externas. Finalmente, la inflación llegó a 1000% y las empresas quedaron completamente descapitalizadas y con su capacidad productiva muy afectada.

VI. El último año, de la tensión a la ingobernabilidad (o ilegalidad)

La asamblea popular era fundamental en el programa de gobierno de Allende, no obstante, necesitaba una reforma para aprobarla. El proyecto se presentó a fines del año 71, pero finalmente nunca se concretó ya que Allende no le puso urgencia. Este hecho marca un hito, por cuanto la vía institucional para

instaurar el socialismo se desestimaba. Así entonces, como Salvador Allende nunca tuvo la mayoría requerida para realizar su programa de gobierno, la vía legal se hacía cada vez más difícil. La lógica de los tres tercios puso al gobierno de la UP en una situación muy difícil ya que ninguna de las fuerzas que se repartían esos tres tercios estuvo dispuesta a ceder.

De este modo, comienza a gestarse en Chile una marcada violencia política que respondía a una ideología sustentada en el odio y en la justificación de la vía armada como legítima herramienta de acción política. La influencia cubana y del Che Guevara implicaban centrar la meta en la confrontación violenta, cuestión que despertó en la oposición un ánimo también agresivo. Esta admiración por Guevara acercaba al MIR, al MAPU e incluso a la Izquierda cristiana.

En 1971 la Unidad Popular realizó un congreso en el cual se eligieron 29 personas que habían sido parte del Ejército de liberación nacional que había operado a nivel sudamericano con el objeto de apoyar al Ché Guevara. Como puede observarse, la vía violenta se iba apoderando del gobierno de la Unidad popular. Muestra de esta creciente y sistemática violencia ideológica es el asesinato a Edmundo Pérez Zújovic, ex ministro del interior de Eduardo Frei Montalva.

Ya en noviembre, la visita de Fidel Castro contribuye aún más a la polarización. Especialmente importante fue el momento de su discurso de despedida del país, luego de tres semanas, en el que impulsa al gobierno de Allende a iniciar la vía armada contra el poder burgués.

El manejo de las quinientas empresas expropiadas, así como los campos que corrieron la misma suerte, fue pésimo. A esto se debe sumar un decaimiento del valor del cobre y las diferencias entre los distintos grupos que conformaban la UP al momento de administrar las empresas expropiadas, cuestión que llevó al fracaso de la llamada “área social”.

La situación social se convirtió en algo tan grave que incluso los gremios se incorporaron a la oposición y se organizaron en distintas protestas que, junto con el mal manejo económico, marcaron ya la imposibilidad de lograr realizar el anhelado proyecto de la Unidad Popular.

Cada día se iba haciendo más difícil el diálogo. Fracasada la idea de llamar a un plebiscito y la posibilidad de dialogar con la Democracia Cristiana –sobre todo por influencia del grupo más extremo del PS, los llamados guevaristas– se trató de controlar la situación incorporando a miembros de las Fuerzas Armadas como ministros de Estado. Sin embargo, los gabinetes militares en nada contribuyeron a mejorar el clima. Por el contrario, involucrar a uniformados en el gobierno civil generó mayores divisiones y cuestionamientos desde todos lados.

A fines de 1972 el país se había polarizado entre gobierno y oposición al punto en que hay grupos civiles armados y grupos guerrilleros dispuestos a llevar a cabo la revolución armada. A estas alturas, el miedo y odio se habían instalado en la sociedad chilena. La violencia y el armamentismo son señales de aquello, junto con la agresividad reflejada en distintos medios de comunicación. La grave situación económica y de caos social llevaron a la agrupación de dueños de camiones a declarar un paro en octubre de 1972. A esta paralización adhirieron los comerciantes minoristas, varios gremios profesionales e industriales y algunas organizaciones estudiantiles, exigiendo al gobierno aceptar las demandas consignadas en el llamado “Pliego de peticiones de Chile”.

A comienzos de 1973, se había anunciado la puesta en marcha de la ENU (Escuela Nacional Unificada) que implicaba que la educación debía servir al socialismo y para lograr aquello, se debía abolir la educación privada. Este es otro grave elemento que contribuye a la exacerbación de la tensión y a la violencia de algunos sectores.

En medio de una grave crisis social, la izquierda seguía polarizando el ambiente. Por ejemplo, Andrés Pascal había llamado a “combatir en todos los terrenos”²⁰, y el MIR declaraba que “la lucha de clases en Chile tomará la forma de guerra civil abierta”²¹. El 8 de agosto, la Contraloría General de la República debía desmentir por enésima vez infundados comentarios de prensa sobre algunas de las decisiones que le corresponde adoptar en el

20. Cfr. Farías La izquierda, VI, 4.948.

21. Cfr. Farías La izquierda, VI, 4.913, 4.920, y 4.925.

desempeño de su cargo y el 22 de agosto la cámara de diputados declara que el gobierno de Allende ha incurrido en un grave quebrantamiento de la Constitución y que por lo tanto es inconstitucional e ilegítimo.

Cualquier observador, medianamente objetivo, podía constatar que el país se encontraba en una profunda crisis social, fomentada y agravada por dos elementos clave: la violencia de los distintos sectores civiles armados (considerando grupos guerrilleros compuestos por varias fracciones de la izquierda) y una situación de desorden y desobediencia civil, dado la cantidad de fallos judiciales que no se cumplían por órdenes del gobierno. La guerra civil, por tanto, parecía inminente. En ese marco, la intervención militar evitó dicha guerra y, por cierto, el proyecto marxista de controlar los tres poderes del Estado.

Muchos han discutido en el último tiempo si en Chile se desarrolló una guerra civil que justificara la acción de las Fuerzas Armadas el 11 de septiembre de 1973. El historiador Adolfo Ibáñez Santa María en el segundo tomo de su libro “Historia de Chile 1860-1973” afirma: “Sin embargo, lo que se vivió en Chile entre el 10 de octubre de 1972 y el 11 de septiembre de 1973 configuró una guerra civil. Guerra, por cuanto se tendió al aplastamiento del contrario, del enemigo. Civil, por cuanto los medios usados fueron los propios del debate y el enfrentamiento ciudadano o político, aunque en este caso, extremados al máximo”²².

De este modo, es posible sostener que el gobierno de la Unidad Popular fracasó porque no tuvo mayoría y porque no tuvo la capacidad de generar alianzas, dado su tendencia marxista que no era compartida por los otros sectores políticos. Pero además, porque al no tener mayoría, hizo esfuerzos para hacer valer diferentes resquicios que implicaron un constante desapego a la institucionalidad. A esto se suma una influencia violentista dentro de la UP que pretendía forzar una revolución armada mirando el ejemplo de Cuba. Es decir, Allende pretendió hacer una revolución sin respaldo.

22. Ibáñez Santa María, Adolfo, “Historia de Chile (1860 – 1973) II tomo”. Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 2013

VII. Conclusión

Mucho se ha escrito y bastantes imágenes se han exhibido sobre el gobierno de Allende, la crisis institucional y la intervención militar. En todos existe una tendencia a reflejar y destacar ciertas situaciones que aquejaban a unos o a otros.

A cuarenta años del quiebre institucional consideramos que es necesario comprender holísticamente los acontecimientos de ruptura social que le tocó vivir al país y entregar antecedentes históricos que han sido dejados de lado por algunos sectores que han preferido obviar parte de la historia.

Todo fenómeno se debe conocer por sus efectos y por sus causas, sólo esa forma de aproximación a los problemas le permitirá al país comprender la crisis en profundidad para no volver a vivirla. En ese sentido, más allá de las posiciones que cada cual podría defender en relación al 11 de septiembre, es de sentido común señalar que en el país se observaba una situación de violencia y odio que no daba para más y la intervención militar se hacía inminente dado el clima de desorden e ingobernabilidad.

El 11 de septiembre de 1973 provoca diversos sentimientos, según la trinchera política a la cual se adhería en esos años. Los 40 años que conmemoran la ruptura harán reflotar nuevamente heridas y divisiones. Sin embargo, para avanzar en la reconciliación, es necesario seguir dando muestras de avance en materia de verdad sobre violaciones a los derechos humanos, pero además es importante hacer esfuerzos en avanzar hacia una comprensión integral de las causas y responsabilidades por las cuales se desembocó en el 11 de septiembre de 1973.

Principios de la derecha, ni vieja ni nueva

• 9 de octubre de 2013 •

El debate sobre una nueva derecha supone conocer los principios y fundamentos sobre los cuales se ha elaborado esta tradición de pensamiento. El presente trabajo es un breve repaso de ellos. A partir de, esto, sería atinente preguntar en qué consistiría una nueva derecha, o en qué se diferenciaría de aquellos principios que han constituido, históricamente, la esencia de esta tendencia política.

I. Introducción

Desde hace algunos años viene señalándose, desde algunos sectores de la alianza gobernante, la necesidad de construir una “nueva derecha”. El debate en torno a los cuarenta años del quiebre institucional en Chile ha vuelto a poner la discusión en el tapete.

En la coalición hoy gobernante, han venido conviviendo dos “almas” que, aunque coinciden en ciertos elementos importantes de su proyecto político, tienen posiciones distintas en materias de fuerte contenido valórico y antropológico. Son las llamadas “derecha conservadora” y “derecha liberal”. De hecho, hace algún tiempo, connotados dirigentes oficialistas invitaban a la conformación de una “nueva derecha”¹. Hoy, por diferentes motivos, dicha invitación ha vuelto a extenderse con la intención de refundar la identidad de este sector político, cuestión que no resulta a la vista comprensible, pues, no se aclara qué se quiere refundar y que principios cambiar y por qué.

Parece interesante, entonces, determinar en qué ha creído tradicionalmente la derecha para tener una noción clara del punto de partida de este interesante debate. En efecto, pocos saben en qué consiste lo que se ha conocido como *derecha*. No se asocia a ningún partido ni sistema político o económico determinado.

En ese sentido, al hablar del pensamiento de derecha, resulta más adecuado pensarlo como una determinada actitud ante la realidad motivada por ciertos principios, que como una ideología política que pretende adecuar la realidad a ciertas convicciones. ¿Significa esto, entonces, que el concepto de derecha es equívoco? Por cierto que no, pues sin perjuicio de lo ya dicho, es posible encontrar en esta “actitud” política ciertos elementos esenciales comunes que la han configurado a lo largo de su historia.

El presente trabajo intenta precisar los fundamentos y consecuencias de ser de derecha como tradicionalmente se ha entendido el término en Chile.

1. Véase <http://www.capital.cl/poder/hinzpeter-sus-definiciones-y-la-nueva-derecha/>

II. Presupuestos o fundamentos del pensamiento de derecha

Se decía que identificarse con esta posición es una actitud ante la realidad ¿Cuáles son los elementos constitutivos de esa actitud, al menos en Chile? Es posible advertir a lo largo de su historia una base doctrinal conformada, básicamente, por cinco ideas que constituyen el marco teórico sobre el que se fijarán las posiciones del pensamiento de derecha en materia política, social y económica.

2.1 Apego a la realidad y rechazo de las ideologías

Inspirada en la llamada filosofía realista, la derecha huye de cualquier tipo de utopía o sistema ideológico. En general, una ideología es “un sistema de ideas que tiende a absolutizar un aspecto relativo de la realidad, simplificándolo para el uso de la masa y con fines de conquista y ejercicio del poder”². Suele decirse que lo que más caracteriza a un sistema ideológico es: defender un conjunto de intereses preconcebidos; tender a un esquematismo vago que hace de la ideología algo abstracto; apelar a una gran carga emotiva y afectiva ligada a esos intereses; mantener una visión reduccionista de la naturaleza humana³; y finalmente, procurar un fin utópico que debe lograrse. Como creencia omnicomprendensiva que es, tiene elementos propios de los sistemas de creencias religiosos, pero sus fines no son trascendentes, sino temporales. Como dice Russell “El ideólogo está convencido de que su rígida filosofía cerrada contiene, prontas a ser aplicadas, todas las respuestas a todos los problemas de la realidad. No tenemos más que gobernarnos por sus leyes y todo el paraíso terrenal es nuestro”⁴.

2. Véase Ibáñez Langlois, J. Miguel. Doctrina Social de la Iglesia. Eunza. Pamplona, 1987. P. 247.

3. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la libertad en el caso del liberalismo, o con la materia en el caso del marxismo, o con la raza, tratándose del nacional socialismo, pues, la ideología interviene al sujeto con la intención de generar una creencia que se amolde a la forma en que interpreta la realidad.

4. Véase Kirk Russell. Qué significa ser conservador en 15 lecciones. Editorial ciudadela. Octubre de 2007. P 27.

2.2 Valoración de las tradiciones

Las sociedades humanas se constituyen en torno a valores y formas de vida propias y distintivas. Se dice que si los países fueran personas, el territorio sería el cuerpo, y su cultura y tradiciones, el alma. Suele asimilarse la voz “tradición” con la transmisión de costumbres, símbolos, ritos o prácticas en general, que conforman una identidad y contribuyen a la estabilidad cívica, mediante una equilibrada distribución de derechos y deberes. La continuidad de las tradiciones mantiene unida a las sucesivas generaciones y promoverlas es casi una tendencia natural del género humano. Como dice Kirk Russell, “cuando un grupo de revolucionarios triunfan en su empeño por suprimir las viejas costumbres, devaluar las viejas convenciones y romper el hilo de las instituciones sociales, precisamente lo primero que descubren es la necesidad de instaurar nuevas costumbres, convenciones y continuidad”⁵.

No obstante, la medida de la tradición es siempre el bien de la comunidad. Ello es fundamental, ya que no puede confundirse tradición con “tradicionalismo” que consiste, precisamente en la mera repetición a través del tiempo, de ciertas costumbres o ritos sin juzgar la conveniencia de éstos para la plenitud del hombre de manera individual o colectiva. En el caso de Chile, ellos corresponden a la tradición cultural de Occidente y han servido como elemento unificador de su pueblo y de sus sucesivas generaciones. El legado de la historia de Chile, los desafíos de su geografía, los perfiles que configuran la idiosincrasia de su pueblo y la intangibilidad de su soberanía, son elementos de unidad nacional que la acción política requiere considerar de modo prioritario.

2.3 Libertad responsable

La actitud de apego a la realidad ya mencionada exige ser consciente de los límites y posibilidades del ser humano. Y aunque una de las características más esenciales de la persona es su libertad, es vital una adecuada definición de dicho concepto para diferenciarse de otras posturas ideológicas.

5. Véase Kirk Russell Op cit. P 44.

Mientras que algunas ideologías políticas conciben la libertad humana como la conquista de la autonomía personal, la tradición de derecha la ve como aquella cualidad que le permitirá lograr un desarrollo que lo integre como persona. Uno de los pensadores más representativos del pensamiento liberal señalaba que la humanidad se beneficia más dejando que cada cual viva a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás⁶. No obstante, el siglo XX está lleno de ejemplos de cómo puede socavarse la dignidad humana con un concepto de libertad vacío –despojado de todo sentido y contenido– abandonado a meros intereses políticos e ideológicos.

Por eso el concepto de libertad es indisociable del de responsabilidad, y nunca puede ser entendido como pura autonomía. El binomio libertad-responsabilidad hace a la persona de derecha ser consciente de que en sus manos está su propio destino y el de la sociedad a la que pertenece. Por eso, respecto del estado, mira con recelo sus actitudes paternalistas y con total rechazo sus pretensiones totalitarias⁷.

2.4 Comunidad y bien común

En concordancia con lo anterior, la derecha acepta que existe un ideal de bien o excelencia humana sólo alcanzable en comunidad, y que, al forjar su propio destino, también se es responsable de la suerte de los demás. Por eso, además de los derechos inherentes a su naturaleza humana, esta posición política es consciente de que también hay deberes cuyo cumplimiento es ineludible para el bien de la sociedad en la que vive.

La explicitación del principio del bien común siempre se ha desarrollado de dos formas. Una referida al conjunto de bienes mínimos que requieren los miembros de una comunidad, y otra que hace referencia a la estructura de

6. Véase Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Editorial, Espasa-Calpe, Madrid, 1991 p. 161.

7. Acá es posible hacer una distinción fundamental entre la derecha y la izquierda. Mientras la primera tiene un sentido de responsabilidad personal por la propia vida, la segunda traslada esa responsabilidad hacia el estado, achacándole responsabilidad o exigiéndole soluciones –iguales para todos– frente a cada uno de los males sociales. Por eso, en la mayoría de los casos, el hombre de izquierda está más politizado, pues lo espera casi todo del estado.

la organización social que mejor favorece a la obtención de dichos bienes. La definición más clásica del bien común se refiere a la primera de las dos dimensiones mencionadas: “El conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección”⁸. Ambos conceptos tomados conjuntamente hacen entender la noción de bien común como la adecuación entre lo que cada miembro de la comunidad debe obtener para sí –y por ende lo que la sociedad debe darle– y lo que, a su vez, cada uno debe dar como contribución al bien del todo. Si cada miembro de una sociedad quisiera imponer sus propios intereses y puntos de vista a los demás la convivencia se haría imposible. No obstante, ¿es posible determinar un mínimo de condiciones sociales aceptadas universalmente? Dado el carácter histórico y cambiante de las sociedades, el bien común no admite una determinación fija, sino que adquiere en cada comunidad y en cada época un contenido diverso. Por ello no pueden fijarse, de una vez para siempre y con carácter universal, los bienes necesarios de alguna comunidad específica. Esos bienes y necesidades deberán determinarse prudencialmente, según las múltiples circunstancias que vive cada comunidad concreta. Sin embargo, sí es posible determinar las exigencias básicas del bien común: el respeto a la persona en su dignidad intrínseca y derechos fundamentales; el bienestar y el desarrollo sociales, facilitando el acceso de los ciudadanos a bienes materiales mínimos; y finalmente, la paz y el orden social. Es decir, la estabilidad y la seguridad interna y externa que satisfaga suficientemente las exigencias de la justicia⁹.

2.5 Orden moral

Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, la posición de derecha es más consciente de la existencia de un orden moral, objetivo y permanente, al cual debe ajustar su conducta. Este orden moral responde a la pregunta ¿qué es lo bueno?, cuya respuesta puede tener dos dimensiones: lo bueno para cada uno y/o lo bueno para la comunidad de la que se forma parte.

8. Véase Constitución apostólica *Gaudium et Spes* N° 26,1; 74,1; y *Mater et Magistra* N° 65.

9. Esto significa que el principal criterio ha considerarse para alcanzar el bien común es el respeto a la naturaleza humana.

Responder adecuadamente esta interrogante es clave para aquéllos que creen que la política –o la actividad pública en general– tiene por fin primordial mejorar la vida de las personas. En momentos difíciles para la sociedad por la frecuencia de casos de corrupción, abusos de poder político o económico, tráfico de influencias, delincuencia, narcotráfico y una amplia gama de atropellos a los derechos más fundamentales de la persona, preguntarse por lo bueno o lo ético es ineludible.

Con todo, ¿es posible llegar a un conocimiento cierto sobre “lo que es bueno” o “lo que es justo”, o acaso todo concepto de “vida buena es relativo”? Sí es posible. El ser humano tiene un modo de ser o naturaleza peculiar, común a todos los seres humanos, y que hace posible que se hable del “género humano” o de la “especie humana”, y también de un bien objetivo mínimo –en tanto individuo de la especie humana, y más allá de la multiplicidad de formas de desarrollo personal– común a toda la humanidad.

Desde el punto de vista político, el reconocimiento de un orden moral no está necesariamente vinculado a la profesión de una fe determinada. La deliberación sobre el concepto de verdad o sobre las categoría de bien y mal no son exclusivas de los credos religiosos. Por lo tanto, no es posible sostener, como pretenden algunos, que la defensa de una norma moral implique la imposición de un determinado credo.

III. Posiciones o consecuencias de ser de derecha

Se ha señalado que el pensamiento político de derecha podría resumirse en dos conceptos: orden y responsabilidad. Ambas ideas constituirían las condiciones indispensables para garantizar la libertad, promover la iniciativa individual y fomentar el progreso de los ciudadanos. Lo anterior sería correcto si se entiende por “orden” no un mero inmovilismo externo promotor del sólo orden público o la seguridad ciudadana. Es mucho más amplio, pues se refiere a la actitud vital de comportarse de acuerdo con unas normas lógicas, necesarias para el logro de algún objetivo deseado y previsto. Por eso, alguien de derecha debiera insistir en la necesidad de ajustar la conducta pública y privada a un orden ético. Ese orden debe

incluir los deberes respecto del estado, las autoridades y los demás. Ahí radica la importancia de la responsabilidad individual, pues el orden social será más perfecto mientras menos necesidad tenga de coacción social. Es una falsedad identificar esta posición política con represión, porque ello contradice precisamente un concepto esencial del pensamiento de derecha, que es la idea de la libertad y responsabilidad personales¹⁰.

Tal como se dijo anteriormente, este orden y responsabilidad origina posiciones más definidas en los diversos ámbitos de la realidad. A continuación, y sin pretender una enumeración taxativa, ni de atribuir exclusivamente al pensamiento de derecha las ideas que se exponen, se mencionan diez pilares constitutivos de esta corriente de pensamiento:

1. Respeto y promoción de un estado de derecho. En el entendido de que se adhiere a la democracia como sistema político, el estado de derecho se caracteriza por ser un orden jurídico objetivo e impersonal obligatorio, por igual, para gobernantes y gobernados. Por ello, este ordenamiento obliga no sólo a los ciudadanos, sino que también resulta forzoso para el propio estado que, de esta manera, reconoce el respeto a las normas que ha dictado, no pudiendo sobrepasarlas. Así concebido y llevado a la práctica el estado de derecho es consubstancial a la democracia y se erige en la más sólida expresión del valor de la seguridad jurídica¹¹. Esto implica, asimismo, el principio de *supremacía constitucional*, que supone que todas las actuaciones de la autoridad y las leyes se someten y se rigen por los preceptos y los principios de la Constitución y el principio de la responsabilidad para quienes no cumplan estas normas.

2. Sentido de autoridad. Este concepto hunde sus raíces en la noción de “auctoritas” –saber socialmente reconocido– que implica generar un orden básico para promover el bien de todos en armonía y respeto recíproco. Por ello, quien ejerce la autoridad está al servicio de los súbditos y de los valores que constituyen el bien común. Por lo anterior, no puede identificarse

10. González Echeñique Javier. La derecha: un enfoque chileno. Instituto de Estudios Generales. PP 10-11.

11. Véase Cea Egaña, José Luis. Derecho constitucional chileno. Tomo I. Ediciones Universidad Católica, p. 238.

autoridad con autoritarismo, pues la autoridad no es otra cosa que poner los talentos individuales al servicio de los demás. Ése es el fundamento del por qué unos pueden imponerse sobre otros: la razón y límite de ese ejercicio es el desarrollo y bienestar, integralmente concebidos, de los subordinados¹².

3. Labor subsidiaria del estado. El principio de subsidiariedad es una de las piedras angulares del ideario de la derecha. Éste constituye, junto con el principio de las autonomías sociales, una unidad sobre la que descansa todo el libre desenvolvimiento de la persona en materia política, social, económica y cultural. A su vez, ambos principios se sostienen sobre aquél que defiende la primacía de la persona humana sobre la sociedad.

El principio de autonomías sociales señala que toda sociedad intermedia es, por definición, apta para alcanzar su fin propio y específico. En caso contrario, ella desaparece o se transforma en otra diferente. En consecuencia, las sociedades intermedias que existen entre la persona y el estado tienen el derecho de autogobernarse y de determinar la mejor forma de obtener su bien común particular sin dañar el bien común general, con plena libertad e independencia del estado o de cualquier otra sociedad mayor.

El único límite que esa sociedad intermedia tiene para su autonomía está dado por el fin específico que justifica su existencia. La autonomía, de esta forma, se extenderá a todos aquellos medios lícitos que la sociedad requiera para la consecución de su fin, independientemente de su ubicación física o material¹³. La importancia de este principio radica en que a través del cauce de los cuerpos intermedios se expresa toda la variedad de la estructura social y de la dinámica de la comunidad nacional;...“se ha definido ésta como *poder social* para distinguirla del *poder político*, en el que se comprende lo relativo a la configuración del bien general y a la creación y funcionamiento de los órganos destinados a lograr tanto su consecución como la conquista e inspiración del aparato estatal”¹⁴.

12. Véase Yepes Ricardo y Aranguren Javier. Fundamentos de antropología. Un ideal de excelencia humana. Edit. Eunza Pamplona, 5° edición, p. 238.

13. Véase Fermeandois, Arturo. Derecho constitucional económico. Tomo I, Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia. Ediciones Universidad Católica de Chile. P. 90.

14. Véase Silva Bascuñán Alejandro, IV Tratado de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997) p. 47.

En consecuencia, si cada sociedad intermedia es autónoma para conseguir su fin propio y específico, es evidente que la sociedad mayor no tiene derecho a inmiscuirse en la consecución del fin específico de esa sociedad menor. Hacerlo sería una intromisión indebida, pues las sociedades mayores ya tienen sus fines propios y específicos que son aquellos que los individuos o las sociedades menores no pueden hacer por sí solos. De ahí que se sostenga que, tanto el principio de las autonomías sociales como el de subsidiariedad, son como las dos caras de la misma moneda.

Tratándose del estado, éste tiene una amplia capacidad de ejercicio subsidiario en todas las actividades que desarrollen los cuerpos intermedios dentro de la sociedad. No obstante, el estado sí tiene funciones indelegables, como la defensa nacional; la conducción de las relaciones exteriores; la dictación y la aplicación judicial o administrativa de las normas que regulan la convivencia en las esferas propias del Derecho; la lucha por la erradicación de la pobreza y la promoción de la mayor igualdad posible de oportunidades, entre otras. Finalmente, por vía subsidiaria corresponde al estado asumir aquellas actividades necesarias para el país que, siendo propias del ámbito de los particulares, en la práctica no puedan ser cubiertas por éstos. Dicha función estatal de suplencia debe ejercerse de modo que se estimule a los particulares para que aborden estas actividades o incrementen su iniciativa en ellas.

4. Reconocimiento jurídico de derechos y garantía fundamentales. Se habla expresamente de *reconocimiento*, porque se entiende que los derechos emanan directamente de la naturaleza humana. No son concesiones graciosas del estado que las consagra. Este principio está muy relacionado con el estado de derecho, pues las garantías fundamentales constituyen el límite más importante a la soberanía estatal. Ni el estado, ni sus órganos, ni la Constitución, ni persona alguna, institución o grupo pueden excederse de ciertos límites reconocidos en la legislación. Estos límites son los derechos inherentes al hombre, aquéllos que emanan de su propia naturaleza, de su dignidad de persona.

¿Qué se entiende por derechos humanos? De manera muy general podría decirse que son ciertos atributos que corresponden a todo individuo de

la especie humana que protege la dignidad de la persona –exigiendo ciertos modos de tratarlo– los diversos ámbitos en los que ella se expresa (vida, pensamiento, asociación, reunión, emprendimiento, etc.). En consecuencia, los derechos humanos serían la expresión jurídica y política de la dignidad intrínseca de la persona humana por el sólo hecho de ser persona¹⁵. El pensamiento de derecha, dota de una fuerte carga valórica o moral la concepción de los derechos humanos, pues en su esencia implica una obligación moral hacia todo ser humano. Ello es absolutamente concordante con algunos presupuestos básicos –ya mencionados– de dicho pensamiento, como son el reconocimiento de un orden moral, el valor de la tradición y el reconocimiento del bien común.

Los derechos humanos son, entonces, las herramientas con las cuales se protege la dignidad de la persona en las relaciones que se establecen en sociedad. Esto significa que los derechos son esencialmente políticos, vale decir, que su existencia supone un orden previo –una polis con sus respectivos bienes– a la que se deben ordenar. Por lo mismo, en determinadas circunstancias los derechos humanos podrían ser limitados o suspendidos en su ejercicio (en los estados de excepción constitucional, por ejemplo) precisamente, para la promoción y resguardo de la dignidad de la persona. Así, nadie dudaría, por ejemplo, que el derecho al libre tránsito pudiera restringirse si por un estado de guerra interna o externa, la autoridad política no está en condiciones de proteger la integridad de sus ciudadanos.

5. Reconocimiento de la libre iniciativa personal como motor del desarrollo social. Se trata de estimular la capacidad creadora de cada persona, como fundamento e impulso de su progreso espiritual y material. Además, el pensamiento de derecha promueve el reconocimiento y la protección jurídica de aquellos derechos o libertades de cuyo ejercicio cotidiano depende el destino de cada persona y de su familia. Entre ellos pueden mencionarse: la Libertad de educación y el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos; la libertad de conciencia y de culto para que cada persona adhiera a la fe que mejor lo represente, o no sostenga ninguna

15. Véase García-Huidobro; Martínez y Núñez. Lecciones de derechos humanos. Ediciones Universidad de Valparaíso, 1997. P. 14

si así lo prefiere; las libertades de expresión e información; la libertad de asociación, incluyendo la de sindicarse o afiliarse a cualquiera entidad gremial, o no hacerlo o formar agrupaciones distintas, sin que ello jamás limite la libertad de trabajo; la libertad de desarrollar diferentes actividades económicas; y el derecho de propiedad que es una de las mejores garantías de la libertad de la persona.

6. Una institucionalidad fuerte. El funcionamiento institucional, en general, y la justicia, en particular, son los brazos civilizados de la autoridad y, por ende, el mejor protector de la libertad. Sin un sistema justo e imparcial, la sociedad queda abandonada al poder del más fuerte. Dado que el orden es una de las cualidades públicas más valoradas por el pensamiento de derecha, es imprescindible una adecuada percepción de las diversas instituciones públicas para generar un clima social pacífico y solidario. En este sentido, es deseable que sean bien evaluadas diversas instituciones, tales como: aquéllas de naturaleza moral –como las iglesias, por ejemplo– que promueven entre sus fieles conductas de colaboración y respeto a la comunidad; las de orden y seguridad pública que velan por el mantenimiento de la paz social; instituciones de gobierno en sentido amplio, -los poderes del estado- y de aquellos cuerpos intermedios, como los partidos políticos, que encauzan su fin hacia la conquista del poder.

7. Promoción social para la estabilidad y solidez de la familia. La familia es la célula fundamental de la sociedad y tiene que cumplir fines que son imprescindibles para el bienestar social: la crianza y educación de los hijos; velar por la estabilidad psicológica y social a los individuos; la seguridad y protección social que asegura a la familia y a los hijos que en ella puedan nacer; el sostén que da a las personas disminuidas desde el punto de vista físico y/o psicológico (tales como el cuidado de enfermos y la atención de ancianos); el apoyo financiero la adquisición de bienes imprescindibles para el desarrollo social como la vivienda; y la variada asistencia que puede prestar ante situaciones difíciles como el desempleo o la falta de medios en general. Estas indelegables funciones exigen fortalecer la familia matrimonial por ser la única que da mayores garantías de estabilidad y de cumplimiento eficaz de dichos fines. De esta forma, el estado debiera regular el matrimonio y reconocer la familia que sobre él se funde, porque

tiene interés en la existencia de uniones estables que puedan garantizar mejor las funciones estratégicas asociadas a la familia¹⁶.

Especial importancia reviste el derecho preferente de los padres para educar a sus hijos. Dado que la familia es el lugar primario de formación y humanización de los seres humanos, ellos son los titulares absolutos de este derecho-deber. Ahora bien, en determinadas circunstancias –como lo es la educación formal– pueden delegar de manera subsidiaria, parte de esa educación, pero siempre manteniendo la vigilancia y control de la labor educativa que subsidiariamente entregaron. Una buena educación forma buenos ciudadanos y, por lo mismo, controlar los contenidos educativos ha sido un objetivo central de todas las ideologías totalitarias de los últimos tiempos. La custodia de este derecho-deber, entonces, es requisito esencial para un verdadero ejercicio de la libertad ciudadana.

8. Respeto de la propiedad privada. El derecho de propiedad es otra de las más elementales expresiones de la libertad del ser humano, pues es condición necesaria para ejercer los demás derechos de la personalidad. Desde ese punto de vista el derecho de dominio individual –sin desvincularlo de su función social– asegura el bien común de la sociedad, al menos por tres razones. En primer lugar, la tenencia de bienes como propios es una prolongación de la propia personalidad, pues es una de las inclinaciones más naturales del ser humano. En segundo lugar, la conservación, desarrollo y perfeccionamiento de la persona y de su familia exige la tenencia de ciertos bienes en forma exclusiva (vivienda, vestuario, alimentación, etc.) de los cuales depende la mantención del grupo familiar. En tercer lugar, la propiedad es la única garantía de la libertad e independencia de las personas. De hecho, es la propiedad de ciertos bienes lo que normalmente permite resistir a la intromisión indebida de terceros, o del estado, en la esfera de la vida en que el hombre tiene derecho a gobernarse a sí mismo: lugar donde vivir, educación que dar a los hijos, trabajo que realizar, etc¹⁷.

16. Véase Sherif Girgis, Robert P. George & Ryant T. Anderson. What is Marriage? Harvard Journal of Law & Public Policy Vol. 34. Op. Cit. P. 246-247.

17. González Echeñique Javier. Op cit. P. 68.

9. Protección y apoyo a los sectores más vulnerables de la sociedad.

La preocupación preferente por los que sufren la pobreza (material y espiritual) es propia de una corriente de pensamiento que lucha por promover y proteger la dignidad humana. Al mismo tiempo, y dado que se concibe a la persona como artífice de su propio futuro, la ayuda no se concibe en términos meramente asistencialistas, pues eso tiende a acentuar la dependencia de los más vulnerables, respecto del estado. Lo que se busca, por el contrario, es dotar a las personas de las herramientas que les permitan movilidad social por sus propios medios y esfuerzo.

10. Énfasis en el crecimiento económico y la creación de empleo para derrotar la pobreza.

La subsidiariedad y la economía social de mercado son todas derivaciones, entrelazadas entre sí, de la libertad. Por lo mismo, y sin perjuicio de reconocer la necesaria redistribución de la riqueza y el principio de solidaridad –para velar por la justicia social– quien se asume de derecha ve en la producción de riqueza la manera más sustentable y eficaz de reducir los niveles de pobreza. Asimismo, promoviendo la creación de empleo se dignifica la persona, pues el trabajo humano no es sólo fuente de producción material, sino también la ocasión más propicia de desarrollo integral de la personalidad humana. El desempleo, en este sentido, no sólo es un mal económico, sino también un perjuicio moral que no se condice con la vocación al trabajo propia de todos los hombres.

El mercado, sin embargo, no puede ser el definidor último del valor de ciertos bienes, como el valor del trabajo. Con todo lo ya visto, puede advertirse que si el pensamiento de derecha asumiera posiciones económicas liberales (entendidas bajo el prisma del individualismo) no podría sustentar ideas que le son esenciales, como por ejemplo, el rol subsidiario del estado o la opción preferente por los más pobres.

Finalmente, tratándose del estado y su rol en materia económica, a éste le compete ser árbitro de la competencia legítima de los agentes económicos, y juez implacable de las conductas abusivas y poco éticas; a él le corresponde orientar la economía hacia el bien común, evitando inequidades arbitrarias e injustas; y a él le corresponde avanzar hacia políticas públicas que empoderen a los ciudadanos –con acento en la

educación y respetando el derecho preferente de los padres ya indicado— para ayudarlos en su promoción social.

IV. Conclusiones

El pensamiento de derecha se enmarca dentro de una tradición que logra poner al ser humano en el centro de la preocupación política. Esto porque reconoce en él una naturaleza que va más allá de los contextos coyunturales o los anhelos que puedan surgir de la autonomía de la voluntad. No se compone de un sistema ideológico que interprete la realidad de una manera determinada, ni obedece a las inspiraciones de un gurú iluminado que represente su esencia. Ésta, tal vez, la característica más importante del pensamiento de derecha. De ahí que más bien se la pueda definir como una actitud o un modo de plantearse frente al orden social, basado en un conjunto de principios, que muy bien pueden llegar a proponer soluciones diversas a los múltiples problemas de la sociedad moderna.

No obstante, todos estos principios sí aparecen incompatibles con toda ideología relativista que consideran al ser humano como un constructo de la voluntad carente de toda esencia. En efecto, la defensa de la dignidad humana exige reconocer que hay cosas que no pueden entregarse a los intereses coyunturales de algunos grupos de presión. Por el contrario, como decía Jaime Guzmán: “el liderazgo político consiste en guiar a la opinión pública en vez de alargarla servilmente o dejarse llevar por sus vaivenes”.

A partir de todo lo ya señalado, es atingente preguntar, en qué consistiría una nueva derecha, o en qué se diferenciaría de aquellos principios que han constituido la esencia de esta tendencia política, pero sin dejar de llamarse derecha.

Ineficacia de la marca AC

• 13 de noviembre de 2013 •

La campaña “Marca tu voto AC” ha adquirido relevancia mediática a pesar de la ineficacia jurídica de marcar el voto. Sus promotores llaman al electorado a escribir la sigla AC (Asamblea Constituyente) en su cédula de votación presidencial, pretendiendo que se consignen dichas marcas para –según ellos– contabilizar la cantidad de ciudadanos que apoya la iniciativa. Más allá que registrar el contenido de las marcas u accidentes en los votos marcados constituye una ilegalidad, y que ni aun los apoderados de mesa pueden exigir que se deje constancia en las actas del contenido de dichas marcas, de legitimarse un escrutinio “de hecho” de cualquier marca o accidente, podría abrirse, peligrosamente, la puerta a la antigua y peligrosa práctica del cohecho electoral.

I. Introducción

Algunos académicos y dirigentes sociales, han centrado su crítica en la Constitución de 1980 y debido a la supuesta ilegitimidad, hermetismo y falencias democráticas de la Carta Fundamental, señalan que una asamblea constituyente sería la solución a todas las injusticias que afectarían a Chile. Para promover dicha iniciativa constituyente originaria, han desplegado una campaña a través de los medios de comunicación y las redes sociales que pretende que la mayor cantidad de ciudadanos posibles consigne la marca “AC” (asamblea constituyente) en la cédula electoral correspondiente a Presidente de la República. Ciertamente, y más allá de la inconstitucionalidad de la realización de dicha Asamblea Constituyente, en el presente informe buscamos explicar el porqué de la ineficacia jurídica de marcar los votos de esa forma, sino también explicar, las consecuencias que traería registrar en las actas las marcas específicas que contiene cada voto, una vez que los ciudadanos han emitido su preferencia.

II. La iniciativa “Marca Tu Voto”

Dentro de su página web¹, los promotores de la iniciativa señalan que lo que se pretende es hacer comprender a la ciudadanía que una Constitución es socialmente importante para un país, en tanto resguarda nuestros derechos fundamentales y fija las instituciones y reglas básicas de una sociedad; y que justamente nuestra Constitución sería defectuosa, pues al ser impuesta en dictadura, su origen habría sido espurio. Finalmente señalan que “nosotros como pueblo organizado tenemos derecho a establecer intersubjetivamente nuestras reglas e instituciones comunes, a través del mecanismo más democrático y justo: una Asamblea Constituyente”².

Los promotores pretenden que los electores marquen el voto de Presidente de la República con la sigla “AC” en uno de los extremos de la cédula electoral, y que todas las cédulas que contengan dichas

1. www.marcatuvoto.cl

2. <http://marcatuvoto.cl/quienes-somos/que-buscamos/>

marcas, queden consignadas en las actas de escrutinios de la mesa receptora de sufragios.

A este respecto, los promotores de la campaña “Marca Tu Voto” expresan que las reglas en materia de votos marcados están claramente establecidas en la ley, específicamente en el artículo 71 n°5 inciso 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios. Fundamentan jurídicamente su posición en el hecho de que, según la interpretación que ellos hacen del citado artículo, debe quedar constancia no solamente de la existencia de las marcas, sino que también de su contenido en las actas respectivas.

III. Validez del voto marcado

Los promotores de la campaña “Marca Tu Voto”, señalan que sus intenciones se han tergiversado, pretendiendo confundir y engañar al ciudadano al señalar que se trata de una campaña ilegal que invita a la nulidad del voto.

El artículo 71 n°5 inciso 1° de la Ley 18.700 Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, prescribe que *“Serán nulas y no se escutarán las cédulas en que aparezca marcada más de una preferencia, contengan o no en forma adicional leyendas, otras marcas o señas gráficas. La Mesa dejará constancia al dorso de ellas del hecho de su anulación y de la circunstancia de haberse reclamado por vocales o apoderados de esta decisión”*. A su vez su inciso 2° establece que *“Se considerarán como marcadas y podrán ser objetadas por vocales y apoderados, las cédulas en que se ha marcado claramente una preferencia, aunque no necesariamente en la forma correcta señalada en el artículo 65, y las que tengan, además de la preferencia, leyendas, otras marcas o señas gráficas que se hayan producido en forma accidental o voluntaria, como también aquellas emitidas con una preferencia pero sin los dobleces correctos. Estas cédulas deberán escrutarse a favor del candidato que indique la preferencia, pero deberá quedar constancia de sus marcas o accidentes en las actas respectivas con indicación de la preferencia que contienen”*.

Efectivamente, el voto marcado, en la medida que marque preferencia por un candidato, es un voto que debe ser escrutado como válido, y por lo tanto se cuenta para el candidato cuya preferencia se ha emitido mediante el sufragio. No obstante, los votos que no marquen preferencia pero tuvieran una marca, en términos estrictos, son votos blancos, así como los votos que marquen más de una preferencia, tengan o no otro tipo de marca, son votos nulos. Sin embargo, será necesario discutir más adelante ya no la validez del voto, sino la eficacia jurídica de consignar marcas en los votos, o sea la validez de la marca en sí y su contenido.

Debemos dejar en claro que en virtud de la ley 18.700, existe una sola forma correcta de votar, que es la señalada en el artículo 65 de la ley N° 18.700: *“el votante podrá marcar su preferencia en la cédula, sólo con el lápiz de grafito negro, haciendo una raya vertical que cruce la línea horizontal impresa al lado izquierdo del número del candidato o sobre la opción de su preferencia en caso de plebiscito”*. Teniendo en cuenta lo anterior, las marcas o leyendas voluntarias en los votos constituyen una irregularidad, y ciertamente son una forma incorrecta de votar. El hecho de que la ley tenga criterios sobre cómo proceder con estos votos, escrutándolos a favor del candidato con preferencia, y guardándolos en un sobre separado y especial, no le quita su condición de irregular e incorrecto, sino que busca escudriñar la verdadera intención del votante, respecto de la preferencia que ha emitido. En este sentido, siempre será necesario que el Servicio Electoral, recomiende a los electores no realizar marcas o leyendas en los votos, pues ciertamente no es una forma correcta de emitir el voto.

IV. Registro del contenido de las marcas en las actas

En primer lugar, hay que tener en cuenta que los votos marcados no pueden escrutarse al margen de la preferencia que en ellos se manifieste. El artículo 71 anteriormente citado, distingue lo que es el “escrutinio”, que consiste en reconocer y computar los votos a un candidato o preferencia determinada, de la “constancia de sus marcas o accidentes”, siendo explícito en referir que sólo debe ser escrutada la preferencia expresada en la cédula, no las marcas adicionales.

Esto es importante destacarlo, pues si bien “Marca Tu Voto” no ha solicitado al Servicio Electoral escrutar las marcas “AC”, ciertamente el consignar una por una dichas marcas en el acta respectiva, primero, no tiene otro fin que contarlas o escruarlas bajo un subterfugio legal, y en segundo lugar altera la finalidad del registro de marcas en el acta, el cual simplemente consiste en dejar constancia de que el voto tuvo una marca o accidente, y no de dejar constancia del contenido de dichas marcas, las cuales es sabido, no solamente consisten en la sigla AC, sino que innumerables garabatos, dibujos de distinto calibre que van desde obscenidades hasta caricaturas animadas.

Así, la ley señala expresamente que se debe señalar el candidato de la preferencia que contienen los votos marcados, pero en ningún caso señala que debe haber una transcripción expresa y completa de las leyendas o símbolos que constituyen las marcas. La mesa puede por tanto señalar genéricamente el tipo de marcas, mencionando que hay marcas “de leyendas”, “de símbolos”, “de manchas” o “de dobles incorrectos”. Asimismo, y por obvio que parezca, tampoco la ley manda transcribir en las actas insultos o injurias en contra de los miembros de las mesas, candidatos, instituciones o autoridades. Por tanto no existe ninguna obligación en la ley, respecto de que las mesas, cuantifiquen en sus actas de escrutinios una leyenda especial como pretende la organización ya referida. Lo contrario abriría la puerta a prácticas que en el pasado ya han sido desechadas, como se analizará más adelante a propósito del cohecho.

Dicho esto, hay que tener en consideración que la ley 18.700, sólo regula el escrutinio y calificación de las elecciones de Presidente de la República y Parlamentarias (y las plebiscitarias en los casos de reforma constitucional). En consecuencia, el “escrutinio” no significa que deba reconocer y computar opciones a los cuales no se ha convocado, pues ello sería inconstitucional en virtud del artículo 12 inciso segundo de nuestra Carta Fundamental. De lo contrario, al llevar la interpretación contraria al extremo, podría sugerirse a juntas de vecinos, clubes de cualquier tipo u otros gremios, aprovechar el acto electoral público para elegir directivas u otras opciones rayando las papeletas, y comprobar los resultados a través de este “registro público”.

La norma, por tanto, debe entenderse en orden a separar los votos escrutados “no marcados” o válidamente emitidos, de los votos escrutados “marcados y objetados”. Esto, pues el concepto de voto “marcado” va necesariamente relacionado a la manifestación del votante a favor de un candidato determinado. Esa es la razón por la que se cuentan dichos votos “a pesar de sus marcas”, pero sólo respecto de las preferencias determinadas antes de la elección misma, una vez declaradas las candidaturas. Tanto es así, que los votos que no marquen preferencia pero tuvieran una marca, en términos estrictos, son votos blancos, así como los votos que marquen más de una preferencia, tengan o no otro tipo de marca, son votos nulos.

Finalmente, respecto de los resultados y la información que debe entregar el Servicio Electoral, el artículo 175 bis de la ley 18.700 prescribe que *“Con objeto de mantener informada a la opinión pública del desarrollo de toda elección o plebiscito, el Servicio Electoral emitirá boletines y desplegará información en su sitio web, respecto de la instalación de las mesas de votación y sobre los resultados que se vayan produciendo, a medida que las mesas culminen su proceso de escrutinio, los que tendrán el carácter de preliminares”*. Por tanto, en ningún caso puede ser parte de dicho despliegue de resultados, la información y cuantificación de diversos tipos de leyendas en votos marcados, si es que se pretendiese por parte del Servicio Electoral.

En conclusión, lo sustentado por *Marca Tu Voto*, violenta el espíritu y el texto de la norma, mediante resquicios, y es del todo inútil, pues no existe obligación alguna de la mesa de registrar el contenido de las marcas y dobleces. Además si la intención del Servicio Electoral, fuera la promoción de esta práctica, su actuación estaría fuera de la ley violando los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, y sería nula.

V. La posibilidad de cohecho

Más allá de la discusión planteada sobre si se deben escutar o no las marcas “AC”, existe una razón más de fondo respecto a la intención del legislador para impedir que el contenido de las marcas o accidentes en un voto sean consignados en las actas, cual es la evidente posibilidad

de cohecho. Esta práctica estuvo muy presente en nuestros procesos electorales hasta 1958, año en que entró en vigor la Ley N° 12.891, que estableció la cédula única impresa en papel no transparente con marca de agua indeleble de la Dirección del Registro Electoral. Esta ley también incorporó a la cédula la indicación de serie y numeración correlativa como conocemos hoy en día³.

El cohecho constituyó el mayor vicio de nuestro sistema electoral después de 1925. En la Historia de la ley 12.881, con fecha 28 de abril de 1958, el diputado Jacobo Schaulsohn señaló en la discusión de Sala, *“En la actualidad, se envían a los electores cédulas prefabricadas, con las preferencias hechas o utilizando un sistema de dobles de votos o de marcas de preferencia que permiten controlar fácilmente al elector, a fin de cohecharlo y tener la seguridad de que ha votado como se le ha exigido, en el momento de pagar por la venta de su conciencia y de su derecho inalienable a determinar, con su voluntad, los hombres que habrán de dirigir los destinos de la nación o integrar los Poderes Públicos del país. La historia del sufragio en Chile se identifica con la de su democracia, equiparación entendible, pues, si bien el voto no es sinónimo de democracia, es instrumento indispensable para alcanzarla al permitir al electorado manifestar sus opciones ideológicas o programáticas en función de sus valores o intereses públicos o privados. Nuestro régimen democrático se consolidó progresivamente, aunque con algunos sobresaltos, registrando sucesivas modificaciones en la práctica de las libertades electorales. La más importante de esas reformas en el siglo XIX fue la dictada en 1890, debilitando el intervencionismo electoral al perfeccionar los modos de votación que hasta entonces permitían al gobierno de turno controlar el voto de importantes grupos de electores”*⁴.

La campaña “Marca Tu Voto”, si bien no contempla el ofrecimiento de paga, dádiva o promesa de dinero u otra recompensa, abre un espacio para que las futuras cédulas únicas puedan ser marcadas con las señas que la picardía criolla invente para violar su secreto, resurgiendo el control

3. <http://bloglegal.bcn.cl/content/view/310541/El-cohecho-electoral-ante-las-modernas-tecnologias.html>

4. Historia de la ley 12.881

ilegítimo de la soberana expresión de los electores⁵. En efecto, interpretar la norma del artículo 71 de la ley 18.700 en el sentido de que deba consignarse el contenido de las marcas o accidentes en los votos marcados u objetados, abre la puerta al regreso de una práctica que se vio afinada a fines de los años 50, pues perfectamente podría saberse, en atención a las marcas realizadas en los votos, la preferencia consignada por un elector determinando, vulnerando peligrosamente el secreto del voto.

VI. Los observadores ciudadanos y su legalidad

Los promotores de la campaña “Marca Tu Voto”, han señalado repetidamente en los medios de comunicación que los vocales de mesa, en tanto ministros de fe, están obligados a dejar constancia de las marcas o accidentes que contengan los votos, y que la ley contempla un delito para el caso de que se nieguen a tomar nota en actas “de cualquier circunstancia del acto eleccionario”. En este sentido, el artículo 132 n°7 de la ley 18.700 prescribe lo siguiente: *“Sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo el miembro de Mesas Receptoras de Sufragios que incurriere en alguna de las siguientes conductas: 7) Negarse a tomar nota en actas de cualquier circunstancia del acto eleccionario;”*.

Esta agrupación, para efecto de asegurar el cumplimiento fiel de lo que estiman debe hacer la mesa receptora de sufragios, esto es, que se tome nota en el acta de los votos marcados AC y su contenido, es que han hecho un llamado abierto para contar ese día con “observadores ciudadanos”, que exijan que se deje constancia de los votos marcados AC en las actas.

En este sentido es necesario dejar claro que dichos observadores ciudadanos, actuarían del todo fuera del marco legal, por las siguientes razones:

Primero, hay que tener presente lo prescrito por artículo 162 inciso 3° de la ley 18.700, que señala que *“Los apoderados tendrán derecho a instalarse en los locales de votación o al lado de los miembros de las Mesas Receptoras,*

5. Enrique Krauss. Ob cit.

en las Juntas Electorales, Colegios Escrutadores, Oficinas Electorales o Tribunales Electorales, observar los procedimientos, formular las objeciones que estimaren convenientes y, cuando corresponda, exigir que se deje constancia de ellas en las actas respectivas, verificar u objetar la identidad de los electores y, en general, tendrán derecho a todo lo que conduzca al buen desempeño de sus mandatos”.

Vale decir, los únicos habilitados para exigir que se deje constancia son los apoderados de las candidaturas declaradas o de los partidos políticos, y por lo tanto cualquier ciudadano de a pie, quien legalmente no es interviniente en la elección, no tiene ningún derecho a exigir que se deje constancia alguna en las actas, pues es un derecho exclusivo y excluyente de los apoderados.

Por lo tanto, los observadores ciudadanos de “Marca Tu Voto”, no pueden ser legalmente considerados como apoderados. Esto, pues el artículo 159 de la ley 18.700 prescribe que *“Los candidatos a Presidente de la República, los partidos que participen en una elección y los candidatos independientes, podrán designar un apoderado con derecho a voz, pero sin voto, para que asista a las actuaciones que establece esta ley de las respectivas Juntas Electorales, Mesas Receptoras de Sufragios, Colegios Escrutadores, Oficinas Electorales que funcionen en los locales de votación, Tribunales Electorales Regionales y Tribunal Calificador de Elecciones. El mismo derecho tendrán los partidos políticos y los parlamentarios independientes en los plebiscitos nacionales. Tratándose de plebiscitos comunales, este derecho sólo corresponderá a las organizaciones comunitarias y actividades relevantes de la respectiva comuna o agrupación de comunas”.*

En virtud de lo anterior, no pueden existir apoderados más que para las candidaturas declaradas y aceptadas por el Servicio Electoral para Presidente de la República, los partidos que participen en una elección y los candidatos independientes, a lo que sólo se suman los parlamentarios independientes en caso de plebiscito. Por tanto, cualquier otra iniciativa o candidatura no declarada y aceptada por el Servicio Electoral, no puede contar con apoderado en el sentido de lo expresado por la ley 18.700, y por ende, salvo que apoderados de candidaturas declaradas u otros partidos

políticos que participen en esta elección, decidan apoyar la iniciativa “Marca tu Voto”, un ciudadano corriente, no tiene derecho alguno a exigir que se deje constancia en las actas y por tanto dichos observadores ciudadanos son del todo ineficaces para exigir cualquier constancia en las actas como se ha señalado.

En segundo lugar, aun cuando apoderados legalmente constituidos tengan derecho a exigir que se deje constancia en las actas, este derecho no es para efectos de dejar constancia de cualquier cosa. Así, el mismo artículo 162 inciso 3° de la ley 18700, señala que *“Los apoderados tendrán derecho... cuando corresponda, exigir que se deje constancia de ellas en las actas respectivas”* (el destacado es nuestro). Es decir, sólo pueden dejar constancia de los actos o circunstancias que afecten la candidatura que representan o su opción en un determinado plebiscito, pero malamente podrían exigir, por ejemplo, que se deje constancia en el acta sobre el mal vestir de un vocal de mesa, sus apreciaciones deportivas, sus pretensiones políticas o cualquier otra circunstancia que no corresponda al acta electoral, como lo es el caso de las marcas AC o el contenido de cualquier otra marca o accidente que no diga relación con determinar una preferencia de las que se encuentran consignadas en la cédula de sufragio.

Finalmente, cabe reiterar que independiente de que el voto marcado no es un voto nulo, y que se cuenta o escruta para el candidato que indica la preferencia, en esta materia suele existir mucha confusión. Podría ser, entonces, que por falta de conocimientos los vocales y apoderados de la mesa -como señala en N° 5 del artículo 71- podrían anular aquellos votos por estimar que sus marcas constituyen una preferencia a favor de otro candidato. Al respecto, la mesa de sufragios es soberana, para a través de la mayoría de sus vocales, decidir la calificación de estos votos, como marcados y por tanto escrutados o como nulos. Corren por tanto riesgo los electores, y los apoderados de candidaturas válidamente declaradas en esta elección, de que la mesa tenga un criterio diferente y pueda anularlos, y tener entonces que recurrir a los Tribunales Electorales para su escrutinio definitivo. Esta posibilidad cierta, exige a toda la ciudadanía proceder con absoluta responsabilidad al momento de informar sobre la forma de votar y ejercer los derechos cívicos.

VII. Ineficacia de la Marca AC

Se ha determinado que el voto marcado AC no es un voto nulo, salvo que marque más de una preferencia. En caso contrario debe ser calificado como voto marcado, dejándose constancia en el acta de que dicho voto se encuentra con una marca o accidente. Si, a su vez, sólo contiene la marca AC, pero no consigna ninguna una preferencia, dicho voto es blanco y el hecho de que contenga marcas tampoco debe ser consignado en el acta respectiva.

Ahora bien, ya se ha hablado de la validez del voto, pero ahora es necesario referirnos a la eficacia de la marca AC, esto es, las consecuencias jurídicas que trae aparejada la marca misma o el accidente que se consigna en un voto. Aun cuando un alto porcentaje de sufragios registren una marca particular, al no haber sido dicha opción declarada y aceptada por el Servicio Electoral, carece de toda relevancia o consecuencia jurídica. En este sentido, y tal como se ha señalado anteriormente, si la interpretación correcta fuera que las marcas en los votos traen aparejadas consecuencias jurídicas electorales, los procesos electorales podrían usarse con fines diversos a la elección de los candidatos registrados en la papeleta.

VIII. Conclusión

El uso e interpretación que ha hecho comunicacionalmente el Movimiento Ciudadano Marca tu Voto es sin duda un abuso, mediante el cual se pretende desvirtuar el objetivo de la elecciones de noviembre próximo, pretendiendo una forma de plebiscitar aspectos no reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, como es el de la asamblea constituyente.

Si bien se ha dejado claro que el voto marcado no es un voto nulo, parece claro que no sólo no existe obligación alguna de la mesa y sus vocales de dejar constancia del contenido de ninguna marca o accidente que contenga la cédula marcada, sino simplemente deben consignar el hecho de que el voto contiene marcas, sin registrar su contenido e incluso, a mayor abundamiento, cualquier decisión de la mesa tendiente a registrar el contenido de las marcas es del todo ilegal.

Además ha quedado de manifiesto que los únicos que pueden exigir dejar constancia en las actas son los apoderados legalmente constituidos al efecto, por lo que los llamados “observadores ciudadanos” que no sean apoderados de alguna de las candidaturas legalmente predeterminadas ante el Servicio Electoral, carecen de toda facultad legal para exigirle a la mesa cualquier constancia en las actas. Además explicamos que aun cuando un apoderado de alguna de las candidaturas predeterminadas tenga derecho a exigir que se deje constancia en actas, la ley señala expresamente que ello debe hacerse cuando “corresponda”, esto es, sólo cuando diga relación con el proceso electoral y le afecte directamente al candidato o partido que representa, siempre en relación al mismo proceso electoral.

Finalmente, es preciso reafirmar la ineficacia que tiene cualquier marca en un voto por sí misma, esto es, que marcar el voto con las siglas AC carece de relevancia jurídica alguna atendida la institucionalidad vigente.

La prudencia debe orientar la conducta cívica. Si la promoción de marcar los votos se valida, sin una actitud firme del Servicio Electoral en su contra, podría llegarse a extremos nocivos para la democracia, como una peligrosa apertura al antiguo cohecho, aun cuando no sea el objetivo buscado por el movimiento Marca Tu Voto, tal como ya se señalara. Es clave para nuestra sociedad no solamente respetar los marcos institucionales, sino que evitar realizar interpretaciones antojadizas y laxas, que podrían dar pie a peligrosas prácticas ya desechadas en el pasado.

Frente a la abstención electoral ¿Votar es un derecho o un deber?

• 26 de diciembre de 2013 •

El año 2011 se aprobó la ley de inscripción automática y voto voluntario con la esperanza de aumentar la participación ciudadana, por la vía de ampliar el padrón electoral. No obstante las dos últimas elecciones –municipales 2012 y presidenciales 2013– dejaron en evidencia un creciente abstencionismo electoral que ha preocupado a todos los sectores. Comienzan a escucharse las voces que piden un sistema de votación obligatorio. A continuación un breve recuento de los principales argumentos de cada una de esas posiciones.

I. Introducción

Es evidente que el cambio en nuestro sistema electoral de voto obligatorio a voto voluntario, ha ocasionado una merma importante en los porcentajes de participación electoral. Aunque mucho se ha dicho en cuanto a que niveles de participación en torno al 40% del padrón electoral son normales en las democracias desarrolladas, no deja de ser preocupante que las autoridades democráticamente electas lo sean con un escaso respaldo ciudadano en términos absolutos.

El debate que precedió al cambio constitucional fue rico en argumentos tanto a favor, como en contra de la obligatoriedad del voto. En este debate subyace la idea que se tenga de la naturaleza jurídica del sufragio –si es un derecho o un deber– y en consecuencia de la forma de regularlo en el ordenamiento jurídico. En los días que han seguido a la segunda vuelta electoral no son pocas las voces que están pidiendo volver a un sistema de voto obligatorio para evitar nuevas bajas en la participación ciudadana.

Ahora bien, como suele ocurrir en la vida política de los países, los fenómenos sociales no son monocausales, por lo que no es posible sostener que el creciente desinterés ciudadano sea de exclusiva responsabilidad de la voluntariedad del voto. También podría pensarse en la necesaria modernización que requieren los partidos políticos, o en las reformas y mejoras que requieren los planes de educación cívica, entre otras medidas.

No obstante, el presente trabajo se enfocará exclusivamente en una recopilación de argumentos, tanto a favor como en contra de la obligatoriedad del voto, o si se quiere, de la naturaleza jurídica del derecho a sufragio. Finalmente se aclara que el hecho de que sea considerado un derecho por casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo no obsta a preguntarse si se trata de un derecho de ejercicio obligatorio o no.

II. Voto obligatorio o como deber

La opción por el voto obligatorio se sustenta en la concepción de que el voto o sufragio activo no es solo un derecho subjetivo de los ciudadanos, sino

es también una obligación ciudadana, un deber público o un deber cívico, sobre cuyo cumplimiento descansa el sistema democrático. En tal sentido, se considera que el voto cumple una función social cuya obligatoriedad puede ser dispuesta por el Estado¹. A continuación los argumentos principales para defender el voto obligatorio.

2.1 Argumento del carácter democrático e “igualador” del voto

Los sistemas voluntarios, se dice, tienden a generar situaciones de desigualdad política. En efecto, en una democracia representativa son los electores los llamados a elegir a sus autoridades. Son ellos los que toman una de las decisiones más importantes en las diferentes etapas de la vida de los países: quiénes dirigirán sus destinos en los diferentes períodos electorales. Por lo tanto, participar en los diferentes comicios es la forma más concreta que tiene cada uno de los ciudadanos de ser igual a los demás ciudadanos y de valer lo mismo en términos políticos: un ciudadano, un voto. En una democracia que no asegure la participación de todos los llamados a elegir a un presidente, un parlamentario, alcalde o la autoridad de que se trate, parecería que la opinión de unos vale más que la de otros y que no todos los ciudadanos son iguales en términos políticos².

Por lo demás, la evidencia en algunos países ha mostrado que en los sistemas voluntarios los que menos participan son los electores de los niveles socioeconómicos más bajos. Ellos, además, son los que tienen menos capacidad de influencia en las decisiones públicas, porque son los que más dificultades tienen en asociarse y agruparse para defender sus intereses³. Además, las personas pertenecientes a los quintiles más bajos son aquellos que menos sienten que su vida cambia con las diferentes alternativas políticas que se les presentan cada cuatro años. Por lo tanto, podría producirse un círculo vicioso, pues al no votar o hacerlo en menor

1. Salcedo Cuadros, Carlo. El voto o sufragio activo como derecho-deber. A propósito de la polémica sobre el voto voluntario y el voto obligatorio. P. 362.

2. Pablo Marshall Barberán. El derecho y la obligación de votar. Revista de Derecho. Volumen XXII N° 1, julio 2009. p. 90.

3. Chuaqui Tomás. Participación electoral obligatoria: una defensa. En http://www.cepchile.cl/1_4276/doc/participacion_electoral_obligatoria_una_defensa.html#.UribNZx5Mo4 p. 188.

proporción no existiría ningún incentivo para que los diferentes candidatos –y la clase política en general– tengan en cuenta, con la prioridad que se requiere, los intereses de ese grupo de la población.

De esta manera, si una comunidad política tiene un legítimo interés en proteger uno de los pilares que sostienen su idea de igualdad –la participación en las elecciones– la obligatoriedad del voto sería fundamental para salvaguardar un sistema de legitimación de las autoridades elegidas por cada uno de los ciudadanos.

Desde esta perspectiva siendo el voto una obligación o un deber, su ejercicio no es facultativo para su titular, sino es obligado y debido; es decir, es exigible jurídicamente. En consecuencia, su incumplimiento debe ser sancionado o penalizado.

2.2 Argumento de la protección de la libertad cívica

Esta tesis podría ser el corolario de la anterior. Se señala que en las democracias modernas se produce una asimetría en los niveles de preocupación por vivir la propia libertad individual, versus la preocupación por el soporte institucional que protege el goce de esa libertad. De hecho, “uno de los fines principales de un régimen democrático es la protección de la libertad individual, y uno de los mecanismos a través de los cuales se sostiene un régimen democrático es en la expresión de la soberanía popular en la participación en elecciones de representantes”⁴.

Este argumento es defendido frente al conocido argumento de corte más liberal que señala que, dado que el sufragio es un derecho, sería contradictorio obligar a la ciudadanía a emitir dicho sufragio en los procesos electorarios. Si la democracia está para proteger la libertad, no se puede obligar a las personas a participar electoralmente.

Tomás Chuaqui señala “en las sociedades democráticas en las que vivimos, existe un enorme número de obligaciones e impedimentos que jamás se

4. Chuaqui Tomás. P. 191.

nos ocurriría clasificar como antidemocráticos en principio. Las leyes, en general, constituyen obligaciones e impedimentos a lo que quizás quisiéramos hacer de otra manera, típicamente bajo la amenaza de castigo ante su incumplimiento. Sin embargo, los sistemas legales en las repúblicas democráticas tienen como uno de sus fundamentos esenciales una mejor protección de la libertad individual”⁵.

Vale decir, bajo este argumento no podría exigirse, por parte del ordenamiento jurídico ninguna obligación o imponerse ninguna limitación de derechos, pues podría objetarse que constriñe injustamente el ejercicio de la propia libertad.

2.3 Argumento de la justicia

Otro de los argumentos planteados para la obligatoriedad de sufragar es el de la justicia, siguiendo un argumento Rawlsiano, que bien podría ser sustentado por un ciudadano de pensamiento republicano. Existe el deber moral de apoyar y promover las instituciones que promueven la justicia en la sociedad. La primera forma de hacerlo es acatar las leyes justas o colaborar en el establecimiento de instituciones justas, cuando no existan y ellas sean requeridas. Por lo tanto, si la estructura básica de una sociedad es justa, o razonablemente justa, dadas las circunstancias y los contextos particulares, todos los miembros de esta sociedad tienen el deber de colaborar en la promoción, protección y perfeccionamiento de esta estructura básica⁶.

De esta manera, si existe un sistema político razonablemente justo, que beneficia a toda la comunidad –mediante un estado de derecho que protege las garantías básicas y una institucionalidad que permite niveles mínimos de realización material y espiritual– es lógico e igualmente justo que se imponga a los ciudadanos las cargas respectivas para fortalecer y preservar ese sistema. Una de esas cargas es obedecer la ley que podría, a su vez, exigir el razonable sacrificio personal de concurrir a las urnas

5. Véase Chuaqui Tomás. P. 192.

6. Véase Chuaqui Tomás. P. 195.

cada cierto tiempo, pues ese costo es marginal en comparación con los beneficios recibidos.

III. Voto voluntario o como derecho

Para quienes defienden el voto voluntario, siendo éste un derecho subjetivo, su ejercicio dependerá de la voluntad de sus titulares, por lo que los ciudadanos deben tener total libertad para decidir si ejercerlo o no. Por ello, según esta posición, el ejercicio del voto no debe suponer la imposición de ninguna pena o sanción. Dicho en otros términos, la configuración del voto como un derecho subjetivo impide que se le considere como un deber exigible jurídicamente, por lo que no cabe la penalización jurídica de la abstención del voto⁷. A continuación los argumentos principales para defender el voto voluntario:

3.1 El argumento de la participación

Muchos han señalado que para aumentar la participación electoral de los ciudadanos es preciso combinar la voluntariedad del voto con la inscripción automática –de hecho fue lo que ocurrió en Chile con la última reforma– pues aun cuando aumentara la abstención, ese efecto sería compensado con la mayor cantidad de personas que ingresarían al padrón electoral.

De hecho suele suceder, como ocurrió en Chile, en los sistemas de inscripción voluntaria y voto obligatorio que el padrón electoral comienza a estancarse y envejecer. Cuando ello ocurre la representatividad de las autoridades electas empieza a disminuir dado que, progresivamente, el porcentaje de electores es cada vez menor en comparación con el total de los habitantes del país.

No obstante lo anterior, la experiencia chilena ha demostrado que la participación no necesariamente aumenta con un universo de electores mayor. En efecto, en la segunda vuelta de las elecciones del año 2009 –con inscripción voluntaria y voto obligatorio– con un universo de 8.285.186, votaron 7.203.371

7. Salcedo Cuadros, Op. Cit. P. 363.

personas. En cambio en la reciente segunda vuelta de las elecciones de 2013, de un universo electoral de 13.573.143 votaron 5.697.524.

3.2 El argumento de la libertad o autonomía en sentido liberal.

Este argumento está recogido por Lucas Sierra de la siguiente manera: “El voto voluntario significa alejarse de un paternalismo democrático y de un no menos irritante perfeccionismo moral ciudadano. No quiero decir con esto que no haya una virtud valiosa en participar de la vida pública votando. Puede haber, incluso, deberes cívicos para hacerlo, y hasta deberes morales. Pero lo que no puede haber es un deber jurídico de votar, pues [...] el deber jurídico hace mutar el carácter del voto como derecho, transformándolo en un deber. Esto, además de contrariar el origen histórico liberal del derecho a voto, arriesga peligrosas consecuencias político-constitucionales. Si es un deber, el poder del soberano aumenta enormemente sobre los ciudadanos. Si es un derecho, en cambio, no”⁸.

El discurso parte de la base de que la relación entre el Estado y los individuos en el caso de los deberes es muy distinta a la que se da para los derechos. En efecto, mientras los deberes estarían a merced del soberano, los derechos no lo están, pues tienen un núcleo inviolable, incluso para el soberano. Esto es lo que garantiza el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

Dada la diferente relación que existiría entre los súbditos y el soberano tratándose de derechos y deberes, las consecuencias políticas de una u otra definición serían muy diferentes. Mientras los derechos protegen a los ciudadanos del poder del Estado, los deberes los dejarían bajo su directa influencia, pues podría gravarlos, disminuirlos e incluso eximir de

8. Sierra Lucas. El voto como derecho: una cuestión de principios. En http://www.cepchile.cl/i_4275/doc/el_voto_como_derecho_una_cuestion_de_principios.html#UrmDrpx5Mo4

cumplimiento. Vale decir, manipularlos según su propia conveniencia. Por lo anterior, siendo fiel al origen liberal del voto, debe concebirse como un derecho, y por ende, de ejercicio voluntario⁹.

3.3 El argumento de la responsabilidad política

Una de las razones por las cuales el voto obligatorio sería inconveniente es porque genera en la masa electoral un público cautivo, fácilmente identificable, que incentivaría a centrar las propuestas sólo en sus necesidades. Es lo que ocurría hasta antes de la reforma al sistema con los clubes de adulto mayor, considerados visita obligada para todos los candidatos, pues ahí se concentraba gran parte de los electores.

El voto voluntario, en cambio, pone en las manos de los políticos la responsabilidad de generar las propuestas necesarias para motivar a la población a ejercer su derecho a voto. Vale decir, además de la responsabilidad de representar adecuadamente a los ciudadanos, la clase política tendrá en sus manos la movilización de sus propios electores.

Esta argumento, además, contrarrestaría el temor de que la voluntariedad del voto generara una asimetría entre el poder de las clases menos educadas – que participan menos en los procesos electorales– y las con mayor educación –que votan en mayor proporción– puesto que el padrón electoral quedaría abierto y siempre podrían participar todos los potenciales electores. Por lo demás, aun cuando el mencionado temor fuera cierto, nada parecería indicar que las diferentes clases sociales estén completamente identificadas con específicas opciones políticas. Hoy es posible observar, tanto un voto popular de derecha, como un voto de elite socialista-liberal.

IV. Una alternativa. El voto como derecho-deber

Una tercera alternativa entre la consideración del voto como derecho –y por ende de ejercicio voluntario– o deber –de ejercicio obligatorio– es la que

9. Sierra. P. 168.

los considera, de manera ecléctica, como un derecho-deber. Esta posición se ampara en la evolución que ha tenido la Teoría General del Derecho en el último siglo, específicamente respecto de la concepción tradicional del derecho subjetivo. Según esta teoría todo derecho es una facultad, prerrogativa o poder que el ordenamiento jurídico atribuye al sujeto, al cual se le conoce como titular de aquel derecho¹⁰.

En opinión de Fernández Sessarego, la concepción de los derechos subjetivos entendidos como ‘señorío de la voluntad’, como expresión de un individualismo exacerbado, se encuentra en su ocaso. En su lugar ha surgido la noción de *situación jurídica subjetiva* que, sin desconocer la existencia de derechos subjetivos, los ubica “dentro de un contexto en el cual surgen y convergen también deberes a cargo del titular”¹¹. Vale decir, el sujeto de derecho es un centro de convergencia –en dinámica tensión– de derechos, facultades, poderes, deberes, prerrogativas, obligaciones, que le son atribuidos al sujeto por el ordenamiento positivo por estar situado en una determinada circunstancia jurídica y social. En consecuencia, su situación jurídica subjetiva se constituye por un complejo de derechos y deberes que el ordenamiento imputa a un sujeto cuando asume cierto estatus.

En consecuencia, esa *situación jurídica subjetiva* no implica sólo la titularidad de unos derechos subjetivos que protejan sólo al detentador de ese derecho. También concurren, en esas circunstancias, deberes a cargo del mismo sujeto que tutelan los intereses de la sociedad, y que en cierta forma, limitan el poder del titular del derecho¹².

Ahora bien, la doctrina considera que existen situaciones jurídicas subjetivas activas o de poder, por un lado, y pasivas o de deber, por otro lado. Las primeras son aquellas en las que “predomina el derecho subjetivo del titular frente a sus propios deberes”¹³ es decir, en las que “se tutela con mayor intensidad el interés del sujeto situado, y por tanto las prerrogativas tienen

10. Véase Fernández Sessarego, Carlos. *Abuso del derecho*, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 55.

11. *Op. Cit.* p. 71.

12. Vega Mere, Yuri, “Apuntes sobre el denominado abuso del derecho”, en: *Derecho Privado*, Tomo I, Lima: Grijley, 1996, p. 62.

13. Fernández Sessarego, *Op. Cit.* p. 71.

cierta prevalencia sobre los deberes que en ella concurren. Las segundas, en cambio, son aquellas en que priman los deberes y obligaciones del sujeto ante los derechos de los cuales es titular¹⁴.

Un típico ejemplo de situación jurídica subjetiva pasiva o de deber se da en los deberes-derechos relacionados con la patria potestad, que obliga a los progenitores a la crianza y educación de los hijos. En este caso, nos encontramos frente a una situación jurídica subjetiva de deber, en la que priman los deberes de los titulares (los padres), quienes, ante la necesidad de proteger el “interés superior de los niños y adolescentes”, se encuentran obligados frente a sus hijos, y frente a la sociedad, a brindarles las condiciones y medios para su subsistencia y desarrollo como personas.

Sin embargo, aun cuando en tal caso prevalezcan los deberes, nadie dudaría que los padres también tienen el derecho subjetivo a brindar a sus hijos tales condiciones, por sobre cualquier otro sujeto o el Estado si quisiera usurparle tal derecho.

Así lo contempla expresamente la constitución al señalar en su artículo 19 N° 10, sobre el derecho a la educación: “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.” Vale decir, se estructura a la educación como un derecho cuyo ejercicio es obligatorio por parte de los padres.

Por lo tanto, podría señalarse, en contra de la posición más liberal que defiende el voto voluntario de manera absoluta, que sí existen derechos cuyo ejercicio sea obligatorio, o si se quiere, que hay derechos que a la vez constituyen deberes. Ciertamente, pueden existir, y de hecho existen, muchos derechos subjetivos (quizás la mayoría), cuyo ejercicio resulta absolutamente facultativo para sus titulares (por lo que pueden decidir ejercerlo o no, sin que su no ejercicio genere alguna sanción jurídica); pero ello no significa que, en determinadas circunstancias, el legislador no pueda establecer legítimamente, en función del interés social, que ciertos

14. Vega Mere Op. Cit. p. 68.

derechos, sin dejar de serlo, constituyan también deberes o que sean de “ejercicio obligatorio”¹⁵.

Se ha señalado que la situación jurídica subjetiva es un complejo de derechos y deberes que se configuran cuando asume cierto estatus. Ahora bien, ¿Cuál sería el estatus de los individuos al votar? En Chile el estatus es el de ciudadano. Vale decir, según el artículo 13 de la Constitución, los chilenos que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no hayan sido condenados a pena aflictiva. La calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la Constitución o la ley confieran¹⁶.

En consecuencia, dependerá de cada país, según sus propias circunstancias específicas si considera políticamente más prudente hacer hincapié en la voluntariedad u obligatoriedad del escrutinio. A la luz de lo dicho entonces, la posición del derecho-deber no se identifica de manera exclusiva con ninguna de las posiciones antes vistas, pues admite la flexibilidad necesaria para inclinarse por una u otra alternativa según sean las condiciones propias de cada momento y lugar.

Debe señalarse, entonces, que para esta tercera posición del derecho-deber el hecho de que el sufragio se considere una situación jurídica pasiva o de deber –y por ende de cumplimiento obligatorio– no significa que se desmerezca la condición de derecho subjetivo del voto. De hecho, así como el acto de sufragar podría ser exigido bajo pena de sanción, no podrían los ciudadanos ser privados de tal derecho, salvo casos muy calificados y expresamente contemplados en la Carta Fundamental¹⁷.

Finalmente, se considera como falacia la afirmación aquella según la cual un país con voto voluntario es más democrático que uno con voto obligatorio. Es más, admitir que el voto también puede ser considerado un deber ciudadano, se corresponde más con una visión republicana, que

15. Véase Salcedo p. 366.

16. C.P.R. Art. 13

17. Véase artículos 16 (suspensión del derecho a sufragio) y 17 (pérdida de la ciudadanía) de la C.P.R..

enfatisa en los deberes que los ciudadanos tienen como miembros de la “república” y en las virtudes cívicas que estos deben practicar, desde cuya perspectiva se podría considerar al voto como un deber.

V. Conclusión

El debate permanece abierto, y aunque Chile ha marcado preferencia expresa por la voluntariedad del voto, los dos últimos ejercicios electorales han encendido las alarmas respecto a la baja participación ciudadana. Todo parece indicar que lo que determinará, en definitiva, si se sigue con voto voluntario o se establece uno obligatorio, es la concepción que se tenga del sufragio en cuanto a su naturaleza jurídica.

Para unos es un deber cívico que, no sólo iguala a los ciudadanos en uno de los pocos momentos donde todos pesan lo mismo, sino que además, protege las libertades cívicas al garantizar un mínimo respaldo general a las autoridades encargadas de promover el bien común y respetar los derechos fundamentales.

Para otros no es sustentable la existencia de derechos cuyo ejercicio sea obligatorio, puesto que los mismos por definición son facultativos. Si una persona puede ejercer un derecho, de igual forma podría, también, no ejercerlo. Pretender “derechos obligatorios” sería, entonces, una contradicción que, además, vulnera el derecho a la libertad individual.

Cambio cultural y político. Su impacto en la UDI

• 22 de enero de 2014 •

El presente número de “Ideas & Propuestas” reproduce la intervención del abogado Gonzalo Cordero en el Consejo Directivo Ampliado de la UDI, llevado a cabo el 10 y 11 de enero del presente año. Su hipótesis es que las recientes elecciones presidencial y parlamentaria son la expresión de un grave retroceso cultural, político y electoral para la centroderecha y, en consecuencia, también para la UDI. No obstante, como ha quedado en evidencia una vez más en los últimos días, este partido sigue siendo el proyecto político más estable del sector.

Fruto de conversaciones con varios dirigentes del partido percibo dos visiones diferentes sobre lo que nos ocurrió, sus causas y, por lo tanto, lo que tenemos que hacer para recuperar la adhesión que tuvimos y así poder aspirar a ganar el gobierno nuevamente.

Hay un primer diagnóstico que llamaría el “reformista” que, en lo esencial, sostiene que nuestra sociedad ha cambiado y que tenemos que hacernos cargo de esos cambios, cambiando nosotros también.

¿Cuáles son los cambios que ha experimentado el país? primero, el surgimiento de una gran clase media mucho más exigente y que no resiste ciertas prácticas empresariales (los abusos); el rechazo de algunas expresiones de la desigualdad que son intolerables (la segregación educacional, por ejemplo); la demanda por un Estado más activo que nivele la cancha (Sernac); que experimenta cambios valóricos tremendos (matrimonio igualitario); y que zanjó el tema de los DDHH en una dirección clara, a la que no podemos más que sumarnos (cómplices pasivos).

En consecuencia, nuestra sociedad se está moviendo rápidamente y si no somos capaces de advertir ese movimiento y desplazarnos nosotros también, terminaremos reducidos a la mínima expresión.

En general, veo que mis amigos que tienen este diagnóstico son los que me dicen que hay dos alternativas: quedarnos pegados en lo que defendimos en el pasado y asumir la vocación de partido testimonial o evolucionar para seguir siendo un partido con vocación de poder.

Encontré un matiz entre los que piensan que no debemos sobrevalorar lo que nos ocurrió, que si bien es cierto que perdimos un buen número de Diputados. Ello fue casi en todos los casos por un muy pequeño margen y que con unos pocos miles de votos bien distribuidos esta elección habría sido muy diferente.

En la presidencial el factor determinante es Bachelet que habría ganado igual si hubiera sido candidata de derecha o de un partido verde.

El otro diagnóstico que yo llamaría el “libertario”, apunta en una dirección bastante diferente, ya que ve la causa principal de nuestros problemas en el abandono que hemos hecho de nuestro ideario, fundamentalmente en el deterioro de nuestra convicción para defender las ideas de la libertad económica y para reivindicar que el país ha progresado más que nunca en su historia gracias a las políticas públicas que se sustentan en estas ideas.

Por el contrario, hemos tomado muchas de las banderas de la izquierda, lo que sólo ha contribuido a que el país valide esta opción con el consiguiente éxito de nuestros adversarios.

Ahora bien, mi impresión es que se puede hacer un análisis que incorpore más dimensiones para avanzar en definiciones que actualicen la capacidad que siempre mostró la UDI para ser un partido con un proyecto político sólido, pero con una sorprendente flexibilidad y pragmatismo.

En la política se da una competencia permanente que se expresa en tres dimensiones diferentes:

Primero está la electoral, que es la más obvia. En ella compiten los candidatos, personas con discursos concretos que plantean, de una forma u otra, propuestas de cambio y que nos cuentan sus historias de vida como un símbolo para dar credibilidad a su mensaje. Aquí están los programas, estructurados sobre la base de propuestas.

En esta dimensión ganar o perder es un dato objetivo, cuantitativo. Ganamos o perdemos el gobierno, tenemos más o menos Parlamentarios, más o menos Alcaldes.

Pero los candidatos y sus propuestas se implantan, como se implanta un árbol en la tierra, en un proyecto político. Así como la tierra nutre al árbol, el proyecto político nutre la dimensión electoral, dándole orientación, sentido, proyección en el tiempo, identidad y coherencia.

Aquí están el conjunto de definiciones y posiciones permanentes, donde

grupos políticos presentan sus objetivos y los medios que consideran más adecuados para obtenerlos.

Implícita o explícitamente contienen o se estructuran sobre una visión de la persona y de la sociedad. Si ustedes miran nuestra página web, van a ver que hay una sección que se llama “somos UDI”, ahí está nuestra historia, doctrina y principios, y una reseña sobre Jaime Guzmán.

Obviamente los proyectos políticos también compiten entre sí, pero esta competencia no es esporádica, como la electoral, sino que es permanente e indefinida en el tiempo. El resultado de esta competencia no es tan claramente cuantitativo, ya que los proyectos políticos pueden ir teniendo mayor o menor fortaleza no sólo en función de los resultados electorales de los partidos que los representan, sino también en función de la capacidad de sus líderes, de la credibilidad y respetabilidad que van construyendo, de las alianzas que integran, y de la unidad y coherencia que son capaces de lograr y transmitir.

Algunos dirigentes de la Democracia Cristiana no pierden oportunidad de recordarle al país el número de Senadores, de Diputados y de votos que obtuvo su partido, a pesar de lo cual no logran contrarrestar la percepción de que la colectividad es un proyecto político en grave decadencia.

En esta dimensión de los proyectos políticos lo esencial son los principios en función de los cuales se determinan los fines y los medios en el gobierno de la sociedad.

Por último, está el tercer ámbito, aquel en que la batalla es más sutil, mucho más amplia y los ciclos son, aún en nuestro cambiante mundo contemporáneo, mucho más largos que los ciclos electorales.

Es lo que para estos efectos yo llamo el medioambiente cultural y que fundamentalmente se asocia con los criterios predominantes en virtud de los cuales una sociedad asigna, con pretensión de justicia, al decir de Michael Sandel, “ingresos y patrimonios, deberes y derechos, poderes y oportunidades, oficios y honores”.

Esto es especialmente importante en las sociedades que superan los medios para responder a las demandas necesarias para la mera subsistencia y en que las personas, gracias a su mayor riqueza, educación, acceso a la información, logran el conocimiento para representarse y el poder para demandar ciertos derechos y con ellos, implícitamente, algún cierto ideal de justicia.

Obviamente todo esto es muy abstracto y yo tengo muy claro que a ninguno de ustedes nadie le ha preguntado nunca en un casa a casa por su idea de lo justo; pero también es bastante obvio que en la sociedad existen ciertos criterios de justicia que predominan en la gente e, implícitamente, gobiernan y son la vara con la que se mide la legitimidad de los proyectos políticos y la viabilidad electoral de los mismos.

Todos quieren, o al menos todos declaran que quieren, una sociedad más justa, pero la madre de todas las batallas en la política consiste en hacer prevalecer mis criterios sobre aquello que determina lo justo, por sobre los criterios de mis adversarios, que intentan imponer los suyos.

Por eso la política, en el fondo, es la gran discusión sobre la justicia.

Aprovecho de hacer un comentario al margen: “Nuestro sector ha tenido una influencia tan determinante y beneficiosa de nuestros economistas, es que nuestro discurso político ha ido adquiriendo un sesgo hacia el criterio utilitarista para legitimar lo justo, que es propio de la economía, y hemos descuidado, al menos desde que dejamos de contar con el aporte invaluable de Jaime, de otros como el del mérito o la virtud”.

En las sociedades occidentales han sobrevivido y conviven hasta hoy con plena vigencia dos grandes visiones de lo justo. Partiremos con aquellas que a grandes rasgos sostienen y defienden nuestros adversarios:

Ellos piensan que el resultado de una sociedad libre es necesariamente injusto, pues en ella siempre hay personas con mayor poder, riqueza e influencia, que logran sacar ventaja de los más débiles. Por lo tanto se requiere un gran árbitro que ejerza un poder compensador de las diferencias

y que evite el abuso del poderoso respecto del débil. Ese gran árbitro es, desde luego, el Estado.

Pero el núcleo del pensamiento de izquierda va más allá, porque aún si este árbitro fuera capaz de emparejar la cancha, de todas maneras el resultado no será justo, porque habrá personas más capaces, más hábiles, que sacarán ventaja.

La injusticia está en que talentos como la inteligencia, la educación y enseñanzas que transmiten los padres, o incluso la suerte de haber tenido un mejor profesor, no son mérito de quien los posee, sino fruto del azar, razón por la cual no es justo que de esos atributos azarosos se deriven las ventajas que dan como resultado una sociedad desigual.

Por ello, inevitablemente, el discurso y el proyecto político de izquierda, que empieza por defender la igualdad en la partida, termina por abogar por la igualdad de resultado.

La izquierda, y aquí está el núcleo de la diferencia valórico/cultural con nosotros, no cree en el mérito personal o al menos no está dispuesta a tolerar sus efectos. Es más, no logra evitar un dejo de reproche por todo aquel que tiene éxito, puesto que para ellos se trata siempre de alguien que, de una forma u otra, ha sido injustamente privilegiado.

La justicia sólo se alcanza mediante la imposición de la igualdad y como el único que tiene poder para imponer, con pretensión de legitimidad, esa igualdad es el Estado, éste debe crecer y fortalecerse.

Este es el ADN del proyecto político de izquierda, lo ha defendido siempre, es coherente con los principios que enarbolan sus partidos, las propuestas que plantean en las elecciones y las medidas que impulsan cuando gobiernan.

Cuando se trata de ofrecer igualdad su credibilidad, por lo tanto, es insuperable, así como también lo es aquello que se está dispuesto a ofrecer en una campaña y hacer para avanzar en esa dirección, cuando tienen el poder.

Nosotros, en cambio, creemos y hemos defendido siempre la libertad, basamos, en consecuencia, nuestra concepción de lo justo en la efectiva creencia en el mérito personal.

Nuestra concepción de la justicia, al contrario que la de la izquierda, se asienta en que el medio no es un factor insalvable, que las personas son capaces de forjar su destino gracias a su propio carácter. Razón por la cual imponer la igualdad como principio general es la peor de las injusticias.

Nuestro proyecto político, por lo tanto, se construye sobre la base de conceptos como el mérito, el esfuerzo individual, la responsabilidad, la movilidad social, el emprendimiento. Todos bienes que valoramos y defendemos y que, necesariamente, conducen a una sociedad con ciertos niveles de desigualdad.

Pero, además, el proyecto de la UDI, entre otros atributos, es mucho más capaz de generar riqueza, tiene más valoración por la eficiencia y no funda en el Estado el centro de gravedad de la sociedad, ni el elemento fundamental para el progreso de las personas.

Hay ciertos ámbitos de la vida en que la mayoría de las personas naturalmente adhieren a nuestra forma de pensar. El ejemplo más claro es el de la persecución penal.

Como la izquierda cree que las personas están determinadas por su entorno, ve al delincuente como una víctima de sus circunstancias y, en consecuencia, para ellos las penas altas son injustas. Es más, muchas veces ven en la pena una forma de revictimización del delincuente.

Pero la mayoría de las personas sienten que el delincuente lo es porque quiso, nadie lo obligó, y apoya la “mano dura”. En esta dimensión la visión de la izquierda tiene consecuencias y una expresión práctica que es minoritaria.

Ahora bien ¿Qué ha pasado en Chile, qué es lo que ha cambiado?

Un primer cambio es que alcanzamos un nivel de desarrollo en que la clase socio económica predominante es la clase media y no los pobres, que hoy día son menos del 20 por ciento. Se trata de una clase media que tiene ingresos, educación y acceso a la información de un nivel inédito en nuestra historia.

Esta clase media plantea demandas cualitativamente muy diferentes, sus demandas, como decía hace unos momentos atrás, ya no tienen que ver con la subsistencia, no pide ni se conforma únicamente con el acceso a bienes públicos, sino que demanda calidad en esos bienes.

Un segundo cambio es que en los últimos años se produjo un avance enorme de la identificación de la igualdad como la medida de lo justo.

Esto ha seguido una secuencia bastante evidente: primero la izquierda puso el acento en la desigualdad como algo “escandaloso”, intolerable, intrínsecamente injusto y escuchamos frases como: “No puede ser que el 1 por ciento más rico gane x veces más que el 20 por ciento más pobre”.

Una vez instalado ese punto, avanzaron a que por esta diferencia en los ingresos, en que muy pocos ganan mucho y muchos ganan muy poco, se genera una enorme diferencia de poder, razón por la cual esta es una sociedad en que hay mucho abuso.

De la desigualdad, como concepto instalado, pasamos al abuso, como una consecuencia y como un nuevo concepto instalado.

Y ¿qué es lo que genera esta diferencia en los ingresos y por ende los abusos? El lucro. Hoy estamos en un país en que el lucro está demonizado, no sólo en la educación, en Chile hoy hacen noticia, con un sesgo muy evidente, las ganancias de las isapres, de la banca, de las AFP.

La gratuidad en la educación es el corolario obvio de que en la educación el lucro es ilegítimo. Luego se avanzó a que los colegios particulares subvencionados no pueden lucrar tampoco. ¿Y qué es la AFP estatal, sino el primer paso para avanzar en que el lucro en la seguridad social también es ilegítimo?

Vivimos una época en que el triunfo de la igualdad como criterio que define la justicia es tan arrollador que, por ejemplo, la causa de la defensa del matrimonio entre personas del mismo sexo, que partió como la defensa del matrimonio homosexual, hoy lo es del matrimonio igualitario. Ya no se trata de reivindicar un derecho, sino de reivindicar una igualdad, en este caso con los heterosexuales.

El tercer cambio es que, en los hechos, se produjo una capitulación de la derecha en la defensa de la legitimidad de su acción política en el período de la dictadura militar. Uso la expresión dictadura para marcar intencionalmente el sentido de mi visión en este punto.

Este cambio, que por formar parte de la interpretación predominante de una época de nuestra historia también lo incluyo en la dimensión cultural, es especialmente grave para la UDI, puesto que somos nosotros a quienes el país reconoce como el principal sustento político del gobierno de Pinochet.

La fuerza de la figura del Presidente de la República es tan incontrarrestable, que lo hecho por el Presidente Piñera en el mes de Septiembre es una verdadera confesión de parte, por lo tanto para la izquierda se produjo el relevo de la obligación de presentar prueba sobre este punto.

Pero el tema se planteó en una forma que resulta completamente equívoca e injusta, porque aquí no está en cuestión ni la naturaleza que tuvo el gobierno militar, ni los atropellos que se cometieron en él.

Muchos de ustedes, tuvieron la ocasión de conversar con Jaime Guzmán sobre estos temas y saben que no hay ninguna novedad en muchas de las cosas que se dicen hoy.

Pero el punto relevante es otro: es si la opción política que asumió la derecha entonces, opción que asumieron personalmente y vivieron muchos de los que hoy están en esta sala, fue una opción legítima o merece ser ahora objeto de un reproche ético.

Expresiones como la de los cómplices pasivos, o el procedimiento, contexto y

oportunidad en que se cerró el penal cordillera, hacen que el contenido político, la atribución de sentido simbólico de esas acciones sea entendido por el país como un juicio negativo sobre el rol político de la derecha en ese tiempo.

Esto a mí me parece equivocado, injusto y una manera muy superficial de aproximarse al tema. Si me preguntan, en abstracto, si estoy de acuerdo con el cierre de ese penal, mi respuesta sería afirmativa. Pero esa acción, en ese contexto, implicó un juicio político de nuestra historia, con un sentido muy claro, y en eso no puedo estar de acuerdo.

Este es, en pocas palabras, la esencia de lo que considero el retroceso y la derrota cultural.

La derrota política que se produce como consecuencia es evidente. Nuestra historia, nuestra declaración de principios, lo que representó y defendió nuestro fundador e inspirador, los valores que en su vida privada profesan nuestros dirigentes, no son competitivos en una sociedad que asume la igualdad como el gran parámetro al que se debe ceñir el orden social justo.

Esta derrota política debilitó aún más las posiciones de aquellos que desde siempre estuvieron mucho más en el borde, la diáspora que hoy se ve en Renovación Nacional tiene buena parte de su fundamento también aquí. Aunque no exclusivamente, como es obvio.

Como ustedes comprenderán, mi opinión es que si nosotros buscamos recuperar competitividad política, y sintonizar con las demandas ciudadanas, abriéndonos a asumir también la igualdad como parte de nuestro ideario político, aunque solo fuera acotada a algunas dimensiones, sólo lograremos validar aún más un medioambiente en el que no tenemos ni siquiera opción de sobrevivir.

Esta es la razón por la que creo que también tiene rasgos y efectos autodestructivos el que la derecha se sume al discurso contra los abusos empresariales y las medidas que buscan combatirlo dando más poder al Estado; o que se sume al ataque al lucro en la educación; o al financiamiento compartido y a aquellas propuestas que limitan la libertad de enseñanza.

Ello porque en política, las acciones y las posiciones, tienen un contenido simbólico que, muchas veces, aunque no sean racionalmente evidentes para la gente, sí van estableciendo lógicas que tienen efectos políticos muy concretos y prácticos.

Como toda derrota, esta que acabamos de sufrir, no se explica en una sola causa, no está acotada a motivos únicamente electorales, no se debe sólo a que Bachelet era una candidata muy fuerte y a que nosotros tuvimos un proceso tremendamente desafortunado, o a que no presentamos la mejor plantilla parlamentaria que pudimos haber presentado.

Esta derrota tiene un componente cultural y político de largo plazo, que se explica porque la sociedad chilena se movió hacia la validación de conceptos que están en un territorio al que nosotros no podemos movernos sin debilitar aún más nuestra capacidad de competir.

Créame que si hay alguien que tiene sensibilidad por el marketing, las comunicaciones y lo electoral soy yo. La sola idea de pensar que se puede ganar una elección, o hacer política partidaria eficazmente promoviendo ideas, conceptos abstractos, partiendo por las ideas en las que yo creo fervientemente como la libertad o el mérito, me resulta sencillamente delirante.

Pero déjenme decirles que no logro entender por qué se puede sostener que es un error intentar hacer política defendiendo las ideas nuestras, porque eso nos conduce a ser un partido testimonial; pero sí podríamos hacer política asumiendo las ideas de nuestros adversarios. O más incomprensible todavía, que tomando algunas de ellas podríamos crecer e incluso ganar.

La pregunta relevante de responder para mí es qué tenemos que hacer para volver a dar la batalla cultural, política y electoral.

En la dimensión cultural sencillamente no podemos renunciar a un milímetro a nuestra convicción en los valores cuya aplicación conduce a una sociedad más justa, de acuerdo a nuestra visión más profunda de lo justo.

Aquí no podemos hacer concesiones, y si la mayoría de la sociedad se ha alejado de todo lo que expresan y simbolizan estos valores la pregunta no es cómo nos movemos nosotros hacia donde está la gente, sino que la pregunta es qué hacemos para lograr que la gente vuelva a donde estamos nosotros.

Por graficarlo de alguna manera si tenemos que optar entre los dos conceptos que utilizamos recientemente: el del “centro social” y el de un “Chile más justo”, no tengo duda en inclinarme por este último, por las siguientes razones:

Primero, porque es una manera explícita de contraponer la igualdad con la justicia. De forma que tomamos una posición en que por principio no concedemos que la igualdad es sinónimo de lo justo.

Segundo, porque desde ahí nos paramos con una pretensión de legitimidad contrapuesta y éticamente equivalente a la que pretende la izquierda.

Tercero, porque nos permite buscar ejemplos prácticos de propuestas y políticas públicas en que validamos el mérito como un factor que permite mostrar que la imposición de la igualdad es injusta e ineficiente.

Cuarto, porque nos puede permitir trabajar sobre nuestra declaración de principios, vale decir sobre el núcleo de nuestro proyecto político, actualizándolo sin necesidad de renegar de nada de sus elementos originales.

Y, Quinto, porque nos abre un canal para conectarnos hacia otras dimensiones del pensamiento que va más allá de la economía. Si en algo estoy convencido que tenemos que cambiar en este ámbito, es que no podemos seguir fundando toda la legitimidad de nuestro proyecto en la eficiencia. En el nivel de desarrollo de nuestra sociedad el criterio utilitarista se queda corto.

Pero todas estas razones se sustentan sobre la base de plantear un proyecto de justicia que se exprese a través de símbolos coherentes con nuestro ideario, que contraste y compita con el de nuestros adversarios.

Yo entendería como un grave error el darle a nuestro proyecto para un Chile más justo un contenido que incorpore y valide el criterio igualitarista de la izquierda, por todas las razones que he expresado antes.

Si un Chile más justo es una forma de pelearle a la izquierda con una alternativa, bienvenido sea. Por el contrario si es una capitulación valórica más, no podría estar más en desacuerdo.

¿Qué hacer en materia electoral para sintonizar con el Chile de hoy?

Pienso que nadie sabe mejor que ustedes que la política, tiene un sustento conceptual indispensable, en su expresión concreta es una disciplina eminentemente práctica, en que priman los atributos del carácter por sobre los intelectuales. Por decirlo de una manera brutal, el conocimiento se puede contratar, pero el liderazgo no.

Lo que hace a un buen político y, por ende a un buen candidato, son virtudes como la honestidad, la valentía, la capacidad de trabajo, la prudencia y la humildad. Creo que es un error pensar que vamos a sintonizar con el nuevo Chile cambiando lo que pensamos y por ende el sentido político de lo que decimos o proponemos.

El camino para sintonizar es volver a poner mucha energía en que la UDI sea un partido con niveles de capacidad de trabajo, de seriedad, de profesionalismo, que nos distinga nítidamente del resto de los políticos y su desprestigio.

En mi opinión lo que hizo que se reconociera a la UDI como un partido con verdadero arraigo en el mundo popular fue la decisión de trabajar efectivamente en ese mundo, ir a las poblaciones, compartir la vida de las personas, sus problemas y anhelos. La UDI estaba donde tenía que estar. Pero la política se ha farandulizado, y tenemos que huir de ahí.

El cambio al voto voluntario implica un giro copernicano en la manera de hacer política. Hoy el conocimiento personal, las redes locales, la segmentación de los temas, el predominio de los mensajes locales, el mayor

escrutinio de la vida privada de los políticos y el énfasis en la capacidad de movilizar a los propios adherentes son factores que han cobrado una importancia enorme y que solo va a aumentar.

En esta dimensión sí que creo que tenemos que cambiar y mucho. Tenemos que hacer de nuestra acción política local algo mucho más metódico, sistemático y con planificaciones de largo plazo.

El voto obligatorio era el mundo de los candidatos con alta aprobación, el voto voluntario es el mundo de los candidatos con alta adhesión. La importancia y el uso de los medios de comunicación se han relativizado, en términos cualitativos.

En todo tiempo y lugar los liderazgos de derecha no han sido liderazgos ideológicos, sino liderazgos eminentemente personales. Ello porque nuestro sustento conceptual se basa en ideas que tienen mucho más elementos contra intuitivos que los de la izquierda y porque nuestro elector es naturalmente un elector menos politizado que el de la izquierda.

La tarea para un partido como el nuestro impone desafíos de trabajo, coherencia e integridad muy superior a la de nuestros adversarios, ya que nosotros construimos valor de marca en mucha mayor proporción sobre atributos personales y no sobre discursos ideológicos.

Esta es una realidad que debemos asumir con total independencia de si Chile cambió o no, siendo un imperativo irremplazable por ningún cambio de discurso o de posición ideológica.

Es más, si tenemos que asumir todos estos cambios que se mencionan como una realidad, entonces el foco en esta dimensión debe redoblarse aún más. En definitiva, mi visión es que en la dimensión superior de la política tenemos una identidad que nos define en lo que somos y en aquello que no existe margen de cambio, sin entrar en una dinámica que nos llevará primero a la irrelevancia y luego a la disolución.

En el marco que nos fijan esos valores, hoy creo perfectamente válido

trabajar en nuestro proyecto político, actualizándolo, para movernos hacia delante, no hacia el lado, de manera que aquello que constituye los fines y los medios de nuestro ideal de sociedad se ajuste a los desafíos concretos de un país que está a las puertas del desarrollo.

Y, por último, actuando de manera coherente con los dos niveles anteriores, en el trabajo político electoral hay un amplio campo abierto a la creatividad para innovar, renovar nuestro discurso, nuestros rostros, la manera de trabajar y sintonizar con el Chile de hoy.

Si alguna de estas ideas, puede contribuir a que ustedes, que son los dirigentes que conducen la UDI, puedan tomar mejores decisiones me sentiré realmente muy contento y, como siempre, cuenten con la voluntad de colaborarles en todo aquello que mis modestas capacidades me permitan. Muchas gracias.

Todo por Chile¹

• 29 de enero de 2014 •

El año 2013 se desarrolló la elección presidencial en Chile, dejando en evidencia un creciente abstencionismo electoral de nuestro sector. A continuación el Senador Hernán Larraín, junto a otros dirigentes exponen una breve síntesis para difundir su diagnóstico y las causas que a su juicio, explican el retroceso electoral de la UDI. Este documento fue expuesto en el último Consejo Directivo del partido.

I. Introducción

Los malos resultados electorales obtenidos en las elecciones pasadas alertaron a muchos sobre la situación crítica por la que atraviesa la Alianza y, en particular la UDI. Sin embargo, esos resultados no fueron más que la coronación de un largo proceso de decaimiento en el impulso de nuestro proyecto político, proceso que se inició hace varios años.

Basta recordar lo ocurrido hace 4 años, cuando ganamos las elecciones presidenciales (44% en primera vuelta y 51% en segunda) en comparación con los magros resultados de las últimas (25% en primera y 37,8% en segunda); o cuando elegimos 58 diputados, v/s 49 ahora, y 9 senadores de 18 v/s 7 de 20. Todo ello marca un declive que no se puede atribuir sólo a un fenómeno electoral del “bacheletismo” o al Voto Voluntario, sino que en forma principal a nuestros propios errores y a los de nuestro Gobierno. Es indispensable hacer una debida autocrítica para corregir el camino y volver a tener posibilidades de gobernar y no convertirnos en un partido irrelevante.

II. ¿Qué nos pasó?

2.1 Chile cambió, ¿y la UDI?

En estos últimos 20-30 años Chile ha cambiado muy sustancialmente. En todos los planos: económico, social, político, cultural, por mencionar los principales. Cuando advertimos la derrota electoral sufrida por la UDI y por nuestro sector, ¿podemos considerar que fuimos capaces de leer las señales de los tiempos y los nuevos consensos sociales, y actuar en consecuencia?

Sin lugar a dudas que no. Por el contrario, ante la nueva realidad tuvimos una línea que se fue cerrando en sí misma, actuamos en forma reactiva

1. El presente documento fue preparado para ser presentado al Consejo Directivo Ampliado de la UDI. Lo expuso el Senador Hernán Larraín, quien lo elaboró en conjunto con los siguientes dirigentes del partido: Gonzalo Arenas, Giovanni Calderón, Rodolfo Carter, Manuel Cereceda, Mario Contreras, Edmundo Eluchans, Romilio Gutiérrez, Andrea Molina, Jaime Orpis, José Palma, Manuel Rojas, David Sandoval, Felipe Ward y Mónica Zalaquett.

y defensiva, reinstalamos una cierta búsqueda del camino propio aislándonos de nuestro sector y restándonos a la unidad, y desarrollamos prácticas internas cupulares muy poco participativas en un partido que se había convertido en el más grande de Chile. Para colmo, llegar al Gobierno, lejos de fortalecer nuestro partido y nuestro sector, por responsabilidades compartidas (aunque no de igual envergadura), hemos terminado perdiendo adhesión popular.

2.2 ¿En qué quedó el proyecto político de la UDI?

Lo que hace 25 años era un proyecto coherente y ordenado, que se fortaleció en el Congreso Doctrinario de 1991, se fue desvaneciendo gradualmente. Sea por la diversidad de iniciativas, la indefinición frente a temas relevantes o la ausencia de propuestas originales y de fondo, surge para muchos la duda respecto de si la UDI tiene a estas alturas un proyecto compartido propio de una centroderecha moderna, comprometida con el mundo popular.

La forma cómo se ha enfrentado ciertos temas ha terminado por posicionar a nuestra colectividad en una posición de derecha dura y altamente dogmática. Eso ha ocurrido, por ejemplo, cuando se han enfrentado temas económicos y tributarios, donde la UDI aparece defendiendo posiciones que ni los empresarios plantean, ajenas a la realidad de nuestros problemas. Más que defender principios, ciertas posturas parecen defender intereses sectoriales y otras se inscriben más bien en un purismo típico de la academia. Olvidan que una cosa es la teoría económica y otra distinta, la política económica. La primera se da en el ámbito intelectual y propio del debate científico; la segunda se da ante la realidad y debe conjugar los hechos sociales, las aspiraciones, la viabilidad y lo que sugiere la disciplina económica. Oponerse a una reforma tributaria, por principio, es tan erróneo como propiciar tales reformas, también por principio. Las reformas impositivas pueden ser necesarias cuando las prioridades de las políticas públicas exigen financiamientos adicionales y su magnitud será aquella que permita el objetivo, sin detrimento del crecimiento y desarrollo económico. Incluso se puede pensar en fórmulas alternativas, como reducir impuestos en un sentido (apoyar a las Pymes o a la clase media) y aumentarlos en otro (a los que ganan más).

No está demás alertar un cierto sobredimensionamiento de lo económico en nuestra cultura política actual. Hace algunos años, se exageró en la importancia que tenía la política en las soluciones. Fue famosa la frase de la campaña de Bill Clinton que competía contra George Bush (padre) quién buscaba la reelección. Ante la mirada estrictamente política y general de su adversario, la campaña de Clinton se focalizó en pocos argumentos, siendo el central el que se acuñó en una frase: “es la economía, estúpido”. Sintonzó con la gente y pulverizó a Bush.

En Chile, luego de muchos años de sufrir una profunda politización, se recuperó una cierta racionalidad abriendo espacio al predominio de la economía por sobre el debate político, avalado por el éxito económico del país. Desde entonces se ha producido una ausencia de pensamiento político, especialmente en la centroderecha, reforzada por cierta autocomplacencia derivada de la adopción del “modelo” por nuestros adversarios políticos y también por una aguda insensibilidad respecto de lo que pasaba en el entorno, que vivía un profundo cambio social originado precisamente por ese modelo.

Por otra parte, en la vinculación con el Gobierno militar y los derechos humanos, la UDI ha retrocedido en su posición. Cuando se cumplieron 30 años, luego de un extenso trabajo, que incluyó reuniones con familiares de detenidos desaparecidos y conversaciones con defensores de los derechos humanos, hubo un pronunciamiento (La Paz Ahora) que reflejó comprensión del problema, una actitud de reconciliación y un lamento sincero por lo ocurrido, en donde se admitía que se pudo haber obrado de otra manera, verdaderamente respetuosa del derecho a la vida y a la integridad física. Hace pocos meses, en los 40 años del golpe, la UDI tuvo otra actitud, más defensiva, olvidando lo sostenido 10 años antes.

Los hechos ocurridos en 2011, cuando los estudiantes se movilaron, también evidenciaron la incapacidad para hacer una lectura del fenómeno que existía en el trasfondo de esos sucesos. La expresión estudiantil, en su origen, reflejó la inquietud de la nueva clase media que ha ido instalándose en el país en virtud del desarrollo alcanzado en los últimos 30 años. Han surgido nuevas aspiraciones que no corresponden a una sociedad con el

40% o más de personas en situación de pobreza, sino que a un país con más del 70% de clase media emergente y pujante, que empieza a conocer los beneficios del progreso y los quiere alcanzar con mayor rapidez. La falta de respuestas adecuadas del Gobierno y el tratamiento por éste y por muchos de nuestros dirigentes de la Alianza como si esto fuera un problema de orden público, derivó en un movimiento que rompió el ámbito estudiantil, produjo una enorme identificación con los más variados sectores del país (incluso parte del nuestro) y nos alejó en forma irreversible (hasta ahora) de la sintonía ciudadana. Lo ocurrido en Aysén y Magallanes, en una arista de la regionalización, tampoco fue internalizada del modo más adecuado y, por ello, tampoco hemos sabido representar en forma efectiva el sentimiento regionalista.

Lo central de nuestro proyecto, el compromiso social desde una mirada valórica se nos iba de las manos. No sólo no supimos hacernos cargo de los sectores de mayor pobreza, sino que se nos pasó inadvertido el nuevo fenómeno de la clase media y los nuevos valores culturales que surgían en un país más diverso, producto de la propia libertad que se iba instalando. Salvo, claro, a la hora de los discursos y de las elecciones.

2.3 Ausencia de liderazgo y conducción en el partido

Los últimos años han dejado en claro que la UDI dejó de ser el partido que “la llevaba” en muchos temas, que tenía posturas originales, que encarnaba un sentimiento popular y que no se recluía en la defensa de ciertas instituciones y postulados.

Nos hemos encargado de convertir instrumentos en dogmas (el sistema binominal, los impuestos, el voto de los chilenos en el exterior), lo que a ojos de muchos más parece una defensa de intereses o una actuación fundada sólo en el cálculo electoral.

El debate interno desapareció. En las pocas oportunidades en que se pudo haber tenido una discusión, la Directiva no hizo posible el intercambio libre y abierto. Muchos de nosotros presentamos propuestas serias y llenas de contenido que nunca pudieron ser debatidas en las instancias

correspondientes. También hicimos presente directamente nuestras inquietudes a nuestras autoridades, como las que se recogen en este documento, sin recibir una respuesta o la demostración de interés en ellas de parte de nuestras directivas.

Sin debate, no hay crecimiento ni se puede compartir una mirada común.

Las designaciones de candidaturas relevantes fueron también ocasiones donde se impusieron las posturas centrales sin posibilidad de tener la reflexión que tales determinaciones requerían. El caso más emblemático fue el del nombramiento de nuestro candidato presidencial. La directiva impuso el nombre de Laurence Golborne de un día para otro, perjudicando al propio Laurence. De haber seguido un proceso abierto, con debate sobre las alternativas que tenía la UDI y con el tiempo necesario para evaluarlas, la designación habría generado un compromiso mayor con el candidato y, estamos seguros, lo más probable es que el elegido hubiese sido el mismo Laurence, pero no como imposición, sino que por voluntad de la UDI.

Sin participación no hay compromiso. Así no se ejerce liderazgo alguno.

El carácter reactivo de las declaraciones y actuaciones de nuestros principales dirigentes ha configurado el sello de su gestión. La falta de comprensión de los movimientos sociales terminó por distanciar a la UDI de la gente más sencilla, aquella que aspiramos a representar. Nos hemos convertido en un partido cerrado y, en lo programático, en los reyes de la negación, con pocas propuestas positivas o de contenido proactivo que logren una identificación ciudadana.

Por lo hecho en el último tiempo, en la imagen de la gente, vamos a la zaga de los cambios sociales, cuando no remamos en su contra.

2.4 Procedimientos internos impropios

La conducción de la UDI, en el espíritu que hemos señalado, se vio agravada por la forma cómo se fueron adoptando decisiones que afectaban a muchos de nuestros principales dirigentes, alcaldes y parlamentarios.

Es inevitable tener qué recordar la forma cómo se perdieron algunos de nuestros alcaldes o la manera cómo se decidió el reemplazo en la candidatura de algunos diputados, a quienes por razones inentendibles no les dejaron postular. Y no fue menor la mala manera de resolver el tema de algunas candidaturas senatoriales, donde quedaron sentimientos de dolor sólo por las contradicciones habidas en el proceso. Las heridas humanas se han multiplicado abriendo grietas personales difíciles de sanar. No se puede dejar de mencionar el sentimiento de quienes han trabajado por hacerse un espacio y no han tenido la aceptación esperada, lo que se ha hecho sentir como una falta de reconocimiento a la meritocracia.

En lo interno asistimos a una polarización entre nuestros dirigentes y, también, entre nuestros parlamentarios, especialmente en los diputados. No habíamos tenido este nivel de conflicto interno en nuestra historia pasada. La falta de conducción se hizo patente en la incapacidad de aunar criterios y opiniones diferentes, en no escucharlas y en presionar por una línea que no representaba necesariamente el sentimiento de la mayoría. Un día en un sentido, otro día en el sentido contrario, las indefiniciones o las determinaciones verticales impidieron resolver las diferencias en un diálogo interno, democrático y unitario.

La amistad interna, sentimiento mayor que la mera amistad cívica, se ha visto resentida de modo ingrato, rompiendo una forma de conducción y resolución de nuestras diferencias que antaño reflejaba un espíritu más positivo. Es cierto que también había una mayor disposición a sacrificarse por el partido, las cosas se hacían con otro ánimo, lo que facilitaba la adopción de decisiones y su aceptación.

La UDI ha perdido su estilo de hacer política. No es la “escuela de servicio para servir a Chile”, y se ha ido pareciendo mortalmente a los demás partidos que, después de sus inicios inspirados en altos ideales, se convierten luego en máquinas de poder destinadas a ganar elecciones. Una cosa es la astucia e inteligencia para posicionar bien al partido o el pragmatismo para alcanzar acuerdos razonables y efectivos; otra

muy distinta es buscar cualquier medio, candidato o postura en temas contingentes para ganar elecciones.

No, el fin no justifica los medios. Eso no forma parte de nuestro estilo ni de nuestra ética.

2.5 Alejamiento del mundo social

Si algo ha caracterizado a la UDI ha sido su compromiso con el mundo popular, con la gente más humilde y la clase media. Este era uno de los objetivos centrales de Jaime Guzmán, cuando decía que “vamos a competir mano a mano con los comunistas los votos en las poblaciones”, significando la convicción de que desde nuestras ideas no sólo se podía estar junto a estos sectores, sino que esas ideas eran las únicas con las que realmente se podía derrotar la pobreza y ofrecerle una vida digna a los chilenos.

Los primeros años de la UDI se dieron en las poblaciones y en ellas se conquistó la base electoral que le dio fuerza y liderazgo en nuestro sector, hasta convertirlo en el primer partido de Chile. Sin embargo, ese ímpetu se ha ido dejando de lado. En lo principal, porque son muchos los que desde sus cargos de representación popular no hacen el debido trabajo en terreno ni tienen contacto con la gente común. A su vez, muchas de las propuestas que se enarbolan resultan ajenas a sus realidades, con frecuencia aparecen cercanas al empresariado o se advierten demasiado defensivas y poco propositivas. El lenguaje oficial de la UDI, como partido popular, no ha ido acompañado de una actitud que se perciba comprometida con el mundo social. La defensa de posturas economicistas, históricas o de carácter político electoral, contribuyen a esta sensación.

2.6 ¿Resultado? Un desastre electoral en el mundo popular

Al día siguiente de las últimas elecciones, muchos dirigentes celebraban que, a pesar de los malos resultados, seguíamos siendo el principal partido de Chile, el más votado. Pero lo que no decían era algo muy delicado: que se produjo un cambio cualitativo en los votos, ya que la UDI perdió apoyo en el mundo popular y sólo lo mantuvo en los estratos de ingresos más elevados.

Un estudio que hemos encargado a José Palma y a Francisco Encina revela en cifras la realidad. En resumen, sus principales conclusiones son:

- a) La caída de la votación de la UDI en los sectores Medios y Bajos comienza en la elección municipal del 2012.
- b) La gran derrota electoral de la UDI en la RM el 2013 se debe a que bajó su votación en los sectores Medios en un 17% y en los sectores Bajos en un 46% (en el estrato Alto se mantuvo igual: en 2009 obtuvo 105.139 votos, mientras que en 2013 alcanzó 105.716; los votantes aumentaron en un 1%, casi el mismo porcentaje que aumentó la votación UDI).
- c) La UDI perdió donde se disputaba el voto popular.
- d) La UDI perdió votación el 2012 tanto como en el 2013, por lo que el efecto “Bachelet” no es la principal razón.
- e) La UDI perdió más votación que la baja de votantes producto del Voto Voluntario, por lo que el Voto Voluntario tampoco es la principal razón.

El resultado de este camino ha sido uno muy simple: hemos perdido en las últimas elecciones el voto popular y si no hemos bajado más en los porcentajes de votación nacionales ha sido porque hemos aumentado nuestra votación en los sectores de altos ingresos. Esto último no tiene en sí mismo nada de malo, la UDI siempre ha postulado que aspira a ser una representación vertical de la sociedad. Sin embargo, cuando ese crecimiento va acompañado de una baja fuerte en los sectores más vulnerables y no menor en la clase media, el saldo es negativo y debería mover a alarma porque por el camino que hemos seguido en esto últimos 4 años, hemos fallado a nuestra razón de existir: ser una expresión política con una misión social y un compromiso total con los más vulnerables.

III. ¿Qué pasó con “nuestro” sector y con “nuestro” Gobierno?

3.1 La unidad de nuestro sector: abandonada

Previo a las elecciones presidenciales de 2009, la UDI, junto a RN, logró ampliar nuestra alianza. Se creó la Coalición por el Cambio, que incluyó a Chile Primero, a grupos de independientes, y sectores del PRI. Pues bien, en una muestra de ceguera política, tanto del Gobierno como de las directivas de los partidos de la Alianza, dicha coalición fue desahuciada en los hechos al poco andar del actual Gobierno. Es más, también dejaron de hacer funcionar a la Alianza como una realidad propia, quedó ésta sólo en los procesos electorales, no en la realidad política. Ello alimentó las miradas partidistas por sobre el bien común y le dio al Gobierno herramientas para ignorar y no considerar en serio la influencia de ningún grupo político, lo que trajo consigo que muchos dirigentes y parlamentarios de la Alianza sintieran una creciente desafección con el Gobierno.

La credibilidad en una coalición política no se logra solamente participando unidos en las elecciones, sino que testimoniando en los escenarios más diversos la voluntad de actuar unidos, aún con discrepancias. Y cuando éstas existen, entonces corresponde tener mecanismos de solución de los conflictos, pero no se puede cerrar las puertas a las coaliciones mayores porque existen diferencias.

En buena medida, la unidad trabajada durante años por RN y la UDI, previo a la elección de Sebastián Piñera, permitió generar confianza en nuestra Coalición por el Cambio y ganar las elecciones. El abandono de esa estrategia explica también los malos resultados obtenidos en los últimos comicios.

3.2 Un Gobierno que no hace equipo y que carece de sintonía política

Uno de los mayores problemas en la gestión del Gobierno ha sido su poco interés por trabajar activamente con los partidos y sus parlamentarios. A pesar de que el éxito electoral de la Coalición por el Cambio que permitió instalar a Sebastián Piñera en la Presidencia de la República se debió a

la dedicación de muchos durante décadas, pareció -al poco andar del Gobierno- que éste, algunos de sus ministros, subsecretarios, intendentes y gobernadores, estaban en esos cargos por mandato divino. El resto, era prescindible a la hora de las decisiones y debían estar a las resoluciones de las nuevas autoridades.

Así, el envío de proyectos de ley se informaba a sus seguidores por la prensa o al momento de enviarlos al Congreso, esperando que ellos se la jugaran por su aprobación o fueran caja de resonancia de la iniciativa. Fuera esta buena o mala, o tuviera aspectos indefendibles, se exigía “lealtad”. No se pensaba que la “lealtad” también debía existir del Gobierno para con su gente y que, además, podían encontrar consejos u opiniones que evitaran errores graves en la gestión gubernamental. No había un “equipo” trabajando, quedaba más bien la sensación de estar frente a una realidad política de tipo personal.

El Gobierno envió uno y otro proyecto que tenía errores inexplicables (como en el caso del postnatal, la supresión de 6 meses del fuero maternal. Tal propuesta duró muy poco, pero fue suficiente para que la oposición se anotara un punto). Las iniciativas traían normalmente algunas exigencias que reducían el ámbito de aplicación anunciado (bono bodas de oro, eliminación del 7% de los jubilados, etc.) lo cual permitió instalar la idea que el Gobierno trabajaba con “letra chica” y que no se podía creer en lo que se anunciaba.

Fue muy difícil hacer cambiar esta actitud del Gobierno a lo largo de su gestión. Muchos parlamentarios perdieron la afección por “su” Gobierno, ya que éste no los consideraba “sus” parlamentarios. Las directivas de los partidos no fueron capaces de revertir estos hechos, y en algunas ocasiones fueron funcionales a esta forma de gobernar.

El Gobierno perdió credibilidad y confianza ciudadana, factores subjetivos que son muy difíciles de recuperar. De hecho, son los que más le han impedido al Gobierno mejorar su aprobación ciudadana. El resultado electoral de noviembre pasado es también una señal inequívoca del rechazo que la ciudadanía manifestó a su gestión.

Los comentarios anteriores no deben entenderse como una falta de reconocimiento a la gestión de nuestras autoridades durante este período. Sin duda, éste ha sido el mejor Gobierno desde el retorno a la democracia. Por ello, el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera dejará como recuerdo una gran obra, pero lamentablemente no quedará un legado político para nuestro sector.

3.3. Falta de respaldo en campaña a nuestros candidatos

Alguien podrá creer que este comentario apunta en la dirección de criticar al Gobierno por no haberle dado apoyo expreso a nuestros candidatos en los respectivos comicios que enfrentaron (esto es, de no haber “intervenido” en las elecciones). No, nada de eso es lo que nos preocupa.

La mejor ayuda que un Gobierno le puede dar a su gente cuando compete es hacer un buen Gobierno, evitar su rechazo ciudadano, crear un clima propicio para que los candidatos se luzcan, no adoptar medidas contraproducentes en medio de los procesos electorales y no cuestionar a los candidatos.

Pues bien, nuestro Gobierno hizo muy poco de ello. No se trataba de que los ministros e intendentes fueran o no a alguna reunión. Eso es lo básico, si se hace bien, fuera de horas de trabajo y en medios propios. Pero no es lo esencial, ya que lo que aportan ahí es poco.

De lo que se trataba era de dejar el escenario a nuestros líderes que buscaban ganar su elección. No fue posible, todo apuntaba en otra dirección, como si el resultado electoral no fuera un juicio a la gestión del Gobierno. Y suma y sigue: fueron muchas las situaciones que el Gobierno, a lo largo de todo el país, hizo o dejó de hacer gestiones que podían ser relevantes, evidenciando una falta de tacto y sensibilidad política que generó permanentes complicaciones en todas las elecciones: primero en las municipales y luego en las presidenciales y parlamentarias. Hubo muy poca consideración con nuestras candidaturas, se intervino a favor de algunas en desmedro de otras, se cuestionaron actuaciones pasadas de nuestra candidata presidencial, se tomaron decisiones inoportunas

como anunciar en plena campaña medidas duras en contra de sectores de la población, etc.

El Gobierno no colaboró con inteligencia en estos procesos. En cambio, hizo ruidos molestos que tuvieron consecuencias negativas en los resultados.

La falta de aprobación del Gobierno se transmitió a nuestros candidatos. Nuestro fracaso electoral lo es también del Gobierno.

IV. Conclusión

En los resultados electorales existen errores de mucha significación que hicieron perder a nuestro sector una cuantiosa votación (1.500.000 electores) por responsabilidades compartidas entre el Gobierno y las Directivas de los partidos, así como también de los parlamentarios, que no logramos rectificar el curso de este proceso. Pero para la UDI el daño ha sido mayor porque no sólo diluyó su discurso social en posturas defensivas y ajenas a la realidad, sino que además perdió adhesión popular.

Mientras Chile cambiaba, la UDI se fue alejando del nuevo sentimiento ciudadano y de la gente más vulnerable, perdiendo sintonía y apoyo.

Regulación del Lobby ¿El fin de las sospechas?

• 19 de marzo de 2014 •

Hace unos meses se aprobó la ley que tiene por objeto reglamentar el lobby. La pregunta esencial a responder a la hora de reglamentar el lobby es simple: para qué sirve éste, y qué buscan los que acuden a él. Si consideramos que dicha modificación está puesta en impedir situaciones o influencias irregulares, y evitar la opacidad en lo público y lo privado, en resguardo de la probidad, nos parece que la publicidad de agendas de los que deciden los asuntos públicos, independiente de que los que piden audiencias estén incorporados a un registro estatal, puede contribuir al fortalecimiento de nuestras instituciones.

I. Introducción

La instauración en la Carta Fundamental, a partir de las reformas de 2005, de los principios de probidad y transparencia entre las denominadas Bases de la Institucionalidad, ha acarreado consecuencias en nuestro orden jurídico que es necesario destacar de modo positivo. Este hecho responde a diversos factores que no es oportuno analizar cabalmente aquí, pero cuya concurrencia sin duda es una buena noticia que debiera traducirse en buenas y mejores prácticas de gestión pública, para el eficiente y eficaz cumplimiento de las funciones del Estado, en provecho de la persona y del bien común.

Sobre la probidad, conviene dejar claro que existen dos modos de entenderla: el primero es la honestidad, la honradez, la corrección, un actuar intachable, el resguardo de la integridad moral de las instituciones, funcionarios y recursos públicos; y el segundo se encuentra ligado a las nociones de eficiencia, eficacia, legalidad y oportunidad en el actuar de la Administración del Estado y sus organismos.

La probidad, así entendida, es un deber jurídico, un imperativo legal de conducta que debe manifestarse en la actuación del Estado y sus resultados.

En virtud del principio de publicidad o transparencia, establecido en la Constitución, son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin pretender que siempre existen relaciones de jerarquía o prevalencia perpetua de unos principios por encima de otros, cabe admitir que la probidad y la publicidad son bienes jurídicos que merecen máxima tutela y desarrollo, de un modo parecido a los demás preceptos que proclaman los restantes artículos de este capítulo del texto constitucional, en coherencia con los mismos y con los derechos, libertades y garantías tratados en el capítulo III de la Carta Política. Y conviene además tener presente que el derecho a la información pública y el deber de los órganos del Estado a proveerla han sido establecidos al servicio de la probidad, el buen gobierno y el bien común. Es correcto, por tanto, sostener que la transparencia existe para asegurar la vigencia del principio de probidad, y ésta, más que tener

valor en sí misma, existe como una condición para asegurar el Bien Común. Esta noción, como es sabido, obliga al Estado, según el artículo 1º de la Constitución, a *“contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*. Desde la perspectiva anotada, la probidad y la publicidad constituyen medios para lograr el bien común general, y no deben ser jamás mirados como fines en sí mismos. Los principios de probidad y publicidad juegan, cada uno en la esfera que le es propia, un rol instrumental.

II. La Ley número 20.730

El texto legal recién aprobado es el resultado de importantes consensos alcanzados principalmente en el seno del Congreso Nacional, luego de haberse debatido diversos y numerosos proyectos que caminaban en torno a la labor de los poderes del Estado y las influencias desplegadas ante ellos por los particulares para actuar, decidir u omitir acciones o decisiones en un sentido determinado. El modo de afrontar este fenómeno pasa necesariamente por tomar partido por una de las posturas que se expondrán: o se mira al lobby como un fenómeno oscuro, tendiente a obtener ventajas indebidas para sí o un tercero; o se le considera una manera de actuar legítima en democracia, donde confluyen intereses privados complementarios, contradictorios o independientes, cuyo propósito es asegurar se les escuche para así obtener un pronunciamiento favorable de la autoridad en materias en las que ésta tenga competencia, mediante decisiones de alcance singular o general. La revisión de la historia fidedigna del establecimiento de esta ley contiene defensas de ambas posturas.

Ligada al primero de los caminos explicados se encuentra la necesidad de un registro de lobbyistas de carácter obligatorio para quienes desempeñen esa función. No obstante, la ley aprobada ha decidido escoger la segunda de las vías mencionadas. En cualquier caso, el texto se encuentra en un ámbito en el cual cabe tener en cuenta los deberes y fines del Estado –como éstos han sido concebidos por el capítulo I de la Constitución,

sobre Bases de la Institucionalidad– y también el legítimo ejercicio de derechos esenciales de la persona. Nadie duda que las personas tienen el derecho a formular peticiones a la autoridad, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos o convenientes. Así, no es razonable que las leyes, por muy graves que parezcan los males que buscan impedir, establezcan limitaciones o restricciones a este derecho. Puestas las cosas de este modo, la pertenencia forzada a un registro es una barrera de difícil justificación. En primer lugar, porque es una restricción indebida al derecho de petición, y además, porque lleva a instaurar una situación de privilegio en favor de los que, sin necesidad de estar inscritos en el registro, están en posición de concurrir ante la autoridad sin que quede testimonio de sus gestiones o pasos ante toda la comunidad. Dicho de otro modo: las definiciones adoptadas por el legislador nos llevan a afirmar que el lobby no es sólo lo que hacen los particulares que actúan en nombre propio o como intermediarios de otro, sino que es la gestión hecha ante la autoridad en resguardo de una pretensión cualquiera, con independencia del que la formule.

Es notorio que la ley no busca reglamentar el lobby, sino dar luz y permitir que la sociedad esté en condiciones de conocer las agendas de los llamados a tomar decisiones en el ámbito de lo público. Esto se hará divulgando mediante plataformas electrónicas de fácil acceso a la ciudadanía una agenda como las que cualquier persona juiciosa y ordenada lleva para administrar racionalmente su tiempo.

Hay aprensiones que flotan en el aire sin explicitarse demasiado, como la sospecha de relación entre lobbyistas y financiamiento de campañas políticas. Se dice eso al pasar, como si hubiera siempre relación entre lobby, acercamiento a la autoridad y financiamiento político o tráfico de influencia. Tal asociación de ideas no solo es odiosa, sino que necesariamente debe ser demostrada en sus supuestos para tenerla por cierta. Además, vale decir que su vinculación con las ideas matrices o fundamentales del proyecto que dio origen a la ley es discutible. Las mencionadas consideraciones, con todo, pueden merecer un tratamiento específico en leyes de gasto electoral, o en otros cuerpos normativos, sin que la iniciativa en estudio recién aprobada carezca de méritos o sea inútil.

III. Algunas definiciones

El objetivo explícito de la ley es regular *“la publicidad en la actividad de lobby y demás gestiones que representen intereses particulares, con el objeto de fortalecer la transparencia y probidad en las relaciones con los órganos del Estado”*. Lobby es *“aquella gestión o actividad remunerada, ejercida por personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que tiene por objeto promover, defender o representar cualquier interés particular, para influir en las decisiones que, en el ejercicio de sus funciones, deban adoptar los sujetos pasivos que ...”* se indican en la ley. En cambio, se entiende por gestión de interés particular aquella *“gestión o actividad ejercida por personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que tiene por objeto promover, defender o representar cualquier interés particular, para influir en las decisiones que, en el ejercicio de sus funciones, deban adoptar los (mismos) sujetos pasivos”*. Si no media remuneración, no habrá lobby sino gestión de intereses particulares, sean éstos individuales o colectivos. Los mencionados intereses particulares alcanzan a cualquier propósito o beneficio, sean o no de carácter económico, de una persona natural o jurídica, chilena o extranjera, o de una asociación o entidad determinada.

Los sujetos pasivos, o autoridades obligadas por ley a llevar un registro público de sus audiencias son las siguientes:

- a) Los ministros, subsecretarios, jefes de servicios, los directores regionales de los servicios públicos, los intendentes y gobernadores, los secretarios regionales ministeriales y los embajadores;
- b) Los jefes de gabinete de las personas individualizadas en el párrafo precedente, si los tuvieren; así como las personas que, en razón de su función o cargo, tengan atribuciones decisorias relevantes o influyan decisivamente en quienes tengan dichas atribuciones, y reciban por ello regularmente una remuneración, cualquiera sea su forma de contratación;

Entre las autoridades ligadas a órganos públicos que cuentan con autonomía constitucional, cabe enumerar aquí a las siguientes:

a) En la Administración Regional y Comunal: los consejeros regionales, los alcaldes, los concejales, los secretarios ejecutivos de los consejos regionales, los directores de obras municipales y los secretarios municipales.

b) En la Contraloría General de la República: el Contralor General y el Subcontralor General.

c) En el Banco Central: el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros.

d) En las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública: los Comandantes en Jefe, el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, el General Director de Carabineros de Chile, el Jefe y Subjefe del Estado Mayor Conjunto y los encargados de las adquisiciones. En este último caso, anualmente y mediante resolución del jefe superior de la institución respectiva, se individualizarán los funcionarios que ocupen dicho cargo.

e) En el Congreso Nacional: los diputados, los senadores, el secretario general y el prosecretario de la Cámara de Diputados, el secretario general y el prosecretario tesorero del Senado, y los asesores legislativos que indique anualmente cada parlamentario, en la forma y con el procedimiento que determine la Comisión de Ética y Transparencia Parlamentaria que corresponda.

f) En el Ministerio Público: el Fiscal Nacional y los fiscales regionales.

g) Los consejeros del Consejo de Defensa del Estado, del Consejo Directivo del Servicio Electoral, del Consejo para la Transparencia, del Consejo de Alta Dirección Pública, del Consejo Nacional de Televisión, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, los integrantes de los Paneles de Expertos creados en la ley N° 19.940 y en la ley N° 20.378 y del Panel Técnico creado por la ley N° 20.410, sólo en lo que respecta al ejercicio de sus funciones.

Asimismo, se considerarán sujetos pasivos de esta ley los integrantes de las Comisiones Evaluadoras formadas en el marco de la ley N° 19.886, sólo en lo que respecta al ejercicio de dichas funciones y mientras integren esas Comisiones.

h) En la Corporación Administrativa del Poder Judicial: su Director.

Sobre una definición precisa y determinada acerca de quiénes pueden ser sujetos activos de lobby, la ley no dijo nada. Dejando en claro, que todo el que ejecute actuaciones de lobby o de gestiones particulares de aquellas que la ley describe quedará en esta categoría y su nombre se incorporará al registro automático, aunque no consienta en ello. La posibilidad de ser sujeto activo, en consecuencia, es tan amplia como sea posible de imaginar, sin que parezca razonable concluir que el Estado, sus organismos y servicios, centralizados o descentralizados, autónomos o dependientes, queden excluidos de la posibilidad de cabildear.

Lobby y gestión de intereses particulares pueden significar muchas cosas de distinta índole, razón por la cual el legislador hizo algunas precisiones llamadas a facilitar la futura interpretación del texto en estudio. Así, se entiende que la ley se aplicará a las siguientes hipótesis:

a) La elaboración, dictación, modificación, derogación o rechazo de actos administrativos, proyectos de ley y leyes, como también de las decisiones que adopten los sujetos pasivos mencionados en los artículos 3° y 4° de la ley.

b) La elaboración, tramitación, aprobación, modificación, derogación o rechazo de acuerdos, declaraciones o decisiones del Congreso Nacional o sus miembros, incluidas sus comisiones.

c) La celebración, modificación o terminación a cualquier título, de contratos que realicen los sujetos pasivos señalados en esta ley y que sean necesarios para su funcionamiento.

d) El diseño, implementación y evaluación de políticas, planes y programas efectuados por los sujetos pasivos señalados en esta ley, a quienes correspondan estas funciones.

Con la finalidad de entender que la enumeración señalada es taxativa, el legislador precisó que *“se comprenden dentro de las actividades reguladas por esta ley, aquellas destinadas a que no se adopten las decisiones y actos señalados en los numerales precedentes”*.

Por el contrario, las disposiciones en cuestión no se aplicarán a las siguientes conductas, las que por tanto no constituyen lobby ni gestión de intereses particulares:

a) Los planteamientos o las peticiones realizados con ocasión de una reunión, actividad o asamblea de carácter público y aquellos que tengan estricta relación con el trabajo en terreno propio de las tareas de representación realizadas por un sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones.

b) Toda declaración, actuación o comunicación hecha por los sujetos pasivos en el ejercicio de sus funciones.

c) Toda petición, verbal o escrita, realizada para conocer el estado de tramitación de un determinado procedimiento administrativo.

d) La información entregada a una autoridad pública, que la haya solicitado expresamente para efectos de realizar una actividad o adoptar una decisión, dentro del ámbito de su competencia.

e) Las presentaciones hechas formalmente en un procedimiento administrativo, por una persona, su cónyuge o pariente hasta el tercer grado por consanguinidad y segundo de afinidad en la línea recta y hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad en la colateral, siempre que no se solicite la adopción, modificación o derogación de normas legales o reglamentarias, ni el cambio de resultados de procesos administrativos o de selección.

f) Las asesorías contratadas por órganos públicos y parlamentarios realizadas por profesionales e investigadores de asociaciones sin fines de lucro, corporaciones, fundaciones, universidades, centros de estudios y de cualquier otra entidad análoga, así como las invitaciones que dichas instituciones extiendan a cualquier funcionario de un órgano del Estado.

g) Las declaraciones efectuadas o las informaciones entregadas ante una comisión del Congreso Nacional, así como la presencia y participación verbal o escrita en alguna de ellas de profesionales de las entidades señaladas

en el número precedente, lo que, sin embargo, deberá ser registrado por dichas comisiones.

h) Las invitaciones por parte de funcionarios del Estado y de parlamentarios para participar en reuniones de carácter técnico a profesionales de las entidades señaladas en el número 6.

i) La defensa en juicio, el patrocinio de causas judiciales o administrativas o la participación en calidad de *amicus curiae*, cuando ello se permita, pero sólo respecto de aquellas actuaciones propias del procedimiento judicial o administrativo.

j) Las declaraciones o comunicaciones realizadas por el directamente afectado o por sus representantes en el marco de un procedimiento o investigación administrativos.

k) Las presentaciones escritas agregadas a un expediente o intervenciones orales registradas en audiencia pública en un procedimiento administrativo que admita la participación de los interesados o de terceros.

Un paso significativo y que conviene resaltar es que el resultado del texto dejó constancia de que lo realmente importante es el contenido de las audiencias dadas por la autoridad, más que la identidad del que las pide. La pregunta sobre para qué se hace lobby quedó bien resuelta por el legislador.

A su turno, el registro de agenda pública a divulgarse con periodicidad mensual deberá necesariamente contener las siguientes menciones:

a) Las audiencias y reuniones sostenidas y que tengan por objeto el lobby o la gestión de intereses particulares respecto de las decisiones que se señalan en el artículo 5°, con expresión particular de las siguientes circunstancias:

- La persona, organización o entidad con quien se sostuvo la audiencia o reunión,
- A nombre de quién se gestionan dichos intereses particulares,

- La individualización de los asistentes o personas presentes en la respectiva audiencia o reunión,
- Si se percibe una remuneración por dichas gestiones,
- El lugar y fecha de su realización y
- La materia específica tratada.

Habrán severas consecuencias para el que quiera ejecutar lobby o gestión de intereses particulares sin declararlo así a la autoridad. El que, al solicitar reunión o audiencia, omita inexcusablemente la información señalada en el inciso anterior o indique a sabiendas información inexacta o falsa sobre tales materias, será sancionado con multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las otras penas que pudieren corresponderle. El deliberado pero imperceptible cambio de tema en la entrevista que pudiere acaecer en el contexto de una reunión –transformando así el fundamento de la petición de entrevista en un mero pretexto– quedaría sancionado por esta sanción pecuniaria.

b) Los viajes realizados por alguno de los sujetos pasivos establecidos en esta ley, en el ejercicio de sus funciones, indicando su destino, objeto, costo total y la persona jurídica o natural que lo financió.

c) Los donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación, que reciban los sujetos pasivos establecidos en esta ley, con ocasión del ejercicio de sus funciones.

Toda la información y datos contenidos en el registro de audiencias deberá ser publicada y actualizada, al menos una vez al mes, en los sitios electrónicos a que hace referencia el artículo 7° de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública.

La ley impone deberes a las autoridades y también a los peticionarios de audiencia. Las personas que realicen lobby o gestiones de intereses

particulares, de acuerdo a lo dispuesto en esta ley, estarán sujetas a las siguientes obligaciones:

a) Proporcionar de manera oportuna y veraz a las autoridades y funcionarios respectivos, la información señalada en esta ley, cuando ésta les sea requerida, tanto para solicitar audiencias o reuniones, como para efectos de su publicación.

b) Informar, al sujeto pasivo a quien solicitan la reunión o audiencia, el nombre de las personas a quienes representan, en su caso.

c) Informar, al sujeto pasivo a quien solicitan la reunión o audiencia, si reciben una remuneración por las gestiones.

d) Proporcionar, en el caso de las personas jurídicas, la información que se les solicite respecto de su estructura y conformación, sin que en caso alguno les sea obligatorio suministrar información confidencial o estratégica.

La falsedad en esos datos se castigará con multa entre diez y cincuenta unidades tributarias mensuales.

Habrá un registro público, al cual lobbyistas y gestores de intereses particulares quedarán agregados automáticamente y por el solo ministerio de la ley, sin alzarse en una barrera de entrada para formular peticiones a la autoridad por cada uno de los órganos e instituciones, conforme a lo reglamentado en el artículo 13 del texto que se aprobó.

Por último, la ley contiene un vigoroso catálogo de sanciones para la autoridad, funcionario o sujeto pasivo que incurra en quebrantamiento al texto legal.

III. Conclusiones

A la luz de los antecedentes ya señalados es posible sacar las siguientes conclusiones:

a) El lobby no es per se una actividad sombría ni constituye tráfico de influencias. La necesidad de enfrentar la reglamentación de esta actividad con énfasis en un registro público obligatorio de intermediarios supone poner el foco en la actuación de los particulares, siempre que ejecuten esta tarea con habitualidad, y no en la autoridad llamada a adoptar decisiones.

b) Reservar esta actividad únicamente a los inscritos en ese registro resultaría inexplicable desde la perspectiva del legítimo recurso de la comunidad a plantear ante la autoridad los puntos de vista que se estiman apropiados para la defensa de sus intereses.

c) La norma aprobada hará públicas las aproximaciones de todo interesado a la autoridad, sea lobbyista o no. La publicidad de agendas pondrá incómodos a muchos que quisieran seguir cabildeando a sus anchas en un ambiente seguro y discreto para ellos, pero sin conocimiento del público al cual la autoridad debe responder.

d) Una regulación como la que se adoptó, en definitiva, guarda plena concordancia con la probidad y la transparencia, principios que constituyen medios para que el Estado cumpla su rol en servicio de la persona y promoviendo siempre el imperativo constitucional del bien común.

Temas Sociales y Económicos

Codelco y sus principales desafíos de futuro

• 17 de abril de 2013 •

Codelco ha hecho noticia por las fuertes alzas en los precios de producción. No obstante, la mayor empresa cuprífera del mundo ha sido fundamental para el desarrollo del país, y deberá seguir aportando al progreso de Chile. Para ello, debe enfrentar retos desafiantes: por una parte, asegurar altos niveles de inversión para aumentar su productividad y mejorar su competitividad; y por otra, mejorar sus políticas de sustentabilidad y gestión para hacer de ella una compañía de clase mundial.

I. Introducción

Hace pocos días, Codelco dio a conocer sus resultados económico-financieros correspondientes al año 2012. A partir de ellos, se concluye que Codelco continúa siendo la empresa chilena que más excedentes le aporta al Estado y al país, ubicándose como el mayor productor de cobre de nuestro país y también a nivel mundial. No obstante lo anterior, un tema de preocupación, al igual que en el resto de la minería del cobre nacional, ha sido el comportamiento de los costos de la empresa. El costo directo cash (C₁), en términos nominales, pasó de 116,4 c/lb el año 2011 a 163,5 c/lb el año 2012, experimentando entre estos dos años un aumento de 40%.

La minería nacional y el cobre han sido y probablemente seguirán siendo por largo tiempo sectores claves para la economía del país y un factor esencial para el desarrollo nacional. En el caso de Codelco, la contribución que ha realizado durante su historia ha sido clave para el progreso del país. Para apreciarlo basta observar los cuantiosos ingresos que ha generado para el Estado.

Durante el año 2012, Codelco generó excedentes, antes de impuestos y Ley Reservada, por US\$ 7.518 millones, el tercer mejor resultado en su historia. Comparado con 2011, estas ganancias representan un incremento de 7%, que se vieron favorecidas, principalmente, por el aporte de US\$ 3.791 millones, derivados de la utilidad que se obtuvo a partir de la compra del 24,5% de la propiedad de Anglo American Sur S.A. en el mes de agosto. De esta forma, en sus 41 años de historia, Codelco ha generado más de US\$ 100 mil millones (en moneda de 2012) para Chile. Para comprender la magnitud de estos aportes, se puede señalar que ellos equivalen al 37,5% del Producto Interno Bruto de Chile del año 2012, o a 4,3 veces el costo de la reconstrucción post terremoto y maremoto del año 2010.

Cabe destacar que, en los últimos años, los excedentes generados han crecido notablemente. El impacto del alza del precio del cobre ha sido importante, sin embargo, el crecimiento que ha experimentado la producción de cobre en Codelco, a lo largo de su historia, ha sido

fundamental. Desde sus inicios, prácticamente ha triplicado su producción. El año pasado produjo 1.758 mil toneladas métricas de cobre fino, comparado con las 571 mil toneladas del año 1971. En el mismo período, el número de operaciones mineras aumentó de 4 a 8, sin contar la participación que Codelco tiene en Minera El Abra y ahora en Anglo American Sur S.A. Todo lo anterior le ha permitido mantener el liderazgo en la producción mundial de cobre, con cerca del 10% de la misma.

Adicionalmente, Codelco posee las mayores reservas de cobre del planeta, con cerca del 9% del total mundial. Estas reservas se sustentan en yacimientos de clase mundial, que cuentan con enormes recursos minerales y largas vidas útiles. De hecho, los recursos minerales del Plan de Negocios y Desarrollo 2013, alcanzan a 123 millones de toneladas de cobre fino, lo cual significa que, a la actual tasa de explotación, la vida útil de los recursos se extendería durante unos 70 años. Para mantener e incrementar sus niveles de producción en el futuro, Codelco deberá ejecutar un conjunto de grandes proyectos mineros, conocidos como Proyectos Estructurales. Se trata de inversiones que son necesarias para asegurar la entrega de cuantiosos recursos al país.

Pero no basta con que Codelco sólo ejecute sus proyectos estructurales, también debe dar un salto cualitativo en su desarrollo, pues el negocio de la minería se ha vuelto mucho más complejo y competitivo en el último tiempo, existiendo importantes desafíos para que la empresa mantenga una posición de liderazgo en la industria minera mundial.

II. Principales Desafíos

2.1 Aumentar la productividad

Hoy la principal prioridad es el desarrollo y ejecución de los Proyectos Estructurales Mineros. Si se materializan todos estos proyectos, en 2021 la producción en yacimientos operados por Codelco debería superar los 2 millones de toneladas anuales de cobre, sin considerar la participación en la producción de El Abra y Anglo American Sur. Tal como se mencionaba anteriormente, el avance en los proyectos estructurales mineros es clave

para asegurar el futuro de Codelco.

A diciembre del año pasado, el Proyecto Ministro Hales tenía un avance físico de 78,5%. Una vez que este proyecto se haya puesto en marcha en 2013, aportará con cerca de 180.000 toneladas métricas finas, en promedio, durante los primeros diez años a régimen. Con respecto a los demás Proyectos Estructurales, destacan el término de la construcción de las obras tempranas y el inicio de la construcción de los túneles principales en el Nuevo Nivel Mina de El Teniente; el inicio de las obras tempranas y el término de la ingeniería básica del Proyecto Chuquicamata Subterránea; la finalización del estudio de factibilidad del Proyecto Expansión de Andina 244 y el ingreso de su Estudio de Impacto Ambiental al Sistema de Evaluación Ambiental; y el comienzo del estudio de factibilidad del Proyecto Radomiro Tomic Sulfuros Fase II.

La inversión en los proyectos estructurales mineros, sumada a las inversiones en otros proyectos de desarrollo, en estudios de pre-inversión, exploraciones e investigación y desarrollo, en proyectos de sustentabilidad, y en reemplazo de equipos y refacción de instalaciones, alcanzó el año pasado una cifra récord de US\$ 4.093 millones.

2.2 Mejorar la competitividad

Como ya se ha señalado, en los últimos años se ha producido a nivel mundial, y especialmente en Chile, un alza sostenida de los costos de operación. Este fenómeno, no ha sido ajeno a Codelco.

El costo directo cash (C₁) alcanzó a 163,5 c/lb en 2012, superior en 47,1 c/lb al nivel registrado el período anterior. Los costos de Codelco continuaron siendo impactados por el aumento del precio de los insumos que inciden de manera relevante en la estructura de costos, principalmente la energía y los combustibles. También influyeron de manera gravitante en el incremento de costos, la menor producción (por su impacto en los costos fijos unitarios); la caída en los precios de los subproductos, especialmente del molibdeno; el fortalecimiento del peso chileno frente al dólar, y el deterioro temporal de la cartera de productos (mayor venta de concentrado de cobre en detrimento

de cátodos), por problemas que afectaron la continuidad operacional de algunas de las fundiciones. Además, incidieron en los mayores costos, la incorporación de producción marginal a mayores costos, lo que se justifica en un escenario de buenos precios del cobre.

Reaccionando a la tendencia alcista de costos de los últimos años, recientemente, se estableció el nuevo Proyecto Estructural de Contención de Costos e Incremento de la Productividad. Su foco es mejorar el uso de los activos, optimizar los contratos y aumentar la productividad de los trabajadores, propios y de empresas contratistas. La materialización de los Proyectos Estructurales también presenta una gran oportunidad para poner al día los equipos e instalaciones, incorporando la mejor tecnología disponible. Pero no basta sólo con ejecutar los proyectos, también es necesario revisar la forma cómo se hacen las cosas, impulsando los quiebres de gestión contenidos en sus metas y compromisos.

2.3 Asegurar la inversión

El financiamiento del Programa de Inversiones es fundamental para el futuro de Codelco. Este desafío demanda un volumen de recursos inédito en su historia. En el periodo 2013-2017, la empresa proyecta invertir más de US\$ 27.000 millones. Dentro de este contexto, Codelco necesita ser competitivo en la obtención de fondos para financiar sus inversiones. Por este motivo, en 2010 se definió una política clara de endeudamiento, que considera el uso de deuda mientras el rating crediticio de “Investment Grade” no sea puesto en riesgo. Esto asegura un costo competitivo para los fondos que requiere la Compañía.

La empresa confirmó esta política y comprometió la capitalización de utilidades necesaria para mantener el rating crediticio de “Investment Grade” de Codelco. En línea con lo anterior, durante el año pasado Codelco accedió a fondos por US\$ 2.320 millones para financiar su Programa de Inversiones, que incluye dos emisiones de bonos, uno por US\$ 1.250 millones, a 10 años, y otro por US\$ 750 millones, a 30 años; y el acceso a dos créditos bilaterales por US\$ 320 millones, a siete y diez años plazo, respectivamente. Este proceso de financiamiento se logró con las condiciones más ventajosas de la historia para

un emisor de América Latina. Asimismo, Codelco pudo capitalizar utilidades generadas en el año 2011, por un monto de US\$ 800 millones.

2.4 Mejorar la sustentabilidad ambiental

El año 2012 Codelco puso en marcha el Proyecto Estructural de Medio Ambiente y Comunidades, iniciado con la publicación de una nueva Política de Desarrollo Sustentable para todo Codelco. El foco estuvo en el cierre de las brechas socioambientales identificadas a fines de 2011.

En la misma línea, y como respuesta a los desafíos planteados por la nueva institucionalidad ambiental y la entrada en vigencia de la Superintendencia de Medio Ambiente, Codelco realizó una profunda revisión del cumplimiento de sus compromisos ambientales. De hecho fue la primera empresa en Chile que subió en forma voluntaria todas las exigencias derivadas de más de 214 Resoluciones de Calificación Ambiental (y que consignan 23.280 exigencias) en el Sistema de Carga Distribuida de dicha Superintendencia.

Por otro lado, se encuentra en desarrollo el proyecto Calama Plus que, junto con levantar un plan maestro de futuro para esta ciudad a través de un consorcio público-privado, ha logrado la participación de más de 24 mil vecinos en una consulta ciudadana voluntaria. De este modo, se ha podido mejorar el estándar de la ciudad incorporando el aporte tanto de las empresas, del municipio y del gobierno.

Adicionalmente, Codelco está trabajando para el cumplimiento de la futura nueva normativa sobre emisiones que se aplicará en Chile. Así, en los próximos años se requiere invertir cerca de US\$ 980 millones, en las fundiciones de Chuquicamata, Potrerillos, Ventanas y Caletones. Específicamente, en la fundición de Ventanas, durante 2012, se ejecutaron proyectos por cerca de US\$ 35 millones, logrando mejoras en las variables ambientales y en la operación de los procesos de fundición y refinera.

2.5 Optimización de la energía y del agua

En los últimos años, el costo de insumos críticos como la energía eléctrica se ha incrementado fuertemente, ubicando a Chile muy por encima de otros países latinoamericanos y dentro de los más altos en el concierto mundial de países mineros. En el caso de Codelco, el costo de la energía eléctrica en la actualidad es cerca de 3,75 veces superior al del año 2005. Adicionalmente, la escasez de agua, sobre todo en el norte de Chile, está obligando a algunos proyectos mineros a incorporar en sus diseños, plantas de desalinización e instalaciones para el bombeo de agua hacia las operaciones. Esto incrementa tanto los montos de inversión, como los costos de operación futuros, por el mayor consumo de energía eléctrica para bombear agua desde el nivel del mar hasta las faenas, ubicadas normalmente a mayor altura.

Para reducir el costo y asegurar un abastecimiento más competitivo de energía eléctrica, Codelco ha estado trabajando en distintas iniciativas. Entre las principales medidas se pueden mencionar mejoras en eficiencia energética; desarrollo de proyectos de nuevas fuentes energéticas, como por ejemplo, la puesta en marcha de Calama Solar III y el desarrollo del Proyecto Luz Minera, entre otros.

2.6 Mejoramiento de la gestión y de sus recursos humanos

Codelco debe contar con recursos humanos de excelencia, capaces de hacerse cargo de los grandes desafíos que enfrentará en los próximos años. El Proyecto Estructural de Recursos Humanos es una herramienta clave para disponer de recursos humanos de nivel mundial y generar un profundo cambio cultural dentro de la empresa. Este proyecto ha estado apuntando a tres focos principales: la incorporación en forma oportuna de las personas que requiere el negocio, en cantidad y calidad; contribuir a la continuidad del liderazgo y de las capacidades necesarias para enfrentar los desafíos actuales y futuros del negocio; y alcanzar el costo, estructura y funcionamiento organizacional comprometidos en los Proyectos Estructurales Mineros.

Al igual que en los demás ámbitos del negocio, la cuprera nacional enfrenta hoy importantes desafíos en el área laboral para alcanzar los niveles de productividad y competitividad contemplados en el Plan Estratégico. En particular, la empresa tiene que efectuar cambios para que los proyectos estructurales mineros puedan realmente generar los excedentes prometidos y no terminen convirtiéndose en una carga para el país. Esto podría tensionar las relaciones laborales y, por ello, es imprescindible realizar estos cambios a través de un diálogo abierto y constructivo con los representantes de los trabajadores. En este contexto, se debe destacar y valorar la conclusión exitosa de 12 negociaciones colectivas llevadas a cabo en 2012, con sindicatos en casa matriz y en las divisiones Andina, Chuquicamata y Ventanas.

2.7 Consolidar su gobierno corporativo

En materia de gobierno corporativo, a contar del 1 de marzo de 2010, entró en vigencia la Ley 20.392, que modificó el Estatuto Orgánico de Codelco Chile (DL 1.350 de 1976) y que introdujo cambios en este aspecto. Ellos incorporan las mejores prácticas de las grandes compañías transadas públicamente en bolsas a nivel mundial, tales como: asentar la idea de que la propiedad es estatal más que del gobierno de turno y, por lo mismo, disponer de un directorio profesional y no de representantes del gobierno. A lo que puede agregarse que la toma de decisiones considera una visión de desarrollo de la compañía en el largo plazo con mecanismos para asegurar una adecuada capitalización y financiamiento de proyectos. Mirando hacia el futuro, es clave consolidar la gobernabilidad de la empresa para una mayor autonomía y estabilidad en su gestión.

2.8 Mejorar la seguridad y consolidar su buena imagen

En el último año, Codelco logró la menor tasa de frecuencia de accidentes de su historia, con un valor de 1,35 accidentes con tiempo perdido por cada millón de horas trabajadas. Lo anterior es importante, pues los accidentes fatales ponen en evidencia que aún se necesitan mayores esfuerzos para eliminar de las operaciones eventos que resulten en lesiones o la muerte de trabajadores.

En este sentido, todos sus centros de trabajo implementaron las medidas para cumplir con los Estándares de Control de Fatalidades, así como también se establecieron Estándares de Liderazgo y Seguridad Conductual. Por otro lado, se introdujo la Directriz de Incidentes y Accidentes del Trabajo, que busca generar una reportabilidad de excelencia para así detectar los factores causantes de los accidentes y, de esta manera, lograr un aprendizaje organizacional que evite que se vuelvan a repetir.

Tanto la preocupación por sus trabajadores, como también los aportes de la empresa enunciados al comienzo de este trabajo, han hecho posible que los chilenos tengan una positiva visión de la empresa. Para enfrentar más adecuadamente los desafíos actuales resulta clave mantener esta apreciación de la gente y seguir contando con el apoyo de todos los chilenos y su sentimiento de orgullo hacia Codelco y admiración por su historia de servicio al país.

III. Conclusión

La contribución que ha realizado Codelco desde su creación ha sido fundamental para el desarrollo del país y de toda su población, y por ello la empresa estatal tiene una alta valoración entre los chilenos. Hasta ahora ha aportado al país más de US\$ 100 mil millones en excedentes. El desafío que ahora tiene Codelco es acelerar sus niveles de producción, es decir, hacer lo que ha hecho hasta aquí, pero en un período más breve. Para eso debe dar un salto cualitativo en su desarrollo que implica, por una parte, asegurar altos niveles de inversión para aumentar su productividad y mejorar su competitividad, y por la otra, mejorar sus políticas de sustentabilidad y gestión para hacer de la más grande empresa chilena, una de clase mundial.

Píldora del día después y objeción de conciencia. El derecho a no suministrarla

• 29 de mayo de 2013 •

En Chile, ha entrado en vigor el reglamento de la ley N° 20.418 sobre regulación de la fertilidad. Dicha norma señala que si un menor de 14 años solicita un mecanismo de anticoncepción de emergencia, el facultativo o funcionario que corresponda, entregará dicho medicamento, debiendo informar de este hecho con posterioridad, a los padres de el o la menor. Dado que respecto de este tipo de métodos de anticoncepción hay motivos fundados para sostener que podría tener efectos abortivos, el personal sanitario que sea requerido para suministrarlo podría alegar objeción de conciencia para no ser obligado a actuar injustamente.

I. Introducción

La objeción de conciencia comienza a ser cada vez más importante por la gran variedad de materias que, en la experiencia comparada, la hacen permisible¹. La posibilidad de sustraerse del cumplimiento de una norma legal, amparándose en la propia conciencia despierta creciente interés por las consecuencias que ello conlleva. Un campo especialmente propicio para invocar este derecho es el sanitario, pues son cada vez más las exigencias profesionales que se presentan como incompatibles con principios morales irrenunciables.

En Chile, ha entrado en vigor el reglamento de la ley N° 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. En ese reglamento se señala algo que ya estaba consagrado en la ley que rige desde el 28 de enero de 2010: en caso de que una persona menor de 14 años solicite un mecanismo de anticoncepción de emergencia, el facultativo o funcionario que corresponda, entregará dicho medicamento, debiendo informar de este hecho con posterioridad, a los padres de él o la menor².

La polémica no se ha dejado esperar, y aunque hay varias garantías constitucionales en juego –derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, el derecho a la vida del que está por nacer, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana como límite a la actuación del Estado– en esta oportunidad se ha creído oportuno profundizar en la objeción de conciencia como garantía protectora del ejercicio sanitario.

¿Qué es la objeción de conciencia? ¿Cuáles son sus alcances? ¿Es posible acogerse a ella en nuestro ordenamiento jurídico? Estas son algunas de las preguntas que pretenden aclararse en el presente trabajo.

Es evidente que el hombre vive inserto en una sociedad que funciona en base a una serie de normas de comportamiento tendientes al bien común.

1. La realización del servicio militar, la participación en prácticas abortivas o de esterilización, la defensa jurídica de determinados delitos, etc.

2. Véase ley 20.418, art. 1° inciso 3° y art. 2° inciso 2°.

Esas normas deben procurar el respeto a la libertad de las personas y la promoción de la justicia. Por lo anterior, respetar esa legalidad –para promover el desarrollo y la paz social– es un deber no sólo jurídico, sino también ético.

No obstante, la gran diversidad de modos de entender al hombre y a la sociedad que se han desarrollado en las últimas décadas, ha provocado no pocos enfrentamientos a la hora de legislar y acatar la legislación. En efecto, en una sociedad cada vez más pluralista cuesta establecer una jerarquía de valores generalmente compartida y consensuar los diferentes intereses políticos, sociales, económicos, etc. Por lo tanto, en este contexto plural –objetivamente bueno y deseable– la propia conciencia no puede renunciar a los valores que definen su propia identidad ni dejar de buscar lo que considera justo y bueno. Por eso, si bien algunos valores como la tolerancia y el pluralismo son muy necesarios, desconectados de la noción de verdad consagrarían un relativismo cultural y moral que haría sospechosa cualquier defensa de principios objetivos y trascendentes.

Por eso la ley no sólo debe regular conductas, sino que debe hacerlo con apego a las nociones de justicia comunes a todas las personas³. Luego, si la ley es justa, su rol no es sólo regulador, sino también educador y guía de la conducta humana. Por supuesto, la finalidad de la ley es regir la convivencia humana en vistas a posibilitar que todos logren su mayor desarrollo posible, pero en ningún caso pretende lograr la perfección moral de las personas. Por lo tanto, no condena todos los vicios, sino sólo aquellos que más dificultan el bien común (y así condena el homicidio o el narcotráfico, pero no todas las formas de avaricia). De igual forma, tampoco promueve todas las virtudes, sino aquellas más indispensables y básicas para el fin ya señalado. Se aclara lo anterior para indicar que los casos de conflicto entre legislación y conciencia son acotados y puntuales.

3. Es lo que se conoce como ley natural.

II. Qué es la conciencia

La palabra conciencia deriva de los vocablos cum-scientia –con ciencia, o con conocimiento– y en su acepción española abarca dos grandes campos: el epistemológico y el moral.

Desde el punto de vista epistemológico, la palabra conciencia se refiere a la capacidad de conocer teóricamente las cosas, darse cuenta de la realidad. Es lo que comúnmente se identifica con la expresión “ser consciente de algo, o estar consciente de la propia responsabilidad”. Esa conciencia es la puerta de entrada del hombre al conocimiento.

Desde el punto de vista moral la conciencia coincide con la razón práctica. Este segundo sentido se define como el juicio de la razón por el que la persona humana reconoce la calidad moral de un acto concreto que piensa hacer, está haciendo o ya hizo, y que califica como bueno o malo. Dicho juicio emana de la aplicación de la ley moral a un acto particular y por ende supone la existencia del bien y el mal como una realidad anterior a la conciencia misma. Lo anterior es importante para aclarar que la conciencia no define lo que es bueno y lo que es malo, sino simplemente contrasta y ejecuta la acción en consecuencia. Por lo mismo, no es que todo lo decidido en conciencia sea verdadero o lícito por el hecho de haber sido decidido ahí, sino que lo será sólo si se adecúa a la ley moral o a las creencias que rigen la acción humana.

III. Concepto y contenido de la objeción de conciencia

Se entiende por objeción de conciencia “la negativa de un individuo a cumplir lo mandado por una norma del ordenamiento jurídico por entender que su cumplimiento es incompatible con el respeto debido a un determinado valor moral percibido por la propia conciencia⁴. “Como puede verse debe existir un conflicto de deberes entre la ley positiva

4. López Teodoro. La objeción de conciencia. Valoración moral. Scripta theologica 27 (1995). P. 206.

vinculante y la ley moral que también le obliga. Por lo mismo, no cabe la objeción de conciencia en los casos de desprecio general a la legalidad vigente o, lo que es más importante, no es posible alegarla cuando se tiene una concepción de autonomía absoluta de la conciencia que, al considerarse ley para sí misma, no ve la obligatoriedad de la norma jurídica como un deber también moral.

Esto es importantísimo, pues la institución en comento funda su razón de ser en la idea de que el hombre es un ser social que debe su realización a la comunidad que, a su vez, reclama de él toda su colaboración para el desarrollo integral de los demás. En ese sentido obedecer las leyes no es una demostración de liberalidad, sino de estricto deber moral.

En segundo lugar, el estado, sus instituciones y normas están al servicio de la persona que tiene preeminencia absoluta respecto de aquel, y que ve en el ordenamiento jurídico un medio para el desarrollo personal. En virtud de la dignidad intrínseca de la persona, los derechos y deberes de los que es titular no se reducen a los que el Estado le pueda reconocer –pues no es éste el otorgante gracioso de esas facultades y libertades– sino que son todos aquellos que emanan de su naturaleza humana. Ello implica que el hombre está siempre obligado a cumplir la ley moral y que, a veces –la mayoría de las veces– esa obligación está mediada por el cumplimiento de la ley positiva.

Ahora bien, el modo en que se vincula la conciencia con una norma moral es diferente del modo en que lo hace con una norma positiva. En efecto, desde el punto de vista ético la obediencia a una norma moral clara –o en el caso de una fe religiosa la obediencia a un mandato divino– vincula directamente y con obligatoriedad total dada su infalibilidad para lograr el fin último del hombre. No ocurre lo mismo, necesariamente, con una norma positiva, pues dado su carácter mediador entre la persona y el bien podría fallar en la determinación del mismo, como sucede en tantos casos de leyes injustas. “De ahí que la conciencia, que sabe que debe acatar la ley civil como un medio en la búsqueda del bien, ha de vivir esta vinculación con la necesaria prudencia que, como virtud de los medios en orden al fin, le aconseja no considerar como absoluto lo que por definición es relativo,

no aceptar como infalible lo que puede estar expuesto al error. Por esa razón se comprende que la posibilidad de un conflicto entre la conciencia y la ley civil es lógica y razonable”⁵.

Por todo lo dicho, resulta fácil advertir que el derecho a la objeción de conciencia no sólo protege el ámbito de las ideas que se profesen, sino también de los actos –o abstenciones– que en función de ellas se realicen. Si se pretendiera que esta institución protege sólo el fuero interno de las personas se estaría en presencia de un derecho superfluo, pues es evidente que al ordenamiento jurídico –salvo excepcionalísimos casos de tipo penal– no le interesa el fuero interno de la persona. En estas circunstancias gozar de una libertad o derecho que protege un espacio de suyo impenetrable para la ley es inútil⁶.

Como ya se ha señalado la conciencia constituye el núcleo central y básico de la personalidad del ser humano, ella estructura la conformación ética y determina en gran medida los códigos de conducta de la persona humana, posibilitando la integridad moral del individuo y el libre desarrollo de su personalidad.

Precisando su contenido, esta libertad protege el proceso racional y reflexivo del ser humano y su adhesión o no a concepciones valóricas o creencias, sean estas religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas o de cualquier otra naturaleza. Además, dada la unidad de los procesos deliberativo y conductual en la persona, también se ampara bajo esta garantía la exigencia de comportarse exteriormente de acuerdo con tales concepciones. En definitiva, podría decirse que la persona “es” su conciencia, y por eso la garantía ampara y exige al individuo una actuación externa conforme a sus propios juicios morales. En este sentido se ha sostenido que este derecho o libertad es la base de todos los demás derechos que permiten al hombre profesar creencias o expresar ideas. Como dice el profesor Humberto Nogueira ¿Dónde más encontraría su raíz la libertad de creencias, la libertad religiosa, la libertad de enseñanza, la libertad de opinión e información?⁷

5. López Teodoro. Op. Cit. 209.

6. Véase Karin Neira y Esteban Szmulewicz. Algunas reflexiones en torno al derecho general de objeción de conciencia. Derecho y Humanidades. N° 12, 2006, p. 194. Universidad Austral de Chile.

7. Nogueira Humberto. Revista *Ius et Praxis*, Volumen 12 Número 2: páginas 13 a la 41, del año 2006

Sin lugar a dudas, el individuo no puede separar su conciencia del obrar conforme a ella. De ahí que la objeción de conciencia, en nuestro ordenamiento constitucional, forme parte de las facultades que integran el contenido del derecho a la libertad de conciencia, constituyendo una de las manifestaciones de tal derecho⁸. Esto es relevante, pues suele señalarse por algunos autores que la objeción de conciencia sólo podría utilizarse en caso de estar expresamente prevista en el ordenamiento jurídico. A la luz de lo ya dicho este argumento constituye una petición de principio, pues lo que se objeta es justamente esa ley que –con sólidos fundamentos– se considera injusta.

No es cierto, por tanto, que con el reconocimiento de este derecho se vulneraría la certeza jurídica. La ley siempre debe ser obedecida, pero esa exigibilidad descansa en su justicia. Impedir la objeción de conciencia, por el temor de que nadie obedezca, no autoriza a eliminarla como posible patrón de conducta, pues el peligro de ello es aún mayor: quedar al arbitrio de ideologías totalitarias o antisolidarias que terminan destruyendo al hombre.

Por lo tanto es posible hablar de un verdadero derecho fundamental a la objeción de conciencia emanado –como se verá a continuación– de la garantía constitucional y de aquellas presentes en el derecho internacional de los derechos humanos que protege la libertad de conciencia.

IV. Fuentes del derecho

Las fuentes formales de derecho aplicables en esta materia se encuentran en la Constitución Política de la República. En primer lugar deben considerarse la igual dignidad y libertad de todos los hombres, establecida en el artículo 1° inciso 1° de la Carta Fundamental. En segundo lugar, la objeción de conciencia está relacionada con el artículo 5°, inciso 2° de la constitución que señala como límite de la soberanía nacional –y consecuentemente de la actuación del Estado– los derechos humanos consagrados en el propio texto constitucional y en los tratados internacionales ratificados por Chile

8. Nogueira. *Ibidem*.

y que se encuentren vigentes. En tercer lugar, el numeral 6 del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República que trata de la libertad religiosa y de conciencia.

La mencionada norma señala: “La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

“Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas”.

“Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones”.

Finalmente, están los numerosos tratados internacionales a los que ya se ha hecho referencia, que aseguran la libertad de conciencia, siendo las normas más relevantes aquellas contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 18); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 12); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18); el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas (art.13); y la Convención sobre Derechos del Niño (art. 12, 14 y 30).

Como puede verse, y según lo ya señalado en el epígrafe anterior, nuestro ordenamiento jurídico reconoce ampliamente la protección a la libertad de conciencia y, en consecuencia, la posibilidad de actuar conforme a ella como ocurre en la garantía fundamental de la objeción de conciencia.

V. Anticoncepción de emergencia. La píldora del día después

Ya se ha señalado que las normas que inspiran el presente trabajo son: el artículo 2°, inciso 2° de la ley 20.418 que señala: “Sin embargo, en aquellos

casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar, posteriormente, al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale”. Y el Artículo 6° del reglamento de la ley que entró en vigencia el 28 de mayo y que dice: “En el caso que se trate de un método anticonceptivo de emergencia, que sea solicitado por una persona menor de 14 años, el facultativo o funcionario que corresponda, tanto en el sector público o privado, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar de este hecho con posterioridad, a su padre, madre o adulto responsable que la menor señale, para lo cual consignará los datos que sean precisos para dar cumplimiento a esta obligación”.

Se entiende por anticoncepción de emergencia la utilización de un fármaco o dispositivo con el fin de prevenir un embarazo después de una relación sexual “desprotegida”. En las guías sobre anticoncepción de emergencia se considera relación sexual “desprotegida” aquella en la que no se ha utilizado ningún método anticonceptivo o ha fallado el método utilizado (rotura o desplazamiento del preservativo, desplazamiento o mala colocación del diafragma, olvidos en la toma del anticonceptivo oral, expulsión parcial o total del DIU, etc.).

Existen alrededor de cinco métodos de anticoncepción de emergencia, siendo el más utilizado el llamado anticonceptivo oral sólo con progestágeno. Éste consiste en la toma de 750 g. de levonorgestrel lo antes posible tras la relación sexual y una segunda dosis (misma dosis) a las 12h. También es posible la toma de los 2 comprimidos juntos⁹. Actualmente es el más utilizado por su eficacia y la aceptabilidad de sus efectos secundarios¹⁰. Coloquialmente se le conoce como píldora del día después (PDD).

La forma en que actúa la anticoncepción de emergencia es variable, dependiendo del momento en que se tome. Si se usa antes de la fecundación puede provocar los siguientes efectos:

9. Véase Okewole and Arowojolu, 2005

10. Véase Cheng et al., 2004

- a) Inhibición o retraso de la ovulación.
- b) Alteración del endometrio (estructural y bioquímica) y de las trompas, que dificulta el transporte de los espermatozoides hasta el óvulo.
- c) Alteración de la secreción cervical (espesamiento), que dificulta la penetración de los espermatozoides en el útero.

Si se ingiere después de la fecundación los efectos pueden ser:

- a) Preimplantación: alteración de la motilidad de las trompas, que dificulta el transporte del cigoto al útero.
- b) Peri-implantación: cambios endometriales (estructurales y bioquímicos) que dificultan la implantación del embrión.
- c) Postimplantación: interferencia con el cuerpo lúteo.

Son numerosos los estudios científicos publicados que demuestran que la píldora postcoital modifica el endometrio, impidiendo, en ocasiones, la implantación de un embrión. El embrión no implantado muere, es decir, se produce un aborto precoz¹¹. Algunos científicos, afirman que la píldora postcoital no es abortiva, puesto que no interfiere con un embrión ya implantado, aunque pueda actuar, de hecho, impidiendo la implantación del embrión¹². Estos autores no califican el mecanismo antiimplantatorio como abortivo porque consideran que el embarazo comienza con la implantación. No obstante, hoy en día, existen suficientes evidencias que demuestran que tras la fecundación se inicia una nueva vida humana¹³. Independientemente de cuándo se considere el inicio del embarazo y de cómo se denomine al mecanismo anti-implantatorio de la píldora postcoital, expertos internacionales de reconocido prestigio en Planificación Familiar,

11. Kahlenborn et al., 2002, Spinnato and Mikolajczyk 2005

12. Grimes and Raymond, 2002, Pruitt and Mullen, 2005

13. López Moratalla and Iraburu Elizalde, 2004, Moore and Persaud, 2003, Sadler, 2004

como James Trussell, recomiendan que se informe siempre a las mujeres de que la píldora puede impedir la implantación de un embrión, para asegurar así un correcto consentimiento informado, derecho de toda mujer¹⁴.

Se puede sugerir que no sería necesario informar a las mujeres sobre la posibilidad de que un método de contracepción actúe después de la fecundación si dicha posibilidad es muy remota o si no se ha determinado con exactitud la frecuencia con la que actúa de esa manera. Sin embargo, en la práctica del consentimiento informado es imprescindible comentar con el paciente aquellos riesgos o efectos secundarios que aun siendo poco frecuentes, pueden ser importantes para él. Por ejemplo, aunque el riesgo de muerte por anestesia es muy bajo, se considera que debe de informarse sobre él, dada la importancia que tiene para el paciente. De igual manera, el riesgo de que un método de planificación familiar provoque la muerte de un embrión, aunque sea bajo, puede resultar importante para algunas personas, y especialmente para aquellas que opinan que la vida comienza en la fecundación.

VI. Objeción de conciencia en el profesional sanitario

El Código de ética médica, al tratar sobre las relaciones del médico con el paciente, dispone que “el médico a quien se solicitaren prestaciones que vayan en contra de su conciencia o de su convencimiento clínico, podrá negarse a intervenir. En estas circunstancias, procurará que otro colega continúe asistiendo al paciente, salvo que ello produjere graves e inmediatos daños para la salud del enfermo”¹⁵.

Más adelante, al tratar la relación del médico con sus colegas y con los demás profesionales de la salud, señala textualmente: “Quien ostente la dirección del equipo asistencial cuidará de que exista un ambiente de rigurosidad ética y de tolerancia hacia las opiniones profesionales divergentes. Asimismo, deberá aceptar que un integrante del equipo se

14. Trussell et al., 2004

15. Véase art. 20 Código de Ética Médica

rehúse a intervenir cuando oponga una objeción razonada de ciencia o de conciencia”¹⁶.

Por su parte, el manual de ética médica de la Asociación Médica Mundial señala que “los médicos han reclamado el derecho de rechazar a un paciente, salvo en caso de emergencia. Aunque los fundamentos legítimos para dicho rechazo incluye una práctica completa, (falta de) calificaciones educacionales y especialización, si el médico no tiene que dar una razón por el rechazo de un paciente, puede fácilmente practicar la discriminación sin ser considerado responsable. La conciencia del médico, antes que la legislación o las autoridades disciplinarias, puede ser el único medio de evitar los abusos de derechos humanos en este respecto”¹⁷.

Una vez conocidos los posibles efectos de la anticoncepción de emergencia, y a la luz de los antecedentes jurídicos ya mencionados, es claro que lo que está en juego es la vida de seres inocentes. En consecuencia, el hecho de suministrar la llamada píldora del día después es perfectamente objetable por parte de cualquier profesional de la salud que directa o indirectamente participe en esa atención sanitaria.

Sobre la manera de ejercer este derecho fundamental, ni la ley en comento ni su reglamento indican cómo hacerlo. No obstante, es razonable pensar que frente a la distribución de este mecanismo de anticoncepción, basta la manifestación verbal de la objeción de conciencia ante el Director del Hospital o centro asistencial correspondiente.

A modo de ejemplo, la legislación española exige manifestar la objeción por anticipado, y muchas ONGs pro vida recomiendan hacerlo de manera escrita. Asimismo, parece razonable dirigirse al colegio profesional correspondiente para saber si ha establecido protocolos de actuación, o si existe un registro de objetores. Además, se sugiere conservar copia fechada y sellada del original, y, si no se admitiera su presentación, se ha de enviar por correo mediante carta certificada con acuse de recibo.

16. Véase art. 68, inciso 4º Código de Ética Médica.

17. Véase http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/etica/120111codigo_de_etica.pdf

VII. Conclusión

La objeción de conciencia es considerada por muchos como un termómetro democrático, pues la nota común de todos los regímenes de tipo totalitario es su prohibición o su reconocimiento restrictivo. Aunque esta garantía surja primeramente en el ámbito moral, las consecuencias en el ámbito jurídico y político son inmediatas por lo que es muy importante tener claridad sobre la existencia y alcances de la libertad de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico. En relación con lo anterior conviene tener en cuenta las siguientes conclusiones:

- a) Dado que en la conciencia se juega la conducta y, por ende la forma de pensar y vivir de todos los seres humanos, es imprescindible garantizar a la ciudadanía el derecho a no ser violentado, actuando en contra de la propia conciencia.
- b) Esa garantía se encuentra inserta en la libertad de conciencia reconocida en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo, por lo que su reconocimiento expreso no es necesario para acogerse a este derecho. En nuestro país está establecida en la Constitución Política, como también en numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos que ha sido ratificados por Chile y que se encuentran plenamente vigentes.
- c) Respecto de la anticoncepción de emergencia hay motivos fundados para sostener que en determinadas ocasiones puede actuar impidiendo la implantación del embrión en el endometrio, por lo que su efecto sería abortivo.
- d) En consecuencia, tratándose de la vida de un ser humano inocente e indefenso, la participación en atenciones sanitarias que suministren cualquier sistema de anticoncepción de emergencia es susceptible de ser objetada en conciencia por cualquier profesional de la salud.

Pueblos indígenas e igualdad ante la ley

• 26 de junio de 2013 •

Las categorías jurídicas especiales que se reconozcan a los pueblos indígenas, pueden terminar siendo, paradójicamente, fuente de discriminaciones prohibidas por la Constitución. Y eso ocurre cuando la calidad de indígena se entrega sin rigurosos estándares que aseguren que la igualdad por la distinción responde a una real postergación preexistente. Considerar indígena a quien no lo es, es fuente de discriminación arbitraria y una inconsistencia injustificada en el tratamiento debido a todos los chilenos. Y entonces la diferencia se vuelve un mero privilegio. Lo mismo puede decirse si a resultas de esa calificación se termina por aplicar la costumbre indígena en juicio, desatendiendo exigencias básicas probatorias o incumpliendo normas especiales protectoras de derechos fundamentales.

I. Introducción

Chile se ha sumado a las democracias occidentales que han ido promoviendo políticas o suscrito instrumentos internacionales que, directa o indirectamente, importan un reconocimiento de las minorías étnicas dentro del territorio del Estado. Aunque lo avanzado pueda estimarse insuficiente, el desafío institucional, normativo y social que supone el respeto hacia los pueblos originarios, es y será un asunto persistente en la realidad del Estado-Nación moderno.

Frente a la aparente paradoja del surgimiento de minorías étnicas en un mundo globalizado, y ante situaciones de violencia extrema en el sur del país, parece razonable evaluar las medidas adoptadas y los procesos de adaptación del ordenamiento jurídico chileno a las obligaciones contraídas en el concierto internacional. Igualmente, vale la pena preguntarse en qué queda la igualdad ante ley, cuando se diseñan estatutos especiales para unos pocos habitantes del país.

II. La igualdad ante la ley

La igualdad esencial entre los hombres se concreta, jurídicamente, en el reconocimiento de la igualdad ante la ley que constituye uno de los principios fundantes del sistema democrático. Nuestra Constitución Política así lo recoge en varios de sus artículos, especialmente en el 1° y en el 19 numeral 2°. En lo pertinente, el primero de ellos señala que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...), expresando luego que es deber del Estado promover el bien común, contribuyendo a “crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. Señala, además, que el Estado debe “promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación”. El artículo 19 a su turno, en el número 2° dedicado a la igualdad ante la ley, expresa que “en Chile no hay persona ni grupo privilegiados (...) ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

No obstante lo dicho, la constitución nunca ha pretendido sostener una igualdad tabula rasa. Como lo ha dicho la profesora Ángela Vivanco, “la Constitución no prohíbe hacer diferencias, porque jurídicamente puede justificarse, sino que lo prohibido es hacerlas por pura arbitrariedad, es decir, que el factor fundamental para tomar la decisión sea sólo el capricho, sin que medie racionalidad alguna”¹. De esta forma, como remarca el profesor Humberto Nogueira Alcalá, “para establecer diferencias que tengan un carácter objetivo y razonable, estas deben estar basadas en un hecho diferenciador relevante que justifique la diferencia de trato legal o administrativo”².

Ahora bien, ¿qué se ha hecho para dispensar efectivamente un trato justo a los indígenas, más allá de matrices “asimilacionistas” o derechamente excluyentes? Como se dijo al comienzo, nuestro país se ha embarcado en un proceso de reconocimiento, cuyo núcleo está marcado por la idea de “diferenciar para igualar”, atendida la realidad diversa en la que se encuentran los miembros de las etnias originarias. En esa línea argumental, cuando se habla de grupos con distinción histórica, lingüística, religiosa y cultural, indudablemente el esfuerzo por respetar esa diferencia, debe implicar acoger su originalidad. Y hay en el ordenamiento testimonios de eso, básicamente expresados en la Ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas.

Pero la categoría especial que se les reconozca puede terminar siendo, paradójicamente, fuente de discriminaciones arbitrarias prohibidas por la Constitución. Eso ocurre cuando la calidad de indígena se entrega sin rigurosos estándares que aseguren que la igualación por la distinción responde a una genuina postergación preexistente. Si las distinciones en el trato –de naturaleza excepcional– que importa ser indígena se entregan a alguien que no participa de modo auténtico de esa extracción, se está generando una discriminación arbitraria, una inconsistencia injustificada en

1. Vivanco Martínez, Ángela (2006), “Curso de Derecho Constitucional, Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980” (Santiago, Ediciones Universidad Católica), Tomo II, pág. 306

2. Nogueira Alcalá, Humberto (2011), “El derecho a la no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado” en *Estudios sobre Justicia Constitucional, libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pág. 153.

el tratamiento debido a todos los chilenos. Entonces, la diferencia se vuelve un mero privilegio. Lo mismo puede decirse si a resultas de esa calificación se termina por aplicar la costumbre indígena en juicio, desatendiendo exigencias básicas probatorias o incumpliendo derechamente normas especiales protectoras de derechos fundamentales.

Como se verá, la costumbre de las etnias originarias gana terreno en la resolución de causas penales, en circunstancias que conforme al artículo 2° del Código Civil, “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”. Este sería un caso de costumbre remitida.

III. Ley indígena y riesgo de arbitrariedades

La Ley N° 19.253 de 1993 que establece normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Ley Indígena). El inciso tercero del artículo primero es claro: “es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”³.

Modificando el criterio anterior que establecía la calidad de indígena por la posesión de tierras de tal calidad, la Ley Indígena contempla en el párrafo segundo los requisitos y procedimientos que deben satisfacer quienes deseen ser tenidos por miembros de etnias originarias, para que les alcancen así los beneficios que contiene su articulado. Dice su artículo segundo: “Se considerarán indígenas para los efectos de esta ley, las personas de nacionalidad chilena que se encuentren en los siguientes casos:

- a) Los que sean hijos de padre o madre indígena, cualquiera sea la naturaleza de su filiación, inclusive la adoptiva. Se entenderá por

3. Véase ley N° 19.253. Art. 1° inc. 3°.

hijos de padre o madre indígena a quienes desciendan de habitantes originarios de las tierras identificadas en el artículo 12, números 1 y 2.

b) Los descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena. Un apellido no indígena será considerado indígena, para los efectos de esta ley, si se acredita su procedencia indígena por tres generaciones, y

c) Los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena, entendiéndose por tales la práctica de formas de vida, costumbres o religión de estas etnias de un modo habitual o cuyo cónyuge sea indígena. En estos casos, será necesario, además, que se autoidentifiquen como indígenas⁴.

El artículo 3° consagra la posibilidad de que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena acredite la calidad indígena mediante un certificado:

“La calidad de indígena podrá acreditarse mediante un certificado que otorgará la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. Si ésta deniega el certificado, el interesado, sus herederos o cesionarios podrán recurrir ante el Juez de Letras respectivo quien resolverá, sin forma de juicio, previo informe de la Corporación. Todo aquel que tenga interés en ello, mediante el mismo procedimiento y ante el Juez de Letras respectivo, podrá impugnar la calidad de indígena que invoque otra persona, aunque tenga certificado⁵”.

A continuación su artículo 4° entrega la posibilidad de probar el estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo por medio de la posesión notoria del mismo –adoptando de alguna manera las reglas generales sobre prueba del estado civil contenidas en el Título XVII del Código Civil–, flexibilizando de esa manera el acceso al estatuto especial que consagra. Señala que “para todos los efectos legales, la posesión notoria del estado civil de padre, madre, cónyuge o hijo se considerará como título suficiente para constituir en favor de los indígenas los mismos derechos y obligaciones que, conforme a las

4. Véase ley N° 19.253. Art. 2°.

5. Véase ley N° 19.253. Art. 3°.

leyes comunes, emanen de la filiación legítima y del matrimonio civil. Para acreditarla bastará la información testimonial de parientes o vecinos, que podrá rendirse en cualquier gestión judicial, o un informe de la Corporación suscrito por el Director. Se entenderá que la mitad de los bienes pertenecen al marido y la otra mitad a su cónyuge, a menos que conste que los terrenos han sido aportados por sólo uno de los cónyuges”⁶.

Con esta parte del texto de la Ley Indígena a la vista, queda la impresión de que es muy fácil calificar como miembro de algún pueblo originario. Y como se verá más adelante, los tribunales han ido relajando las exigencias y estándares probatorios con tal de aplicar sencillamente el estatus especial y excepcional que la referida ley contiene, con las consecuencias de distinta índole que ello acarrea. Esto deviene a la postre en un potencial foco de arbitrariedad, pues si se yerra en la calificación, se está entregando un privilegio a un chileno que no forma parte de aquellos en situación de auténtico indígena, distorsionando el trato igualitario debido a todos aquellos en circunstancias semejantes. O peor, algunos terminarían invocando, como veremos, supuestas costumbres contrarias a la ley, configurando una situación de discriminación arbitraria.

Durante la tramitación de la ley un senador presentó dos indicaciones –ambas rechazadas– al artículo tercero⁷: la primera con el objeto se señalar en forma imperativa que la calidad indígena se acreditará mediante certificado que otorgará la Corporación nacional de Desarrollo Indígena. La segunda decía expresamente “La Corporación podrá solicitar al interesado los antecedentes que estime necesarios para establecer su calidad indígena”.

Conviene, ahora, hacer un repaso de las materias cubiertas por la Ley Indígena para dimensionar su extensión y la intensidad de los beneficios contenidos en su texto:

a) En primer lugar el Estado se obliga a promover las culturas indígenas, sancionando la discriminación manifiesta e intencionada en razón de origen y cultura.

6. Véase ley N° 19.253. Art. 4°.

7. Historia de la Ley N° 19.253, Establece normas sobre protección, fomento y desarrollo indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, página 464.

b) Luego otorga –de una manera que parece demasiado laxa, al imponer requisitos alternativos y no copulativos– la posibilidad de organizarse bajo la forma jurídica de comunidades indígenas.

c) En tercer lugar, contiene en el título II normas sobre reconocimiento, protección y desarrollo de las tierras indígenas, apelando a títulos y ocupaciones históricas –cuyos conceptos indeterminados permiten bastante discrecionalidad– y contemplando un fondo para la compra de tierras y derechos de aguas para indígenas.

d) La ley crea además un segundo fondo para financiar programas especiales que incluyen el pago de las mejoras, prestaciones mutuas o restituciones a que sean obligadas personas indígenas naturales o comunidades indígenas que resulten del ejercicio de acciones civiles promovidas por o contra particulares, en que se litigue acerca del dominio, posesión, uso, goce, administración o mera tenencia de sus tierras.

e) El párrafo segundo del título III contempla la posibilidad de establecer áreas de desarrollo indígena, vale decir, espacios territoriales en los que los órganos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades.

f) La ley incluye, asimismo, normas sobre participación indígena, con un mecanismo reglamentado y obligatorio de consulta para cuando los servicios de la administración y las organizaciones de carácter territorial, traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas. Por motivos elementales de buena administración, esta consulta obligatoria y no vinculante demanda que la calidad de indígena esté lo mejor determinada posible.

g) A nivel institucional crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, órgano con representación indígena –con domicilio y sede principal en Temuco– encargado de liderar las políticas referidas a ellos.

h) El título VII de la ley contiene una norma muy especial, que a su vez recoge, a juicio del Tribunal Constitucional (considerando N° 56

del fallo Rol 309-00), la obligación contenida en el artículo 9 N° 2 del Convenio 169 de la OIT. Dice el inciso primero del artículo 54 de la Ley Indígena: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad.” El mismo título contiene, asimismo, normas especiales aplicables en conciliaciones y procedimientos judiciales que versen sobre conflictos de tierras donde participen indígenas. Sin embargo surgen dudas razonables ¿y si esta costumbre se aplica indiscriminadamente, aminorando o eximiendo de responsabilidades penales a supuestos indígenas? ¿Y si la costumbre que se invoque contraría texto expreso de nuestro ordenamiento, pasando a llevar normas prohibitivas especiales? En el comentario jurisprudencial consignado en el siguiente epígrafe se intentará dar respuesta a estas interrogantes.

i) El Título VIII, finalmente, dispone normas particulares para determinadas etnias e indígenas urbanos y migrantes.

IV. La jurisprudencia

Como se ha venido diciendo, la focalización en la distribución de derechos es fundamental a la hora de diseñar una justa política distributiva. En eso la Ley Indígena parece deficitaria. Entrega la calidad de indígena sin mayores exigencias, y sin un examen que haga justicia a la intensidad y extensión de los beneficios que consigna. Los tribunales, por supuesto, no pueden más que cumplir con lo preceptuado y reconocer esa calidad a quienes reúnan los requisitos del artículo 2°, pero a al parecer hay indicios jurisprudenciales que tampoco ayudan a contener las consecuencias de ese reconocimiento, atendidas consideraciones de justicia y respeto de derechos fundamentales.

Hay fallos que expresan cierta reticencia de parte de los jueces a controvertir la automática aplicación de la costumbre indígena como fuente de derecho.

Como veremos en lo que sigue, observamos falta de disposición de los tribunales para exigir elementos que prueben la existencia, procedencia y características de esa costumbre hecha valer en juicio. Ello es fuente de potenciales discriminaciones arbitrarias, máxime cuando, como se establece en la sentencia que se comenta a continuación, se la invoca y aplica en contravención de texto expreso.

A modo ejemplar, el fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 955-2011, en lo que importa para los efectos de este trabajo, confirma lo sentenciado por el Tribunal de Garantía competente: por una parte cumple, como no podía ser de otra manera, lo prescrito en el literal b) del artículo segundo de la Ley Indígena en cuanto a la calificación indígena, y por otra aplica para la resolución del litigio la costumbre mapuche, en conformidad con el ya citado artículo 54 de la misma ley.

Cuando, como en el caso que se comenta, los tribunales expresan que es un hecho público y notorio que en una zona del país los mapuches solucionan sus conflictos a través de la negociación, y de ahí resuelven zanjar la cuestión con un acuerdo reparatorio, lo que están haciendo en la práctica es impedir que pueda argumentarse en contrario a la existencia y pertinencia de la costumbre invocada. Todo parece indicar que, sumado a la automaticidad con que se entrega la calidad de indígena, este modo de dar por establecida la costumbre, poco contribuye a focalizar adecuadamente el régimen especial que contempla la ley especial de pueblos originarios. Incluso puede atentar contra legítimos derechos de terceros, relativizando garantías procesales fundamentales.

De todas maneras, lo que llama particularmente la atención es la vulneración que el fallo supone al artículo 19 de la Ley N° 20.066, de Violencia Intrafamiliar, que señala: “en los procesos por delitos constitutivos de violencia intrafamiliar no tendrá aplicación el artículo 241 del Código Procesal Penal”. Es decir, no proceden en esta clase de procesos los acuerdos preparatorios. No obstante ello, el tribunal de garantía primero, y la Corte de Apelaciones de Temuco después, consideraron que era preferible incumplir esa prohibición en aras de proteger un elemento de

la identidad indígena. Y esa preferencia absoluta por aplicar la legislación indígena es una seria fuente de arbitrariedades.

El juez no puede, a priori, dar preeminencia a ciertos derechos en desmedro de otros, sobre todo si se trata, como en este caso, de la integridad física y síquica asegurada por la Constitución a todas las personas. Lo que corresponde en circunstancias de conflicto de derechos, es un adecuado ejercicio de ponderación y armonización, y no elevar automáticamente a los indígenas a un estatus que suponga violación, menoscabo de otros derechos de terceros. Lo contrario supone una renuncia a la racional administración de justicia.

Además, contrario a lo que ésta y otras sentencias han estimado, el artículo N° 9 del Convenio 169 de la OIT, que refiere en su numeral 2 que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”, no ostenta superioridad jerárquica sobre las demás normas de nuestro ordenamiento. En abono de esta postura, cabe aludir en este punto a lo que en el fallo roles 2387/12 y 2388/12, acumulados, ha reiterado el Tribunal Constitucional respecto al rango de los tratados internacionales. En el considerando duodécimo dice “... que los tratado tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos al control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias propias de ley orgánica constitucional...”. En el mismo considerando luego expone que este criterio es el que mejor se conforma al conjunto de normas de la Carta Magna, pues de otro modo “... el capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto...”.

En definitiva, no habiendo preeminencia material ni jerárquica que asista a la legislación indígena, no corresponde que los tribunales desconozcan, sin más, prohibiciones legales incompatibles con el tratamiento diferente que la ley ha reconocido a los indígenas. No puede olvidarse que el propio artículo 9 del Convenio 169 señala al inicio que podrá acudirse a la costumbre indígena “en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional”.

V. Conclusión

La focalización en la asignación de derechos es fundamental a la hora de diseñar una justa política distributiva. En eso la Ley Indígena nos parece deficitaria. Entrega la calidad de indígena sin exigencia previa de serio estudio, sin un examen que haga justicia a la intensidad y extensión de los beneficios que consigna. Nuestros tribunales por supuesto no pueden más que cumplir con lo preceptuado y reconocer esa calidad a quienes reúnan los requisitos del artículo 2º, pero a nuestro juicio hay indicios jurisprudenciales que tampoco ayudan a contener eventuales consecuencias indeseadas de ese reconocimiento.

Es posible identificar fallos, como el de la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 955-2011, en los que se observa cierta reticencia de parte de los jueces a controvertir la automática aplicación de la costumbre indígena como fuente de derecho. Ello es fuente de potenciales discriminaciones arbitrarias, máxime cuando, como se establece en la sentencia que se comenta en el apartado anterior, se la invoca y aplica en contravención de texto expreso.

Llama particularmente nuestra atención la vulneración que el fallo supone al artículo 19 de la Ley N° 20.066, de Violencia Intrafamiliar, que señala la improcedencia de los acuerdos preparatorios en esta clase de proceso. No obstante ello, el tribunal de garantía primero, y la Corte de Apelaciones de Temuco después, consideraron que era preferible incumplir esa prohibición en aras de proteger un elemento de la identidad indígena. Y esa preferencia absoluta por aplicar la legislación indígena es una seria fuente de arbitrariedades.

El juez no puede escoger a priori dar preeminencia a ciertos derechos en desmedro de otros, sobre todo si se trata, como en este caso, de la integridad física y síquica asegurada por la Constitución a todas las personas. Lo que corresponde en circunstancias de conflicto de derechos, es un adecuado ejercicio de ponderación y armonización, y no elevar automáticamente a los indígenas a un estatus que suponga violación, menoscabo de otros derechos de terceros. Lo contrario supone una renuncia a la racional administración de justicia.

Contrario a lo que se ha estimado, el artículo N° 9 del Convenio 169 de la OIT, que refiere en su numeral 2 que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”, no ostenta superioridad jerárquica sobre las demás normas de nuestro ordenamiento. Mal podría encerrar tal calidad, por cuanto la referida norma se encuentra recogida en nuestro ordenamiento interno en una norma de rango legal, específicamente el artículo 54 de la Ley Indígena, norma que como ha resuelto el Tribunal Constitucional en fallo Rol 309-00, acoge el artículo 9 N° 2 del Convenio 169 de la OIT.

Cabe recordar además los fallos roles 2387/12 y 2388/12, acumulados, también del Tribunal Constitucional. En el considerando duodécimo dice “... que los tratados tienen un rango inferior a la Constitución, porque están sometidos al control preventivo obligatorio de constitucionalidad cuando tratan materias propia de ley orgánica constitucional...”. En el mismo considerando luego expone que este criterio es el que mejor se conforma al conjunto de normas de la Carta Magna, pues de otro modo “... el capítulo XIV de la Constitución, sobre reforma de la misma, quedaría parcialmente sin sentido si por la vía de los tratados internacionales sobre derechos humanos se pudiera enmendar su texto...”.

Finalmente, no habiendo preeminencia material ni jerárquica que asista a la legislación indígena, no corresponde que los tribunales desconozcan, sin más, prohibiciones legales incompatibles con el tratamiento diferente que la ley ha reconocido a los indígenas. No puede olvidarse que el propio artículo 9 del Convenio 169 señala al inicio que podrá acudirse a la costumbre indígena “en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional”.

Proyecto de nueva Ley de Fármacos: ¿Se beneficia realmente a las personas?

• 25 de septiembre de 2013 •

Se encuentra en trámite la llamada “ley nacional de fármacos” que introduce una serie de avances en materia de acceso a los medicamentos. Los más importantes son dos: el concepto de bioequivalencia, que permitirá la intercambiabilidad entre los fármacos de marca y los genéricos, y una mejora en la oferta de los medicamentos con condición de venta directa (sin receta) los cuales podrán estar disponibles en las góndolas de las farmacias. En un mercado tan concentrado como es el de los medicamentos en Chile, la aprobación de este proyecto traería grandes ventajas. Entre ellas, una mayor competencia y menores precios.

I. Introducción

Según el Ministerio de Salud el gasto en medicamentos, a nivel nacional, representa el 1,8% de la canasta del IPC, estando entre las 20 subclases más relevantes de un total de 143. En efecto, el gasto mensual promedio en medicamentos del decil más pobre llega a \$3.730 o 1,6% de su gasto total. En este sentido, el Estado debe propender a que haya el mejor acceso posible de la población a este tipo de productos.

De acuerdo a esta premisa el Gobierno ha impulsado fuertemente la llamada “ley nacional de fármacos”, proyecto de Ley que modifica el Código Sanitario en materia de regulación a las farmacias y medicamentos (boletín 6523-11 y otros, refundido). Dicho proyecto se encuentra en tercer trámite constitucional en el Senado –específicamente en comisión mixta- y busca reformar varios aspectos en materia de prescripción de fármacos, acceso a los medicamentos, y propender a la baja de precio de los mismos.

Luego de una larga tramitación en ambas Cámaras, durante el mes de septiembre del presente año la Cámara despachó el proyecto que volvió al Senado para su revisión final. Como no hubo acuerdo en las modificaciones, el proyecto se encuentra en fase de comisión mixta.

El presente trabajo señala las principales modificaciones que esta iniciativa otorga a la institucionalidad.

II. Rol del Ministerio de Salud

Lo primero que hace este proyecto es zanjar un tema clave: el rol del Estado en materia de farmacovigilancia. En el actual código sanitario es el Instituto de Salud Pública la autoridad encargada del control sanitario de los fármacos, cosa que impedía al Ministerio de Salud tener un rol más activo en la materia. La supremacía del ISP era ratificada por la contraloría que en muchos dictámenes constataba que el Ministerio no tenía potestad para lograr una mayor injerencia en el ámbito de la farmacovigilancia.

Con el actual proyecto se encarga al Ministerio de Salud velar por el acceso de la población a medicamentos o productos farmacéuticos de calidad, seguridad y eficacia. Al mismo tiempo, deja al Instituto de Salud Pública como autoridad encargada del control sanitario de los mismos y a la Central de Abastecimiento facultada de la adecuada disponibilidad de medicamentos en el sector público de salud.

III. Introducción de la bioequivalencia

El proyecto introduce la bioequivalencia como herramienta, tanto de prescripción como de adquisición por parte del paciente-cliente. Existe bioequivalencia cuando, entre dos fármacos, se encuentran los mismos principios activos (sustancia dotada de efecto farmacológico), presentados en idéntica forma farmacéutica (forma física en que se encuentra el medicamento) y vía de administración y que cumplen con las mismas o comparables especificaciones de calidad, todo ello determinado por los estudios apropiados.

Para muchos, este es el tema central en el presente debate legislativo pues quienes defienden la bioequivalencia sostienen que las personas podrán optar por diferentes medicamentos que tengan el mismo principio activo y no sólo por aquel que el médico indica en la receta médica. A esto se le denomina intercambiabilidad. De esta forma, habría más competencia y menores precios. Quienes se han manifestado escépticos de la bioequivalencia, sostienen que la receta, al ser parte integral del acto médico, debe siempre respetarse y no debiera haber intercambiabilidad entre los fármacos que contienen un mismo principio activo.

El debate fundamental se encuentra en el artículo 101 del proyecto, que introduce la bioequivalencia, tanto desde el punto de vista de la prescripción del fármaco como de la adquisición del mismo.

Luego de intensos debates, la Cámara de Diputados aprobó que la receta debiera contener la relación clínica, el uso y las condiciones de empleo de un producto farmacéutico individualizado por su denominación

común internacional (“DCI” o “genérico”), o nombre de fantasía (marca) si así lo estima. Formó parte importante del debate –y así lo había propuesto el Ejecutivo en la Comisión de Hacienda– la posibilidad de obligar al médico a prescribir siempre el genérico. Sin embargo, la Cámara consideró que con ello podría verificarse una vulneración al derecho constitucional de emitir libremente una opinión y también a la libertad de trabajo. De ahí que la fórmula aceptada haya sido el de permitir que el médico prescriba el “genérico” o el medicamento de “marca” si así lo estima conveniente.

El Senado rechazó la redacción de este artículo por lo que se buscará en la comisión mixta que prime la obligación del médico de prescribir siempre el genérico.

Así las cosas y de perseverar el criterio de la Cámara, el paciente podrá pedir que en las farmacias –o cualquier lugar habilitado– se le dispense un bioequivalente (un genérico u otro que produzca el mismo efecto), siempre y cuando ese medicamento haya demostrado su equivalencia terapéutica debidamente ante el Instituto de Salud Pública. Esto significa que la bioequivalencia no es automática sino que tiene que ser certificada por la autoridad. En cambio, si persiste el criterio del Ejecutivo y de parte del Senado que busca que la prescripción sea en base a genéricos, el paciente podrá siempre tener a su disposición la posibilidad de comprar el genérico que en ese local se encuentre disponible.

Pero ¿Qué debemos entender por “bioequivalencia” y equivalencia terapéutica?

Se habla de equivalencia terapéutica “cuando se administra un medicamento genérico, al cual se le ha realizado un estudio de bioequivalencia, y demuestra que alcanza la misma velocidad y concentración de principio activo que el medicamento innovador, (con lo que) se está asegurando la misma respuesta terapéutica en el paciente que la que se obtendría con el medicamento innovador”.

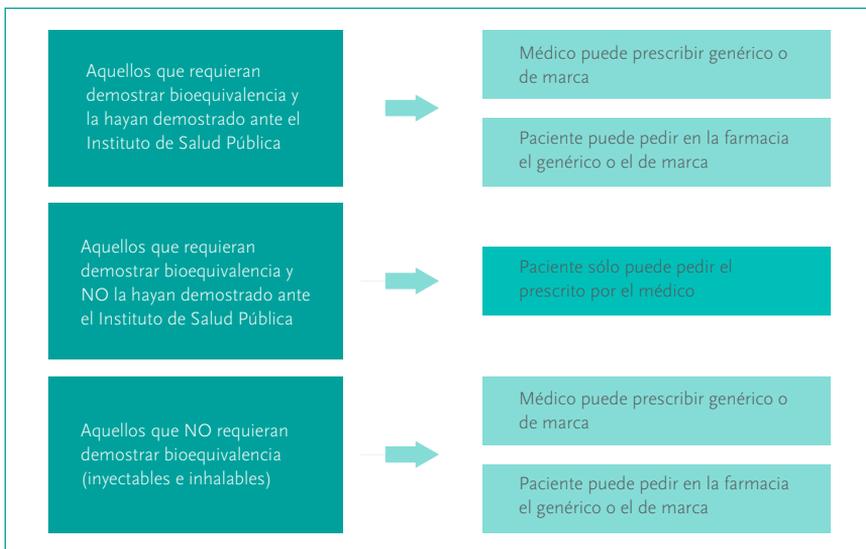
Para mayor claridad debemos entender que en el ámbito de la equivalencia terapéutica encontramos tres tipos de medicamentos:

a) Los que contengan principio activos que deban demostrar bioequivalencia pero no la hayan demostrado. Se refiere a formas farmacéuticas sólidas orales de liberación inmediata. Estos están contenidos en el decreto exento N° 500 que contiene la norma técnica 136 del Ministerio de Salud.

b) Los que requieren demostrar bioequivalencia y la hayan demostrado conforme al procedimiento establecido en el decreto exento N°27 que contiene la norma técnica 121 del Ministerio de salud que estén incorporados en un Decreto Supremo. Al 21 de febrero de 2013 existen 121 medicamentos registrados como bioequivalentes.

c) Aquellos que no requieren demostrar bioequivalencia debido a que son “per sé” bioequivalentes: son los inyectables e inhalables.

De esta forma puede entenderse el resultado de esta política en los siguientes términos que propuso la Cámara de Diputados:



Debemos recordar, que al estar el proyecto en comisión mixta este criterio podría cambiar.

IV. Beneficios de la bioequivalencia

La introducción de la bioequivalencia supone al menos dos características básicas:

a) Todo fármaco inscrito en Chile debe certificar las “buenas prácticas de manufactura” (BPM) ya sea que se produzcan en Chile o en el extranjero. Así, los medicamentos bioequivalentes están asegurados en cuanto a su seguridad y eficacia, y deberán estar etiquetados en las cajas de los medicamentos por instrucción del Ministerio de Salud.

b) Al existir medicamentos bioequivalentes, se propenderá a una mayor competencia entre los laboratorios lo que, sin duda, hará bajar los precios beneficiando a los pacientes.

c) Al encontrarse certificada la bioequivalencia, los laboratorios chilenos que exporten medicamentos lo podrán hacer con un mayor valor agregado.

d) El paciente tiene un elemento clave de decisión y libertad, pues siempre podrá exigir (en la medida que el fármaco se encuentre dentro de la categoría de bioequivalente) que se ponga a disposición un genérico, no pudiendo las farmacias negar tener estos medicamentos en su stock.

A modo de conclusión, y sin perjuicio de prosperar la idea de la obligación del médico de prescribir siempre el “genérico”, se está ante un notable avance en materia de disponibilidad de medicamentos.

V. El fraccionamiento de los medicamentos

Un aspecto que impide generar una baja en los precios es que los medicamentos vienen en dosis y cantidades estándar que muchas veces

pueden resultar mucho mayores que los que requiere un tratamiento determinado. En ese sentido, se incluyó la posibilidad de que los medicamentos pudieran fraccionarse, esto es, buscar la forma de ser vendidos en la dosis que requiera el paciente. Este criterio legislativo tuvo acogida en el Senado y también en la Cámara. Si bien algunos parlamentarios mostraron una razonable inquietud en orden a determinar cómo podría realizarse la operación de fraccionamiento sin atentar contra la salud pública, en la Cámara se agregó que será un Decreto Supremo –un reglamento– el que contendrá las normas para la correcta ejecución del fraccionamiento en farmacias. Esto de suyo es positivo, pues impediría que las personas consuman más fármacos que los que requieran.

En cualquier caso este es uno de los temas que será abordado por la comisión mixta, pues el Senado eliminó del articulado del proyecto toda mención al fraccionamiento.

VI. Venta de medicamentos en góndolas: una materia clave

Se distinguen en el mercado de los fármacos, dos tipos de medicamentos, aquellos que tienen condición de venta directa y aquellos que requieren receta en cualquiera de las formas que dispone el reglamento: receta simple, receta retenida o receta cheque.

Durante la tramitación, el Ejecutivo introdujo una indicación vinculada a la posibilidad que los medicamentos que tengan la condición de venta directa (esto es, que no medie receta para su expendio) puedan estar disponibles en estanterías o “góndolas” tanto en farmacias como en otros lugares como almacenes o supermercado y siempre y cuando se consideren las medidas de resguardo en general dados por el ordenamiento regulatorio.

De acuerdo a datos proporcionados por el Ministerio de Salud y de acuerdo a la clasificación del Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), de los 15.651 productos inscritos y vigentes a la fecha ante dicha Entidad, un 17% son de venta directa, mientras que un 83% debe ser expedido con receta médica.

A su vez, en términos de unidades vendidas, los medicamentos de venta directa representan un 37% de las ventas totales en el país al año 2009 (“El Mercado Farmacéutico, Chile” de IMS Health).

Los argumentos que validan esta política pública son varios:

a) Se opone como argumento que esta política podría fomentar la automedicación. Sin embargo, es difícil sostener aquello cuando se trata de medicamentos que aún en la farmacia se venden sin receta y sin que sea necesario la actuación de un facultativo en su prescripción.

b) No existen farmacias en todas las comunas; en Chile existe un total de 1700 farmacias, aproximadamente, de las cuales 1133 están concentradas en la Región Metropolitana y 238 farmacias están ubicadas en la Región de Valparaíso. Por lo tanto, las restantes 329 farmacias se ubican en el resto del territorio nacional, cabe destacar que existen 50 comunas que no tienen acceso a farmacias ni a almacenes farmacéuticos, según datos publicados en el sitio electrónico del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Si la indicación prosperara, integraría a cerca de 1000 nuevos puntos de venta, lo que reafirma el propósito de que el consumidor tenga mayor acceso, tenga las herramientas necesarias para tomar una decisión libre e informada al momento de realizar una compra, y tenga la posibilidad de una comparación de las distintas marcas, precios y tipos de productos según amerite.

c) La restricción de vender este tipo de medicamentos sólo en farmacias ha implicado que el mercado ha visto alzas de precios de los medicamentos en los últimos 10 años por sobre el Índice de Precios de Consumidor (IPC). De esta manera, la mayor competencia y el acceso directo del público a los productos farmacéuticos, a través de góndolas o semejantes, permitirá al consumidor elegir de manera más informada entre estas distintas categorías para un mismo tipo de medicamento. Podrían ingresar entonces los más de 1.000 locales de supermercados hoy presentes al mercado, universo dentro del cual muchos de ellos corresponden a pequeños empresarios no pertenecientes a las grandes cadenas.

A diferencia del Senado, la Cámara aprobó que la venta de medicamentos que tengan condición de venta directa puedan estar disponibles en farmacias y almacenes farmacéuticos en repisas, estanterías, góndolas, anaqueles, dispensadores u otros dispositivos similares que permitan el acceso directo al público, considerando medidas de resguardo general para evitar su alcance y manipulación por niños o infantes, todo conforme lo determine a un reglamento.

Esta política pública ha sido clave en la definición del Ejecutivo de cumplir con los objetivos de este proyecto de ley y que parecen del todo razonables.

VII. La publicidad de medicamentos: un tema pendiente

La publicidad de los medicamentos en Chile está restringida. El proyecto comentado fue despachado del Senado con el mismo criterio en materia de publicidad que contiene el Decreto N° 3 del Ministerio de Salud -reglamento de medicamentos- que prescribe en su artículo 200 que sólo se puede hacer publicidad en los medios de comunicación de los medicamentos de venta directa. En el caso de los medicamentos con receta, el actual reglamento prohíbe su publicidad sin perjuicio que puedan anunciarse a los profesionales habilitados para su prescripción y dispensación, públicamente y sin aprobación previa del Instituto, mediante avisos destinados exclusivamente dar a conocer que existe. Es lo que comúnmente se conoce con la fórmula de “al distinguido cuerpo médico y químico farmacéutico”.

Algunos parlamentarios presentaron una indicación para eliminar la prohibición de la publicidad de los medicamentos con receta. Además de ser consistente con un criterio de realidad, resulta incomprensible que en la sociedad moderna no se pretenda dar mayor información al usuario, esgrimiendo el argumento de automedicación. Según éste la mayor publicidad, podría ocasionar más visitas a un médico producto de la “necesidad creada” de consumir un determinado medicamento que no puede ser expedido sin la intervención del facultativo. Este razonamiento atenta contra el criterio de racionalidad de las personas, pues resulta difícil

creer que la sola publicidad motive mayor gasto en consultas médicas y mayor prescripción de fármacos.

Lo que se buscaba era que las personas pudieran saber que para una determinada patología no existe sólo un determinado fármaco, impidiendo de paso el posible conflicto de interés que un facultativo pudiese tener con un determinado laboratorio.

La iniciativa fue rechazada por la Cámara con el mismo argumento usado por quienes se oponen a la venta de fármacos en góndolas tanto dentro como fuera de las farmacias: la automedicación.

Parece que este es un aspecto clave que no es abordado de manera adecuada en el proyecto.

VIII. Conclusiones

El mercado de los medicamentos es un mercado fuertemente concentrado. Con ocasión del llamado caso colusión de las farmacias la opinión pública pudo constatar que el 90% de la venta de los medicamentos está concentrado en 3 cadenas de farmacias en Chile. En este contexto, Este proyecto busca dos cosas: fomentar el acceso a los medicamentos y disminuir los precios.

El proyecto es positivo en cuanto permite dar mayor certeza jurídica en la definición de ciertas potestades públicas en el ámbito de la farmacovigilancia: definir roles del Ministerio de Salud, las Secretarías Regionales Ministeriales, el Instituto de Salud Pública y la Central Nacional de Abastecimiento.

En materia de bioequivalencia el resultado legislativo es el esperado. Se perfecciona la norma del Senado e instala la bioequivalencia como un concepto de salud pública que da todas las garantías jurídicas para la intercambiabilidad de medicamentos con idénticos principios activos y forma farmacéutica. Esto beneficia directamente al usuario y permitirá

desarrollar competencia. La determinación que tome la comisión mixta al proponer un nuevo texto en esta materia no será menor. Sin embargo, y de permanecer la norma con la redacción que aportó la Cámara de Diputados, es un notable avance en materia de beneficiar a las personas y darle un categórico sentido de empoderamiento a los usuarios.

El fraccionamiento es un punto pendiente que tendrá que zanjarse en la comisión mixta. Todo parece indicar que las críticas que motivaron su eliminación del proyecto en la Cámara no tienen asidero, considerando las normas regulatorias que rigen la actividad. Es de esperar que esta posibilidad sea confirmada por el Senado y se mantenga.

Sobre la venta en góndolas de medicamentos con condición de venta directa, y sin perjuicio que aún quedan voces que esbozan una visión de excesiva protección gremial hacia el poder del médico, lo constata una desconfianza importante en la incidencia de las personas en el ámbito farmacéutico y exponiendo consideraciones ideológicas que buscan evitar ver a los fármacos como bienes de consumo donde las personas pueden acceder a informarse y generar competencia.

La Cámara de Diputados dio un paso trascendental con la apertura del mercado de los medicamentos. En el mismo sentido, no hay explicación para oponerse a desconcentrar el mercado, mejorando el acceso y los precios, si se sigue obligando a los usuarios a adquirir determinados medicamentos sólo en farmacias. Hay que considerar que en muchas comunas estos establecimientos, simplemente, no existen. Si el Senado persevera en el texto de la Cámara de Diputados, tendremos una apertura inédita en el ámbito del acceso de los fármacos al público, pues en todo recinto donde cumplan los requisitos establecidos por el reglamento, las personas podrán acceder a muchos medicamentos que hoy sólo se venden en farmacias. Ello incidirá, también, en mayor competencia y baja de precios.

La prohibición de la publicidad de ciertos medicamentos impide empoderar a las personas en el acceso a la información de determinados productos farmacéuticos. Si bien esta prohibición de publicidad de medicamentos de venta con receta se vulnera, al dirigir ciertos productos “al distinguido

cuerpo de médicos y químicos farmacéuticos”, no resulta consistente con una política que busca generar competencia para bajar los precios, impedir los posibles conflictos de interés entre los médicos y laboratorios, y mejorar la información de la población. La información es, siempre, clave para el usuario.

Los argumentos de la automedicación no resultan consistentes por las limitaciones propias de la regulación, que no cambian en el proyecto. Un consumidor podría “automedicarse” con fármacos que pueden comprarse sin receta médica en farmacias. Sin embargo, no podría automedicarse con remedios que no puede comprar sin receta.

Al margen de este aspecto, el proyecto parece positivo para mejorar, tanto el acceso a los medicamentos, como los altos costos que éstos tienen en nuestro país.

¿Tiene solución el problema de la judicialización de alza de los planes de salud?

• 23 de octubre de 2013 •

El sistema de Isapres, en el que están afiliados más de tres millones de chilenos, se encuentra seriamente amenazado. El abuso de recursos de protección que buscan impedir el alza en los planes de salud se ha transformado en una muy lucrativa industria para algunos abogados que litigan gratis con la finalidad de obtener las costas de los recursos que, salvo defectos de forma, son siempre acogidos. De no mediar una solución a esta forma de reclamo, el sistema completo podría tambalear. El presente trabajo explica las razones de esta situación y propone algunas soluciones posibles para una de las reformas más importantes y útiles de las últimas décadas.

I. Introducción

Hasta el mes de julio de 2012, en la Corte de Apelaciones de Santiago se presentaron 23.673 recursos de protección, superando el total del año 2010 en que comparecieron 19.497 recursos. Y de acuerdo con la Dirección de Estudios, Análisis y Evaluación de la Corte Suprema de junio de 2012, de un total de 4.028 recursos de protección acogidos por el máximo tribunal en el año 2011, 2.805 fueron presentados contra las Isapres.

Lo anterior demuestra que es urgente buscar una solución a este problema. No sólo de cara a la concepción actual de los contratos de salud, sino también porque se ha abusado de un expediente que tiene por objeto restablecer el imperio del derecho ante vulneraciones de garantías constitucionales y no ser un “contencioso” en materia de contratos de salud. Además, no parece razonable que la actividad de las cortes esté centrada en resolver aspectos que podrían resolverse a través de la autoridad regulatoria. Por último, debe considerarse que se ha generado una verdadera industria de la judicialización que ha traído importantes costos al sistema. Al no existir costos para litigar –pues se utiliza el expediente del recurso de protección– cientos de abogados ofrecen los servicios para detener las alzas sin cobrar honorarios profesionales, pues buscan quedarse sólo con las costas decretadas por el Tribunal. Lo anterior teniendo en cuenta que la gran mayoría de los recursos son acogidos, y cuando se rechazan, es por defectos de forma.

El costo social de esta industria salta a la vista. Durante el 2012, el monto que las aseguradoras debieron desembolsar en concepto de costas judiciales llegó a 3.600 millones de pesos. Teniendo en cuenta que el sistema privado de salud se financia únicamente con las cotizaciones de los afiliados, esta altísima cifra representa un claro costo de oportunidad respecto del giro que dichas empresas tienen por ley, la cual es financiar prestaciones de salud. En el ámbito de las Garantías Explícitas en Salud (GES), el escenario es parecido. Durante julio de 2013, sólo debido a primas de alza GES se presentaron más de 80.000 recursos de protección. Esto constituye un hito sin precedentes, sobre todo considerando que sólo un porcentaje bajo de personas reclama¹.

II. Breve descripción de los sistemas de salud en Chile

En nuestro país existen dos sistemas de salud que se estructuran en base a un sistema de seguro. El seguro público, constituido por el Fondo Nacional de Salud, y el seguro privado, constituido por el Sistema Isapre. En general, el sistema chileno se caracteriza por ser segmentado, con una mezcla público/privada donde se realizan las funciones de rectoría, regulación, financiamiento, aseguramiento y provisión de servicios. La provisión de servicios alcanza una cobertura legal (vía aseguramiento o protección social) y geográfica prácticamente universal, ya que la red asistencial se distribuye a lo largo de todo el territorio poblado nacional.

Para determinar las posibilidades a través de las cuales las personas satisfarán las necesidades de salud, hay que distinguir si la persona se acogerá al sector público o privado. Pero además, es necesario considerar: a) si el trabajador está empleado o si es independiente; b) qué capacidad económica tendrá el asegurado; c) si se encuentra actualmente empleado o desempleado; d) si es miembro de las FF.AA. (en cuyo caso tiene un sistema especial).

El sistema de Isapres –objeto de este trabajo– constituye una de las más importantes reformas llevadas a cabo en la década de 1980. Desde el punto de vista constitucional viene a ser una aplicación del principio de subsidiariedad, que se traduce en que el Estado si bien asegura el cumplimiento de las prestaciones en materia de salud, no es el único agente que las ejecuta. Las Isapres representan, en tal sentido, una garantía de espacios de libertad que la Constitución desea reconocer a los particulares en el cumplimiento de sus tareas propias. Aunque un gran porcentaje de los chilenos se encuentran en el sistema público de salud, resulta interesante ver cómo han ido aumentando los afiliados al sistema privado de salud. Hoy hay más usuarios en el sistema Isapre que en toda su historia.

1. Las estadísticas hablan de un número de alrededor de un 5% del total de afiliados a Isapre que reclaman vía acción de protección de un universo total de aproximadamente 3.000.000 de usuarios.

A nivel de financiamiento, mientras el sistema Isapre se financia íntegramente con las cotizaciones de los usuarios del seguro privado, en el caso del FONASA éste cubre parte importante de su financiamiento por aporte del Estado vía impuestos generales: aproximadamente un 43% de su costo total. Cabe señalar que la literatura comparada está consciente en que no hay un sistema único que combine aseguradoras públicas y privadas con prestadores públicos o privados, que sea “mejor per se”. Es más, entre países que tienen sistemas diferentes el resultado puede ser muy dispar en cuanto a los costos en salud.

III. La naturaleza jurídica de los contratos de salud

A diferencia del sistema público, la base del sistema privado consiste en la celebración de un contrato de salud entre una Isapre y un afiliado. Fue a través del Decreto Ley N° 3.626 de 1981 donde se les dio a las personas la facultad de cotizar en una institución distinta del Fondo Nacional de Salud (FONASA). Sin embargo, la norma que creó el sistema privado de salud fue el DFL N° 3 de salud de 1981.

¿En qué consiste el contrato de salud privado? Es aquel en que una parte (ISAPRE) se obliga a otorgar determinadas prestaciones a otra (Cotizante) a cambio de un precio determinado que no puede ser inferior al 7% de los ingresos imponibles de este último. El contrato de salud es además un contrato de seguro, pues “la prima que paga una parte (cotización) no está en directa relación con la prestación que se otorga”. Esto es sin perjuicio que el Tribunal Constitucional reconoce diferencias notables con el contrato de seguro mercantil debido a que en materia de salud se está en el ámbito de la seguridad social. Una tercera característica que es importante señalar es que el contrato es de tracto sucesivo. “De hecho, esta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato, pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones” (Tribunal Constitucional, Sentencia ROL 1170-2012, considerando 170).

Del contrato, como es lógico, surgen obligaciones para ambas partes: para el afiliado, la de cotizar y la de declarar ciertas enfermedades; en el caso de la Isapre,

financiar prestaciones de salud (tanto aquellas mínimas obligatorias, como el GES, como también las prestaciones pactadas). La relación contractual se pacta por un tiempo indefinido y no podrá dejarse sin efecto durante su vigencia sino a través del incumplimiento de las obligaciones o por mutuo acuerdo. Así lo establece expresamente la ley en el artículo 197 del DFL n° 1 de 2005.

IV. ¿Cómo se fijan los precios de los contratos de salud?

En el Sistema Isapre, el precio de un plan de salud se fija en consideración del gasto esperado de cada beneficiario asociado al contrato, el cual se determina en función de sus características de sexo, edad y tipo de beneficiario (cotizante o carga), que son las variables permitidas por la ley para establecer precios diferentes entre los beneficiarios de un mismo plan de salud. Así, el precio correspondiente a un plan específico se obtiene a partir de un precio base², definido para un cotizante tipo o pivote³ (cotizante hombre de 30 años) y de una tabla de factores⁴, que muestra la estructura de valores relativos para los diferentes beneficiarios en función de su tipo, sexo y edad. Dicha tabla refleja, entonces, el costo asociado a cada individuo con respecto al pivote, quien asume el factor unitario, ponderando por encima o por debajo de este valor, los costos correspondientes al resto de los beneficiarios según las diferentes combinaciones de sexo y edad, según se trate de un cotizante o de una carga.

El fundamento legal se encuentra en el artículo 199 del DFL N° 1 de 2005, que corresponde al artículo 38 ter de la ley 18.933 que prescribe que para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la institución de Salud

2. El precio base, se encuentra definida en la letra m) del artículo 170 del DFL N°1 de 2005, así: es el “precio asignado por la Institución (la Isapre) a cada plan de Salud”. La misma ley aclara que *el precio final que se pague a la institución de salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores.*

3. Circular IF N°6, del 2 de junio de 2005, de la Superintendencia de Salud.

4. La ley también define lo que es una tabla de factores en la letra n): *es aquella tabla elaborada por la institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia (de Salud), en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá valor unitario.*

Previsional por el plan de salud, la institución deberá aplicar a los precios base, el o los factores que corresponden a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores. Y dice además, en su inciso segundo:

“la Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que deberán utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1º El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;

2º Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;

3º La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;

4º La Superintendencia deberá fijar, cada diez más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.

5º En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda al cotizante del mismo sexo”

V. Adecuación de los precios base

El inciso tercero del artículo 197 del DFL n° 1 de 2005 del Ministerio de Salud, establece que anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las instituciones podrán revisar los contratos de salud y modificar el precio base (en ningún caso los beneficios), estableciendo de manera muy precisa cuales son los límites bajo los cuales puede hacerse esta modificación:

a) No debe significar una discriminación entre los afiliados del mismo plan.

- b) No pueden tener en consideración el estado de salud del afiliado o del beneficiario.
- c) Las condiciones generales deben ser las mismas que se estén ofreciendo a esa fecha a los nuevos contratantes en dicho plan.
- d) La adecuación del precio base debe ser comunicada al afectado mediante carta certificada, expedida con a lo menos 3 meses de anticipación al vencimiento del período.
- e) El afectado siempre podrá rechazar la adecuación y aceptar el plan complementario que la Isapre está obligada a ofrecer cuando comunica la adecuación.
- f) Antes del 31 de marzo de cada año, las ISAPRES deberán informar a la Superintendencia el precio base, expresado en unidades de fomento, de cada uno de los planes de salud que se encuentren vigentes al mes de enero del año en curso y sus respectivas carteras a esa fecha.
- g) En la misma oportunidad, también deberán informar la variación que experimentará el precio base de todos y cada uno de los contratos cuya anualidad se cumpla entre los meses de julio del año en curso y junio del año siguiente.
- h) La Institución de Salud Previsional podrá optar por no ajustar los precios base de aquellos planes de salud en donde el límite inferior de la variación, a que alude el numeral 2, es igual o inferior a 2%. Dicha opción deberá ser comunicada a la Superintendencia en la misma oportunidad a que alude el numeral 1 de este artículo.
- i) Las Isapre no podrán ofrecer rebajas o disminuciones respecto del precio base del plan informado a la Superintendencia, a los afiliados vigentes o a los nuevos contratantes de ese plan.
- j) La Superintendencia fiscaliza el cumplimiento de esta norma, pudiendo dejar sin efecto alzas de precios que no se ajusten a lo señalado precedentemente.

De esta forma, es clave señalar que la facultad de adecuar los planes de salud es una norma legal existente y que se condice con la naturaleza del contrato de seguro. Esta naturaleza impide concebir el contrato de forma tal que los precios se encuentren congelados. Así aparece la causa ROL 1856-11 donde el Tribunal Constitucional rechazó un requerimiento de inconstitucionalidad de la norma que permite el alza de los precios base de los planes de salud.

VI. El impacto de la Sentencia 1710-10: la declaración de inconstitucionalidad de la tabla de factores

En el año 2008, se dio un hito fundamental en la historia de la jurisdicción chilena: la declaración de inconstitucionalidad de la tabla de factores. El fallo, dictado por el Tribunal Constitucional, se encuentra dentro de la facultad que tiene esta magistratura de evaluar la compatibilidad de una norma jurídica de acuerdo al texto de la constitución. La atribución consiste en un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que un determinado precepto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental (considerando n° 23).

¿Qué fue lo que se declara inconstitucional? El TC declara inconstitucionales los números 1 al 4 del artículo 38 ter de la ley de Isapres, que establece que “cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas...”⁵ De conformidad a dicha sentencia, del conjunto de reglas a las cuales debía sujetarse la Superintendencia de Salud para determinar los rangos de edad que constituyen la tabla de factores, sólo se encuentra vigente aquella contenida en su numeral 5° (visto más arriba), esto es, la relativa a la relación que debe existir entre los factores de carga y cotizante.

El Tribunal concluyó que *“las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni*

5. Reglas ya señaladas más arriba en la página 5

tampoco prima facie arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable” (c. 145°). Con todo, las reglas contenidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter, no cumplían, a su juicio, con dichos requisitos, siendo contrarias a la igualdad ante la ley al no instituir “límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables” (considerando. 145).

Los principales fundamentos de la declaración de inconstitucionalidad son:

a) La tabla de factores establece como uno de sus criterios la diferenciación entre hombre y mujer para efectos del riesgo. El TC en su sentencia considera que la distinción por género no es razonable en el presente caso, lo cual concuerda con el primer criterio que comúnmente ha seguido la doctrina para distinguir entre una diferencia o discriminación arbitraria y no arbitraria.

b) También se intenta determinar si es constitucionalmente permisible que el artículo 38 ter confiera un amplio poder de regulación a la superintendencia del ramo. La duda radica en si se está cumpliendo el denominado principio de *reserva legal*, conforme al cual la Constitución reserva a un desarrollo por ley la regulación de una serie de materias, entre las que se encuentra la garantía de derechos fundamentales, quedando vedado su tratamiento a nivel reglamentario (que en este caso estaría dado por los actos dictados por el Superintendente de Salud).

Queda de manifiesto que el reproche de la sentencia no dice relación con la existencia misma de las tablas de factores, sino con algunos contenidos concretos de las mismas y con el hecho que fuesen establecidas por la Superintendencia de Salud y no por una ley. En un momento, se pensó que los alcances derogatorios eran limitados. Sin embargo, y como lo dicen Nancuante, Romero y Sotomayor, “se ha afectado profundamente el sistema privado de salud”. Esto es evidente, pues se deja un margen muy amplio de incertidumbre jurídica que no tiene solución hasta el día de hoy.

VII. La doctrina de la Corte de Apelaciones en materia de recursos de protección: la exigencia del cambio “efectivo y verificable”

Además del problema de la tabla de factores, que introdujo un componente de incertidumbre jurídica importante, el problema de la judicialización se ha producido por el expediente del recurso de protección para detener el alza de precio base. Los recurrentes han asentado el argumento que al haber un alza unilateral en los planes de salud, se afecta el derecho de propiedad contenido en el artículo N° 24 pues se produce un detrimento en el patrimonio de las personas debido a un alza que se considera arbitrario, pues las aseguradoras no logran dar cuenta del “por qué” se produce dicha alza, máxime cuando el precio se encuentra pactado en UF y cuando existe el principio de la ley del contrato establecido en el artículo 1545 del código civil.

Las cortes han recogido este criterio. En muchos fallos, los tribunales coinciden en que el alza unilateral de los planes de salud, si bien es una facultad legal consagrada en el ordenamiento jurídico, debe ser aplicada de manera excepcional y siempre obedeciendo a condiciones objetivas de cambio⁶. No obstante, en el Tribunal Constitucional se ha refrendado el criterio. En el citado fallo ROL 1856-10, se argumenta que *“la revisión jurisdiccional del ejercicio de la facultad de ajustar el precio base de los planes de salud de acuerdo a las reglas mencionadas...da cuenta de una afincada doctrina conforme a la cual ella debe ejercitarse de manera razonable y equitativa, y obedecer a un cambio efectivo y comprobable del valor económico*

6. En efecto, la Corte ha dicho que no se indica *“la efectiva variación de los factores relativos a los gastos de salud, sea en relación con los costos de las prestaciones médicas, sea con el aumento de las mismas, en circunstancias que es de su cargo proporcionar los medios necesarios para establecer que la revisión obedeció a criterios de racionalidad frente a alteraciones objetivas”* (Sentencia Rol 7223-2012, considerando sexto). De la misma manera, *“la facultad revisora de la entidad de salud previsional debe entenderse condicionada a un cambio efectivo y verificable del valor de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos, de lo que se sigue que la recurrida, al disponer el aumento del plan de salud de la afectada en la forma indicada, ha actuado en forma arbitraria, pues su conducta no aparece revestida de la necesaria racionalidad y fundamento, razón por la cual el recurso de protección debe ser acogido, pues el actuar arbitrario descrito ha atentado contra la garantía establecida en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al obligar a la afiliada a pagar una suma mayor de dinero de aquella a la que está obligada”* (Sentencia Rol 11146-2013, considerando 3°).

de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos y no a un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la frecuencia del uso del sistema” (Considerando sexto).

Por tanto, podría esperarse que, cumpliendo la exigencia de un cambio de condiciones efectivamente verificable hará que, atendida la naturaleza del contrato privado de salud, se termine con esta verdadera industria de la judicialización en sede de recursos de protección por alza de planes de las Isapre.

Ya en años anteriores se ha intentado solucionar este problema. En marzo de 2011, se presentó el boletín 7539-11, que introdujo criterios de razonabilidad y solidaridad a las tablas de factores y a la determinación del precio base de los contratos de salud (denominado ley corta de Isapres 2). Este proyecto buscaba encomendar al Instituto Nacional de Estadísticas -INE- la elaboración de tres índices anuales de variación del gasto en salud que reflejen: a) las variaciones de precios de las prestaciones de salud en las isapres; b) la frecuencia de uso de las mismas; y c) el gasto en subsidios por incapacidad laboral, en el período anual anterior. Al mismo tiempo, el citado proyecto preveía la creación de un Panel de Expertos que tendrá por función establecer, cada dos años, un rango referencial de variación porcentual de los precios base de los planes de salud estructurado sobre la base de los índices fijados por el INE. Sin embargo, este proyecto no tuvo destino por motivos políticos pues se decidió avanzar en un plan garantizado de salud y revisar otras aristas del sistema privado de salud.

Por otro lado, el boletín 8105-11, que comenzó su tramitación el 20 de diciembre de 2011, busca modificar varios aspectos del sistema privado de salud. Básicamente propone la creación de un plan único garantizado de salud, que tenga coberturas mínimas determinadas por ley y otras coberturas y aranceles determinadas por un consejo consultivo similar al que existe en materia de auge. Este plan será único y tendrá un precio que determinen las Isapre y que será el mismo para todos los beneficiarios de esa Isapre. Este proyecto elimina la facultad de adecuar los planes (incisos 3, 4 y 5 del actual artículo 197), pero introduce en el artículo 197 bis que,

anualmente, las instituciones podrán modificar el precio que cobran por el Plan Garantizado de Salud, manteniendo igualdad de cobro para todos los cotizantes de una misma Isapre. Estas adecuaciones deberán ser comunicadas al afiliado mediante carta certificada a más tardar el último día hábil del mes de marzo del año respectivo.

VIII. Una propuesta de solución

Sin perjuicio que el problema del sistema privado de salud puede tener varias dimensiones, urge hacerse cargo de una realidad concreta: el abuso que ha generado la utilización del recurso de protección para frenar el alza de los precios base del sistema de salud. Éste consiste en una acción cautelar que busca restablecer el imperio del derecho cuando éste se vea amenazada por la perturbación, privación o amenaza de determinadas garantías constitucionales ante una acción u omisión ilegal y arbitraria de una persona determinada, y no fue previsto para generar un contencioso regulatorio en el ámbito de los contratos privados.

8.1 La creación de una comisión de adecuación

Para dar respuesta a los requerimientos de los Tribunales de Justicia, en orden a que la facultad del artículo 197 del DFL n° 1 debe ser ejercido en condiciones que impliquen un cambio efectivo y comprobable de las prestaciones y en el entendido que el contrato privado de salud es un contrato de seguro, donde el objeto es financiar prestaciones de salud a partir de la administración de riesgos (las contingencias en salud), este proyecto busca otorgar un criterio técnico para que las Isapres puedan reajustar sus planes. Se trata de reponer la idea de la ley corta de Isapres de tener una especie de IPC de salud en manos de lo que este proyecto denomina “Comisión de adecuación” presidida por el Superintendente de Salud y compuesta además por: dos profesionales expertos en el área de la gestión de la salud o de la salud pública; dos académicos expertos en el área de la administración, de la gestión, de la economía y de las finanzas; un representante del Ministerio de Salud designado por el Ministro de Salud; y un representante de las aseguradoras designado por todas ellas.

Dicha comisión –que se conformará por concurso público para el caso de los profesionales expertos en el área de la salud y en el caso de los expertos en el área de la administración– deberá generar, en primer lugar, indicadores referenciales de la variación de los precios de las prestaciones de salud, de la variación experimentada en la frecuencia de uso de las mismas y de la variación del gasto en subsidios licencia médica para cada aseguradora. En segundo lugar, una banda referencial de variación porcentual de los precios base de los planes de salud basada en los indicadores referenciados para cada aseguradora. Este índice y la banda serán estrictamente referenciales, técnicos y públicos.

Antes del 31 de marzo, el mismo plazo que corresponde al artículo 198 del DFL n°1 de 2005, esta comisión de adecuación debe entregar tanto los indicadores referenciales de la variaciones de costos como la banda de variación porcentual de los precios base.

8.2 Procedimiento de reclamación

Otro elemento del proyecto es establecer, en la ley, un procedimiento de reclamación contenciosa para quienes consideren que su alza de plan es injusta o arbitraria. Es necesario establecer que el índice generado por la superintendencia no puede constituir una fijación de precio respecto a los precios base. En ese sentido, debe perfeccionarse el sistema de reclamo de manera tal que, por una parte, se impida abusar del expediente del recurso de protección y, por otra, hacer justiciable el derecho de petición de un afiliado que considera que su plan fue injustamente subido.

Para esto, se considera que cualquier alza de precio igual o menor al referenciado por la comisión de adecuación se presumirá como no arbitrario salvo que el afiliado logre demostrar lo contrario. De esta forma, se invierte la carga de la prueba pues un organismo autónomo da una respuesta técnica que no es vinculante per se, pero respecto de la cual puede reclamarse en un procedimiento ante la superintendencia donde podrá demostrarse que el alza es arbitraria, pudiendo ésta no sólo rechazar el alza o acoger la reclamación ordenando congelar el precio del plan (que es lo que hace la Corte de Apelaciones) si no que, eventualmente, podría

ordenar un alza menor. Por estas consideraciones, el proyecto será un aporte para la certeza jurídica.

IX. Conclusión

El tema de los contratos de salud requiere una solución urgente. No sólo porque existe un factor de incertidumbre jurídica en una industria que se encarga de la prestación de servicios que buscan materializar un derecho social como es el derecho de la salud, sino también porque se ha generado un colapso sin precedente en los Tribunales Superiores de Justicia mediante el uso y el abuso del expediente del recurso de protección. Lamentablemente, en este debate se cruzan muchos aspectos de orden político e ideológico, pues aún hay cuestionamientos a los fundamentos del sistema de salud que, aunque legítimos, generan un vacío regulatorio que amenaza poner en jaque al sistema de salud al cual están adscritos aproximadamente 3.000.000 de chilenos.

Los estándares que en la actualidad han fijado las cortes de apelaciones hacen prácticamente imposible que las aseguradoras puedan justificar algo que económicamente es razonable desde el punto de vista de la industria: adecuar los precios base, pues el costo de salud de una persona hoy no es el mismo que tendrá en 10, 15 ó 20 años más. Deben combinarse criterios de solidaridad, de riesgo, de proporcionalidad entre costos y coberturas, etc.

El presente trabajo ha pretendido no solamente sentar las bases de la comprensión del fenómeno a partir de los hitos principales en materia de judicialización, sino que también pretende esbozar un principio de solución con aspectos ya recogidos en algunas iniciativas pero que no han sido concretados. El concepto de seguro de salud en los términos diseñados por el sistema no puede considerar precios inmodificables, sino que requieren criterios razonables y técnicos que no hagan cuestionar la idea de un “abuso” de parte de las aseguradoras; de ahí que se insista con el concepto del IPC de la salud. No obstante, no puede negarse a priori que quienes quieran disentir de ese criterio tengan un expediente para el resguardo de posibles arbitrariedades.

Violación, embarazo y trauma ¿Es el aborto una solución?

• 6 de noviembre de 2013 •

Varios candidatos presidenciales se han mostrado a favor de despenalizar el aborto, entre otros casos, cuando el embarazo es producto de una violación. En este caso, el argumento es el daño psicológico que podría sufrir la mujer al tener que llevar a término el embarazo. No obstante, existen numerosos estudios clínicos que señalan fehacientemente que el aborto aumenta el riesgo de trastornos psiquiátricos, más aún si la mujer ha sufrido anteriormente eventos traumáticos. El aborto nunca es una medida terapéutica, ni siquiera cuando el embarazo es no deseado.

I. Introducción

Una vez más el tema del aborto aparece ante la opinión pública. Esta vez, la cercanía de las elecciones presidenciales ha motivado la elaboración de programas de gobierno o propuestas programáticas que tienen, entre otros temas, la posición de los candidatos en relación con el aborto y sus causales.

Ninguno de los ciudadanos que aspira a la Moneda se ha visto libre de fijar su posición frente a la materia. De los nueve candidatos, tres de ellos¹ se han manifestado a favor de la despenalización –ya sea en sus programas de gobierno o en declaraciones a la prensa– en caso de peligro para la vida de la madre; violación o inviabilidad fetal. Uno² agrega una cuarta causal: la concepción incestuosa; y otro³ habla de la despenalización del aborto sin especificar en qué casos.

Habiéndose dedicado un número anterior de Ideas & Propuestas a los casos de aborto terapéutico y el valor de la vida del que está por nacer, se ha querido abordar el caso de la violencia sufrida en una violación. Casos relativamente recientes como el de una niña que resultó embarazada producto de la violación reiterada por parte la pareja de su madre⁴, conmocionaron al país. A pesar de que los abusos duraron mucho tiempo, la menor nunca había contado lo que le sucedía porque el hombre la amenazaba.

Entre los argumentos que se han esgrimido para justificar el aborto en caso de violación está la falta de proporcionalidad –por el daño psicológico que esta situación podría provocar en la mujer– que significa obligar a la víctima a soportar un embarazo en el cual no consintió; y la jurisprudencia internacional que ha fallado en el sentido de considerar como un trato

1. Michelle Bachelet (Capítulo “Equidad de Género” de su programa de gobierno. P. 169) y Marco Enríquez Ominami (Capítulo 12 P. 10 del programa de Gobierno “Género. Somos diferentes, pero con los mismos derechos”), y Franco Parisi en declaraciones ante los medios (CNN Chile http://www.youtube.com/watch?v=FoUt1H9_yio)

2. Tomás Joselyn-Holt. Compromiso de campaña N° 5 “diversidad sexual y reproductiva” P. 1

3. Marcel Claude. Programa de Gobierno P. 33.

4. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2013/07/05/607449/nina-de-11-anos-queda-embarazada-tras-violacion.html>

cruel, inhumano y degradante no permitir el aborto, pues implicaría una coacción inaceptable por los riesgos que ello implica.

La gran pregunta, entonces, es si provocar un aborto es una solución proporcional al problema planteado, o si, dado el objeto moral en que consiste –eliminación directa de un hijo no nacido– no se trataría de la imposición de un nuevo trauma a la ya devastada psiquis de la mujer violada.

En términos generales es sabido que la noticia del embarazo puede impactar emocionalmente a la mujer de diversas maneras: alegría, miedo, rabia, angustia –según sean las condiciones en que tal estado se ha producido– pero en ningún caso un embarazo deja indiferente. Sin duda, esperar un hijo deja una huella indeleble en quien se apronta a ser madre. Desde cambios hormonales que favorecen el apego y el sentimiento maternal⁵, hasta variaciones psicológicas que alteran la memoria emocional⁶ de la futura madre, todos estos cambios se producen indefectiblemente con cada nuevo embarazo.

Es más, todos los estímulos visuales, auditivos, táctiles de los acontecimientos que tienen una fuerte carga emocional, son evaluados en el cerebro –en lo que se denomina *complejo amigdalino*– valorándolos como recompensa o castigo. Por eso que, naturalmente, el embarazo en cuanto proceso biológico es evaluado positivamente, mientras que su terminación, espontánea o violenta, antes de que el hijo llegue a término es evaluada biológicamente como negativo. Ambos acontecimientos pueden registrarse en el cerebro, como recuerdo positivo en el primer caso y negativo y traumático en el segundo.

El presente informe está elaborado, en gran parte, en base a un documento titulado “¿Cómo cambia el cerebro un aborto inducido?” publicado por Natalia

5. Aumento de producción de oxitocina u hormona de la confianza.

6. El cuerpo no miente. Todo lo que ocurre en él con una carga emocional fuerte es recogido en el cerebro, de acuerdo con las hormonas y factores liberados en él; la región de la corteza cerebral denominada *ínsula*, que es como un sensor de los estados corporales, informará del estado corporal teñido de recompensa o de castigo.

López Moratalla Catedrática de Bioquímica y Biología Molecular y Presidenta de AEBI. Dicho documento fue publicado en “Cuadernos de bioética” XXIII, 2012/2ª U. Navarra. Las citas al pie corresponden a ese trabajo.

II. Aborto y alteraciones psiquiátricas

Los trastornos psiquiátricos son de índole muy diversa. Pueden variar desde una emoción negativa o ansiedad, hasta trastornos afectivos como la depresión, o problemas de conducta tales como abuso de sustancias, reactivación de trastornos psiquiátricos existentes previamente, intento de suicidio (o suicidio efectivo) y hasta la aparición de un nuevo trastorno psiquiátrico.

Al mismo tiempo, su origen puede ser multicausal, porque cada quien tiene predisposiciones distintas ante los diferentes acontecimientos que la vida puede deparar, y éstos pueden presentarse en diversos tipos y niveles de estrés. Los abusos sexuales, la violación y el hecho de provocarse un aborto están dentro de las situaciones más angustiantes que puede sufrir una mujer. Así, por ejemplo, “ante el aborto inducido los sistemas de defensa pueden ir desde el mecanismo primitivo de negación –lo que llevo en el vientre no es más que unas células– hasta el mecanismo maduro de anticipación –soy madre de un hijo ¿vivo o muerto?–, a la racionalización de la valoración. Actitudes que llevan a tomar la decisión de abortar, o no, en dependencia de las con–vicciones no sólo religiosas o culturales, sino muy especialmente de las presiones sociales, etc. Todo ese conjunto de ideas y emociones, de soledades y miedos al futuro, configuran una situación subjetiva de conflicto en la que una mujer ha de tomar una decisión de un fuerte calado humano.”⁷

A la luz de estos antecedentes cabe preguntarse ¿Es posible encontrar alguna relación causal entre aborto voluntario y problemas psiquiátricos? Varias investigaciones científicas, a lo largo de muchos años, han llegado

7. Véase López Moratalla. Cuadernos de bioética XXIII, 2012/2ª U. Navarra. P. 569.

a conclusiones afirmativas, observando grupos de mujeres que se han visto expuestas a esta situación. Lamentablemente, sólo un pequeño porcentaje de mujeres que han abortado acuden voluntariamente en busca de ayuda psiquiátrica para superar su trauma. No obstante, desde el año 2003 en adelante se ha podido establecer una correlación entre aborto y algunos cuadros como ansiedad, depresión e incluso suicidio femenino⁸. A pesar de lo anterior, cabe advertir que sólo los estudios epidemiológicos cuantitativos, que pueden eliminar variables como trastornos existentes con anterioridad, pueden responder a la cuestión de qué efecto podría causar en la mente el aborto voluntario.

Algunas investigaciones han comparado la salud psíquica de mujeres que abortan con la de mujeres que dan a luz un hijo inicialmente no deseado. Otro grupo de comparación de gran interés lo constituyen las mujeres que sufren complicaciones psiquiátricas por la pérdida involuntaria del hijo. Es obvio que el aborto espontáneo también es un acontecimiento potencialmente perturbador. Algunas conclusiones son:

a) Los resultados de las revisiones de muchos trabajos publicados muestran que ninguna investigación ha encontrado que el aborto inducido se asocie a una mejor evolución de la salud mental. Los resultados de algunos trabajos llevados a cabo por investigadores “pro-choice” aparecen como neutros, mezclados, o negativos, pero nunca mejores, o positivos, para la salud mental⁹.

b) Diversos estudios señalaron asociaciones significativas con algunas complicaciones psiquiátricas, que se han visto confirmadas, y matizadas, por estudios longitudinales

8. El suicidio femenino es menos frecuente que el masculino y en diversos países de muy diversas culturas un porcentaje muy alto del total de suicidio femenino corresponde a mujeres que abortaron voluntariamente. (Mota, N.P., Burnett, M., Sareen, J. “Associations between abortion, mental disorders, and suicidal behavior in a nationally representative sample” *Canadian Journal of Psychiatry* 55, 2010, 239–247). Citado por López Moratalla en Op. Cit. p. 570.

9. Entre otros: Charles, V.E., Polis, C.B., Sridhara, S.K., Blum, R.W. “Abortion and long-term mental health outcomes: a systematic review of the evidence”. *Contraception* 78, 2008, 436-450. Citado por López Moratalla en Op. Cit. p. 570.

prospectivos de los que ha ido emergiendo la idea de que se trata realmente de relaciones causa/efecto.

c) Una conclusión decisiva es la que arrojó la revisión cuantitativa de los datos de la bibliografía mundial recopilada sistemática y rigurosamente entre los años 1995 y 2009. Para esos años ya se había conseguido una considerable mejora en los diseños de investigación y eliminado las deficiencias de los trabajos anteriores. La conclusión es clara: existe evidencia de un riesgo para la salud psiquiátrica de las mujeres que abortan voluntariamente¹⁰. Las mujeres que se habían sometido a un aborto han experimentado un 81% más de riesgo de problemas de salud mental, y casi un 10% de la incidencia de problemas de salud mental es atribuible al aborto. El riesgo, entre moderado y grave, es especialmente alto en lo que se refiere a la conducta de adicción y al suicidio.

El estudio de Coleman pone de manifiesto la asociación entre el aborto y los indicadores de trastornos de la salud mental. El cálculo se ha realizado en diferentes subgrupos y cada resultado estadístico se ha comparado con el riesgo atribuible a la población. Para eliminar posibles sesgos la muestra se compuso de 22 estudios, 36 medidas de los efectos y 877.181 participantes de las que 163.831 habían experimentado un aborto. El riesgo más alto en cuanto a conductas de uso de sustancias adictivas y el comportamiento suicida se produjo en el subgrupo de comparación con las mujeres que habían llevado el embarazo a término. Se comprueba que el aborto genera un riesgo entre moderado a muy alto de problemas de salud mental¹¹.

d) No hay ningún dato que justifique que el aborto sea solución terapéutica a las complicaciones psíquicas que la gestante puede padecer a causa de un embarazo no deseado.

10. Coleman, P.K. "Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995–2009" *The British Journal of Psychiatry* 199, 2011, 180–186. Citado por López Moratalla en Op. Cit. p. 571.

11. *Ibidem*.

III. Trastorno de estrés post-traumático

Las situaciones traumáticas provocan cambios en áreas cerebrales implicadas en la regulación de las emociones y de la memoria emocional. La respuesta a un acontecimiento traumático se manifiesta en una sintomatología general caracterizada por ansiedad, fenómenos de flash-back y pesadillas, y en una sintomatología específica dependiendo de la naturaleza del evento traumático. El trauma post-aborto presenta síntomas comunes con el TEPT (trastorno de estrés post traumático) como la ansiedad, depresión, pesadillas, re-experimentación persistente del acontecimiento y evitación de estímulos asociados; y otros específicos como sentimientos de culpabilidad, y necesidad de reparar por la pérdida.

Los pacientes que lo sufren pueden sentirse despersonalizados e incapaces de recordar los aspectos específicos de la experiencia traumática, pero la experimentan de nuevo mediante pensamientos intrusivos, sueños o escenas retrospectivas, especialmente ante estímulos que le recuerdan el episodio.

A este tipo de sintomatología –a la cual son más propensas las mujeres que los hombres– se la ha denominado *Síndrome post-aborto*, frente al cual se registra mayor predisposición entre las personas que han vivido experiencias de abuso o maltrato durante la infancia. “Esta información científica puede aportar racionalidad a los acalorados debates sobre el derecho de las mujeres a optar por el aborto, o despenalizarlo en algunos supuestos entre los que se encontraría la salud psíquica de la gestante. Es una información que debe estar al alcance de legisladores, de la sociedad y muy especialmente de las mujeres en situación de buscar el aborto como salida a una situación difícil y a veces dramática. El aborto aumenta el riesgo de trastornos psiquiátricos máxime aún si la mujer ha sufrido anteriormente eventos traumáticos y/o sus marcadores biológicos muestran vulnerabilidad. Nunca, incluso si el embarazo no deseado genera alteraciones, el aborto es una medida terapéutica”¹².

12. López Moratalla en Op. Cit. p. 572.

Antes del estudio de Coleman, muchas otras investigaciones publicadas indicaban una relación estadísticamente significativa entre el aborto inducido y los efectos adversos psicológicos¹³, sobre todo en niñas jóvenes¹⁴. Un estudio de seguimiento que Fergusson y su equipo realizaron en una cohorte neozelandesa, evaluada repetidamente hasta la edad de 30 años, controló todas las potenciales variables que pudieran causar confusión requeridas por los expertos y distinguió cuatro grupos de mujeres según el tipo de evento: aborto inducido, pérdida del embarazo, embarazo no deseado llevado a término y embarazo a término sin rechazo, y las compara con las mujeres sin embarazo. Concluye que la experiencia del aborto inducido se asocia a un significativo aumento de las tasas de trastornos mentales. También el aborto espontáneo se asocia con aumento de riesgo de algún trastorno mental; sin embargo, en este caso a diferencia del aborto inducido no permanece tras 5 años. Ninguno de los dos grupos de embarazo llegado a término, el no deseado y el deseado, muestra asociación con un aumento significativo de la tasa de trastorno mental¹⁵.

Un análisis entre unas 55.000 mujeres californianas de bajos ingresos a lo largo de los cuatro años siguientes al aborto inducido dio una tasa de ingresos psiquiátricos de 1,7 veces más alta que entre quienes dieron a luz; y fue más alta para los ingresos por trastorno adaptativo, depresión psicótica y trastorno bipolar¹⁶.

13. Bradshaw, Z., Slade, P. "The effects of induced abortion on emotional experiences and relationships: a critical review of the literature". *Clinical Psychology Review* 23, 2003, 929–958. Coleman, P.K. "Induced abortion and increased risk of substance use: a review of the evidence". *Current Women's Health Review* 1, 2005, 21–34. Coleman, P.K., Reardon, D.C., Strahan, T.S., Cogle, J.R. "The psychology of abortion: a review and suggestions for future research" *Psychology & Health* 20, 2005, 237–271. Thorp J, Hartman K, Shadigan E. "Long-term physical and psychological health consequences of induced abortion: review of the evidence". *Obstetrical and Gynecological Survey* 58, 2003, 67–79.

14. Cogle, J.R., Reardon, D.C., Coleman, P.K. "Depression associated with abortion and childbirth: a long-term analysis of the NLSY cohort" *Medical Science Monitor* 9, 2003, 105–112. Fergusson, D.M., Horwood, L.J., Ridder, E.M. "Abortion in young women and subsequent mental health". *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 47, 2006, 16–24. Pedersen, W. "Childbirth, abortion and subsequent substance use in Young women: a population-based longitudinal study". *Addiction* 102, 2007, 1971–1978.

15. Fergusson, D.M., Horwood, L.J., Boden, J.M. "Abortion and mental health disorders: evidence from a 30-year longitudinal study". *British Journal of Psychiatry* 193, 2008, 444-451.

16. Reardon, D.C., Cogle, J.R., Rue, V.M., Shuping, M.W., Coleman, P.K., Ney, P.G. "Psychiatric admissions of low-income women following abortion and childbirth". *CMAJ* 168, 2003, 1253-1256.

En 2001 los investigadores Engelhard, van den Hout y Arntz del Departamento de Psicología Médica, Clínica y Experimental de la Universidad de Maastricht, Países Bajos, realizó un estudio sobre el trastorno de estrés postraumático después de la pérdida del embarazo. Este estudio longitudinal prospectivo investigó la prevalencia de trastorno de estrés postraumático (TEPT) en respuesta a la pérdida del embarazo. Sobre 1.370 mujeres fueron reclutadas en las primeras etapas del embarazo y 113 de ellas tenían una pérdida de embarazo posterior. Uno y cuatro meses después de la pérdida del embarazo, que fueron evaluadas para el TEPT con la escala de síntomas postraumático. También se evaluó la depresión. La mayoría tenía una pérdida temprana, es decir, dentro de 20 semanas. Al mes, la prevalencia de trastorno de estrés postraumático era 25%, y la severidad de síntomas fue similar a otras poblaciones traumatizadas. En las mujeres con trastorno de estrés postraumático había un mayor riesgo de depresión: el 34% de los casos de trastorno de estrés postraumático y el 5% de los no casos reportados depresión. A los cuatro meses, 7% cumplió los criterios de trastorno de estrés postraumático, de los cuales la mitad eran crónicas. Por el contrario, las tasas de depresión no habían disminuido. Los resultados indican que la pérdida del embarazo es potencialmente traumática, poniendo a las mujeres en riesgo de desarrollar TEPT. En la mayoría de los casos, el trastorno es inmediato y persiste durante varios meses¹⁷.

En 2009 un estudio de Coleman se centró en una muestra de unas 3000 mujeres, representativa de la población de Estados Unidos. De ellas, un 13% había tenido al menos un aborto provocado, y se controló el efecto de 22 variables que potencialmente podría confundir los resultados. La asociación entre aborto inducido y diferentes diagnósticos psiquiátricos es la siguiente: trastorno de pánico, 2,1; agorafobia, 1,9; trastorno de estrés post-traumático, 1,6; trastorno bipolar I, 2,7; primer episodio de manía, 1,7; depresión, 2,4; dependencia de alcohol, 2,4; dependencia de alguna droga ilegal, 2,3¹⁸.

17. Véase Engelhard, van den Hout y Arntz *Gen Hosp Psychiatry*. 2001 Mar-Apr.; 23 (2):62-6. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11313072>

18. Coleman, P.K., Coyle, C.T., Shuping, M., Rue, V.M. "Induced abortion and anxiety, mood, and substance abuse disorders: isolating the effects of abortion in the National Comorbidity Survey". *Journal of Psychiatric Research* 43, 2009, 770-776.

En contraposición, aparecen alrededor de esas fechas tres revisiones de la bibliografía meramente cualitativas, que afirman que el aborto no representa riesgos graves por encima de los asociados con el embarazo no deseado llevado a término¹⁹. Rápidamente se denuncia el sesgo del más importante de los tres, el Informe de la Asociación Americana de Psiquiatría (APA): los criterios para los grupos control muestran una gran parcialidad, se han excluido los estudios más significativos en sentido contrario sin argumentos creíbles. Por otra parte, dado la cantidad de estudios no hay razón para que no cuantificaran los efectos.

En resumen, la investigación poblacional cuantitativa revela que el aborto estaba asociado con un aumento de riesgo en un 34% en desórdenes de ansiedad; un mayor riesgo de depresión en un 37%, un mayor riesgo de abuso de alcohol en un 110%, y un mayor riesgo de uso y abuso de marihuana en un 220%. El aborto también estaba vinculado con un mayor riesgo de intento de suicidio en un 155%.

IV. Aborto y suicidio

Desde hace muchos años se ha podido establecer que el aborto aumenta dramáticamente el riesgo de suicidio. Según un estudio de 1986 de investigadores de la Universidad de Minnesota, una adolescente tiene 10 veces más probabilidad de cometer suicidio si ha realizado un aborto en los últimos seis meses que una joven comparable que no lo haya practicado²⁰.

Es más, en los años anteriores a la legalización del aborto, uno de los argumentos para justificar su legalización era que recurrir a él se podrían disminuir los índices de suicidio entre las mujeres. Sin embargo, la evidencia de varios años de aborto legal es que, por el contrario, es el dar a luz

19. American Psychological Association Task Force on Mental Health and Abortion. Report of the American Psychological Association Task Force on Mental Health and Abortion. APA, 2008. Robinson, G.E., Stotland, N.L., Russo, N.F., Lang, J.A., Occhiogrosso, M. "Is there an 'abortion trauma syndrome'? Critiquing the evidence". *Harvard Review of Psychiatry* 17, 2009, 268–290.

20. Garfinkel, et al., Stress, Depression and Suicide: A Study of Adolescents in Minnesota, (Minneapolis: University of Minnesota Extension Service, 1986).

lo que disminuye dramáticamente la tasa de suicidios en comparación, incluso, con mujeres no embarazadas. Actualmente algunos psiquiatras consideran que el embarazo cumple una función de protección psicológica, pues la presencia de otra persona por la que hay que vivir parece reducir el impulso suicida de una mujer con trastorno psicológico o depresión grave²¹.

En otras ocasiones, los impulsos suicidas son el resultado de años de represión, depresión y pérdida de autoestima. Un estudio de 1987 entre mujeres con trauma post-aborto halló que el 60% habían tenido ideas suicidas, el 28% habían intentado suicidarse, el 18% lo había intentado repetidamente, a menudo varios años después del aborto²². Es que, como ya está dicho, un evento traumático –violencia doméstica, una lesión física grave como consecuencia de un accidente de coche, combatir en un conflicto armado, o un aborto voluntario– puede cambiar para siempre la forma en que una persona se ve a sí misma y ve el mundo que le rodea. En el lenguaje de la salud mental, cuando una persona no puede dejar de pensar, o de soñar, sobre el evento, y no puede contener la respuesta al miedo y reanudar el funcionamiento de la vida diaria, el trastorno de estrés post-traumático se ha afianzado. El despliegue del trastorno, o la depresión, aumentan el riesgo de suicidio²³.

La evidencia se ha mantenido a lo largo de los años. A mediados de los 90 investigadores finlandeses –al examinar el historial médico de víctimas de suicidio– hallaron una fuerte asociación entre éste y la práctica abortiva. En sus resultados publicados en el *British Medical Journal* revelan que “la tasa de suicidios después de un aborto era tres veces mayor que la media y seis veces mayor que la asociada al parto”²⁴.

21. Hilgers, et al, *New Perspectives on Human Abortion* (Frederick, Md.: University Press of America, 1981) 156. Citado en <http://www.notivida.org/Articulos/Aborto/La%20conexion%20Aborto%20y%20Suicidio.html>

22. Reardon, “A Survey of Psychological Reactions,” (Springfield, IL: Elliot Institute, 1987).

23. Wilcox, H.C. et al. “Posttraumatic stress disorder and suicide attempts in a community sample of urban american young adults”. *Archives of General Psychiatry* 66, 2009, 305–311.

24. Mika Gissler, Elina Hemminki, Jouko Lonnqvist, “Suicides after pregnancy in Finland: 1987-94: register linkage study” *British Medical Journal* 313:1431-4, 1996. Citado en <http://www.notivida.org/Articulos/Aborto/La%20conexion%20Aborto%20y%20Suicidio.html>

Finalmente, investigaciones recientes han señalado que cuando la mujer es muy joven o adolescente, que presenten conductas compulsivas de auto-castigo, los ya mencionados intentos suicidas o la huida hacia delante a la búsqueda de nuevas experiencias hedonistas compensatorias. Un dato de interés es que el nacimiento del niño protege a la madre de las ideas suicidas y de la realización del suicidio, bajando la tasa anual en mujeres en edad reproductiva de 11,3 por 100.000 a 5,9 por 100.000 en asociación con el nacimiento²⁵. Por el contrario, un porcentaje alto de las mujeres que se suicidan han abortado voluntariamente²⁶.

V. Conclusión

A la luz de las numerosas investigaciones citadas en el presente documento es posible concluir:

Ante un embarazo imprevisto, la mujer se siente abrumada, asustada y sola cuando no encuentra el apoyo deseado por parte de su familia ni del varón que es padre del hijo o hija que lleva en su vientre. En ocasiones puede no ser consciente de las alternativas que existen frente al aborto ni de lo que para su vida supone abortar. En cualquier caso, un embarazo no se borra con un aborto. Además, debe tenerse en cuenta de que una decisión nunca es libre si no es querida y adecuadamente informada.

Estudios epidemiológicos cuantitativos muestran un riesgo entre moderado y muy alto de trastornos psiquiátricos tras el aborto inducido, especialmente trastornos de estrés post traumático, de conductas adictivas e incluso, ideación o intento de suicidio. Las mujeres que se habían sometido a un aborto experimentaron un 81% más de riesgo de problemas de salud

25. Gissler, M., Hemminki, E., Lonnqvist, J. "Suicides after pregnancy in Finland, 1987–94: register linkage study". *BMJ* 313, 1996, 1431–1434. Appleby, L. "Suicide during pregnancy and in the first postnatal year". *BMJ* 302, 1991, 137–140. Lindahl, V., Pearson, J.L., Colpe, L. "Prevalence of suicidality during pregnancy and the postpartum" *Archives of Womens Mental Health* 8, 2005, 77–87.

26. Mota, N.P., Burnett, M., Sareen, J. "Associations between abortion, mental disorders, and suicidal behavior in a nationally representative sample" *op.cit.*, 2

mental. Y cerca del 10% de la incidencia de problemas de salud mental se demostró que es atribuible al aborto.

El embarazo no deseado no provoca trastornos y no se ha demostrado que el aborto inducido se asocie a una mejor evolución de la salud mental, por lo que no puedan invocarse, sobre bases empíricas, razones de salud mental de la embarazada para inducir un aborto.

Si lo que se pretende, verdaderamente, es ayudar a las mujeres—especialmente menores de edad— de los traumas que producen los embarazos originados en abusos, no es posible recurrir al aborto porque sería éste, el segundo acto de violencia brutal a la que se sometería la madre. Toda la ayuda psicológica que se pueda brindar a las madres víctimas de abuso, so sólo irán en beneficio de ella, sino también de su hijo. La evidencia científica indica, por el contrario, que la práctica del aborto lejos de favorecer los índices de salud mental, es una de las principales causas de su destrucción.

Elecciones presidenciales. La educación en la encrucijada.

• 27 de noviembre de 2013 •

Desde hace varios años la educación ha estado en el centro del debate político. Sin embargo, el triunfo parlamentario de varios dirigentes estudiantiles augura un protagonismo todavía mayor. Las candidaturas de izquierda convergen en un diagnóstico tan errado como categórico: la culpa la tiene un modelo educativo neoliberal y “segregador”, que ha consagrado la educación como un bien de mercado. La solución propuesta es alarmante: llegó la hora de consagrar al Estado como el gran educador, dejando atrás su rol subsidiario. La educación hoy, parece estar en una compleja encrucijada.

I. Introducción

Desde el año 2006 hasta la fecha, la educación ha sido uno de los temas que más ha copado la agenda pública. Desde la gratuidad de la PSU hasta la gratuidad total de la educación escolar y superior, las demandas han escalado con la misma intensidad que la forma en la que se han hecho valer: paros, protestas, tomas de colegios y de lugares públicos, entre otros.

La fuerza que han tomado los eslogans –como “fin al lucro”– ha conquistado el inconsciente colectivo y hasta las ideas y programas de la inmensa mayoría de los políticos y aspirantes a cargos de representación popular. Especialmente en los candidatos de izquierda se aprecia una profunda recepción de muchas ideas que ya parecían estar superadas, tanto en Chile como en el extranjero.

El presente Ideas & Propuestas analiza las propuestas en educación de las candidaturas presidenciales ligadas a la izquierda, agrupándolas en los principales pilares que sostendrán las próximas reformas en esta materia. El futuro de la educación parece amenazado.

II. Educación escolar: un derecho social

Todos los candidatos presidenciales de izquierda están de acuerdo en cuanto al diagnóstico de la educación actual. El cuadro sería el siguiente: desde el gobierno militar la educación ha sido considerada, más que un derecho, como un bien de mercado, quedando a merced de las veleidades del neocapitalismo. Eso significaría que en el servicio prima el afán de lucro, tratando de dar cada vez menos y cobrando cada vez más. Así, no sólo aumentaría la brecha entre los que tienen recursos y los que carecen de ellos, sino también, hace ver la educación sólo como el traspaso de conocimientos, medibles en pruebas estandarizadas¹. Una consecuencia

1. Varios candidatos hacen expresa mención de otros fines de la educación como la preparación para la vida democrática, o la integración social vía inclusión, en los colegios, de niños con necesidades educativas especiales (NEE).

lógica de esto sería que los privados han adquirido un rol protagónico, relegando al Estado a ser un mero ente subsidiario que fomenta la segregación e impide la igualdad de oportunidades.

El capítulo dedicado a educación del programa de Roxana Miranda comenzaba con el siguiente diagnóstico de cómo se ha entendido la educación hasta ahora: “Entendida como mecanismo de formación de capital humano avanzado, la educación dinamizaría la economía, permitiendo, hacia afuera, su adaptación a las complejas dinámicas globalizadoras y, hacia adentro, favoreciendo la inclusión, la movilidad social y el desarrollo. Por ello es también un pilar de legitimación del capitalismo neoliberal chileno”².

Por su parte, el Candidato Ricardo Israel planteaba dentro de sus medidas en materia educacional “la corrección de un modelo económico neoliberal y terminar con la concentración económica de los mercados, en donde el consumidor sea un ciudadano respetado en sus derechos”³.

La lógica del mercado acarrió una drástica disminución de recursos y facultades del Estado, lo cual le ha impedido educar adecuadamente. Nada tendría que ver, para la mentalidad de izquierda en general, que los privados puedan hacer mejor gestión económica y entregar un mejor servicio educativo. La diferencia está, simplemente, en la relegación del Estado como ente educador.

El programa de Marco Enríquez señalaba “Desde los años ochenta se produjo un importante viraje en la forma de entender y orientar la educación en nuestro país. Se giró desde una visión inspirada en el humanismo hacia otra cuyo eje lo constituye la economía social de mercado. De esta forma la educación pasó de ser un derecho garantizado por el Estado, a ser un servicio que opera bajo las leyes de compra y venta como mercadería cualquiera”⁴.

2. Programa de Gobierno R.M. 60

3. Programa Presidencial. R.I. Capítulo I. P. 10.

4. Programa Presidencial M.E.O. Capítulo 8. *Un sistema educativo centrado en las personas*. P. 2

Por su parte, el programa de Roxana Miranda planteaba “El fortalecimiento de la educación privada y su modelo –el Estado subsidiario– lejos de permitir la movilidad social, más bien ha tendido a reproducir la estructura de clases en la sociedad y, por tanto, a mantener los problemas de desigualdad y distribución de la riqueza. En lugar de un acceso equitativo a la educación, en términos de calidad e inserción laboral futura exitosa, lo que se ha generado es una estructura educativa absolutamente dispar: aquellos que tienen mejores ingresos, acceden a educación de calidad y a una entrada satisfactoria al mercado de trabajo. Por el contrario, los grupos de menores ingresos, la mayoría de la población, sólo puede optar a una educación de mala calidad y con nulas posibilidades de movilidad. El sistema educativo chileno, en vez de transformar la estructuración de clases de la sociedad, lo que hace es reproducirla⁵.

Marcel Claude afirmaba “La educación en Chile está totalmente regulada -o desregulada- por las reglas del mercado, su principal preocupación es obtener las mayores rentas por alumno sin ningún interés en formar ciudadanos íntegros que desarrollen sus habilidades y aporten desde ellas a la construcción y desarrollo del país. Es por ello que vamos a fortalecer y fomentar la Educación Pública y terminar con el lucro en la educación”⁶.

Pero conviene dar un paso más. Si el problema es “el modelo educativo”, la culpa de fondo la tendría quien lo diseñó y el soporte jurídico que le da sustento. Por eso todos los candidatos de izquierda concuerdan en cuanto que la raíz del problema está en la Constitución Política. Para ellos es en la carta fundamental –y su reconocimiento del derecho a la educación– donde se identifica educación con mercado, fundamentalmente porque se le asigna al Estado un rol meramente subsidiario. Este principio también se plasmaría en la Ley Orgánica Constitucional de educación (LOCE) que, aunque fue reemplazada por la actual Ley General de Educación (LEGE), no habría sido adecuadamente sustituido para transformar la educación chilena.

5. Programa Presidencial Roxana Miranda Capítulo 4 *El derecho a la educación*. P. 60

6. Programa Presidencial M. C. *Sociedad de derechos: Educación*. P. 14

Así se manifiesta, por ejemplo, Roxana Miranda al señalar que “los instrumentos jurídicos encargados de esta labor son las leyes orgánicas constitucionales. En 1990 se establece la “Ley Orgánica Constitucional de Educación” –Ley 18.962, promulgada el último día de la Dictadura Militar–, la cual será reemplazada, producto de las movilizaciones estudiantiles de 2006, por la “Ley general de Educación” –Ley 20.370 del año 2009– que realiza transformaciones a nivel de enseñanza básica y media, excluyendo modificación a nivel de educación superior. La LGE conserva los principales principios del modelo educativo implantado en la dictadura, pues persisten una serie de elementos estructurales que impiden la realización de la educación como un derecho”⁷.

De ahí, entonces, que la gran mayoría de los candidatos presidenciales apostara por un cambio de Constitución, mediante el recurso de la Asamblea Constituyente. Esa sería, a fin de cuentas, la única forma de transformar verdaderamente la educación en Chile. Así lo sostiene Marco Enríquez: “Para avanzar hacia una sociedad más moderna, independiente, democrática e inclusiva, es necesario contar con una nueva Constitución que garantice que el Estado abandone su rol subsidiario y asuma el liderazgo activo para llevar a cabo una verdadera Reforma de la Educación”⁸. Y Roxana Miranda agregaba “por medio de asamblea constituyente y social, establecer la educación como derecho social provisto y garantizado por el Estado”⁹.

Sólo ello podría explicar el enorme consenso, de estas mismas candidaturas, en torno a la idea madre que inspira todas sus propuestas: el reconocimiento de la Educación como un derecho social¹⁰, que exige al Estado otorgar garantías explícitas respecto de acceso, calidad y financiamiento. Ello sería fundamental para una sociedad más justa y

7. Programa presidencial R.M. p. 61

8. Programa presidencial M.E.O. p. 3.

9. Programa presidencial R.M.al p. 67.

10. “La educación es un derecho fundamental garantizado por el Estado.” (Programa M.E.O. P. 2); La educación es un derecho social [...] asegurado por el estado que asegura la calidad, mediante garantías explícitas y exigibles a ciudadanos y ciudadanas (Programa M.B. p. 17)

democrática. En consecuencia, se sostiene, debe fortalecerse el rol del Estado como fiscalizador del sistema, pero sobre todo como educador, para lograr la cohesión, integración e inclusión social¹¹.

El programa de Roxana Miranda señalaba textualmente: “La educación debe ser considerada como un derecho social, establecido constitucionalmente y asegurado legamente a través de leyes generales y decretos reglamentarios. Será entendido como un bien público, el cual, en calidad de tal, debe estar garantizado por el Estado, con acceso gratuito y de excelencia para todos, por igual. Esto implica un fortalecimiento de la educación pública, y ubica al Estado como el actor principal encargado de entregar educación a sus ciudadanos”¹².

Calificar el derecho como social, persigue que su provisión sea de entera responsabilidad del Estado, al menos en su financiamiento, aunque se mantengan algunos proveedores privados. En principio, ello es razonable, en el sentido de que el Estado sí tiene el deber de hacerse cargo del otorgamiento de aquellos bienes públicos que los particulares no pueden costearse por sí mismos. Esa es la esencia de su rol subsidiario. El problema surge con la atribución de garantías explícitas respecto a este derecho, pues eso supone asegurar altos estándares de calidad –o excelencia académica– lo cual es más complejo.

En efecto, si la educación es un proceso de desarrollo integral, que no sólo consiste en traspasar conocimiento, sino también en preparar para la vida democrática o promover la integración social –como ellos mismos lo proponen en sus programas– ¿qué tipo de indicador podría medir la excelencia de ese proceso? Incluso tratándose de la medición de conocimientos, ni siquiera la educación privada que tiene, en general, mejores resultados puede asegurar siempre esos altos estándares de calidad. No obstante, el programa de Michelle Bachelet señala que “todos los establecimientos educacionales deberán ser de excelencia”¹³.

11. Programa presidencial de M. B. *Reformas de Fondo: R. Educacional*. P. 17

12. Programa Presidencial R.M. p. 64.

13. Programa Presidencial M.B. p. 16.

A continuación, del análisis de las principales medidas de los programas presidenciales de los candidatos de izquierda, las más relevantes son las siguientes:

2.1 Gratuidad universal¹⁴ de la educación

El programa de Marco Enríquez señalaba que para disminuir los niveles de desigualdad es necesario el rescate y fortalecimiento de la educación pública en todos sus niveles. Sólo así se podría garantizar el derecho a una educación pública, gratuita y de calidad. El Estado debe garantizar la cohesión interna de la nación mediante la provisión de educación para todos los habitantes del territorio¹⁵. Marcel Claude por su parte afirmaba: “aseguraremos el derecho de educación, gratuidad universal en todos los niveles educativos y para todas las personas”¹⁶.

Marco Enríquez Ominami proponía un cambio en el modo de financiamiento de la educación pública del Estado. “Para las escuelas y colegios públicos del Estado, proponemos el derecho a un financiamiento garantizado y permanente, para clases que puedan recibir hasta 25 alumnos. Esto significa que el Estado transferirá fondos permanentes a las escuelas y liceos fiscales, tengan o no 25 alumnos por clase. Tratándose de los colegios del sistema particular subvencionado señalaba que “para evitar la actual selección y segmentación de las escuelas particulares subvencionadas, proponemos terminar con el financiamiento compartido. De esta forma, el Estado aumentará la subvención escolar para compensar el fin del financiamiento compartido. La subvención se entregará según matrícula y no según asistencia”¹⁷.

2.2 Fin al lucro en la educación y al financiamiento compartido¹⁸

El programa de Ricardo Israel promovía la “regulación acuciosa de ingreso de nuevo colegios particulares subvencionados, y los actuales que sean

14. Programa Presidencial M.B. p. 20.

15. Programa Presidencial M.E.O. p. 3.

16. Programa Presidencial M.C. p. 15.

17. Programa de gobierno M.E.O p. 6

18. Programa de Gob. M. B. P. 17; Marcel Claude p. 15

sociedades comerciales deben transformarse en personas jurídicas sin fines de lucro. Lo mismo para las entidades de educación superior que reciban aporte directo o indirecto del Estado. Se debe eliminar el copago y la selección discriminatoria de los estudiantes”¹⁹.

Por su parte, el programa de Roxana Miranda señalaba: “en la medida que es un derecho social, la educación dejará de ser entendida como negocio. Por lo tanto, en su condición de derecho no se puede generar lucro con ella. Esto no implica la prohibición de la educación privada, sino que se establecerá como ilegal la generación de ganancias a partir de ella”²⁰.

Marco Enríquez también lo señalaba expresamente a través de la “eliminación gradual del lucro en las escuelas particulares subvencionadas que actualmente lucran”²¹.

En el programa de Tomás Joselyn-Holt aparecían estas dos medidas: finalizar progresivamente con el financiamiento compartido, y avanzar en la gratuidad para 4/5 del país mediante reforma tributaria²².

Como puede verse en todas estas propuestas, la iniciativa privada está fuertemente amenazada por identificar, erróneamente, financiamiento compartido con lucro. En efecto, es evidente que el hecho de educar tiene costos asociados. Proveer un buen servicio implica contar con recursos materiales y humanos que serán más caros en la medida que mejores, y más escasos, sean esos recursos. Buena infraestructura y buenos profesores significan una cantidad mínima de dinero que muchas veces no se logra con el sólo financiamiento estatal. En esos casos, es perfectamente posible y deseable que los apoderados complementen, en la medida de sus posibilidades, los fondos necesarios para otorgar una buena educación. Ese también es un derecho inalienable de los padres en su calidad de primeros educadores. Derecho que no se anula con

19. Programa presidencial R.I. p. 6-7.

20. Programa presidencial R.M. p. 65.

21. Programa presidencial M.E.O p. 6.

22. Programa presidencial T.J.H. p. 1

garantizar un cierto nivel de financiamiento, porque ese derecho no tiene precio fijo asociado. Siempre se puede aportar más, porque siempre se pueden mejorar los recursos educativos.

Dicho lo anterior, conviene explicar que no todo copago tiene por objeto el lucro del sostenedor privado. Es perfectamente compatible el aporte de los padres con la inversión total de esos aportes en el proceso educativo que se lleva a cabo. Por lo mismo, no se necesita terminar con el cofinanciamiento para eliminar el lucro en educación. De hacerlo, en alguna medida se estaría limitando injusta y arbitrariamente el derecho de propiedad que tiene, entre otros fines, garantizar la libertad de las personas –no hay mayor elemento de la libertad que una buena educación– que se ganan legítimamente lo suyo.

2.3 Fin de la administración municipal²³

La administración de los colegios por parte de las municipalidades es otro de los grandes problemas identificados por la izquierda. Aunque en su gran mayoría abogan por devolver la dependencia y fiscalización al Estado, muchos proponen nuevos organismos que cumplan dicha misión, para no sobrecargar al Ministerio del ramo. Así por ejemplo, el programa de Michelle Bachelet contempla la creación de un *Servicio Nacional de Educación Pública* descentralizado y *Servicios Locales de Educación Pública*, que mantengan la cercanía con la comunidad educativa. Por su parte, Marco Enríquez Ominami proponía la administración de los colegios municipalizados a *Agencias Locales de Educación*, estructuras de funcionamiento comunal y, cuando corresponda, intercomunal. Tomás Joselyn-Holt planteaba desmunicipalizar los colegios públicos de Chile traspasando su administración a los gobiernos regionales mediante *Agencias Regionales de Educación*²⁴. Marcel Claude señalaba en su programa: “desmunicipalización del sistema educacional escolar, congelamiento de la proliferación de colegios particulares subvencionados y término al financiamiento compartido”²⁵. Ricardo Israel, en tanto, planteaba:

23. Programa presidencial M. B. P. 19.

24. Programa presidencial T. J. Capítulo *Mejor educación y cultura* p. 1

25. Programa presidencial M. C. p. 15.

“desmunicipalizar no es suficiente: se deben crear Corporaciones Estatales y Regionales de Derecho Público que cuenten con financiamiento directo del Estado para hacerse cargo de la Educación pública que actualmente administran los municipios”²⁶.

2.4 Fin de toda forma de selección a nivel de la escuela²⁷

Ante esta propuesta los establecimientos deberían considerar la inclusión de niños con necesidades educativas especiales y la habilitación para que ello ocurra de manera adecuada. Ello implicaría terminar con la educación especial que se entrega en numerosos establecimientos a lo largo del país. Roxana Miranda señalaba: “en educación escolar, el Estado subsidia a los colegios privados con la misma cantidad de recursos que entrega a los municipales. Así, incorpora la competencia injusta entre establecimientos, pues la mayoría de los subvencionados cobran mensualidad a sus alumnos y, además, tienden a generar mecanismos de selección, mientras que los municipales no tienen barreras de entrada, cuestión que implica asumir un desafío mucho mayor²⁸. Y luego propone la “eliminación de toda barrera de entrada discriminatoria. No estará permitida la selección de alumnos a nivel escolar”²⁹.

Todos los pilares ya indicados son elementos claves de modelos económicos y sociales ya fracasados en otras épocas y lugares. La inspiración socialista que hay detrás de las principales medidas propuestas por los candidatos en materia de educación es indisimulable. No obstante hay una candidata que lo dice sin ambages. Una de sus propuestas se titulaba “Educación con orientación socialista, liberadora y revolucionaria” y se explica de la siguiente manera: “La finalidad de la educación, no sólo contempla objetivos de tipo estratégico como asegurar adecuada inserción al mercado laboral, sino que está orientada a liberación de los pueblos, a la generación de personas con juicio crítico en pos de la transformación de la sociedad. Es necesario

26. Programa presidencial R.I. p.10.

27. Programa presidencial M. B. P. 19.

28. Programa presidencial R.M. 62

29. Programa presidencial R.M. p 68.

romper con la lógica individualista, competitiva y autoritaria impuesta por la dictadura. En esta medida debe propender a la horizontalidad por sobre la actual relación autoritaria entre profesor y alumno, además fomentar la no discriminación y la multiculturalidad”³⁰.

2.5 Eliminación de pruebas estandarizadas

Muchos proponen la eliminación de las pruebas estandarizadas. Aunque puede ser cierto que este tipo de instrumentos no reflejen íntegramente la globalidad del proceso educativo, sí ayudan a medir los resultados de una de sus partes: la instrucción o traspaso de conocimientos. Las innumerables reformas que se han hecho y las que puedan hacerse a futuro deberán contar con los instrumentos de medición que indiquen si los pasos comenzados van en la dirección correcta.

El programa de Roxana Miranda señalaba: “Pruebas como el SIMCE, que apuntan a medir la calidad de la educación, sólo miden dimensiones asociadas a conocimientos en términos de contenidos curriculares para el trabajo, reduciendo la idea de lo que entendemos por educación, ya que se excluyen los elementos afectivos, sociales, culturales y de formación ciudadana”³¹. Y planteaba la eliminación del SIMCE como instrumento de evaluación de la educación³²; y de la Prueba de Selección Universitaria (PSU) como mecanismo de entrada a la educación superior³³.

Por su parte, el programa de Marcel Claude planteaba: “nuevos instrumentos y sistemas de medición del aprendizaje escolar, eliminando el SIMCE y cualquier sistema de indicadores que promueva la competencia y el cumplimiento de metas específicas por sobre una educación integral”³⁴.

30. Programa presidencial R.M. p. 66

31. Programa presidencial. R.M. p. 63

32. Programa presidencial R.M. p. 68

33. Programa presidencial R.M. p. 68

34. Programa presidencial M.C. p. 15

III. Demagogia en educación superior: gratuidad universal

En educación superior, los criterios son similares. Roxana Miranda enunciaba en su programa un diagnóstico que —a la luz de las propuestas de varios de los candidatos presidenciales— bien podría ser compartido por varios. Señalaba:

“En educación superior, la constitución de 1980 y la Ley General de Educación permiten la creación y establecimiento de instituciones privadas sin financiamiento del Estado, además de reconocer la emergencia de dos nuevas figuras: los institutos profesionales y los centros de formación técnica. El principal actor encargado de esta ampliación fue el sector privado, dejando al Estado relegado al papel subsidiario por medio de aportes mínimos a las Universidades del Estado, además de la entrega de becas —que cubren un porcentaje marginal de la demanda total por educación— y apoyo a sistemas de créditos operados y administrados por la Banca. Es decir, el financiamiento recae fundamentalmente en los alumnos y sus familias”³⁵.

Los pilares sobre los cuales los candidatos de izquierda buscan hacer reformas en la materia son:

3.1 Educación superior como derecho social

El programa de Michelle Bachelet consigna como propuesta “consagrar la educación superior como un derecho social efectivo”³⁶.

Roxana Miranda afirmaba: “educación como derecho social. Educación pública, gratuita y de excelencia para todos.” Para eso promueve, como ya está dicho, la conformación de una asamblea constituyente que instituya este derecho como tal.

En este pilar se encuentra una de las propuestas más cuestionadas de la presente campaña: la gratuidad universal de la educación superior pública.

35. Programa presidencial R.M. p. 62

36. Programa presidencial M.B. p. 20

Esto significa no focalizar el gesto en aquellos estudiantes de los quintiles más bajos, sino otorgar el beneficio para todos. Al objetarse que parece injusto que los estudiantes de mayores recursos también estudien gratis, se argumenta que el mayor aporte de las clases más acomodadas debiera hacerse vía impuesto, de manera indirecta, pero no en el arancel que debiera ser reflejo de la tan ansiada equidad.

El programa de Marco Enríquez Ominami afirmaba textualmente: “financiamiento de la Educación Superior pública del Estado”³⁷.

No parece haber razones muy convincentes de por qué la educación superior pública debiera ser gratuita, incluso para los sectores más ricos. Si se trata de un bien público, en el sentido de que la calificación profesional tiene indudables beneficios para toda la sociedad, esos beneficios también los otorga la educación superior de las instituciones privadas. Si, por el contrario, el argumento se centra en el beneficio privado que obtiene quien se costea un servicio dado por una institución también privada, ese beneficio también lo tiene un profesional formado en la educación pública. Vale decir, no parecen haber razones suficientes que admitan hacer la diferenciación entre la educación superior pública y privada en términos de gratuidad para la primera y no para la segunda. Entre ambas, no parecen haber más diferencias que el tipo de administración a que están sujetas.

3.2 Garantías explícitas

La candidata de la “Nueva mayoría” propone en su programa: “Establecer garantías explícitas, tanto de acceso como de calidad y financiamiento”³⁸. Por su parte, Roxana Miranda señalaba: “acceso gratuito garantizado y asegurado legalmente”³⁹.

37. Programa presidencial M.E.O. p. 7

38. Programa presidencial M.B. p. 20

39. Programa presidencial R.M. p. 66.

3.3 Estado educador y fiscalizador

La candidata Michelle Bachelet promueve un trato preferente con las universidades de propiedad del Estado, mediante un fondo de aporte basal permanente exclusivo para las universidades estatales y un fondo permanente de apoyo a las universidades estatales regionales. Además, plantea la creación de universidades estatales regionales donde actualmente no existen (Aysén y O'Higgins) y la creación de Centros de Formación Técnica públicos, con presencia en todas las regiones. Cada Centro de Formación Técnica estaría vinculado a una universidad pública⁴⁰.

Marco Enríquez proponía: “Crear al menos, cuatro Centros de Formación Técnica. Dos CFT en el norte del país y dos en el sur”⁴¹.

Roxana Miranda planteaba el fortalecimiento de la educación técnica, a través del establecimiento de centros de formación técnica estatales y gratuitos⁴².

Marcel Claude, por su parte concebía el fortalecimiento de la educación técnico-profesional, a través de la creación de una Red Nacional de Institutos Técnicos Estatales⁴³.

Llama la atención la casi unanimidad de las propuestas en cuanto a la creación de instituciones de educación superior estatales. El gran despliegue de la educación técnica, de reconocida calidad, con verdaderos gigantes a lo largo de todo Chile no parece hacer necesario que el Estado deba intervenir dando un servicio que ya se entrega. Tal vez, esta sea la más clara manifestación del rechazo a la participación de los privados en la educación y la consiguiente acción subsidiaria del Estado. Si se observa la realidad universitaria y la mayoría de los indicadores que pudiesen asociarse a calidad (puntajes, años de acreditación, aporte AFI, etc.) nada indica que las universidades dependientes del Estado, a nivel general, estén muy por sobre las instituciones privadas. De hecho, debe considerarse a la

40. Programa presidencial M.B. p. 20- 22

41. Programa presidencial M.E.O. p. 8

42. Programa presidencial R.M p. 67.

43. Programa presidencial M.C. p. 15.

P. Universidad Católica –uno de los dos mejores planteles de educación superior– como institución privada.

3.4 Fijación de aranceles

Esta es otra de las propuestas de clara inspiración socialista. La fijación de precios ha sido una muy mala herramienta de nivelación de oportunidades. No sólo porque esconde artificialmente el alza natural de los costos implicados en producir un bien, sino también porque beneficia a personas que podrían hacerse cargo, por sus propios medios, de esa alza de costos. Subsidiar la demanda, focalizando la entrega de recursos según nivel socioeconómico y capacidad es la mejor manera de promover la equidad.

Con todo, el programa de Michelle Bachelet señala: “Aranceles fijados por un grupo de expertos con revisión periódica de dichos aranceles”⁴⁴. Y Tomás Joselyn-Holt proponía en su programa “Fijar aranceles universitarios para que no suban año tras año según el “mercado”⁴⁵.

3.5 Reforma a la institucionalidad universitaria, creando nuevos órganos regulatorios

En el programa de Michelle Bachelet se plantea la creación de la Subsecretaría de Educación Superior; una Superintendencia de Educación Superior y una Agencia de la Calidad de la Educación Superior⁴⁶.

Por su parte Marco Enríquez proponía establecer Sistemas Regionales de Educación que reemplazarían las actuales Sermías y tendrían por finalidad desarrollar aprendizajes sistémicos y relativos al mejoramiento de la educación en la Región⁴⁷.

44. Programa presidencial M.B. p. 20

45. Programa presidencial T.J.H. p 2.

46. Programa presidencial M.B. p. 21.

47. Programa presidencial M.E.O. p. 4

Roxana Miranda proponía establecer un modelo institucional de gestión, coordinado y comandado por el Estado, pero descentralizado territorialmente⁴⁸. Sin embargo, no explicaba cómo sería ese nuevo modelo.

IV. Conclusión

El modelo educativo que ha desarrollado Chile hoy se ve fuertemente amenazado por algunas ideas de corte socialista. Para la izquierda la educación ha sido un bien de mercado que debe pasar a ser un derecho social, eliminando de plano o reduciendo, drásticamente, el aporte de los privados. En consecuencia, el Estado debe tener, no sólo un rol fiscalizador, sino también ser el gran educador de los ciudadanos en Chile.

La demagogia de la gratuidad universal; la limitante del fin al financiamiento compartido; la contraproducente fijación de aranceles; la incomprensible eliminación de las pruebas que miden la calidad; la paralizante creación de más órganos regulatorios; y la cuestionable imposibilidad de seleccionar estudiantes son las grandes amenazas que tienen hoy a nuestra educación en una enorme encrucijada.

48. Programa presidencial R.M. p. 67.

De cara a la segunda vuelta presidencial. La familia en la encrucijada.

• 11 de diciembre de 2013 •

Este es un segundo “Ideas & Propuestas” que se dedica a analizar el contenido de los programas de los candidatos presidenciales de izquierda. En esta oportunidad aborda el tema de la familia y la llamada agenda valórica. A la luz del amplio consenso de los candidatos de la oposición sobre las transformaciones que requiere Chile en esta materia, el futuro de la familia se vuelve incierto. Noción tales como “autonomía”; “derechos humanos” y “cultura dominante” envuelven medidas y políticas públicas muy perjudiciales para Chile. De cara a la segunda vuelta la familia, entonces, también parece estar en la encrucijada.

I. Introducción

Para la izquierda en general, el “género” siempre ha sido un arma de batalla. La llamada “teoría del género” es una de las ideologías de mayor influencia en la actualidad, sobre todo en materia de legislación y políticas públicas de familia. Consiste una serie de posiciones filosóficas elaboradas a partir de la aportación de pensadores influyentes, que pone a la sociedad ante la pregunta por la existencia o no de una naturaleza humana. El debate es de vital importancia: la defensa del ser humano es la defensa de la familia, y la preservación de ésta lo es de la sociedad en su conjunto¹.

Todos los candidatos presidenciales de izquierda, en las últimas elecciones, dedicaron gruesos párrafos de sus programas al problema del género y la diversidad sexual. Es, por lo tanto, materia de amplio consenso avanzar en las siguientes políticas públicas:

- a) Reestructurar la institucionalidad responsable de la mujer y la familia, mediante un nuevo Ministerio que reemplace el actual SERNAM.
- b) Legalización del matrimonio homosexual, llamado “igualitario”.
- c) Legalización de las uniones de hecho, sin discriminar si hay o no diferencia de sexo entre los convivientes.
- d) Aprobación de una ley de adopción que no discrimine entre parejas heterosexuales u homosexuales.
- e) Legalizar el aborto en caso de inviabilidad fetal, violaciones, incestos y peligro de vida de la madre.
- f) Impulsar en el Legislativo una ley de identidad de género.
- g) Realizar mejoras a la ley antidiscriminación.

1. Véase Ideas&Propuestas N° 117. 09.01.13 en:
http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/2013/01/iyp_117.pdf

h) En materia de educación, impulsar programas de derechos humanos con enfoque de igualdad de género en todos los niveles escolares.

El presente trabajo es un análisis y exposición sistemática de la agenda valórica de la izquierda para los próximos años en Chile. Se recoge de las principales propuestas de los candidatos presidenciales señores: Enríquez-Ominami, Claude, Joselyn-Holt; y señoras: Bachellet y Miranda.

Los resultados no son alentadores. Todo indica que la familia recibirá, en caso de imponerse la candidatura opositora, un fuerte embate de la ideología liberal identificada mayormente por las fuerzas de izquierda. Aunque la agenda está clara, resulta de interés analizar los argumentos que se esgrimen en la defensa de sus demandas, y cuatro parecen ser los más importantes.

II. El argumento de la autonomía

Durante el último tiempo, el país ha sido testigo de una fuerte presión de grupos minoritarios que abogan por el reconocimiento de nuevos derechos que, vinculados a la inmediatez, pretenden impulsar una “nueva” noción de autonomía de las personas fundada en nociones sociológicamente individualistas y éticamente relativistas.

Gran parte de la clase política se ha hecho eco de este discurso, al punto que se instaló en algunos programas de gobierno una moda reformista –casi a modo de consigna– que expresa esa “nueva autonomía”. Así, por ejemplo, el programa presidencial de Michelle Bachellet propone la equidad de género, pues reconoce cuatro problemas fundamentales: la baja participación laboral femenina en relación con los hombres; el más bajo promedio de salarios de las mujeres respecto al de los hombres por el mismo tipo de trabajo; la menor participación de la mujer en política (el promedio de parlamentarias llega al 13%, contra el 21% de los Congresos de América Latina²); y lo más grave, la violencia de género (una de cada

2. Programa MB 168.

tres mujeres ha vivido violencia física, sexual o psicológica por parte de sus parejas o ex parejas)³.

Para solucionar este problema se propone instalar una Nueva Agenda de Género basada en los derechos, igualdad y autonomía de las mujeres. Esa agenda contempla crear el Ministerio de la Mujer y un “Consejo de Ministros para la Igualdad de Oportunidades”. Además, el despliegue de esta agenda será transversal, pues el enfoque de género estará presente, entre otras áreas, en el diseño de la reformas educacional, el sistema electoral, las políticas laborales y la nueva Constitución Política⁴.

Esta autonomía de la mujer, que es lo que expresamente se quiere promover, se concretará en el patrocinio de una ley de derechos sexuales y reproductivos acorde a las realidades y opciones de las personas; una educación sexual laica y humanista en los colegios; el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; la disponibilidad efectiva de métodos anticonceptivos, incluyendo la anticoncepción de emergencia; y despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en caso de peligro de la vida de la madre, violación o inviabilidad del feto⁵.

El programa de Marcel Claude, por su parte, señala expresamente que su objetivo “es transformar las relaciones personales, sociales, políticas, económicas y culturales de dominación y ejercicio del poder, en el marco de un proceso de emancipación y autonomía que entreteje múltiples formas de pensar, sentir, conocer y percibir. Por lo tanto, es fundamental considerar como principio la transversalidad de género⁶.

Algunas propuestas para llevar a la práctica este principio se encuentran en el capítulo que dedica a su posición sobre género. En resumen, lo que plantea el candidato de izquierda es un nuevo Ministerio de Género y Diversidad Sexual que reemplace al SERNAM. Este Ministerio debería, según Claude, erradicar

3. *Ibíd.*

4. *Ibíd.*

5. *Op. Cit.* P. 169.

6. Programa de gobierno M.C. p. 32.

el modo patriarcal con que se ejerce el poder por las élites dominantes, una de cuyas manifestaciones es la violencia sexual y el femicidio que cobra la vida de muchas mujeres, homosexuales y travestis por su condición de género. Al citado Ministerio también le correspondería, en consecuencia, la erradicación y prevención de la violencia de género y diversidad sexual. Finalmente debería promover reformas legales para garantizar el ejercicio de la autonomía de mujeres, hombres y diversidades de género sobre sus cuerpos y el derecho a decidir. Esto incluye los Derechos Sexuales y Reproductivos y el matrimonio igualitario. Como es lógico, la primera medida de esta Oficina o Subsecretaría será la Despenalización del aborto⁷.

Como puede verse la ideología liberal individualista está en la raíz de este tipo de propuestas. Uno de los pensadores más representativos del pensamiento liberal señalaba que la humanidad se beneficia más dejando que cada cual viva a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás⁸. Es eso, precisamente, lo que parecen creer los ideólogos de los programas que se están analizando. No obstante, el siglo XX está lleno de ejemplos de cómo puede socavarse la dignidad humana con un concepto de libertad vacío –despojada de todo sentido y contenido– abandonado a meros intereses políticos e ideológicos.

Por eso el concepto de libertad es indisociable del de responsabilidad, y nunca puede ser entendido como pura autonomía. El binomio libertad-responsabilidad hace a la persona de derecha ser consciente de que en sus manos está su propio destino y el de la sociedad a la que pertenece. Por eso, respecto del Estado, mira con recelo sus actitudes paternalistas y con total rechazo sus pretensiones totalitarias.

III. Trastorno de estrés post- traumático

El programa de Marco Enríquez-Ominami aborda el problema cultural-valórico en dos capítulos: el número 12 sobre género y el 13 sobre diversidad sexual.

7. Véase Op. Cit. p. 32 y 33.

8. Véase Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Editorial, Espasa-Calpe, Madrid, 1991 p. 161.

En materia de género, el candidato denuncia un cierto antagonismo existente entre dos visiones que promueven la protección y participación de la mujer: uno centrado en superación de la pobreza y fortalecimiento de la familia –que descalifica por ser tradicional y con modelo único de familia– y otro –al que adhiere– con un enfoque de derechos y de empoderamiento de las mujeres. La razón de las desigualdades que existirían entre los hombres y las mujeres es la privación que éstas han venido sufriendo, desde hace mucho tiempo, de una serie de derechos fundamentales que las podrían poner al mismo nivel que los hombres en una serie de aspectos. Especial responsable de lo anterior es la familia a cuyo cuidado ha debido entregarse la mujer casi de manera exclusiva, postergándose irremediabilmente frente al hombre.

En materia de homosexualidad (o diversidad sexual como suele llamarse) el fundamento es similar. En este ámbito centra su argumentación en el carácter de *derechos humanos* que tendrían las reivindicaciones de las minorías sexuales, dado su “valor ético universal” (por la igual dignidad de todos los miembros de la familia humana) y por su relación indisoluble con los derechos civiles y políticos, “pues no podría realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas”⁹.

Enríquez-Ominami dice textualmente que los “estándares de derechos humanos” priman por sobre la investigación psicológica, sociológica y jurídica que cada año se publica sobre la materia, y a modo de ejemplo, cita el principio 24 de la declaración de Yogyakarta, que indica como inalienable “el derecho a formar una familia: con independencia de su orientación sexual o identidad de género, incluso a través del acceso a adopción o a reproducción asistida. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”¹⁰.

No obstante ¿son los derechos sexuales y reproductivos auténticos derechos humanos? De manera muy general podría decirse que se entiende por tales, ciertos atributos que corresponden a todo individuo de

9. Programa M.E.O. Capítulo Diversidad sexual p. 1

10. Op. Cit. P. 10.

la especie humana que protegen la dignidad de la persona –exigiendo un cierto modo de tratarla– en los diversos ámbitos en los que ella se expresa (vida, pensamiento, asociación, reunión, emprendimiento, etc.). En consecuencia, los derechos humanos serían la expresión jurídica y política de la dignidad intrínseca de la persona humana por el sólo hecho de ser persona¹¹. No podría, por tanto, ser catalogado como derecho cualquier pretensión que constituya un menoscabo injusto hacia otro ser humano, sobretodo inocente.

Esto indica que la idea que se tenga de hombre es clave para comprender los derechos humanos. A veces lo que se entiende por tal no pasa de ser una mera pretensión, expectativa, o declaración de buenas intenciones muchas veces legítimas, pero a veces también ilegítimas. Por eso, en la interpretación y aplicación de los derechos humanos no hay neutralidad posible, y muchas veces los conflictos de derecho, ocultos bajo máscaras de neutralidad ocultan intereses ideológicos, y generalmente terminan siendo resueltos por la imposición de la fuerza. De esta manera, un derecho, que originalmente se concibió como un instrumento de protección de los débiles, se transformó en un instrumento de dominación por parte de los poderosos o fuertes que presentan sus intereses particulares como demandas de toda la humanidad¹².

IV. El argumento de la cultura conservadora dominante

El programa de Marco Enríquez-Ominami en materia de género y diversidad sexual realiza un diagnóstico en el que reconoce la existencia de una supuesta cultura conservadora dominante que impide la adecuada autonomía de la persona en su vida pública y privada. Existiría un fuerte sello tradicionalista y conservador de nuestro sistema político que ha forzado la postergación de reivindicaciones históricas en materia de igualdad de género y diversidad sexual.

11. Véase García-Huidobro; Martínez y Núñez. Lecciones de derechos humanos. Ediciones Universidad de Valparaíso, 1997. P. 14.

12. Véase García-Huidobro... *Ibíd.*

El programa de Michelle Bachelet también habla expresamente de un cambio cultural. En efecto, se compromete a erradicar toda forma de discriminación, ya sea por motivos de raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, lengua, ideología u opinión política, religión o creencia, sindicación o participación en organizaciones gremiales, sexo, orientación sexual, identidad de género, discapacidad, enfermedad, estado civil, edad, filiación o apariencia personal¹³. En esta tarea se reconoce que es preciso lograr un cambio cultural que trasciende a un gobierno.

Ese cambio puede provocarse a través de varias medidas, sobre todo aquellas que buscan legalizar prácticas e institucionalizar derechos y garantías no contemplados, hasta ahora, en nuestro ordenamiento jurídico. Entre los cambios más importantes en este aspecto destacan:

a) Una nueva Constitución que: (...) reconozca los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres¹⁴.

b) Modificar la actual ley antidiscriminación, derogando el artículo 2º¹⁵ considerado como “la salvaguardia conservadora más grave del texto”, pues obligará a los jueces a ponderar qué derechos priman antes de considerarse cualquier acto como discriminatorio, con la libertad de expresión y de educación entre los más sensibles. Como puede apreciarse, de prosperar esta iniciativa, importantísimas garantías como el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia; la libertad de conciencia; la libertad de enseñanza; la libertad de opinión; el derecho de asociación; la libertad de trabajo; y el derecho a desarrollar actividades

13. Programa M.B. p. 186.

14. En este sentido se considera vaga e imprecisa la redacción del inciso 2º del artículo 5º de la C.P.R. Se aboga por la explicitación de valores y garantías para que la interpretación del texto fundamental no dependa de los vaivenes de órganos del Estado cuyo conservadurismo es conocido por todos. (Programa MEO. Capítulo Diversidad sexual P. 6 y 9).

15. Esta norma señala: “Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4º, 6º, 11º, 12º, 15º, 16º y 21º del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima”.

económicas quedarían totalmente desprotegidas de eventuales ataques y amenazas de cualquier ideología dominante.

c) La penalización de la “incitación al odio” que se configura cuando, por ejemplo, una ideología política, una creencia religiosa, o una organización antisistema declara la superioridad de un sector de la población por sobre otro, o el predominio de un estándar moral por sobre los derechos humanos, lo que está haciendo es inocular un germen de odio y discriminación que transgrede los límites de la concordia social¹⁶. La interpretación de esta norma podría ser amplísima, y podría significar, por ejemplo, que determinados credos religiosos que consideran inmoral los actos homosexuales podrían ser acusados de incitar el odio hacia este tipo de personas, lo cual es absurdo.

d) Derogación de algunas leyes calificadas como “homofóbicas”. Entre ellas, el artículo 365 del Código Penal que indica que quien “accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”¹⁷. Y el artículo 373 del código civil, que sanciona a quienes de “cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres”. Dicha norma estaría obsoleta en una sociedad democrática, pues este artículo se habría elaborado para aprehender a parejas del mismo sexo que expresaban sus afectos públicamente.

e) Además de los cambios legales, se proponen modificaciones a nivel educativo, como la capacitación en género para docentes de todos los niveles del sistema y generar, programas de premios a las escuelas “igualitarias”, que fomenten una educación dirigida a reconocer las diversidades basadas en el género. En relación con los programas y

16. Programa MEO. Capítulo Diversidad sexual P. 13.

17. Sería discriminatoria, por tres razones: sanciona la expresión de orientaciones sexuales sanas y legítimas, como son la homosexualidad y la bisexualidad; porque sancionaría una expresión de afectos propia de la construcción identitaria del ser humano; y porque Promueve la desigualdad en la edad de consentimiento sexual a partir de la orientación sexual, por cuanto del artículo 365 del Código Penal se establece que esta se encuentra fijada en 18 años para homosexuales y, según se desprende del artículo 364 del Código Penal, en 14 años para heterosexuales.

textos escolares se propone introducir ejes y lineamientos que permitan modificar prácticas y estereotipos de género y que promuevan el respeto por la diversidad sexual; e incorporar programas de derechos humanos con enfoque de igualdad de género en todo el ciclo escolar¹⁸.

En síntesis, lo que promueve la izquierda es una gran batalla cultural que permita imponer la llamada ideología del género y para cumplir ese objetivo, modificar las bases de la institucionalidad es tarea primordial.

No obstante, nuestra Constitución Política ha reconocido ciertos valores u opciones ético-sociales básicas que el estado debe defender y decide concretar, estableciendo principios jurídicos para ese efecto. Jaime Guzmán Errázuriz, miembro de la Comisión Constituyente, y uno de los principales artífices de la Carta Fundamental de 1980, señala que la Constitución parte enunciando la concepción del hombre y la sociedad, como aquella propia de la civilización occidental y cristiana en la cual se ha forjado nuestro ser nacional¹⁹. Es especialmente importante el hecho de que, por primera vez en un texto constitucional chileno, se diga expresamente que la soberanía reconoce como límite los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Con ello se reconoce la existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, que éste debe reconocer y reglamentar en su ejercicio, pero que jamás podría conculcar, desde el momento en que no es él el que lo otorga, sino que arrancan del creador²⁰.

Al igual que Guzmán, otros desatacados constitucionalistas, de las más variadas posiciones, coinciden en la inspiración filosófica y antropológica de nuestra Carta Fundamental. Así, el profesor Humberto Nogueira Alcalá, señala que estos valores se centran en la dignidad de la persona humana por considerar a ésta como un ser espiritual de naturaleza trascendente. Lo

18. Programa M.B. p. 169

19. Fundación Jaime Guzmán. "Constitución política de la República de Chile". Manual de Derecho Constitucional p. 19

20. *Ibidem*.

anterior significa que la Constitución no es un texto neutro o de carácter meramente formal, ha tomado, desde su artículo 1º una clara opción filosófica y antropológica²¹.

El profesor Alejandro Silva Bascuñan señala que la filosofía inspiradora de la Carta Fundamental concuerda con los principios de la sociedad occidental cristiana²², y el Profesor José Luis Cea dice textualmente: “reunidos en los nueve primeros capítulos se encuentra una toma de posición categórica acerca de la persona, la sociedad y el Estado que es congruente con la civilización occidental y especialmente hispánica que heredamos”²³.

De esta manera toda la estructura institucional tiene como base y fundamento al hombre en su concepción humanista cristiana, esto es, un ser libre y sujeto de derechos esenciales anteriores al ordenamiento jurídico. Esta concepción antropológica es la que verdaderamente responde a la idiosincrasia y tradición de nuestro pueblo. A propósito de esta idea, es importante destacar que en uno de los programas se reconoce expresamente que en esa lucha, enemigo importante es la religión, porque en sus argumentaciones se antepondrían elecciones de índole personal a cuestiones de política pública. Ello posibilitaría que fundamentaciones técnico-científicas se vean distorsionadas por convicciones religiosas individuales de algunas autoridades que olvidan el carácter público de su función²⁴.

V. El argumento del neoliberalismo

Roxana Miranda aporta un argumento –tan asombroso como nuevo, al menos en esta materia– las desigualdades de género y la imposibilidad de avanzar hacia una cultura valórica liberal es culpa ¡del sistema neoliberal!

21. Cfr. Verdugo, Pfeffer, Nogueira. Derecho Constitucional, editorial jurídica de Chile, Tomo I, p. 110.

22. Siulva Bascuñan, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, II edición, p. 18

23. Cea Egaña, José Luis. Tratado de la Constitución de 1980. Editorial Jurídica de Chile, 1988, p.

40. Citado por Silva Bascuñan en Op. Cit. P. 18.

24. Programa MEO. Capítulo Género p. 7

Se dice textualmente en el programa de gobierno que “en los últimos 23 años las políticas que podrían implicar avances en materia de género han sido pensadas, diseñadas y aplicadas manteniendo incólume el modelo neoliberal, en la práctica, han profundizado las inequidades y desigualdades, y dentro de estas, fundamentalmente las de género”²⁵. Ello se ha logrado mediante la imposición –post dictatorial– de un aparataje institucional para abordar la problemática de la mujer: el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM). Este Servicio ha desarrollado programas focalizados en determinados segmentos de mujeres que se definen como vulnerables²⁶.

Por eso, se sostiene, no existen políticas educativas que garanticen adecuada información en torno a los temas de sexualidad y género, para hacer conscientes a los individuos de su sexualidad y de muchas decisiones ajenas: edad de inicio, la decisión de querer ser o no ser padres, la prevención de enfermedades sexuales, la realización o NO realización de un aborto, la homosexualidad, considerarse objeto sexual abusado por un sistema que transforma al cuerpo en un producto de mercado, etc²⁷.

VI. Conclusión

Al analizar la agenda valórica de la izquierda en general, el país tiene sobradas razones para estar preocupado. Las diversas propuestas de las diferentes candidaturas constituyen un real peligro para el alma de un país que es su cultura, y eso pasa por los principios de fondo que sostienen esas propuestas. Esos principios son erróneos, por varias razones:

Porque más que pretender reconocer derechos comunes a todas las personas, lo que aparentemente busca es satisfacer intereses ideológicos de minorías organizadas en poderosos grupos de presión.

25. Programa de gobierno R.M. p. 74

26. Véase Op.Cit. p. 75.

27. Véase Op.Cit. p. 76.

Porque su objetivo último, como se indica en su propia justificación, no es defender la dignidad de la persona humana, como debiera ser el fin de todos derecho, sino responder a una antigua política de control cultural expresada, actualmente, en la ideología del género.

Porque concibe a la persona como un ser absolutamente autónomo, para quien la libertad debiera ser un fin en sí misma, y por lo tanto no se le imponen más límites que los que vengan de su propia reflexión.

Y finalmente, porque busca legitimar éticamente comportamientos individuales, en base a su capacidad de imponerse social y políticamente a los demás, y no en función de si responden o no a una auténtica necesidad de la naturaleza humana y del bien común en general.

Uniones de hecho: Otro golpe a la familia en Chile.

• 8 de enero de 2014 •

El Acuerdo de Vida en Pareja, a punto de votarse en el Senado, constituiría la legalización de las uniones de hecho. Al momento de escribirse este trabajo la votación no se ha realizado, pero todo indica que sería votada favorablemente. A continuación, los argumentos por los cuales la aprobación del proyecto constituiría uno de los atentados más grandes al matrimonio y la familia.

I Introducción

Se encuentra en el Senado, listo para votarse, el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que regulan el Acuerdo de Vida en Pareja. Esta iniciativa refunde en un solo texto el Mensaje de S.E el Presidente de la República que crea el Acuerdo de Vida en Pareja (Boletín N° 7.873-07) y la Moción del ex senador señor Allamand, que regula la figura contractual denominada Acuerdo de Vida en Común (Boletín N° 7.011-07). Para su discusión y votación, el ejecutivo le ha dado urgencia simple.

Este documento pretende analizar los argumentos a favor del proyecto, exponiendo las razones por las que su aprobación constituiría un grave golpe al matrimonio y a la familia, con el consecuente daño al bien común. En efecto, el derecho de familia es una parte especial del sistema jurídico que tiene una finalidad precisa: promover, incentivar y favorecer una realidad natural –la familia– entendida como la comunidad social básica e indispensable para la realización de la persona humana femenina y masculina, para la procreación y socialización de los hijos. Por lo tanto, la legislación de Familia nace para apoyar de un modo especial a una específica comunidad humana. En ese afán, distingue entre grupos humanos pero de una manera objetiva: cuál cumple mejor la tarea de formar individuos y preservar la sociedad.¹

II. Argumentos a favor de la aprobación de las uniones de hecho en general

A continuación se resumirán los principales argumentos que se han tenido a la vista para aprobar el AVP. Todos ellos serán respondidos, justificando por qué no conviene legalizar las uniones de hecho.

2.1: Existe un gran número de parejas que mantienen una vida en común sin que esa realidad social y afectiva tenga regulación legal².

1. cfr. Hernán Corral Talciani. Regulación legal de la uniones homosexuales, un contrasentido para el derecho de familia.

2. De acuerdo a la última encuesta Casen, hay aproximadamente 1.750.000 de personas que conviven y mantienen una relación afectiva sin estar casadas. Exposición del Ministro Secretario

Una sociedad democrática y de libertades exige reconocimiento y respeto por aquellas opciones de vida, que sin perjudicar a terceros, son el resultado de la autonomía de la voluntad³.

La existencia de diversas realidades de hecho no importa, necesariamente, su institucionalización a través del derecho. Entonces, el argumento de que existe una realidad en la sociedad no es suficiente como para justificar que esa situación merezca un reconocimiento del derecho. Para que ello suceda, debe existir un fundamento basado en la racionalidad de la medida y en su necesidad para el bien común. En otros términos, requiere que la regulación sea justa. En el caso en concreto cabe preguntarse, entonces, si es justa la regulación de las “uniones de hecho”.

En ese sentido Nuestra Constitución política manifiesta una decidida opción por el fortalecimiento de la familia matrimonial. Ello se debe a que las competencias y compromisos que asume la familia son tan importantes para la sociedad (educación de los hijos, soporte económico, asistencia a los dependientes, apoyo emocional, etc.) que deben ser reconocidos y protegidos, dado el evidente interés público que revisten. En cambio, las uniones de hecho al ser esencialmente inestables –por rechazar el compromiso matrimonial– lejos de garantizar adecuadamente el cumplimiento de esas funciones, las dificultan, y por tanto, el interés que se satisface es meramente privado.

2.2 Esta iniciativa puede solucionar los graves problemas patrimoniales que afectan a parejas de distinto sexo que han convivido durante largo tiempo y que no han querido o no han podido casarse.

Los tribunales se han hecho cargo a través de una jurisprudencia uniforme y madura de los problemas patrimoniales surgidos del término de la convivencia (principal tema planteado por la discusión pública). La jurisprudencia ha aportado soluciones jurídicas coherentes respecto del problema de la división de patrimonios de los convivientes, que van por

3. Moción del ex senador señor Andrés Allamand (Boletín N° 7.011-07).

la línea de indicar que este tipo de uniones deben regirse por las reglas de la comunidad de bienes o de la sociedad de hecho, cuando se compruebe que efectivamente se ha configurado una de ellas producto del esfuerzo común. También existen soluciones para los aspectos previsionales y de salud, como se verá más adelante.

Por otro lado, todos los problemas de división de bienes tras la convivencia pueden y debiesen ser previstos por quienes deciden convivir al margen de un estatuto matrimonial. Esa prevención, en personas plenamente capaces, puede hacerse hoy de diversos modos –sociedades, adquisición en comunidad con expresión de porcentajes, testamento, etc.–, y todas ellas están plenamente accesibles en nuestro país para cualquiera, pues ellas no exigen una determinada vida afectiva para poder celebrarlos. Por lo demás, es aceptable que ciertas materias legales puedan ser objeto de modificaciones que acomoden o hagan más accesible las soluciones a la gente. De hecho, es lo que ha ocurrido con un sinnúmero de normas que indirectamente protegen la mera convivencia, pero sin crear un estatuto jurídico distinto para estas situaciones de hecho.

2.3 Habiendo muchas personas que viven en situación de mera convivencia constituye un trato discriminatorio no ampararlas con una legislación que las proteja.

La opción preferente que nuestra constitución hace por la familia no significa una discriminación arbitraria hacia los que deciden convivir de hecho. En efecto, el principio de no discriminación impide distinguir arbitrariamente entre personas, tomando en consideración condiciones inherentes a la misma, como la raza, el sexo o la estirpe, incluso la condición sexual, entre otras. Pero donde sí se pueden hacer distinciones (no arbitrarias por cierto) en relación con las conductas de los sujetos, pues ellas se eligen libremente, asumiendo las consecuencias de sus actos. De esta forma, el que quiere reconocimiento para una unión estable, tiene el matrimonio; y los que no estén dispuestos a asumir compromisos permanentes, pueden convivir sin sujetarse a las normas del matrimonio. Por lo tanto, existiendo opción entre distintas alternativas (casarse o no) no cabe hablar de discriminación; en este caso el derecho no discrimina a

los convivientes, sino que ellos han decidido situarse en una situación no regulada por distintas razones.

Es más, si de discriminación o imposición se trata, debe tenerse en consideración la circunstancia de que si los propios convivientes han decidido no regular y disciplinar su relación afectiva, no puede venir la ley a suplir tal voluntad. Tanto es así, que es previsible que subsista el problema, pues de aprobarse una regulación de las uniones de hecho tendríamos tres estatutos: el matrimonial; el de los convivientes que han celebrado el pacto de unión de hecho; y el de los convivientes que no han celebrado pacto alguno (probablemente la mayoría), en quienes persistirían todos los problemas frecuentemente invocados para promover la regulación de la convivencia.

2.4 No existe razón alguna para estigmatizar las relaciones homosexuales, libremente consentidas entre personas mayores de edad. En Chile, las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, por lo que el ordenamiento jurídico debe brindarles reconocimiento legal. Lo contrario sería un trato discriminatorio y arbitrario⁴.

Este argumento es una manipulación de las expresiones jurídicas citadas. Una cosa es tolerar la inclinación o conducta homosexual que puede darse en el ámbito de la intimidad de las personas, pero otra cosa muy distinta es otorgarle derechos en virtud de un supuesto interés público.

Es efectivo que en Chile las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos pero no significa que la libertad permita hacer cualquier cosa o que cualquier ciudadano sea titular de “todos” los derechos. El completo ordenamiento jurídico atribuye potestades, pero también limitaciones, y hasta prohibiciones, dependiendo de la situación personal y social de cada individuo. Hasta el derecho de propiedad puede estar sometido a gravámenes y cargas.

Ahora bien, es curioso que en un derecho de familia que, como el chileno, permite el divorcio vincular sea tan necesario regular las uniones de hecho.

4. Moción del ex senador señor Andrés Allamand (Boletín N° 7.011-07).

La excusa para promoverlas suele ser la mayor facilidad para disolver la unión –incluso de manera unilateral– pero otorgando una mínima protección hacia los que han vivido juntos. No obstante, ya se ha aclarado que hay múltiples posibilidades jurídicas para proteger derechos patrimoniales de quienes conviven. Luego, la pregunta es: si ya están resueltas las cuestiones prácticas de las parejas heterosexuales que quieren convivir, o incluso casarse, con la posibilidad de deshacer lo hecho

¿Para qué insistir en un proyecto como el AVP? La respuesta es simple: todo indica que lo que estos acuerdos de vida en común o pactos de uniones de hecho buscan, en definitiva, es otorgar un reconocimiento jurídico análogo al matrimonio y la familia para las uniones homosexuales. Para luego, elevar dicho pacto a la categoría de matrimonio homosexual y finalmente, acceder a la adopción de hijos. En efecto, no sería lógico reconocer a este tipo de uniones algunos derechos familiares, pero al mismo tiempo, negárseles a otros, si se parte de la premisa de que no hay razones de fondo para oponerse a la legitimidad de sus convivencias.

La experiencia comparada indica que las agrupaciones de activistas homosexuales suelen sostener primeramente que sólo desean un estatuto de carácter patrimonial. Pero conseguido ello, las demandas se intensifican para lograr efectos personales, entre los que destaca la adopción. Obtenido también esto, acaban demandando el término total de la discriminación entre uniones de hecho legalizadas o pactos de unión civil para que la ley les otorgue derechamente al estatuto matrimonial a las parejas homosexuales.

Sin embargo, y aún cuando fuese cierto que los efectos de las uniones homosexuales sólo quedarán restringidos a los aspectos patrimoniales, igual se estaría discriminando a otros tipos de convivencias que pueden presentar idénticas necesidades de asistencia y que conforman un hogar común, sin ser parejas homosexuales ni heterosexuales. Por ejemplo, convivencias de amigos o de hermanos; o dos mujeres solteras que han resuelto ayudarse y pasar su vejez en común; o tres hermanos dos solteros y otro viudo que se unen para sacar una casa en conjunto; o abuelos con sus nietos; o tías solteras con una sobrina que las cuida, etc., etc. ¿Cuál sería la razón – si el matrimonio es indiferente para el derecho— que

autorizaría que los compañeros homosexuales puedan por una unión civil gozar de privilegios como ser carga familiar o tener una pensión de sobrevivencia y no lo puedan hacer los compañeros no sexuales pero que cumplen los mismos estándares de afectividad, vida común, hogar estable, etc.? Este tipo de convivencias también son una realidad –con problemas muy concretos– que la sociedad tampoco podría desconocer.

2.5 Las políticas públicas deben fortalecer y promover a la familia por ser ésta la principal fuente de felicidad de las personas. No obstante, existen diversos tipos de familia, no siendo la familia “tradicional” el único modelo.

Nuestro ordenamiento jurídico ha optado decididamente por el estatuto matrimonial y familiar que garantiza la estabilidad de los cónyuges, atribuyéndoles los derechos y deberes necesarios para el cumplimiento de sus funciones sociales estratégicas. Entre ellas, la procreación, crianza y educación de los hijos. Sin la estabilidad del vínculo matrimonial esos deberes se verían muy dificultados y los hijos desprotegidos. Es lo que puede observarse en muchos casos de familias quebradas por el divorcio.

Por lo anterior, el derecho no puede acoger en sí a las uniones de hecho, porque hay dos características de ellas que hacen que deban estar fuera de una regulación jurídica: son inestables y transitorias. El derecho no puede regular figuras que por definición rechazan la estabilidad y la permanencia. Nunca una norma general y abstracta, como se define la ley, puede estar regulando situaciones puramente transitorias o sujetas eventualmente a la inestabilidad.

Aprobar un proyecto como este debilita enormemente la institución del matrimonio (y las competencias sociales que éste, y la familia que constituye, están llamado a ejercer). Pretender dar a los convivientes el mismo estatuto que a los casados hace desaparecer los argumentos jurídicos para fomentar el matrimonio. Cabe señalar que la trascendencia del matrimonio no está en su nombre, sino en el estatuto jurídico que se le confiere por el beneficio social que éste le presta a la sociedad: estabilidad y permanencia. Por lo tanto, si se crea una figura alternativa que otorga exactamente los mismos derechos que el matrimonio confiere y, por otro

lado, existe un régimen que otorga idénticos beneficios, es indiscutible que el matrimonio y sus competencias terminan debilitados.

III. Tratamiento legal a las uniones de hecho en nuestra legislación

A continuación corresponde examinar qué tan desprovistas de protección se encuentran las uniones de hecho en nuestra legislación. Cabe recordar que uno de los principales argumentos para su aprobación sería la indefensión, sobre todo patrimonial, en la que quedan muchas personas por el hecho de convivir en vez de casarse. En este apartado se expondrán una serie de normas que reconocen las uniones de hecho y consagran derechos, otorgando un ámbito de protección jurídica que muchas veces se desconoce o no se tiene en cuenta.

3.1 En materia de indemnización de perjuicios

- a) Procede la indemnización del daño moral para el conviviente sobreviviente como también la indemnización del daño moral incluso en el concubinato adulterino.
- b) De igual manera procede la indemnización por daño moral en el hecho ajeno, si hay afectividad. O sea, beneficiaría al conviviente del que sufrió el daño.
- c) Procede la indemnización por daño moral en caso de accidente del trabajo⁵. Hay responsabilidad subsidiaria contra el dueño de la obra, empresa o faena⁶.
- d) Procede perseguir responsabilidad del estado y de las municipalidades⁷.

5. art. 69 ley 16.744

6. art. 64 C. del Trabajo, en relación con el 184

7. art. 6° y 38° CPR. Y 4° Ley de bases de la administración del estado

3.2 Derecho penal

a) El conviviente puede ser víctima por repercusión. En efecto, el CPP. Art. 108 inc. 2° “en los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este código se otorgan, se considerará víctima: el conviviente.

b) En materia penal no están obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado. CPP. Art. 302 inc.1°.

c) El art. 37 de la ley 19.968 sobre Tribunales de Familia: “el testigo puede ejercer el derecho a negarse a responder determinadas preguntas “cuando por su declaración, pudiere incriminar a su cónyuge, a su conviviente...”

d) El art. 11 del Código Penal establece como circunstancias atenuantes: “la de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge o a su conviviente...”

e) El art. 390 del mismo código señala “El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquiera de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o conviviente...”

f) El art. 17 del CP exime de penas a los encubridores que lo sean de su cónyuge...”.

3.3 Derecho administrativo

El art. 54 de la ley de bases generales de la Administración del Estado establece como inhabilidad para ingresar a la administración del estado al cónyuge de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración al que postulan. Dicha inhabilidad no se hace extensiva –según la contraloría– a los convivientes, estableciéndose una clara ventaja para las uniones de hecho.

3.4 Derechos previsionales

a) Pensión de montepío para la madre de los hijos naturales (reconocidos tres años antes de la muerte). 60% de lo que corresponda a la cónyuge.

b) Pensión de supervivencia. Art. 5° DL 3.500: “Serán beneficiarios de pensión de supervivencia los componentes del grupo familiar del causante, entendiéndose por tal, él o la cónyuge sobreviviente, los hijos legítimos naturales o adoptivos, los padres y la madre de los hijos naturales del causante”.

c) Pensión de supervivencia por accidentes del trabajo. Art. 43 de la ley 16.744: “Si el accidente o enfermedad produce la muerte del afiliado, o si fallece el inválido pensionado, el cónyuge, sus hijos legítimos, naturales, ilegítimos o adoptivos, la madre de sus hijos naturales.”

d) Seguro obligatorio de accidentes de la ley 18.490. La ley sobre seguro obligatorio de accidentes causados por vehículos motorizados reconoce entre los beneficiarios a la madre de los hijos naturales de la víctima, sin requisito alguno.

e) Art. 88 del DL 3.500: tiene derecho al beneficio de la cuota mortuoria quien unido o no por vínculo no matrimonial o parentesco con el afiliado fallecido acreditar haberse hecho cargo de los gastos del funeral. Si no es cónyuge tiene límite de 15 UF.

3.5 Derechos de la seguridad social

a) Subsidio por fallecimiento en caso de sismo o catástrofe. Art. M ley 16.282 otorga subsidio mensual a la familia de las personas fallecidas a causa del sismo o catástrofe, (se considera miembro de la familia al conviviente).

b) Beneficios para deudores habitacionales. Art. 10 DS N°96 de 2005 faculta a los Directores del SERVIU para suspender hasta por seis

meses el cobro de dividendos a los deudores cesantes o cuyo cónyuge o conviviente con hijos en común se encuentren en tal situación.

c) Programa Fondo solidario de vivienda. Art 4° DS 174 de 2005. Pueden postular al programa los que estén inscritos en el Registro, aceptándose por cada familia sólo uno de sus miembros, (que puede ser el jefe de familia, su cónyuge o conviviente). Si fallece el postulante hay que designar un sustituto (en primer lugar debe ser el cónyuge o conviviente).

d) Subsidio habitacional rural. El Decreto 95 de 2006 establece inhabilidades para postular a este programa. En todas ellas se hace mención al cónyuge o conviviente que estén postulando a otro programa, o si ya son dueños de otra vivienda, etc.

e) Programa de mejoramiento de barrios. Art. 8 del Decreto 829 de 1998. No pueden ser asignatarios de soluciones de sanitarias las personas o su cónyuge o conviviente que sean dueños o beneficiarios de alguna solución sanitaria o habitacional dotada de infraestructura sanitaria.

3.6 Otras normas

a) Legislación de salud. CV es sujeto receptor de órgano extraído en vida del donante y sujeto verificador de la última voluntad del donante (en caso de muerte).

b) Derecho laboral. Causal de término del contrato. Faltar dos días seguidos sin justificación. La jurisprudencia ha estimado como causa justificada acompañar a él o la conviviente por motivos de salud.

c) Ley de violencia intrafamiliar. Es acto de VIF todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quienes tengan o hayan tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él, o bien que sea pariente (en los grados

que señala la ley) del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

d) Vivienda

- Para deudores SERVIU cesantes: Se otorga el derecho al deudor para solicitar el seguro en caso de cesantía de su cónyuge o conviviente con hijos comunes que habiten con él la vivienda que ha dado origen a la deuda. Decreto 102 (MINVU).
- Deudores SERVIU con enfermedades catastróficas: Se reconoce como grupo familiar, al deudor, su cónyuge o conviviente con hijos en común del deudor. Decreto 105 MINVU.
- Deudores habitacionales de los servicios de vivienda y urbanización: permite la suspensión del cobro de los dividendos para deudores habitacionales que se encuentren cesantes o cuyos cónyuges o convivientes con hijos en común se encuentren en esa situación.
- Programa de Fondo Solidario de la Vivienda: para postular al fondo se exige que el titular de cada familia tenga en la correspondiente ficha CAS, la calidad de jefe de familia, su cónyuge o conviviente.
- Subsidio habitacional rural: Se permite postular a más de un núcleo familiar perteneciente a un mismo hogar, con la misma ficha CAS o ficha de protección Social, considerando como integrantes del grupo familiar al jefe de familia, su cónyuge o conviviente.

IV. El proyecto de ley sobre el acuerdo de vida en pareja

En definitiva, el proyecto de ley que esta semana se someterá a la aprobación del Senado es el proyecto que refunde en un solo texto el Mensaje del proyecto presentado por el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera, que crea el Acuerdo de Vida en Pareja (Boletín N° 7.873-07) y la Moción del

ex senador Andrés Allamand, que regula la figura contractual denominada Acuerdo de Vida en Común (Boletín N° 7.011-07).

A continuación un resumen de las principales normas de su articulado.

a) El artículo 1° señala que el Acuerdo de Vida en Pareja es un contrato celebrado entre dos personas con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común y que este contrato confiere a los contrayentes el estado civil de convivientes legales.

Ello significa crear un nuevo estatuto matrimonial –de inferior categoría al matrimonio– que queda abierto a personas de distinto o el mismo sexo. Como ya se ha señalado este sería, entonces, el primer paso hacia la aprobación del matrimonio homosexual. Lo anterior queda refrendado al establecer un nuevo estado civil, que es un atributo de la personalidad que faculta para ejercer ciertos derechos y responder de ciertas obligaciones a partir de las relaciones de familia. Lo que se pretende, entonces, es establecer un nuevo tipo de familia fundada en la unión de hecho.

El carácter matrimonial y familiar de la nueva institución queda de manifiesto cuando se establecen las incompatibilidades para contraerlo. Dice el artículo 2° No podrán celebrar este acuerdo entre sí los ascendientes y descendientes por consanguinidad, ni los colaterales por consanguinidad en el segundo grado. Tampoco podrá celebrar el acuerdo aquella persona que esté sujeta a vínculo matrimonial o a un Acuerdo de Vida en Pareja vigente. Con lo anterior queda claro, desde luego, que este nuevo estatuto no busca simplemente solucionar los problemas patrimoniales de los que conviven, sino además, darles un reconocimiento jurídico y social específico.

b) Respecto a las formas de celebración, el proyecto señala que se puede contraer, tanto por escritura pública ante notario (art. 3°) como ante el Oficial del Registro Civil (art.4°), quien levantará acta de todo lo obrado, la que será firmada por él y por los contratantes. En ambos casos, se requiere la inscripción del acuerdo en registro especial que será creado al efecto, dentro de los 10 días siguientes a la suscripción de la escritura pública, o del acta ante el Oficial Civil. Este último caso permite darle a la unión de

hecho un importante símbolo de validación social que lo equipara más al estatuto matrimonial y familiar.

c) Sobre los efectos patrimoniales que se producen entre los contratantes el proyecto señala que los contratantes se deberán ayuda mutua y estarán obligados a solventar los gastos generados por su vida en común; y que conservarán la propiedad de los bienes adquiridos a cualquier título antes del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste. Optativamente, pueden hacer aplicables las normas del cuasi contrato de comunidad del Código Civil.

d) Respecto de los efectos sucesorios el artículo 9° señala que cada conviviente se mirará como legitimario del otro, y concurrirá en la herencia de la misma forma y gozarán de los mismos derechos que corresponden al cónyuge sobreviviente. Además, le serán aplicables a los convivientes las indignidades para suceder, establecidas en el artículo 968 del Código Civil. Como puede verse, esta normativa busca *establecer al “conviviente legal” en igual status que el cónyuge*. La ley ha protegido a la familia matrimonial mediante un conjunto de normas sucesorias que, en la actualidad, son las únicas que constituían la diferencia entre estar casado y convivir. Con este Acuerdo de Vida en Pareja termina de asimilarse la inestable condición de conviviente a la de cónyuge.

e) Finalmente, el proyecto realiza algunas modificaciones a la legislación indirecta y a algunas normas procedimentales para hacer más concordante sus normas con el ordenamiento jurídico en general.

V. Conclusiones

De aprobarse el proyecto de Acuerdo de Vida en Pareja se le estaría propinando un enorme golpe –otro más– al matrimonio y la familia. Aprobar una normativa de este tipo constituye un paso más en el peligroso camino del desmantelamiento de la institucionalidad familiar en Chile, por las siguientes razones.

- a) Es innecesario, pues ya existe en nuestra legislación herramientas para proteger los intereses pecuniarios y patrimoniales de las personas que prefieran convivir a casarse.
- b) Constituye un grave daño a la estabilidad familiar, por cuanto debilita enormemente la estabilidad del vínculo matrimonial al crear una figura alternativa que otorga exactamente los mismos derechos que el matrimonio confiere y, por otro lado, existe un régimen que otorga idénticos beneficios.
- c) Es un simple medio para lograr dos objetivos mucho más importantes para el lobby homosexual, cuales son el matrimonio homosexual y la adopción por parte de parejas homosexuales.
- d) Es discriminatorio con muchas otras situaciones de convivencia no sexual (de amistad o parentesco) que bien podrían ser beneficiadas por normas que les den protección patrimonial después de muchos años de convivencia y ayuda mutua.
- e) Y finalmente, impone –arbitraria e injustamente– una determinada visión de lo que es la persona humana, identificándola con una libertad y autonomía, absolutas. Si ello es así, no sólo sería mutable el ser hombre o mujer, sino también se haría relativa la forma de constituir una familia.

Empresas en un día: Fomentando el emprendimiento

• 5 de marzo de 2014 •

El Gobierno del Presidente Piñera, a través del Ministerio de Economía, ha logrado aprobar la ley 20.659, que “Simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales”, más conocida como “Ley de empresas en un día”. Dicha norma, tiene por finalidad facilitar la constitución de nuevas personas jurídicas, mediante la creación de un régimen optativo y simplificado, dotando de un reconocimiento jurídico adecuado a las iniciativas privadas. El presente trabajo resume los beneficios y oportunidades que se abren con este tipo de iniciativas.

I. Introducción

Comparativamente hablando Chile no está entre los mejores países para comenzar un negocio. Así se ha reflejado en diferentes rankings, que a pesar de reconocer su estabilidad institucional, la seguridad jurídica y muchas otras condiciones favorables para la inversión y los negocios, lo posicionan en la medianía de la tabla.

Durante la última década mucho microempresarios y comerciantes realizaban sus actividades como persona natural, con las limitaciones y riesgos que ello trae consigo, ¿por qué no se constituían como sociedad o empresa?. Debido a la dificultad que implicaba formalizar el negocio: gran cantidad de trámites que realizar; excesivo tiempo de demora en la constitución de la empresa y, principalmente, los altos costos que ello significaba (unos \$250.000 en promedio).

Frente a este problema, el Gobierno del Presidente Piñera, a través del Ministerio de Economía, comenzó a trabajar en una regulación especial que pudiera eliminar barreras formales para nuevos emprendedores. El resultado de este trabajo fue la presentación de un proyecto de ley que luego de dos años de tramitación en el Congreso, fue promulgada y entró en vigor el presente año. De este modo surgió la ley 20.659, que “simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales”, más conocida como “Ley de empresas en un día”. Dicha norma, tiene por finalidad facilitar la constitución de nuevas personas jurídicas, mediante la creación de un régimen optativo y simplificado, dotando de un reconocimiento jurídico adecuado a las iniciativas privadas.¹

Esta modificación fue incorporada como parte de la política gubernamental de fomento del emprendimiento, la creación de nuevos empleos y el impulso del crecimiento económico. En palabras del propio gobierno, la disminución de los tiempos y costos para constituir formalmente una empresa son fundamentales para incentivar nuevos negocios y contribuir

1. Véase Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la ley 20.659”, pág. 5

al desarrollo de la sociedad en su conjunto². “Esta nueva ley permite que un potencial de 370 mil emprendedores informales –un 37% del total– puedan inscribirse en este nuevo sistema, permitiéndoles acceder a los programas de fomento del Estado y al sector financiero. Además, 670 mil empresas constituidas como persona natural, podrán constituirse rápidamente como sociedad de responsabilidad limitada o por acción”³.

A más de cinco meses de implementación de esta ley, conviene analizar sus beneficios o inconvenientes, tanto para la economía como para sus usuarios.

II. Diferencias en la Tramitación

El nuevo régimen “simplificado” coexiste con el régimen que podría llamarse “tradicional”, entre ambos sistemas las empresas pueden migrar. Hasta antes de la promulgación de la ley 20.659, los trámites para la constitución, modificación, transformación, fusión, división, puesta de término o disolución de una nueva persona jurídica resultaban de larga duración. Se requería cumplir con una gran cantidad de formalidades, que implicaban altos costos, tanto directos como indirectos, asociados a tiempos de espera, costos de traslados y cumplimiento de requisitos. Entre ellos escritura pública; firma ante Notario; inscripción en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces; publicación en el Diario Oficial; y obtención de RUT en el Servicio de Impuestos Internos para iniciar Actividades.

En comparación a lo anterior, el nuevo registro alternativo es bastante fácil y amigable, ya que permite la constitución de una empresa en un solo día y a costo cero. Para aquello, sólo se debe ingresar a alguno de los sitios web habilitados (www.tuempresaenundia.cl o www.registroempresas.cl), inscribirse en él y completar el formulario pertinente, validando el trámite mediante la Firma Electrónica Avanzada (FEA), o, para aquellas personas que no cuentan con ella, acudiendo a un Notario que realizará el trámite con su firma.

² Véase Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la ley 20.659”, pág. 4

³ Entrevista al Subsecretario de Economía, Tomás Flores, 2 de Mayo de 2013.

III. Características del nuevo sistema

El régimen Simplificado de constitución de empresas propone una vía rápida para la creación de sociedades, a través de una plataforma electrónica de servicios que puede ser utilizada desde cualquier parte del mundo, las 24 horas del día. Para la creación de este régimen, se necesitó de reformas legales que recogieran todas las tecnologías disponibles y las integrarán, para hacer de este un sistema de alta modernidad⁴.

Mediante este registro, es posible constituir, modificar o disolver una sociedad en tan sólo cuatro pasos⁵, sin la necesidad de tener altos conocimientos para completar los formularios, ya que el sistema ofrece la ayuda necesaria. Además, una vez que se ingresan los socios al sistema, este los validará de manera automática, ya que se encuentra interconectado al Servicio de Impuesto Internos y al Servicio de Registro Civil e Identificación.

La Firma Electrónica Avanzada, que se estrenó en conjunto con la ley, vino a modernizar la ya existente Firma Electrónica. Esta última, es un mecanismo tecnológico que permite identificar al usuario cuando realiza trámites a través de internet. En cambio, la versión avanzada es una “modalidad certificada por un prestador acreditado, habiendo sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular, e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría”⁶. Con este mecanismo se desarrolla y expande de manera más eficaz el comercio, porque otorga protección técnica y jurídica a los documentos, transacciones y relaciones comerciales que se establezcan electrónicamente.

4 Entre esas reformas: al Código de Comercio para incorporar firmadores electrónicos locales; la ley de firma electrónica (formularios dinámicos en internet); webservices integrados con el SII y SRCel; certificados digitales emitidos en línea; y un auto Acordado sobre uso de FE notarial (uso de XML documental con firma electrónica).

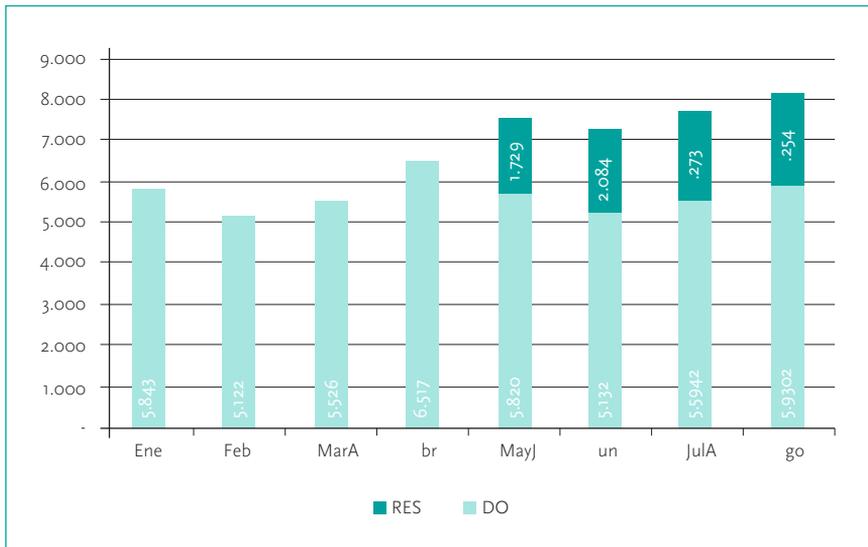
5 Ingreso de datos de la sociedad; Ingreso de datos de los socios; adjuntar documentos; y firmar electrónicamente.

6 Véase el “Informe de proyecciones y desafíos del proyecto de ley empresas en un día”, ASECh.

IV. Resultados

Cabe señalar que la “Ley de Empresas en un día” se ha implementado sólo en relación a la constitución de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. A medida que se perfeccione el régimen alternativo simplificado creado por la ley, podrá hacerse efectivo para migrar de un sistema a otro y para la constitución de otros tipos societarios. A la fecha, hay más de 47.000 usuarios registrados en el Registro de Empresas y Sociedades. Dicho registro es público, gratuito y reside en el sitio web www.tuempresaenundia.cl

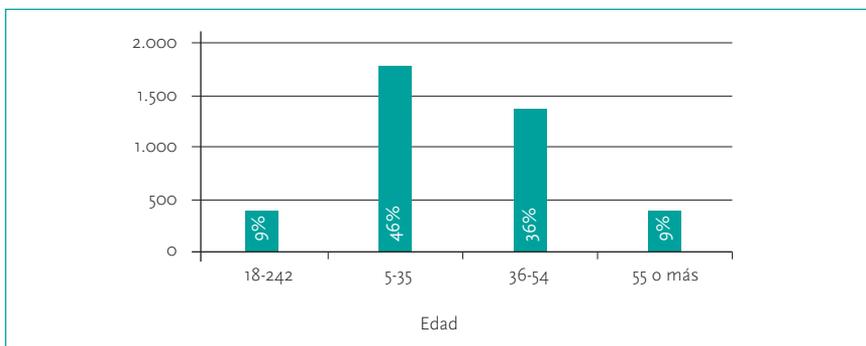
Según datos del Ministerio de Economía, se han constituido 10.025 sociedades de responsabilidad limitada con el nuevo régimen simplificado. El número de sociedades constituidas van aumentando mes a mes. Asimismo, las sociedades constituidas a través del sistema tradicional disminuyeron en relación al mes de abril, cayendo en un 5%. Además, en la última semana de agosto, la mitad de las Sociedades de Responsabilidad Limitada se han constituido mediante este nuevo sistema.



El desglose de estos datos nos señala que se crea una empresa bajo este nuevo sistema cada 15 minutos. Asimismo, y comprobando la utilidad de un sistema 24/7, cada fin de semana se están constituyendo, en promedio, 6 empresas. Por otra parte, 470 empresas comenzaron a completar el formulario correspondiente de constitución entre las 00 hrs. y las 05 AM. En cuanto al procedimiento que se debe llevar a cabo frente al Servicio de Impuestos Internos, alrededor del 70% de las 10.025 sociedades constituidas ya han iniciado actividades en el SII.

Teniendo en consideración que el capital promedio de una sociedad constituida bajo el sistema tradicional llega a los \$ 20.000.000, resulta evidente que se ha logrado el objetivo de mayor inclusión en todos los sectores y segmentos. Así, con la implementación de este nuevo régimen, ha disminuido considerablemente el capital promedio de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, el que en la actualidad bajo el nuevo régimen simplificado es de \$4.821.000, siendo el monto más frecuente el de \$1.000.000.

Otro logro de esta ley es la edad promedio de los socios, que fluctúa entre los 25 y 35 años. Vale decir, el RES está siendo utilizado mayoritariamente por adultos jóvenes.



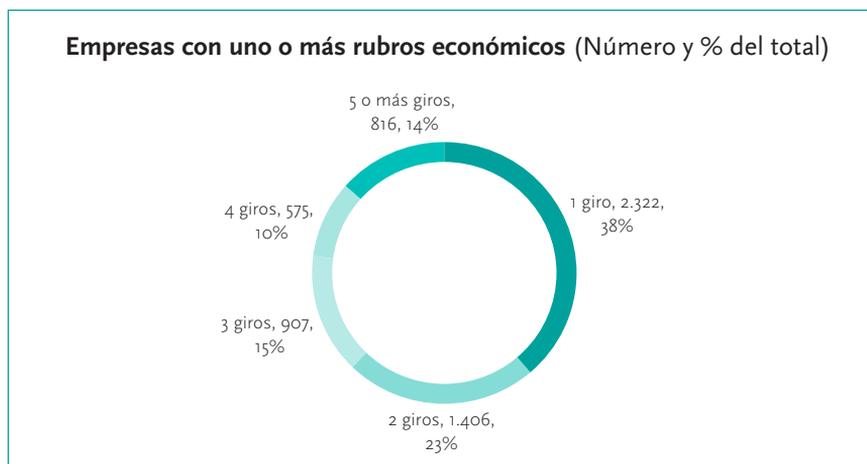
No obstante, donde no se han obtenido buenos resultados en descentralización, ya que un 53,4% tienen su domicilio en la Región Metropolitana, cifra que es algo mayor a la que se observa en el total de

empresas formales en el país. Sin perjuicio de lo anterior, lo que sí logra esta herramienta es llegar a todos los rincones del país, entregando oportunidades a emprendedores de todo Chile.

En relación con la iniciación de actividades hay que señalar que no todas las empresas nuevas realizan este trámite. Ello se explica en parte porque el inicio de actividades es un requisito para el funcionamiento normal de la empresa, pero no lo es mientras esta se instala ni hasta antes de producir. Desde el momento en que se constituye la sociedad, las empresas pueden realizar el inicio de actividades, lo que las habilita para comercializar sus bienes y servicios.

Según el Ministerio de Economía, al 30 de septiembre, 6.713 de las nuevas empresas habían realizado su inicio de actividades en el Servicio de Impuestos Internos, lo que corresponde a un 67% del total. Destaca que un 22% de las empresas que se constituye, realiza este trámite de iniciación el mismo día, mientras que un 64% lo realiza durante la primera semana de existencia como empresa formalmente constituida.

En cuanto al rubro de las nuevas sociedades, las empresas recién formadas tienen en promedio 2,8 giros económicos y las empresas con uno sólo son alrededor de un 40% de las que iniciaron actividades.



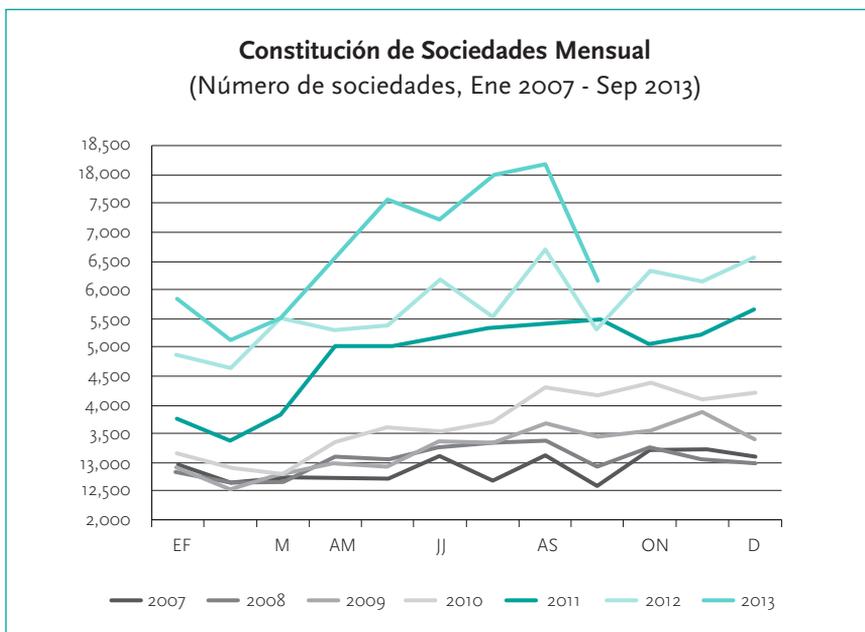
Fuente: Ministerio de Economía

En relación a los rubros propiamente tales, destaca que un 29,3% de los giros solicitados son del rubro comercio, lo que indica que casi 3 de cada 10 empresas tiene como actividad la comercialización y venta de bienes al por mayor o menor, indistintamente si además genera otra actividad que agregue valor. En segundo lugar aparecen las actividades inmobiliarias con un 26,1% de los giros inscritos por las nuevas empresas. En tercer lugar están las empresas manufactureras con un 10,7%. El 34% restante se distribuye en las demás actividades económicas.

Tomando en cuenta el número total de empresas que se han constituido en el país, entre aquellas registradas en el nuevo RES y en el registro tradicional del Diario Oficial, en septiembre se llegó a 6.177 empresas. Destaca además, el mes de agosto en que se crearon 8.144 empresas siendo la primera vez que se constituyen más de 8.000 empresas en un solo mes en el país. Con esta cifra de 6.177 empresas, septiembre muestra un crecimiento anual de 16,4% y un crecimiento acumulado en el año de un 21,7%. Así, entre enero y septiembre de 2013 se han constituido 60.176 empresas en el país, versus las 49.414 en igual periodo de 2012.

Estas auspiciosas cifras coinciden con un conjunto de políticas pro emprendimiento y reformas institucionales que se han llevado a cabo en los últimos tres años.

En el siguiente gráfico se muestra una comparación, a través, de cada año del número de sociedades nuevas que se inscriben en el país. Es notoria el alza a partir de mayo de 2013.



Fuente: Ministerio de Economía

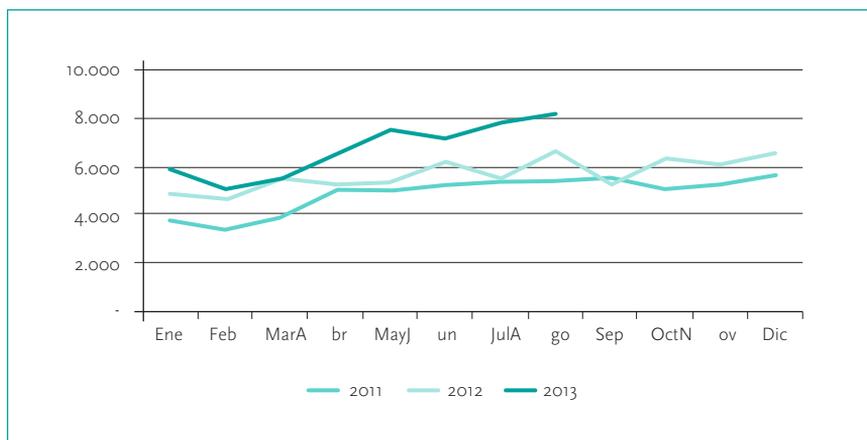
¿Y cómo queda nuestro país en los ranking luego de la implementación de esta políticas pro emprendimiento?

El ranking Doing Business, que reconoce los procedimientos que se requieren oficialmente para que una persona pueda abrir y operar debidamente una empresa industrial o comercial, posicionó a Chile, en el año 2013, en el lugar 37° a nivel mundial, consolidando a nuestro país a nivel latinoamericano. Para el ranking que se entregará a fines de año, que corresponderá al 2014, se espera que Chile mantenga o incluso caiga en esta estadística. Esto se debe a que algunas de las reformas implementadas por Chile, entre las que se cuenta esta ley, no han podido ser incluidas en la nueva edición del ranking, ya que los rangos de medición del Doing Business consideran el período comprendido entre Julio y Junio.

Sin embargo, para la edición 2015 del ranking en comento, se espera que nuestro país obtenga un mejor puesto, debido, especialmente, al

potenciamiento que ha tenido el emprendimiento en nuestra economía, a raíz de la implementación de la ley 20.659.

En el cuatrimestre en que la ley lleva operativa, el crecimiento en la economía ha sido de un 30% en relación al mismo período del año 2012.



V. Conclusiones

La llamada “Ley de empresas en un día” ha sido, a la luz de los resultados, un gran aporte en el crecimiento de la economía, la innovación y la entrada de nuevos actores al mercado.

Entre otros efectos positivos están la masificación de las pymes al disminuir los costos de de la creación de empresas; el enorme incentivo a la creación de empresas por parte de personas jóvenes que se deciden a emprender; la gran cantidad de emprendedores informales o empresas constituidas como persona natural que pudieron constituir su sociedad; y el consecuente dinamismo a la economía que trae consigo la creación de riqueza y mayor oferta de empleos.

Si pudiera haber una crítica habría que señalar la contradicción que significa tener un régimen gratuito pero en el cual se debe desenvolver una alta

suma de dinero para obtener la Firma Electrónica Avanzada (FEA). Esta es una de las deudas de este proyecto. La obtención de la FEA debiese ser más simple y a un menor costo, para que realmente se puedan incorporar todos los actores al mercado, potenciando a las pymes.

Aún así, se espera que la verdadera cara de esta ley se pueda ver una vez que se haya implementado para todos los tipos societarios. Hay un alto grado de expectativa respecto a los resultados que pueda otorgar dicha implementación en relación con un nuevo aumento del crecimiento, más cantidad de pymes, mayor cantidad de jóvenes emprendedores y un salto cuantitativo en el ranking Doing Business.

Temas Internacionales

¿Quo Vadis Primavera Árabe?

• 3 de abril de 2013 •

A dos años del comienzo de la llamada primavera árabe –uno de los movimientos políticos más importantes en la historia de la región– conviene hacer un recuento de la situación de los principales países involucrados y un análisis de las perspectivas futuras. Todo parece indicar que la mejor ruta de desarrollo para este proceso es la combinación de una serie de libertades (política, económica, religiosa y cultural) con una amplia gama de iniciativas de cooperación y diálogo interregional.

I. Introducción

Se cumplen dos años desde que se registraran en Túnez los primeros acontecimientos políticos y sociales que dieron vida a la ola de cambios más profundos que ha vivido el mundo árabe desde el fin del dominio colonial europeo, como consecuencia del fin de los imperios al concluir la Segunda Guerra Mundial en 1945.

La ola de cambios, surgidos como una manifestación espontánea de grandes masas sociales conectadas gracias a la tecnología moderna de Internet y medios de comunicación internacionales, terminó barriendo regímenes que hasta esa fecha se presentaban como sólidos y en gran medida, socios confiables de los intereses occidentales, vale decir de Europa y de los Estados Unidos.

Hasta fines de 2010, pocos expertos de las relaciones internacionales podían imaginar que la llamada “Primavera Árabe” terminaría derrocando los gobiernos de Ben Alí en Túnez o el del poderoso Hosni Mubarak, Presidente de Egipto y Comandante en Jefe de uno de los mejores ejércitos de la región.¹

Tampoco era predecible el inminente fin de Gadafi, curiosa figura política y líder tribal cuya acción se remontaba a los años sesenta y que, tras haber dejado de lado el terrorismo internacional como forma de lucha antiimperialista, pasaba a ser uno de los mejores socios de la Unión Europea, especialmente de Italia.

Y qué decir de la convulsionada Siria, en donde las primeras manifestaciones que exigían cambios al régimen del Partido único socialista de Baaz de Bachar Al Assad, fueron violentamente reprimidas. Esta violencia generó un nivel de odio que rápidamente evolucionó hacia un conflicto armado que a la fecha, no encuentra solución y que ha derivado en uno de los dramas humanitarios más agudos de los últimos tiempos y en una suerte

1. Este poderío comienza con el atentado que en 1981 costara la vida a su antecesor en el cargo, Anwar El Sadat, a manos de un comando fundamentalista.

de parálisis de las Naciones Unidas (Consejo de Seguridad) para detener el enfrentamiento.

Lo cierto es que el mapa político y los equilibrios regionales que caracterizaban al mundo árabe y especialmente al Medio Oriente han cambiado para siempre. Con bastante probabilidad pasarán varios años más antes de que pueda surgir un ordenamiento estable tal y como conocimos en el pasado.

Al comenzar el 2013 el volcán de pasiones e ideales que se expresara por vez primera en Túnez, aún no deja de remecer a una región que es clave para la paz y la seguridad internacionales, generando preocupación e incertidumbre ante un proceso que no siempre ha seguido los derroteros esperados por Occidente. Esta causa presenta una evolución que es difícil de prever y en donde el elemento religioso (Islam político) juega un destacado papel.

II. Principales actores del proceso de cambio

2.1 Túnez. Cuna de la primavera Árabe.

Túnez, sorprendió a la opinión pública internacional al protagonizar la revolución pacífica llamada “del Jazmín,” cuando miles de manifestantes –en su gran mayoría jóvenes unidos por las redes sociales– forzaron al dictador Ben Alí a huir junto a su familia.

A pesar de la censura y del estado de excepción, no se pudo acallar la seguidilla de noticias y convocatorias a protestar, proceso que alcanzó su punto máximo con la muerte del joven desempleado Mohamed Bouazizi. En perjuicio del gobierno, Francia –otrora metrópolis– quitó el respaldo al Presidente tunecino, haciéndole ver que no podría recurrir a las Fuerzas Armadas para restablecer la calma: era el momento de partir.

Túnez sin embargo, tenía muchos puntos a favor para el triunfo del movimiento democratizador: una sociedad civil desarrollada, la existencia

de una clase media educada y tolerante, la vigencia de corrientes de opinión laica, renuentes a asumir una agenda islámica como objetivo final de la revolución.

Estos elementos, sumados al apoyo occidental a través de la labor de varias fundaciones políticas y de la cooperación económica, se han conjugado hasta el presente para mantener a raya a los elementos más radicales del partido de la Hermandad Musulmana. Hasta el momento, a pesar de algunas manifestaciones callejeras, no ha prosperado la acción extremista del salafismo.²

El país ha avanzado en un calendario de transición y durante 2011 se ha instalado un nuevo Parlamento que determinará el futuro ordenamiento jurídico de la nación. Sin embargo, la crisis económica que afecta a Túnez con su secuela de alto desempleo juvenil, continúa siendo fuente de preocupación para la estabilidad del proceso democratizador. En este caso, como en otras latitudes, son los partidos fundamentalistas los que acechan a la juventud con un discurso populista y anti occidental.

Estados Unidos y la Unión Europea están conscientes de la importancia del pequeño país árabe, no sólo por su cercanía geográfica y cultural con el Viejo Mundo, sino porque éste emerge, en su calidad de “cuna de la Primavera Árabe” como una suerte de laboratorio democrático que será referente para el triunfo o fracaso de la democratización de las demás naciones del medio oriente.

2.2 Argelia. El camino institucional.

La situación en Argelia es diferente. Aún están frescos, en la memoria colectiva, la compleja situación vivida a inicios de los noventa, cuando las Fuerzas Armadas pusieron fin al gobierno del Frente Islámico de Salvación (FIS). Este hecho originó un periodo de inestabilidad y de terrorismo, sin embargo, a 20 años desde que las Fuerzas Armadas anularan las elecciones

2. El salafismo es un movimiento político religioso que pretende regresar a las formas más conservadoras del Islam imperante hacia mediados del siglo XVIII.

en las que ganó el FIS, el terrorismo se mantiene activo, pero bastante disminuido en la fuerza de los grupos extremistas.

Superado este escenario, la década siguiente se ha caracterizado por la progresiva marcha hacia un modelo de socialismo autoritario y pragmático encabezado por el Presidente Bouteflika.

Es así como en los agitados tiempos de la “Primavera Árabe”, la situación política en Argelia se ha mantenido estable. Las protestas registradas en 2011 no continuaron gracias a medidas económicas populares, como la baja de impuestos y la política disuasiva policial.

En las elecciones parlamentarias de 2012, triunfó el Frente de Liberación Nacional (FLN) del Presidente Bouteflika, derrotando a la alianza Argelia Verde de los partidos islamistas. Si bien la participación electoral se mantuvo en un 43%, la victoria del movimiento del Presidente se interpreta como un respaldo a las reformas que ha introducido y un triunfo sobre las turbulencias que produjo la agitación de la Primavera Árabe.

Así, en un contexto de estabilidad, Argelia espera las próximas elecciones presidenciales que tendrán lugar en noviembre de 2014. Las reformas económicas que liberalicen el comercio internacional del país continuarán siendo un desafío importante en una nación con altas cuotas de proteccionismo socialista. En este proceso jugarán un rol importante la liberalización del mercado de los hidrocarburos, del gas natural y la industria hortofrutícola como motores de una economía moderna y competitiva.

2.3 Libia. La influencia de la presión internacional.

El caso de Libia es como Túnez, caso emblemático de la Revolución Árabe de 2010-2011. Hasta esa fecha el país, que se ha caracterizado por una estructura social tribal y un Estado asfixiado bajo el liderazgo unipersonal del dictador Muammar Gadafi, gozaba de prosperidad gracias a su riqueza petrolera. Sin embargo, el descontento general con el poder despótico de

Gadafi y su clan, dieron espacio a las primeras manifestaciones que fueron reprimidas violentamente por el ejército de elite.

Rápidamente la violencia se extendió por las principales ciudades del país, transformándose Bengazi en el bastión de la oposición. La desproporción de fuerzas y la decisión de Gadafi de reprimir a cualquier costo a sus opositores llevaron a la comunidad internacional a presionar y finalmente a intervenir en un conflicto que se avizoraba sin solución política. Las Naciones Unidas mediante la Resolución N° 1.973 del Consejo de Seguridad, del 17 de marzo de 2011, autorizaba a “tomar todas las medidas necesarias” en Libia para “proteger a los civiles y a las áreas pobladas bajo amenaza de ataques”, incluyendo la creación de una zona de exclusión aérea. Por otro lado, la OTAN contribuyó -mediante los bombardeos selectivos- a la derrota militar del régimen libio.

Al derrocamiento y asesinato de Gadafi siguió un interregno de desorganización y de casi desintegración del Estado libio. Durante un tiempo se habló de la secesión de las provincias de Tripolitana y Cirenaica, sin embargo, el gobierno central logró restablecer su autoridad en la capital y en Bengazi, hecho que permitió la realización de dos elecciones libres, fruto de las cuales ha surgido un nuevo régimen, del cual se espera concluya la obra estabilizadora en todas las provincias libias iniciada durante el año de transición. Para ello, Libia cuenta con riqueza suficiente emanada de los pozos petroleros, recurso que asegura al país una relación privilegiada con Occidente. Pero al igual que en otros países de la región, Libia deberá luchar contra el terrorismo islámico y la proliferación de armamento ilegal proveniente de los cuarteles del régimen depuesto.

2.4 Egipto. La lucha entre sectores laicos y religiosos.

El caso de la República Árabe de Egipto reviste un interés especial teniendo en cuenta su estratégica posición entre el norte de África y el Medio Oriente, mediando entre este país e Israel el conocido desierto del Sinaí.

La Revolución Egipcia comenzó en enero de 2011 mediante grandes manifestaciones en la céntrica plaza Tahrir, lugar que desde entonces se

ha mantenido como epicentro de la vida política del país del Nilo. El alto desempleo juvenil y la corrupción del régimen de Mubarak llevaron a la ciudadanía a exigir su salida del gobierno durante semanas. Las protestas llevaron al gobierno a un amplio despliegue del Ejército. Sin embargo, esta medida no logró intimidar a los manifestantes, a quienes se sumaron la Hermandad Musulmana y los salafistas, tradicionales corrientes enemigas del régimen secular de Mubarak.

Rápidamente el gobierno quedaba aislado al negarse el Ejército a reprimir al pueblo y al perder Mubarak el apoyo de los Estados Unidos. El Presidente renunciaba en febrero, entregando el poder a una Junta Militar encabezada por el Mariscal Tantawi, Comandante del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de Egipto.

El gobierno provisional del Mariscal Tantawi (SCAF por su sigla en inglés) derogó el estado de emergencia vigente desde décadas y las restricciones a los partidos políticos, suspendió la Constitución de Mubarak, prometiendo elecciones generales libres y la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

Las elecciones parlamentarias y de Asamblea Constituyente en noviembre arrojaron una amplia mayoría para la Hermandad Musulmana y para el partido salafista. Este hecho llevó a los sectores laicos, muy significativos en las Fuerzas Armadas, en el Poder Judicial y en las grandes ciudades, a distanciarse progresivamente del movimiento islamista, cuya meta principal es la introducción de la Ley del Corán o Sharia como principio legal fundamental del Estado.

La SCAF daba en mayo una especie de golpe blanco, disolviendo la Asamblea Constituyente y el Parlamento. Sin embargo, se mantuvo la convocatoria a elecciones presidenciales para mayo (primera vuelta) y junio (segunda ronda), resultando vencedor con un 51,7% el candidato de la Hermandad Musulmana, Mohamed Morsi contra el representante de los sectores laicos, nostálgicos del régimen caído y de los cristianos coptos, Ahmed Shafik, quien obtuvo un significativo 48,3% de los sufragios.

Las especulaciones y rumores políticos, así como una dosis importante de curiosidad por la orientación que seguiría el nuevo Mandatario, rodearon su ascensión a la primera magistratura de Egipto. Morsi es el primer Presidente de la milenaria historia egipcia en ser elegido democráticamente y, de su actitud hacia los países vecinos penden muchos hilos de la paz regional y de la multiculturalidad de Egipto, patria de más de 8 millones de cristianos coptos.

El Presidente Morsi, conocedor de estas expectativas pronunció un discurso a la nación en que prometía respetar la diversidad cultural y religiosa del país, nombrando como consejeros a representantes del mundo cristiano copto y del laico. Asimismo, expresó su voluntad de respetar los Acuerdos de Camp David suscritos en 1979 con Israel que han sido desde aquel tiempo pilares fundamentales de la paz entre ambos Estados.

Consolidada esta primera etapa, Morsi despidió al Mariscal Tantawi como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, en lo que fue considerado un golpe a los sectores laicos del Ejército y una medida política destinada a restablecer la autoridad presidencial. El cambio se produjo sin mayores consecuencias, asumiendo el Mariscal un puesto como consejero del nuevo gobierno.

Una importante muestra de la fuerza del nuevo Egipto lo constituyó la mediación ejercida por Morsi cuando en noviembre estalló el último enfrentamiento entre Israel y el grupo extremista Hamas en la Franja de Gaza. La mediación de El Cairo fue avalada por Washington y por el Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-moon. Tras días de un conflicto que amenazaba con expandirse peligrosamente, Hamas aceptó cesar los ataques a Israel mediante el lanzamiento de cohetes, en tanto que Tel Aviv ordenó el repliegue de su Ejército de la frontera con Gaza y puso fin a los bombardeos contra objetivos seleccionados en esa zona.

Aprovechando el éxito y prestigio internacional ganado con la mediación, el Presidente Morsi lanzó una serie de medidas conocidas como “el decretazo” destinadas a aumentar sus prerrogativas legales y al fomento del integrismo religioso al interior de la Asamblea Constituyente y por ende, de la nueva Carta Magna propuesta a la nación.

La reacción en contra del autoritarismo presidencial superó las expectativas. La plaza Tahrir volvió a ser escenario de enormes concentraciones y de enfrentamientos con la policía y los partidarios del gobierno, en tanto que jueces y magistrados iniciaban una huelga de protesta. Morsi ordenó al Ejército patrullar las calles de la capital y de las principales ciudades egipcias. Sin embargo, la multitud desbordó los controles militares, llegando a cercar el Palacio Presidencial. Entre tanto, el Alto Mando del Ejército declaraba por segunda vez que “no dispararía en contra del pueblo”.

De una vez la oposición laica mostró su poderío y firme voluntad de impedir que Egipto se transforme en un Estado regido por la Sharia, rechazando las ofertas del Presidente Morsi a iniciar un diálogo y expresando su repudio al referéndum constitucional convocado para los días 15 y 22 de diciembre.

No obstante, la oposición unida aceptó finalmente participar en el referéndum de la Constitución, llamando a votar “No”. La jornada del 15 de diciembre arrojó un total de 56,5% para la opción “Sí”, en tanto que la opción “No” alcanzaba un 43,5%. Como dato relevante cabe indicar que los opositores alcanzaron amplias preferencias en las grandes ciudades, siendo El Cairo la mayor victoria para el “No”, con un 56,9% de los sufragios.

El resultado final del referéndum consolidó el 22 de diciembre una cómoda ventaja (sobre el 60% a nivel nacional con mayoría en zonas rurales) para los partidarios de la Constitución, pero ello no significa que el gran debate y diferencias entre laicos y religiosos estén superados. Por el contrario, Egipto enfrenta enormes desafíos, siendo el principal la auténtica consolidación de las libertades y de la democracia conquistada duramente en la revolución del invierno de 2011.

Son cientos los egipcios que no están dispuestos a que la dictadura de Hosni Mubarak sea remplazada por el autoritarismo de la Hermandad Musulmana, ni menos a que la Sharia se transforme en fuente única del Derecho. En este sentido, el caso de Egipto es un exponente claro de los peligros que en general, acechan la ruta –el *quo vadis*– de la Primavera Árabe.

III. Perspectivas de futuro en la región

¿Será que tal vez Occidente se apresuró demasiado a quitar el piso a dictadores “confiables” como Mubarak, Gadafi y Ben Ali sin prever qué tipo de régimen remplazaría a los depuestos? ¿Es beneficiosa para la paz y la seguridad internacional la posible consolidación de un nuevo nacionalismo árabe basado en el Islam político como elemento aglutinador frente a un mundo global y capitalista representado por antonomasia por Estados Unidos?

Sin duda que son interrogantes válidas, pero difíciles aún de responder.

El derrocamiento de los dictadores por la presión ciudadana ha mutado de tal forma a estas sociedades que tal vez, no sería viable imaginar el sometimiento absoluto de éstas a un nuevo orden vestido con los ropajes de la religión. No en vano la juventud de la Primavera Árabe ha dicho “que no permitirán que nos roben la revolución”.

Sin embargo, el peligro integrista existe y en dimensiones que Occidente a veces parece subestimar, o más bien no comprender en cuanto a origen y potencial político.

La tradición cultural occidental evolucionó durante siglos hacia la sociedad secular en donde no existe un Cristianismo político, a diferencia del mundo árabe en donde, tal como se ha dicho, existe un Islam político que paradójicamente, se ha visto fortalecido con los sucesos de 2010-2012.

Aún es una interrogante si el Islam político será capaz de evolucionar hacia senderos democráticos, respetuosos de los Derechos Humanos, tal como los entendemos en la sociedad democrática occidental.

Lo concreto es que las nuevas fuerzas en juego deberán encontrar una forma de convivencia y de equilibrio muy diversa de la que predominó en las últimas décadas.

IV. Conclusión

Frente a los desafíos aquí descritos el camino indicado es sobre todo la cooperación para el desarrollo económico, político y social de los países que han vivido la Revolución Árabe. En este sentido, las fundaciones políticas podrían jugar un importante papel mediante programas de asistencia para el fortalecimiento de la sociedad civil y de los Derechos Humanos, especialmente de las minorías.

A modo de ejemplo, Egipto, el gigante del río Nilo requiere de la ayuda de los Estados Unidos y de Europa para superar sus altos índices de miseria y de desempleo. Occidente por su parte, necesita de Egipto como aliado para la preservación de la resquebrajada paz en Medio Oriente.

Así, tal como se estableciera después de la Revolución Francesa, la mejor ruta de desarrollo de la Primavera Árabe es la de la libertad política, económica, religiosa y cultural y por sobre todo, la de la cooperación y el diálogo interregional. El camino errado, por el contrario, conduciría a escenarios tan peligrosos como el que padece y desgarró hoy Siria, en una guerra fratricida cuyo final no necesariamente traerá la paz y la estabilidad anhelada.

En este complejo y móvil escenario se debería acrecentar la función del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como ente garante y moderador de la paz internacional. Sin embargo, la guerra de Siria lo ha sumido en crisis debido al veto de China y de Rusia, sentando un precedente de inacción que abre una interrogante sobre su futuro y acerca de la necesidad de proceder a una reforma que fortalezca y adecue a las Naciones Unidas a las nuevas realidades mundiales.

La revalorización de la familia en las políticas públicas europeas

• 24 de julio de 2013 •

Desde hace varias décadas Europa vive una profunda crisis familiar que ha traído innumerables consecuencias a nivel político, social, económico y demográfico. Asumida la gravedad de la crisis se aprecia, en el viejo continente, una incipiente vuelta a la familia, promoviendo su reestructuración y fomentando su solidez. Si de observar buenas prácticas a nivel de experiencia comparada, Europa es un buen referente. Su crisis es la misma que se ha comenzado a ver en nuestro país desde hace un par de décadas.

I. Introducción

Los cambios socioculturales que se han producido en las últimas décadas (mayor incorporación de la mujer al mercado laboral, mayor producción de riqueza y bienestar material de las familias, entre otros) han tenido fuertes repercusiones en la estructura y funcionamiento de la familia. Entre los que podemos mencionar un retraso en la edad de contraer matrimonio y la disminución del número de hijos. Ello ha traído efectos, tanto a nivel micro –como las dificultades crecientes del núcleo familiar para ejercer la labor educativa– como a nivel macro, con el creciente problema demográfico producido por un descenso en la tasas de natalidad y, al mismo tiempo, un fuerte aumento en la expectativa de vida.

Esta situación ha hecho que el Estado deba hacerse cargo de una serie de necesidades que antes realizaba la familia –con el consiguiente aumento del gasto social– pero al mismo tiempo que no pueda sustituirla en aquellas necesidades de tipo moral –educación y socialización, traspaso cultural y ámbito de intimidad– con el evidente deterioro de muchas costumbres, cuya principal causa es la ausencia de familia.

Chile no ha sido ajeno a estos cambios. Los principales indicadores familiares hacen evidente que el país recorre la misma senda problemática de muchos países desarrollados. Es urgente, por lo tanto, que el país asuma la importancia que la familia tiene para la sociedad y diseñe una política familiar que reúna y coordine los esfuerzos sectoriales que se han visto hasta ahora. Europa ha avanzado bastante en este sentido y parece un buen ejemplo.

A propósito del día internacional de la familia, el Instituto de Política Familiar de Madrid ha publicado un completo estudio sobre la familia bajo el título “Documentos de la Unión Europea sobre la Familia 2013”¹. Dicho estudio consiste en una selección de los principales documentos, de organismos europeos, que se han ido elaborando a lo largo de los últimos tiempos sobre políticas familiares; la conciliación de la vida laboral y familiar; el fomento

1. Véase Instituto de Ciencias de la Familia de la U. de Navarra. Documento del mes. Junio de 2013 en <http://www.unav.es/matrimonioyfamilia/boletin/>

y desarrollo de la maternidad; el problema demográfico y el derecho de los padres a la educación de sus hijos, entre otros.

El presente trabajo, basado en el documento ya mencionado, es un resumen temático de las principales medidas que Europa está fomentando en los diferentes temas que dicen directa relación con la familia.

II. Política familiar

Por política familiar se entiende el conjunto de intervenciones de los poderes públicos cuyo objetivo es destinar recursos (en el más amplio sentido de la palabra) a personas con responsabilidades familiares para que puedan desempeñarlas de la mejor manera posible.

Para que una política pública adquiera el carácter de “familiar” son necesarios algunos requisitos. En primer lugar, las políticas de familia deben incluir el bienestar familiar como un criterio de validación de las medidas a adoptar. En segundo lugar, el objetivo último de la política familiar debe ser la creación de un marco jurídico y unas condiciones sociales que le permitan a la familia asumir y cumplir de buena forma todas sus funciones estratégicas. En tercer lugar, la política familiar debe determinar adecuadamente el tipo de familia que quiere fomentar en la sociedad. En este sentido, la experiencia indica que la base sobre la cual se ha estructurado y desarrollado la sociedad ha sido la familia fundada en el matrimonio monógamo, heterosexual y estable en el tiempo. En cuarto lugar, la política familiar debe estructurarse integralmente, vale decir, las políticas sectoriales –principalmente vivienda, trabajo, economía (impuestos o fiscalidad como se le denomina en Europa), desarrollo social y educación– deben elaborarse coordinadamente y perseguir los mismos objetivos. Finalmente, una política familiar debe incentivar a que los demás cuerpos intermedios de la sociedad tengan a la familia como foco prioritario de preocupación en sus políticas internas.

Las siguientes ideas son las principales líneas de acción de las políticas familiares en el continente europeo:

a) Las políticas familiares que se llevan a cabo en Europa pueden tener fuentes de inspiración y contenidos diferentes, pero un objetivo común: apoyar a las familias. En el viejo continente hay claridad en cuanto que las políticas de inversión, de vivienda y de creación de empleo, pueden hacer de cada país un territorio atractivo para las familias y constituir un medio ambiente favorable para ellas².

b) Se recomienda considerar el apoyo a la familia de una manera transversal, considerando la legislación y la medición del impacto de las políticas públicas en relación con la dimensión familiar integralmente considerada³.

c) Es necesario tener una definición de la “familia europea”, que abarque las dimensiones jurídica, económica y política. Lo anterior, porque es necesario definir las directrices de una política familiar integrada, que supere el enfoque estrictamente económico y que ponga al niño en el centro del debate, reconociendo sus derechos⁴.

d) Es necesario una política de compensación de los gastos directos e indirectos asociados a la familia. La familia es portadora de elementos favorables al desarrollo económico y al equilibrio social, al menos desde tres puntos de vista concretos: La solidaridad afectiva, económica y social que a muchos les permite reaccionar mejor a los avatares de la vida económica.

e) Un factor ineludible para incentivar la formación de familia es la política fiscal. Es imprescindible que ella no discrimine a la familia y no perjudique a las familias en función de su tamaño; y en caso de que dichas políticas fiscales, parafiscales y arancelarias fueran discriminatorias, deberían serlo de forma positiva y de su carácter integrador.

f) Se ha señalado la necesidad de crear subsidios específicos para atender necesidades especiales, como: hijos con discapacidad, familias numerosas

2. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas entre los Estados miembros” (2011/C 218/02) 1.1.

3. Op. Cit. Ibidem 1.8.

4. Informe sobre la protección de la familia y del niño (A4-004/99). Pp. 22

o nacimientos múltiples, familias de bajos ingresos que estén a cargo de al menos tres niños, etc. Es deseable, además, que la política de subsidios aliente a las empresas a generar condiciones laborales y de personal orientada a la familia⁵.

g) Un elemento clave de toda política familiar es la necesidad de crear las condiciones para que los padres y las madres puedan pasar más tiempo con sus hijos, así como el afán de lograr un reparto más equitativo entre la carrera profesional y el cuidado de los hijos. Con este fin son de mucha utilidad servicios de ayuda a los padres en lo referente a la educación y cuidado de los hijos, cuidado y supervisión de los adolescentes y, cada vez más, servicios de dependencia para las personas ancianas⁶.

h) Otra importante recomendación para los países europeos es la definición de políticas de vivienda y de urbanismo con un criterio familiar. Vale decir, que ayuden a crear entornos urbanos integrados que satisfagan las necesidades fundamentales de las familias, especialmente la generación de condiciones propicias para hacer más compatible la vida escolar o profesional y la familiar⁷.

III. Conciliación de la vida laboral y familiar y derecho a la maternidad

La correcta integración entre trabajo y familia es una cuestión de capital importancia para las personas y para el futuro de la sociedad. En este sentido, es bueno que la mujer tenga la posibilidad de trabajar para desarrollarse profesionalmente, pero hay que velar también para que ese trabajo no perjudique sus legítimas aspiraciones familiares (y las aspiraciones propias de la familia) y el papel específico que le corresponde jugar en la sociedad junto al hombre. Asimismo, es bueno que el hombre provea a las necesidades de su familia, pero no al punto de dejar de lado su insustituible rol de padre.

5. Informe sobre el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 (A6-0033/2007). Pp.9

6. Informe sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada (A5-0092/2004). Pp.7

7. Informe sobre el Plan de trabajo para la igualdad. Pp.10

Por eso es necesario un cambio cultural que valore mejor el aporte familiar y profesional a la sociedad. Para ello, las señales de la autoridad pública son imprescindibles, pues tanto la función ejecutiva, como legislativa tienen un rol educador inherente. Sin embargo, hay que reconocer que, por mucho que la sociedad facilite o dificulte la mutua relación que hay entre el mundo del trabajo y el ambiente familiar, la raíz del problema es moral, pues la actual desestructuración de las familias no pasa sólo porque los padres “tengan” que trabajar mucho tiempo, sino porque muchos quieren hacerlo. Ello refleja una progresiva pérdida del valor de la familia.

A modo de ejemplo, se ha señalado que la motivación de las mujeres jóvenes para estudiar y crear una familia puede disminuir por el hecho de que sentir miedo a que posteriormente sean discriminadas en la vida laboral. Se insta, por consiguiente, a los Estados miembros a que luchen contra la discriminación de la que pueden ser víctimas las madres, tanto en lo que se refiere a la contratación, como a la promoción⁸.

En el viejo continente se reconoce que su futuro depende de su capacidad para promover sociedades acogedoras para las mujeres y los hombres jóvenes que deseen formar una familia, y también para las personas mayores dependientes o personas con discapacidad que podrían ver en su estado una muy importante limitación para sentirse parte importante de la sociedad⁹.

Las siguientes son las principales ideas y políticas para facilitar la conciliación trabajo y familia.

a) Una de las medidas más importantes para fomentar la maternidad son los permisos por esta causa. Se han propuesto, como forma de perfeccionar esta licencia, tres medidas:

- Aumentar el permiso de maternidad mínimo de catorce a dieciocho semanas (según la recomendación de la OIT);

8. Informe sobre un marco regulador para medidas de conciliación de la vida familiar y del período de estudios para las mujeres jóvenes en la Unión Europea (A6-0209/2007) Pp. 10

9. Op. Cit. Pp.5

- Dar más flexibilidad a las mujeres para que decidan cómo tomar el permiso de maternidad antes o después del parto;
- Mejorar la protección del empleo de las mujeres que se acogen al permiso de maternidad o se reincorporan al trabajo después del mismo¹⁰.

b) Además, se ha instado a los Estados europeos a que faciliten, tanto el acceso a los permisos parentales remunerados, como a otros permisos de larga duración, en particular, las interrupciones de carrera, así como a los permisos especiales de corta duración (permiso por amamantamiento, permiso por enfermedad de un miembro de la familia), estableciendo una cierta flexibilidad en la organización de las vacaciones para facilitar la vuelta al trabajo de las personas en re inserción¹¹.

c) Otra manera interesante de mejorar la política de conciliación trabajo-familia es que cada Estado se elabore una guía de información y de sensibilización destinada a los gerentes y directores de empresa – específicamente a los directores de recursos humanos– y a los empleados y empleadas, con ejemplos de buenas prácticas orientadas a este fin¹². Muchas de ellas han logrado que, a nivel microeconómico, las acciones de conciliación hacen que disminuyan los cambios de trabajo y el absentismo laboral y que aumenten el sentimiento de compromiso y la productividad, favoreciendo una mano de obra eficaz y motivada¹³.

d) Además se recomienda, el establecimiento de deducciones fiscales en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para las madres trabajadoras jóvenes; y las rebajas fiscales en el Impuesto sobre Sociedades en beneficio de las empresas que establezcan guarderías en sus centros de trabajo¹⁴.

10. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar. Bruselas, 3.10.2008 COM(2008) 635 final. Pp.6

11. Informe sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada (A5-0092/2004). Pp.10

12. Informe sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada (A5-0092/2004). Pp. 8

13. Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea (A6-0290/2007). Pp.5

14. Informe sobre el Plan de trabajo para la igualdad. Pp.26

IV. El problema demográfico

El envejecimiento de la población como fenómeno demográfico es bastante conocido. Una idea bien difundida es aquella que plantea la cuestión como un grave problema de algunos países en particular, y en general, de aquellos que a nivel global conforman el grupo de los “desarrollados”. Sin embargo, en Chile el problema no es menor, pues en la actualidad se encuentra en una etapa de transición hacia el envejecimiento. Es necesario, por lo tanto, un acercamiento mayor al tema, y poner atención a lo que está haciendo Europa.

El envejecimiento de la población es un reto al que se puede hacer frente si se crean las condiciones favorables de un apoyo adaptado para quienes quieran tener hijos y si se saca el máximo provecho a las oportunidades que unas vidas más longevas, más productivas y en un mejor estado de salud ofrecen¹⁵. Estas políticas son múltiples y variadas, aunque por lo general tienen tres dimensiones en común dirigidas a:

- a) Reducir la desigualdad de oportunidades ofrecidas a los ciudadanos con hijos y sin hijos.
- b) Ofrecer un acceso universal a los servicios de ayuda a los padres, en particular para la educación y el cuidado de los niños de corta edad.
- c) Ordenar el tiempo de trabajo para que los hombres y mujeres puedan tener mejores posibilidades de formación permanente y de conciliación entre vida privada y vida profesional¹⁶.
- d) Se deben hacer todos los esfuerzos para conciliar vida profesional, vida privada y vida familiar (desarrollo de los sistemas de guardería y de los permisos parentales, mejora de la flexibilidad en la organización del trabajo, organización de un foro demográfico anual)¹⁷.

15. Op. Cit. Pp.3

16. Op. Cit.. Pp.8

17. Informe sobre el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010 (A6-0033/2007). Pp.8

e) El desafío demográfico, sin embargo, no puede olvidar el crecimiento económico. Por lo tanto, también se necesitan políticas que favorezcan la participación de las mujeres en el mercado de trabajo¹⁸. Ello se logrará si se les permite un mayor acceso al mercado laboral basado en un horario laboral flexible combinado con la seguridad del empleo, la seguridad social, oportunidades en materia de educación y unos servicios de guardería garantizados y asequibles¹⁹.

f) Es de suma importancia establecer un verdadero registro europeo de buenas prácticas en materia de política familiar, conciliación de vida familiar y vida profesional, política de igualdad entre hombres y mujeres; política específica a favor de las madres y de los padres que participan plenamente de las responsabilidades familiares; y políticas referidas a la duración de los permisos por maternidad. El objetivo sería proponer a los Estados miembros las experiencias positivas de toda Europa, para que las parejas puedan hacer realidad su deseo no satisfecho de tener hijos²⁰. Una comparación empírica muestra que los países que han llevado a cabo políticas que promueven la igualdad entre hombres y mujeres, que han desarrollado sistemas de permisos por paternidad y maternidad para hombres y mujeres, que han invertido en servicios de calidad para el cuidado de los hijos y que han aumentado la flexibilidad de los horarios de trabajo tienen una mayor tasa de natalidad y un alto nivel de empleo femenino²¹. Además, se reconoce que es posible modificar positivamente la curva de natalidad mediante políticas públicas concertadas que creen un entorno material y psicológico favorable a la familia y la infancia²².

18. Op. Cit. Pp. 12

19. Informe sobre el Plan de trabajo para la igualdad. Pp.24

20. Op. Cit. Pp.3

21. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones: Promoviendo la solidaridad entre generaciones (COM (2007) 244 final. Pp.5

22. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar, Bruselas, 3.10.2008 COM(2008) 635 final. Pp. 6

V. Derechos de los padres y libertad de educación

La familia es la primera y principal educadora de los hijos, y por lo tanto su papel en la educación es fundamental. ¿Qué se les pide a los padres para concretar esta educación? Nada más y nada menos que desarrollar la personalidad de sus hijos de tal forma que adquieran las habilidades necesarias para conducirse en la vida con seguridad y autonomía. Es en familia donde se adquieren las competencias básicas de solidaridad, trabajo en equipo, laboriosidad, conciencia social y tantas otras actitudes que diferencian a los buenos ciudadanos.

a) En Europa se considera que la educación compete en primer lugar a la familia y que la intervención de los poderes públicos debe considerarse subsidiaria y complementaria. No obstante, el Estado debe desempeñar un papel de orientación para que la familia pueda llevar a cabo de la mejor manera esta tarea mediante una conciliación del trabajo y del tiempo libre, previendo estructuras de acogida y una buena escolarización²³.

b) El derecho a la educación incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas²⁴.

c) En este sentido, toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado. Se reconoce, en consecuencia, el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio²⁵.

23. Informe sobre la protección de la familia y del niño (A4-004/99). Pp.27

24. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea Arts. 14.3 Y 14.4

25. Ibídem Arts. 10.1 y 10.2

d) Sería deseable que las asociaciones que representan a la familia participen en la elaboración de las políticas de familia o que influyen en las familias, tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros²⁶.

VI. Derechos de la infancia

La familia matrimonial merece una protección especial del derecho, porque cumple objetivos sociales que van más allá de las relaciones afectivas de una pareja. El derecho la reconoce como una realidad de vinculación entre los seres humanos que es anterior y superior al Estado, con efectos, objetivos y fines generales, que favorecen, no sólo a sus miembros, sino también a toda la sociedad.

La regla del interés superior del niño es pieza fundamental en el discurso del derecho de la infancia. Si el niño existe es gracias a una familia, que además, es insustituible para formarlo como persona y ciudadano. Por lo mismo, el interés del niño presupone el interés de sus padres y del grupo familiar en su integridad.

a) Europa está buscando que se elabore una política familiar coherente y coordinada que ponga al niño en el centro del debate europeo, reconozca sus derechos y responda a sus necesidades esenciales²⁷. En este sentido, una estrategia europea de protección de la infancia debe basarse en el principio “los niños primero”, reconocer sus derechos y responder a sus necesidades esenciales²⁸.

b) Una idea matriz es que el entorno familiar constituye un marco propicio para la protección de los derechos de los niños y su desarrollo personal, el desarrollo de sus capacidades, la adquisición de los conocimientos necesarios para el ejercicio de sus derechos y el aprendizaje de sus deberes,

26. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel de la política familiar en el cambio demográfico: compartir las mejores prácticas entre los Estados miembros” (2011/C 218/02) 1.7.

27. Informe sobre la protección de la familia y del niño (A4-004/99). Pp.7

28. Op Cit. Pp.16

por lo que ha de hacerse todo lo posible para apoyar a las familias mediante políticas públicas adecuadas²⁹.

c) La Comisión Europea ha pedido a los Estados miembros y a las autoridades regionales y locales que apoyen financieramente la creación de escuelas de padres y de asociaciones para escolares que permitan una mejor integración del niño en la vida social y una mejor integración de ambos padres en las tareas de cuidado y educación en el seno de la familia y que aseguren las ofertas para los niños y los jóvenes en el espacio rural³⁰.

d) Además, la Comisión pidió que se cree una unidad responsable de las políticas familiares y de la protección de los niños, y que el Observatorio de políticas familiares nacionales continúe publicando cada año el informe de análisis y de evaluación de las políticas familiares nacionales, así como que dicho informe se publique, se traduzca a todas las lenguas y se divulgue ampliamente³¹.

VII. Conclusión

Es evidente la recurrencia del problema de la conciliación familia - trabajo, como la gran ayuda en todos los demás temas relacionados con la familia. Dar la facilidades para hacer más compatibles los deberes laborales y familiares es indispensable para fomentar el nacimiento de más hijos, mejorar el deber de crianza y educación de la prole, revertir o aminorar el envejecimiento poblacional, favorecer el crecimiento económico, potenciando la mejora del capital humano y fortalecer los lazos de solidaridad social que comienzan en las relaciones familiares³².

A nivel familiar, conciliar significa encontrar arreglos privados frente a las demandas contradictorias del mundo del trabajo y de la esfera doméstica.

29. Informe sobre la Comunicación de la Comisión “Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia”. Pp.6

30. Informe sobre la protección de la familia y del niño (A4-004/99). Pp.8

31. Op. Cit. Pp29

32.Véase International Federation For Family Development. ¿Qué es lo que de verdad necesitan las familias? El reto de la conciliación laboral y familiar 1 de mayo 2013.

Entre estos ‘arreglos privados’ están: el retraso de la maternidad; la disminución del número de hijos; el recurso a la ayuda de otros familiares, sobre todo de las abuelas; la reducción de la jornada laboral, lo que suele llevar consigo la reducción también de ingresos, de posibilidades de desarrollo y carrera profesional.

A nivel de empresa, las medidas que adoptan dicen relación con: flexibilizar el tiempo de trabajo mediante la adaptación de los horarios a las circunstancias personales; flexibilizar el lugar del trabajo, con medidas como el teletrabajo, las videoconferencias y otras tecnologías; permisos adaptados a las necesidades reales de los empleados; servicios como guarderías o centros de día, etc.; ayudas económicas por nacimiento de un hijo, seguros y otros beneficios extra salariales de diverso tipo. No obstante, en algunos sectores –por exigencias de la actividad, del servicio, de la organización de turnos u otras razones– existen barreras que hacen difícil la adopción de este tipo de medidas. Además, en las empresas pequeñas y medianas existen menos recursos económicos y organizativos para implantar las fórmulas de conciliación que se observan en las empresas grandes. Por todo ello, las medidas de conciliación se gestionan y desarrollan en función del contexto empresarial en que se precisan.

A nivel político, además de todo lo ya señalado en este trabajo, existen algunas medidas específicas de conciliación, basadas principalmente en dos tipos de actuaciones: servicios de atención a la vida diaria; y permisos laborales para el cuidado de niños pequeños y de personas dependientes. En España, por ejemplo, la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de Personas Trabajadoras (Ley 39/1999) incorporó a la normativa española las directivas europeas sobre permisos de maternidad, permisos parentales y trabajo a tiempo parcial. Desde entonces, una serie de medidas legislativas han contemplado de manera directa o indirecta diversos aspectos de las necesidades de conciliación, en particular, la Ley de promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de Dependencia (Ley 39/2006) y la Ley para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley 3/2007).

Las largas décadas que Europa lleva sufriendo una crisis demográfica y de familia ha llevado al viejo continente a tomarse muy en serio el

fortalecimiento de la familia como elemento central de las políticas públicas presentes y futuras. Como puede verse Europa lleva muchos años pensando la manera de ir resolviendo los numerosos frentes que se abren cuando la familia se debilita y se incapacita para cumplir con sus ineludibles funciones estratégicas en la sociedad: recambio generacional, educación y socialización de la prole; seguridad social de primera instancia; formación natural de capital humano; y escuela primera de solidaridad social.

Chile ha comenzado desde hace un par de décadas por la pendiente en la que Europa ya ha caído. Es de esperar que la experiencia comparada le permita al país afrontar las soluciones y los compromisos personales, culturales y políticos del indispensable fortalecimiento familiar que la sociedad está esperando.



Fundación
Jaime Guzmán

Capullo 2240 - Providencia - Stgo.
+ 56 (2) 29401100 - www.fjguzman.cl