

IDEAS & PROPUESTAS

2009-2010

IDEAS & PROPUESTAS 2009-2010

I.S.B.N. 978 956 8329 07 5

Abril de 2010, Fundación Jaime Guzmán

Inscripción N° 190120

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 Aquaprint Impresores.

Colaboradores

Andrea Barros I.

Gonzalo Carreño P.

Juan Antonio Coloma A.

Ximena Contreras S.

Beatriz Corbo A.

Ramón Delpiano R-T.

Miguel Flores V.

Carolina Infante D.

Jorge Jaraquemada R.

Francisco López D.

Cristián Valenzuela B.

Índice

7 Presentación

Temas Político-Institucionales

- 11 Publicidad de los actos estatales: venciendo la cultura de la opacidad
- 22 Partidos políticos: ¿una reforma necesaria?
- 36 Financiamiento privado de la política
- 46 A propósito del reciente proyecto de ley sobre regulación de la fertilidad: la fuerza del precedente constitucional
- 61 Araucanía en llamas: la variable ideológica del conflicto mapuche
- 70 Nuevo estatuto para la protección de refugiados: un avance necesario
- 78 La corrupción como factor de amenaza institucional
- 88 Chile víctima de la corrupción

Temas Sociales y Económicos

- 104 ¿Hacia dónde va el Transantiago?
- 119 Educación: estamos perdiendo tiempo
- 131 Costos y beneficios de nuestra legislación laboral
- 147 Uniones de hecho: ¿es deseable su reconocimiento legislativo?
- 157 ¿Prohibir o incentivar la venta de medicamentos por Internet?
- 167 Responsabilidad penal de las personas jurídicas

178	“La otra aula”: opiniones de los padres sobre la educación que reciben sus hijos
195	Índice de familia
209	Levantamiento del secreto bancario, privacidad y debido proceso
220	¿Qué tan restrictiva es la Ley de Presupuesto?
228	Protección al consumidor: ¿avanzamos en el camino correcto?
238	“La voz de los estudiantes”: opiniones de los alumnos sobre la educación que reciben

Temas Internacionales

252	Panorama latinoamericano
262	Silala: las aguas de la discordia
272	Movilizaciones sociales rupturistas en América Latina
283	A 25 años del proceso de Mediación Papal por el diferendo austral entre Chile y Argentina

Presentación

Ideas & Propuestas nació en marzo de 2008, como una publicación quincenal, inspirada en la inquietud y voluntad de la Fundación Jaime Guzmán, por aportar en la discusión de aquellos temas de mayor relevancia para el país, desde una mirada rigurosa y esencialmente propositiva.

Esta segunda recopilación contiene 24 trabajos publicados originalmente entre marzo de 2009 y febrero de 2010, que para efectos prácticos hemos agrupado en tres temas: político-institucionales, sociales y económicos, e internacionales. Con ellos esperamos contribuir a la puesta en marcha de aquellas acciones y políticas que lleven a Chile a ser un mejor país para todos los chilenos.

Sin pretender trabajos de exhaustividad académica, en *Ideas & Propuestas* hemos puesto especial preocupación por la correcta y oportuna documentación y contextualización de los temas tratados, incluyendo revisiones de la literatura relacionada que otorguen soporte cualitativo y cuantitativo a sus contenidos.

Con todo, el sello de *Ideas & Propuestas* está en su estilo atrevido y propositivo, que procura dar un giro desde la reflexión hacia la acción, que creemos absolutamente necesario para el desarrollo y bienestar de Chile, y fundamentalmente en aportar al debate de ideas desde nuestro particular enfoque ético del hombre y de la sociedad.

Jorge Jaraquemada R.

Director Ejecutivo

Fundación Jaime Guzmán

Temas Político - Institucionales

Publicidad de los actos estatales: venciendo la cultura de la opacidad

• 31 de marzo de 2009 •

El acceso a la información pública es esencial para posibilitar la participación ciudadana, garantizar la rendición de cuentas y responsabilizar a las autoridades públicas, por lo cual constituye un componente clave para desarrollar la confianza en las instituciones públicas y, en consecuencia, para un adecuado funcionamiento del sistema democrático. Es de esperar que la nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública coadyuve a estimular el cambio cultural necesario para que estos principios permeen y se arraiguen firmemente tanto en la sociedad como en la burocracia estatal.

La transparencia del Estado, el derecho de acceso a la información pública y los sistemas de rendición de cuentas son pilares básicos de las sociedades democráticas en cuanto aportan a la construcción de confianza y credibilidad en la ciudadanía respecto de las instituciones públicas y particularmente de las instituciones políticas, otorgándole mayor legitimidad al régimen democrático¹. Estos conceptos contribuyen a fomentar el interés y la participación en el proceso político, jugando un rol de moderación y contención del poder del Estado. En efecto, cuando no existe transparencia o ésta es débil, o cuando el proceso para acceder a información pública relevante no es oportuno ni expedito, ya sea porque encuentra óbices o se torna tortuoso, el proceso de rendición de cuentas se obstruye y puede volverse imposible y, cuando éste falta o está mermado, las circunstancias favorecen la discrecionalidad, irresponsabilidad, arbitrariedad y eventualmente la impunidad de las autoridades y funcionarios públicos. Por el contrario, la presencia de estos elementos favorece la participación y la confianza en las instituciones y, en último término, afianza la gobernabilidad de la democracia, entendiendo por ésta la capacidad que tienen las instituciones de administrar la sociedad a su cargo y de adoptar decisiones públicas en un marco de legitimidad política y social. Se ha sostenido que *“cuando las autoridades pueden justificar sus decisiones en forma transparente generan confianza, confianza democrática. La autoridad democrática puede existir cuando existen posibilidades de exigir rendición de cuentas. Es esa posibilidad la que le permite a la ciudadanía entregarle una cierta autonomía a la autoridad, autonomía basada en la noción de que siempre hay una posibilidad de fiscalización. Es esta confianza democrática la que contribuye a la legitimidad del régimen democrático”*².

El valor de la transparencia como freno a la corrupción

La transparencia del Estado, como valor esencial de la democracia, se refiere *“al grado de apertura de los procesos de toma de decisiones del Estado y al grado de divulgación de las interacciones que podrían ejercer influencia en esas decisiones”*³. Es decir, la mayor o menor disposición de apertura con que los órga-

1 Véase Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económica (OECD): “Public sector transparency and accountability: making it happen”, Paris, 2003.

2 Valenzuela, Arturo: “Los partidos políticos y los desafíos de la gobernabilidad democrática en América Latina”, en Arturo Fontaine et al (editores): “Reforma de los partidos políticos en Chile”, CEP, 2008, p.29.

3 Véase Joel Hellman y Daniel Kaufmann: “La captura del Estado en la economías en transición”, en revista Finanzas y Desarrollo, Vol.38 N°3, Fondo Monetario Internacional, septiembre de 2001.

nos de la administración pública enfrentan las demandas de información que surgen desde la ciudadanía y la sociedad civil para conocer su funcionamiento, así como la forma y fundamentos por los que adoptan sus decisiones. Esta disposición permite a quienes estén interesados, auscultar la acción y decisiones públicas, siendo el primer paso en un proceso de genuina participación. La transparencia importa ofrecer, divulgar y facilitar el acceso a información oportuna y confiable.

Por el contrario, la opacidad de las instituciones públicas es terreno fértil para la ineficiencia en la gestión pública y también facilita el surgimiento de comportamientos corruptos⁴. En efecto, las trabas o restricciones a un acceso expedito a la información, así como su manipulación o distorsión, pueden ser utilizadas por aquellos funcionarios que tienen la capacidad de adoptar decisiones discrecionales, como una manera de eludir su responsabilidad frente a equivocaciones y negligencias, así como también para esconder irregularidades y prácticas corruptas, entendiendo por tales cualquier utilización abusiva de cargos públicos para obtener beneficios privados. El objetivo de la corrupción es influir en la aplicación de la regulación existente para lo cual entrega recursos y dinero a quienes facilitan esa distorsión. Cuando se anticipa y busca afectar la formación misma de las leyes o políticas públicas para que sean convenientes o afines a determinados intereses y grupos a cambio de algún pago ilícito, se denomina ‘captura del Estado’. Algunas circunstancias que suelen favorecer el surgimiento de la corrupción son, entre otras, una función pública donde lo que importa no es el mérito, la eficiencia y honestidad de sus funcionarios sino el cuoteo político; la legislación que entrega excesivo poder de decisión discrecional a los funcionarios públicos sin evaluar sus resultados ni la corrección de sus procedimientos; la superposición de atribuciones entre distintos organismos gubernamentales; la existencia de una frondosa burocracia administrativa que regula procedimientos complejos y excesivos; la debilidad de las instituciones formales y de los mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas; y la presencia extendida de instituciones informales.

La corrupción está estrechamente ligada a la falta de transparencia y a la posibilidad de que las conductas impropias no sean conocidas por la opinión pública. Por consiguiente, promover la transparencia como un valor que debe estar arraigado en las instituciones públicas es un primer paso para detener

4 Véase Joel Hellman, Geraint Jones y Daniel Kaufmann: “Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición”, Documento de Trabajo N°244, Banco Mundial, Washington D.C., 2000.

los procesos de corrupción, así como también para neutralizar o frenar la penetración de otras instituciones informales que tradicionalmente han imperado en América Latina, como son el clientelismo político⁵ y el rentismo⁶.

Además, la opacidad o falta de información sobre las acciones de un gobierno o la sensación de que es incompleta, sesgada o inoportuna produce desconfianza en los mercados y afecta negativamente los costos de transacción de los negocios. Esta ineficiencia económica origina oportunidades de rentas económicas, es decir, los que tienen acceso a más información o la tienen con anticipación al resto de los ciudadanos o empresas pueden utilizar esos datos para obtener un beneficio. Por ende, la opacidad en la información provoca asimetrías que generan ineficiencias y rentas económicas que pueden ser fuente de corrupción⁷. Por el contrario, existe abundante evidencia empírica respecto a una correlación positiva entre desarrollo institucional y crecimiento económico y reducción de la pobreza⁸ y, ciertamente, un importantísimo indicador de desarrollo institucional es la transparencia de los actos y decisiones de gobierno.

Acceso a la información, participación y rendición de cuentas

La experiencia comparada ha arribado a una certeza indesmentible: el derecho de acceso a la información pública es esencial para garantizar el ejercicio normal de la participación ciudadana, exigir rendición de cuentas y responsabilizar a las autoridades públicas, por lo cual constituye un componente clave para desarrollar la confianza en las instituciones públicas y, finalmente, para un adecuado funcionamiento del sistema democrático.

5 El clientelismo político se caracteriza porque los grupos en el poder o con influencia en el Estado, distribuyen favores o cargos a cambio de apoyo político o electoral, al margen del interés general y de las políticas públicas.

6 Entendemos por rentismo, extracción de rentas o “rent-seeking” el procedimiento mediante el cual se busca ejercer influencia durante el proceso político burocrático para obtener ingresos. Manifestaciones rentistas surgen principalmente donde las injerencias o regulaciones estatales generan distorsiones artificiales de la competencia y de los precios. Una revisión de este fenómeno en América Latina, puede verse en Rupert Pritzl: “Corrupción y rentismo en América Latina”, Konrad Adenauer Stiftung (CIEDLA), Buenos Aires, 2000.

7 Véase Mary Graham: “Democracy by disclosure”, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2002.

8 Véase Banco Mundial: “Beyond the Washington Consensus: Institutions Matter”, Washington D.C., 1998; y Daniel Kaufmann: “Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica”, en revista Perspectivas, Universidad de Chile, Vol.3, N°2, 2000, pp.367-387.

El acceso a la información es requisito necesario para asegurar la transparencia y permitir que los ciudadanos se interesen y participen en los asuntos de relevancia pública. El derecho de acceso es, entonces, un presupuesto indispensable para la participación política, entendida no sólo como el derecho a votar y ser elegido, sino también como el derecho a participar en la deliberación de los asuntos públicos. En consecuencia, la inexistencia, debilidad, inexactitud o falta de oportunidad de la información pública perturba el ejercicio del derecho a la participación política que los ciudadanos tienen en una sociedad democrática.

Adicionalmente, el acceso a la información permite conocer, para luego evaluar, las decisiones públicas, por lo que puede decirse que cumple la función vital de poner en marcha los mecanismos de rendición de cuentas⁹. No obstante, si el acceso a información pública relevante es bajo, tortuoso o plagado de obstáculos, entonces cualquier herramienta de rendición de cuentas para responsabilizar a las autoridades públicas se debilita y pierde eficacia. En un sistema democrático los poderes del Estado deben aceptar ser transparentes y promover el derecho de acceso a la información para favorecer un amplio escrutinio de la opinión pública. Esta es la actitud que permite desarrollar, en la práctica, procesos de rendición de cuentas eficaces, permitiendo que los ciudadanos ejerzan su potestad sobre los actos y decisiones de los poderes públicos.

Nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

Existe la extendida percepción de que en América Latina ha tendido a primar una ‘cultura del secreto’ sobre los actos y decisiones de las autoridades públicas, así como respecto de su comportamiento funcionario, todo lo cual generó un ambiente propicio para prácticas irregulares, como la corrupción de los servidores públicos, y para la pervivencia de algunas prácticas informales extremadamente perniciosas, como el clientelismo, el nepotismo, la captura y el rentismo.

Esta situación de fuerte opacidad ha primado a pesar de que, ya a mediados del siglo XX, diversos convenios internacionales recogieron los principios de transparencia y publicidad de los actos del Estado, así como el acceso a

⁹ Véase Fundación Jaime Guzmán: “Reforma del Estado y Rendición de Cuentas”, Ideas & Propuestas N°12, Santiago, 2008.

la información pública, aun cuando, cabe advertir, con distinto énfasis y, la mayoría de las veces, más implícita que explícitamente. Así fue en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 19) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 19). Poco más tarde, en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (artículo 13), ya se recoge de manera más explícita, enfatizando que el derecho de buscar y recibir información es una prolongación de la libertad de expresión. Más recientemente, la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996, señala que el acceso a la información pública colabora en la prevención de la corrupción y, finalmente, la Asamblea General de la OEA, en su resolución 'Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia', de junio de 2004, sostiene expresamente que los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública y de promover la adopción de la legislación necesaria para su reconocimiento y aplicación efectiva. Estos acuerdos internacionales ciertamente tuvieron algún grado de influencia en la corriente posterior que empujó a varias naciones latinoamericanas a reconocer en sus respectivas legislaciones principios similares, aunque haya sido un impacto bastante tardío en la mayoría de ellos¹⁰.

En Chile, complementando nuestra reforma constitucional de 2005, que recogió el principio de transparencia y publicidad de los actos del Estado en el nuevo artículo 8° de la Constitución Política¹¹, la Ley N°20.285, de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado¹², viene a dar concreción práctica a este novel principio constitucional y a llenar un cierto vacío institucional de la legislación chilena, caracterizada por las serias deficiencias recién descritas para viabilizar que los ciudadanos soliciten y reciban información pública. La nueva norma está en comunión con los principios de servicialidad del Estado y de participación, consagrados

10 En efecto, estableciendo un orden cronológico, estos principios fueron recogidos en la Constitución de Costa Rica de 1949, en la reforma a la Constitución de México de 1977, en la Constitución de Guatemala de 1985, en la de Haití de 1987, de Brasil de 1988, de Colombia de 1991, de Paraguay de 1992, de Perú de 1993, de Ecuador de 1998 y de Venezuela de 1999.

11 El inciso segundo del artículo 8 de la Constitución de Chile señala "(...) Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

12 Originada en una moción de los senadores Hernán Larraín Fernández y Jaime Gazmuri Mujica (Boletín 3773-06 de 2005).

respectivamente en la frase inicial del inciso tercero del artículo 1 de la Constitución: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (..)*”, y en la frase conclusiva del inciso final de ese mismo artículo: “*y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*”; pues las normas de la nueva ley apuntan a mejorar el marco legislativo que regula el derecho de acceso a la información que se genera o se encuentra bajo el control de las distintas reparticiones públicas del Estado y, en este sentido, adscribe a esa idea fundamental de nuestra Constitución que reconoce en la persona el fin y razón de ser del Estado, que posee derechos anteriores que deben ser reconocidos, promovidos y cautelados por éste, al tiempo que está llamado a facilitar la participación de las personas en la vida nacional en función de la búsqueda del bien común¹³.

La ley de transparencia y acceso chilena es la única de Latinoamérica que comparte con su símil mexicana, probablemente su más cercana inspiración, la característica de contemplar una autoridad regulatoria específica, que acá se llamará Consejo para la Transparencia y que allá se denomina Instituto Federal de Acceso a la Información (en funciones desde el año 2003), como encargados de promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la Administración del Estado, y garantizar el derecho de acceso a la información. Los demás países latinoamericanos que, luego de consagrarlos constitucionalmente, ya procedieron a dictar leyes que promueven, regulan y amparan estos principios¹⁴, no han optado por una autoridad regulatoria específica sino que han entregado su tutela a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Esta iniciativa legal establece un deber de transparencia activa que obliga a los órganos del Estado a colocar a disposición permanente del público, especialmente a través de sus sitios electrónicos¹⁵, una serie de antecedentes que deben ir actualizando periódicamente, de manera de facilitar un acceso

13 Al efecto, puede verse Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato: “La servicialidad del Estado: sus fundamentos constitucionales” y Eduardo Soto Kloss: “La servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad”, ambos artículos en *Revista de Derecho Público* Vol.57/58, Universidad de Chile, Santiago, 1995.

14 Por ejemplo, Argentina, Perú y Paraguay.

15 En este sentido, gran importancia en las facilidades de acceso cotidiano a la información tendrán los avances que puedan hacerse en los sistemas de “gobierno electrónico”, que los ministerios y servicios públicos deben aplicar en el marco del Programa de Mejoramiento de la Gestión.

expedito. Asimismo, consagra el derecho de cualquier persona de solicitar y acceder al conocimiento de información pública que posean esos órganos, y la obligación correlativa de éstos de suministrarla o de entregar una respuesta fundamentada de su negativa, cuando la ley los faculte para restringir el acceso. Para garantizar este derecho de acceso a la información se consagran una serie de principios¹⁶, los procedimientos y acción de amparo que tienen el relevante mérito de contribuir a dar eficacia jurídica al ejercicio del derecho de acceso.

También se señalan las excepciones o límites a la publicidad de la información. Se puede denegar total o parcialmente el acceso a la información por las siguientes causales de secreto o reserva: cuando su publicidad afecte el cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un delito, si se trata de deliberaciones previas a una resolución o son requerimientos genéricos muy gravosos; cuando su publicidad afecte derechos de personas, particularmente su seguridad, salud, vida privada o derechos comerciales o económicos; cuando su publicidad afecte la seguridad de la Nación, particularmente la defensa nacional, orden público o seguridad pública; cuando su publicidad afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país; y cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política¹⁷. En su calidad

16 A saber, los principios de relevancia, por el cual se presume relevante toda la información pública; de la libertad de información, de acuerdo al que toda persona tiene derecho a acceder a la información pública; de apertura, conforme al cual toda la información de los órganos estatales se presume pública; de máxima divulgación, de acuerdo al cual los órganos públicos deben proporcionar la información en los términos más amplios posibles; de segregación o divisibilidad, conforme al cual si un acto administrativo contiene información que puede ser conocida e información que debe denegarse en virtud de causa legal, se dará acceso a la primera y no a la segunda; de facilitación, por el que los mecanismos y procedimientos deben facilitar el acceso a la información pública; de la no discriminación, de acuerdo al que los órganos de la Administración del Estado deberán entregar la información solicitada sin exigir expresión de causa para la solicitud; de la oportunidad, conforme al cual se deben responder las solicitudes de información con celeridad y evitando trámites dilatorios; del control, de acuerdo al cual el ejercicio del derecho de acceso a la información será fiscalizado permanentemente; de la responsabilidad, conforme al cual el incumplimiento de las obligaciones impuestas a los órganos públicos originan responsabilidades y pueden dar lugar a sanciones; y de gratuidad, de acuerdo al cual el acceso a la información es gratuito. Véase Ley 20.285, de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado.

17 Véase el artículo 21 de la Ley N°20.285.

de excepciones al principio constitucional de publicidad de los actos y resoluciones públicos deben, indudablemente, ser interpretadas restrictivamente, pues aquí se juega la vigencia efectiva de un derecho fundamental como es el acceso a la información pública. En consecuencia, por una parte, nace la obligación para el órgano que invoca una de estas causales -al denegar el acceso a cierta información- de justificar plenamente su necesidad y, por otra, tratándose de conceptos jurídicos indeterminados, tales como seguridad de la Nación o interés público, debiera ser el Consejo para la Transparencia, de acuerdo a su propio estatuto jurídico, el soberano para ir dando sustancia a estos conceptos en cada caso concreto, apreciando los hechos y calificándolos, y cuidando siempre de respetar los principios generales del derecho y de motivar sus resoluciones y eventuales sanciones.

Vencer la cultura del secretismo

A pesar de que la transparencia y el acceso a la información pública son claves para cualquier proceso de indagación y rendición de cuentas, en Chile hasta ahora también primó esa 'cultura del secretismo' que predicaba la normalidad de sustraer del conocimiento de la opinión pública los actos y decisiones de sus autoridades. Nuestro país, incluso, tuvo una reacción posterior a la mayoría de los países de América Latina, pues sólo el año 2005, mediante una reforma constitucional, consagró el principio de la transparencia de la función pública de manera explícita¹⁸. Es cierto que hubo un intento previo, estableciendo similar principio y el recurso de amparo judicial correspondiente en la Ley N°19.653 de 1999, sobre Probidad Administrativa, que modificaba la Ley N°18.575, sobre Bases de la Administración del Estado, pero en esa norma el legislador incurrió en el error de habilitar el establecimiento de causales de secreto o reserva en disposiciones legales o meramente reglamentarias. Amparándose en esta potestad, en una reacción que retrata el ánimo de eludir el espíritu de la Ley de Probidad Administrativa, se procedieron a dictar innumerables decretos y resoluciones por parte de ministerios y servicios públicos que, en la práctica, sacaron del conocimiento público diversas materias de la más variada relevancia. Fue entonces, indispensable, recurrir a la consagración constitucional del principio de transparencia de la función pública, cuestión que se concretó el año 2005.

18 Antes de la reforma constitucional de 2005, y sólo fundado en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución de 1980, hubo un fallo del Tribunal Constitucional (Rol 226 de 1995) que señalaba que se encuentra implícita en la libertad de informar el derecho a recibir información.

A efectos de ejemplarizar nuestro retraso en esta materia, considérese que la Ley Fundamental sobre la Libertad de Prensa¹⁹ de Suecia consagraba similares principios, pero lo hacía ya en 1776. Este dato, que puede parecer meramente anecdótico, revela el principal problema que, a nuestro juicio, enfrentará Chile luego de dictar su propia ley de transparencia y acceso, cual es comenzar un proceso de transformación cultural que permita que estos principios permeen y se arraiguen tanto en la burocracia estatal como en la sociedad civil, el mismo proceso en el que países escandinavos como Suecia nos llevan más de doscientos años de ventaja.

Asimetría en las exigencias

Un elemento perturbador en el evidente avance que esta nueva norma significa para el mejoramiento de la transparencia del Estado, la participación de la ciudadanía y la rendición de cuentas de las autoridades, es que excusó a los poderes legislativo y judicial, además de otros órganos, de la obligación de entregar la información solicitada por cualquiera persona, así como de la tutela del Consejo para la Transparencia, particularmente de su acción de amparo frente a la denegación de acceso. A estos dos poderes del Estado sólo se les aplicará lo que dice relación con las obligaciones de transparencia activa, es decir, difundir cierta información relevante de 'motu proprio'. Se desestimaron, de esta manera, las tendencias internacionales más modernas que propician que el Ejecutivo, el Congreso Nacional y los Tribunales Ordinarios de Justicia deben tener similares deberes en un régimen de acceso a la información pública: *“Los órganos legislativos y las autoridades judiciales desempeñan funciones públicas y son financiadas con dineros públicos; las razones que llaman a la transparencia en el Ejecutivo se aplican con igual fuerza a la legislatura y a la judicatura. La transparencia máxima en estas instituciones permitirá a los ciudadanos formarse una opinión sobre su funcionamiento, fomentará la eficiencia, reducirá la corrupción y, en definitiva, aumentará la confianza pública en ellas”*²⁰.

La confianza ciudadana en los poderes del Estado, es decir, la confianza en los roles que desempeñan y en su capacidad de respuesta ante las tareas y

¹⁹ Suecia no posee Constitución, por lo que las llamadas “leyes fundamentales” son las que sientan los principios e institucionalidad básicos de su sistema jurídico político y garantizan las libertades y derechos individuales.

²⁰ Open Society Justice Initiative et al: “Briefing regarding the elaboration of a Council of Europe treaty on access to official documents”, 2006, en www.justiceinitiative.org

desafíos nacionales (lo cual expresa credibilidad en sus decisiones y no necesariamente acuerdo con ellas) es un elemento clave en el fortalecimiento de la democracia. No en vano se dice que la confianza es el ‘semáforo de las instituciones’ y aquella ha venido disminuyendo sistemáticamente en toda América Latina y también en nuestro país respecto de los poderes públicos, por lo que, a nuestro juicio, se ha desperdiciado una oportunidad para avanzar en la recuperación de esa confianza, al menos respecto de los Tribunales y del Congreso.

Con todo, esta ley tiene la suficiente capacidad como para constituirse en una herramienta jurídica de gran envergadura para estimular la probidad y la transparencia de la función pública, así como para combatir la corrupción. En efecto, su principio basal, la publicidad de los actos y resoluciones públicas, considera que toda la información de los órganos de la Administración del Estado debe ser de dominio público, a menos que su reserva se justifique en causas legales. Esta singularidad puede abrir insospechados derroteros para la participación de la ciudadanía en la indagación de la función pública, así como para fomentar incipientes demandas de rendición de cuentas que permitan asignar responsabilidades a las autoridades y altos directivos públicos, no sólo en la lógica de los tradicionales controles formales, sino también en una moderna concepción de ‘accountability’ que también considere la evaluación de los resultados e impacto de los programas y políticas públicas²¹. En esta medida, la nueva ley no sólo cubre una carencia institucional al facilitar la participación política en el proceso de adopción de las decisiones públicas, sino también puede pavimentar la construcción de mayor confianza en las instituciones públicas y, en definitiva, aportar a la credibilidad y legitimidad del sistema democrático.

21 Véase Fundación Jaime Guzmán: “Reforma del Estado y Rendición de Cuentas”, op. cit.

Partidos políticos: ¿una reforma necesaria?

• 24 de junio de 2009 •

Está en tramitación legislativa un proyecto de ley para establecer una nueva Ley Orgánica Constitucional para los Partidos Políticos, fundada en la necesidad de corregir las falencias y vacíos detectados en esta normativa y que, de acuerdo al gobierno, estarían dando lugar a un estado de crisis del sistema partidista. Sin embargo, la revisión en detalle de la propuesta presenta una serie de aspectos cuestionables que hacen dudar de si efectivamente lo que se persigue es mejorar la acción e institucionalidad de los partidos políticos o, en realidad, se pretende una suerte de uniformidad y “stalinización” de estas asociaciones.

Introducción

Durante el 2008 el ministro de Interior, Edmundo Pérez Yoma, planteó la necesidad de impulsar un nuevo proceso de reforma al Estado¹, que contemplaba una serie de iniciativas en diversos ámbitos, tales como la creación de una agencia de calidad de las políticas públicas, profundizar el sistema de alta dirección pública, instaurar una agencia de subvenciones escolares y modernizar los gobiernos corporativos de las empresas públicas, entre otras.

Si bien en el lanzamiento de esta propuesta no se mencionaron reformas de tipo político, éstas fueron consideradas en el debate. Una de las que el gobierno ya había trabajado tenía relación con el marco legal aplicable a los partidos políticos. Es así como en mayo de 2008, el Ejecutivo, aprovechando la acogida general que tuvo la idea de avanzar en la modernización del Estado, envió al Congreso un proyecto de ley para establecer una nueva Ley Orgánica Constitucional para los Partidos Políticos.

La necesidad de reemplazar la actual orgánica se fundamentaba en las fallencias y vacíos detectados en esta normativa y que, dada la experiencia concreta de ciertos casos², darían espacio al mal funcionamiento de los partidos pudiendo llegar a un estado de crisis. Al respecto, estudios de opinión pública han mostrado la desconfianza que estas instituciones generan en las personas³.



Fuente: Latinobarómetro 2008

Una breve mirada a la regulación jurídica de los partidos políticos en Chile

En la Carta Fundamental de 1925, los partidos políticos fueron mencionados por primera vez a nivel constitucional, aunque esta referencia no tiene ninguna relación con el ordenamiento jurídico que les pudiera ser aplicable⁴. No es hasta 1958 que los partidos fueron incluidos por primera vez en la Ley General de Elecciones, que les dio reconocimiento legal a los partidos que ya existían, les confirió la calidad de representantes exclusivos de la ciudadanía y se fijaron por primera vez las normas para la creación de nuevos partidos, partiendo por el patrocinio de tres mil ciudadanos⁵. Aun cuando la legislación siguió desarrollándose y en 1962 se promulgó una nueva Ley General de Elecciones⁶ que extendió las exigencias para la formación de partidos políticos, normó su funcionamiento y los dotó de personalidad jurídica, no es hasta finales de los años '80 donde se concreta realmente la regulación jurídica de los partidos en Chile.

A modo de resumen, la Constitución de 1980 definió el marco normativo general que regularía la creación y funcionamiento de los partidos políticos, reconociendo de paso la relevancia que estos órganos tienen para el sistema político al asignarle el quórum de ley orgánica constitucional a la norma que específicamente los regiría. Esta última corresponde a la Ley N° 18.603, promulgada el 11 de marzo de 1987. Desde esa fecha al día de hoy, se han promulgado sólo seis leyes que modifican la LOC de Partidos Políticos⁷, lo

1 En el seminario de ICARE, realizado el 8 de abril de 2008, Edmundo Pérez Yoma presentó en su exposición el documento “El Estado que Chile necesita”, base de las propuestas que buscaba impulsar para la nueva agenda de Modernización del Estado. Disponible en www.interior.gov.cl

2 En este sentido, cabe recordar que el trabajo de reforma a la ley de partidos políticos por parte del gobierno, se da en el contexto de los conflictos internos de estas colectividades surgidos de casos como los de Adolfo Zaldívar y Fernando Flores, la renuncia a su militancia de varios diputados de la Democracia Cristiana y el Partido Por la Democracia, el voto de diputados y senadores concertacionistas contrarios a los acuerdos o declaraciones de sus partidos, por tomar algunos ejemplos.

3 Ver también “Encuesta Nacional sobre Partidos Políticos y Sistema Electoral marzo-abril 2008”, Cieplan, Libertad y Desarrollo, PNUD, Proyectamérica y CEP.

4 En efecto, la Constitución de 1925, en su artículo 25 establecía lo siguiente: “En las elecciones de Diputados y Senadores se empleará un procedimiento que dé por resultado en la práctica una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y de los partidos políticos.”

5 García, Juan Ignacio, “Regulación Jurídica de los Partidos Políticos en Chile”, en “Regulación Jurídica de los Partidos Políticos en América Latina”, Zovatto, Daniel, Coordinador; editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y International IDEA, México, 2006

6 Ley N° 14.852, General de Elecciones de 1962.

que refleja la estabilidad y consenso que ha existido esencialmente en torno a este marco regulatorio.

Propuestas del proyecto de ley orgánica constitucional de partidos políticos⁸

Al momento de presentar el proyecto de ley que reemplaza la Ley N° 18.603⁹, el gobierno indicó que dado el escenario histórico en el cual fue concebida dicha ley y las falencias que ha demostrado tener de acuerdo a las circunstancias vividas en los últimos años, es necesario darle al país una nueva regulación a los partidos que se condiga con el actual desarrollo político que posee Chile. En este sentido, los problemas que se identifican serían: rol restringido de los Partidos Políticos, burocracia para admitir nuevas afiliaciones, falta de transparencia, falta de democracia interna, ausencia de formalidad en la toma de decisiones, controles deficientes, excesiva centralización e indis-

7 Detalle de las seis modificaciones: A) Ley N° 18.799, que modifica leyes orgánicas constitucionales N°18.603 y N°18.700: modificó el artículo 16, derechos que correspondan a los partidos políticos en materia de elecciones y de plebiscitos; el artículo 26, facultades del Consejo General de los partidos; el artículo 29, pronunciamiento de los afiliados sobre las proposiciones del Consejo General; el artículo 31, definición de candidatos en el marco de un pacto electoral; y el artículo 42, conteo de votos en caso de pacto electoral; B) Ley N° 18.905, que modifica la Ley N° 18.603, orgánica constitucional de los Partidos Políticos: modificación del artículo 8°, prohibición del uso de cierto elementos como nombre, lema o símbolos de partidos políticos; del artículo 9°, procedimiento de los afiliados para solicitar copia de la nómina de militantes de su partido; del artículo 18, condiciones y limitaciones para la afiliación; del artículo 23, incompatibilidades para ejercer cargos de dirección en un partido político, y del artículo 47, condiciones y sanciones que configuran la intervención de los partidos en cuerpos intermedios de la sociedad; C) Ley N° 18.963, que modifica las leyes 18.695, 18.603, 18.700, 18.556 y 18.460: prohibición a los partidos políticos de participar en los plebiscitos comunales a que se refiere la Constitución; D) Ley N° 19.806, sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno al proyecto de Código Procesal Penal y a la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público: incluyó la referencia al Ministerio Público en la LOC de Partidos Políticos; E) Ley N° 19.527, que modifica el N° 2 del Artículo 42 de la Ley N° 18.603, Orgánica Constitucional de Partidos Políticos: introdujo cambios en las situaciones que dan lugar a la disolución de un partido, específicamente, en el caso de no alcanzar el 5% de los sufragios en la elección de Diputados en las condiciones que establece el artículo 42; F) Ley N° 19.884, sobre transparencia, límite y control del gasto electoral: incorporó los conceptos definidos en la ley de gasto electoral a la LOC de Partidos Políticos.

8 Cabe destacar que en el proyecto finalmente presentado por el Ejecutivo se descartó la inclusión de normas relativas al financiamiento público de los partidos políticos, por lo que no es tratado en el presente documento. Sin embargo, sobre la materia puede consultarse el N°9 de Ideas & Propuestas “¿Por qué y cómo financiar a los Partidos Políticos?”. Disponible en www.fjguzman.cl.

9 Mensaje N° 218-356, Proyecto de Ley que establece una nueva Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, Boletín 5887-06, págs. 17-21.

plina y fragmentación partidaria. Para enfrentar estos problemas, el proyecto de ley plantea una serie de modificaciones que se analizan a continuación.

a. Naturaleza jurídica:

La Ley N° 18.603 define a los partidos políticos como asociaciones voluntarias dotadas de personalidad jurídica. El proyecto de ley propone agregar que son asociaciones permanentes y que tienen personalidad jurídica de derecho público. De este modo, son dos los cambios planteados: establecer que los partidos, además de voluntarios, son asociaciones permanentes. Al respecto, cabe señalar que en tanto no ocurra la fusión o disolución de un partido, se entiende que mantiene reconocimiento legal, personalidad jurídica y está en funcionamiento, por lo que explicitar que son asociaciones permanentes resulta una acción declarativa, en el sentido de que se trata de organizaciones cuyo tiempo de duración es indefinido, distinguiéndolas, por ejemplo, de las sociedades de personas que tienen un plazo de duración determinado, por extenso y renovable que éste sea.

En cuanto a la dotación de personalidad jurídica de derecho público, esta definición puede resultar compleja, puesto que éstas sólo pueden crearse o disolverse por ley, mientras que las personas jurídicas de derecho privado surgen o se extinguen por la voluntad de las personas que las crearon. Al tener que sujetarse al derecho público, el marco jurídico que se les aplicaría a los partidos es rígido, ya que sólo podrían realizar lo que expresamente señale la ley, obligando con ello a una minuciosa definición de lo que les está permitido.

b. Actividades permitidas:

La Ley N° 18.603, establece una serie de actividades que tienen permitidas los partidos políticos, como obtener para sus candidatos el acceso constitucional a los cargos públicos de elección popular, presentar sus declaraciones de principios y sus políticas y programas, y cooperar, a requerimiento de sus diputados y senadores, en sus labores. El proyecto de ley propone agregar las siguientes actividades: a) Contribuir a la promoción de los derechos y libertades fundamentales y al desarrollo de las instituciones democráticas; b) Estudiar y debatir los problemas de la vida política, económica, social y cultural, a nivel nacional e internacional; c) Constituir pactos o subpactos electorales, coaliciones o alianzas políticas, con otros partidos políticos; d) Asociaciones con partidos extranjeros o integrar federaciones internacionales de partidos; e) Crear o participar en corporaciones y/o fundaciones, centros de estudio y otras asociaciones voluntarias, cuyo objeto sea compatible con las actividades

permitidas a los partidos políticos; f) Mantener medios de comunicación; g) Establecer formas de colaboración con entidades públicas y privadas con respeto por la autonomía y por la independencia mutuas. La colaboración entre partidos políticos y entidades públicas sólo puede tener lugar para efectos específicos y temporales. Las entidades públicas están obligadas a un tratamiento no discriminatorio ante todos los partidos políticos.

El gobierno ha señalado la necesidad de introducir estos cambios por lo acotada y rígida que es la actual ley. Sin embargo, al tener hoy la calidad de derecho privado, los partidos están impedidos de hacer solo lo que la ley expresamente les prohíbe. Así, en la práctica, la ley es una especie de guía y no una enumeración inflexible. Tanto es así que muchas de las acciones o actividades que se proponen agregar hoy ya son realizadas por los partidos, como las señaladas en las letras b), c) y d). La novedad se encuentra en cierta medida en las letras e), f) y g), que podrían resultar en una ampliación real de las actividades que realizan los partidos políticos. Sobre la letra f) cabe señalar que recoge una situación que antaño era común en la práctica, aunque la propiedad del medio de comunicación a veces la detentaba un grupo de personas afines al partido; lo relevante aquí es que la propiedad sobre el medio, particularmente prensa escrita, sea transparente.

c. Ámbito de acción:

La Ley N° 18.603 establece que cada partido político solo actúa en las regiones donde esté legalmente constituido. El Proyecto de ley propone establecer cobertura nacional de los partidos políticos, facilitando la representación de los partidos políticos, ya que independiente de si actúan en un ámbito territorial acotado, con su sola constitución e inscripción tendrán cobertura nacional. Aun cuando puede entenderse esta propuesta como un medio de dar igualdad de oportunidades a los partidos, se torna compleja por los incentivos al multipartidismo que conlleva, lo que no es algo que de por sí favorezca a la democracia, pues puede beneficiar el surgimiento de caudillos que con apenas una representación local podrán actuar en cualquier parte del territorio nacional.

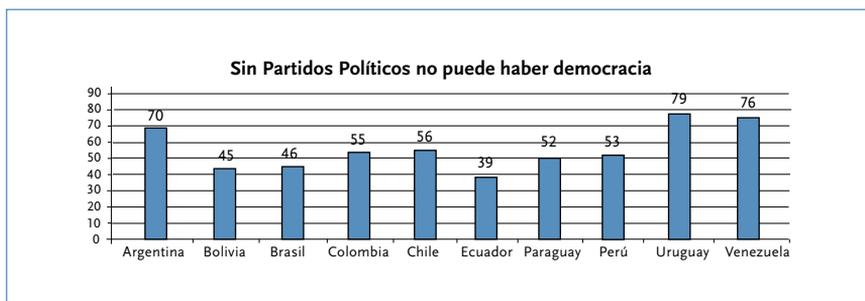
Cabe agregar que, en otros cambios propuestos, se reduce la cantidad de ciudadanos afiliados que se exige para la inscripción de los partidos políticos y la cantidad de regiones en que debe constituirse, lo que hace que la aplicación de todas estas normas en conjunto resulte más cuestionable aún.

d. Principios que regulan la acción de los partidos políticos:

La Ley N° 18.603 señala que los partidos deberán siempre propender a la defensa de la soberanía, independencia y unidad de la Nación y contribuir a preservar la seguridad nacional, los valores esenciales de la tradición chilena y la paz social. No podrán subordinar su acción a organizaciones políticas foráneas o internacionales, ni a gobiernos o intereses extranjeros. No podrán intervenir en el ejercicio de las atribuciones exclusivas de las autoridades que la Constitución y las leyes establecen, en el funcionamiento de las organizaciones gremiales u otros grupos intermedios ni en la generación de sus dirigentes.

El proyecto de ley propone establecer como principios reguladores de los partidos políticos los siguientes: voluntad de afiliación, independencia, publicidad o transparencia, libertad de información, democracia interna, libertad organizativa, formalidad, responsabilidad, bien común, no monopolización de la participación ciudadana y no discriminación. Es decir, recoge parte de los principios vigentes para los partidos, haciendo una numeración taxativa de ellos y agrega algunos.

El problema es que parte de lo que se propone se contradice con otras normas que fija el proyecto, especialmente con principios como la independencia y libertad organizativa. En efecto, la propuesta del gobierno impone una serie de reglas que impiden la práctica efectiva de la autonomía en la toma de decisiones. Por lo tanto, se considera que es necesario armonizar ambas cuestiones (principios y reglas prácticas) aunque se destaca la necesidad de sumar el principio de transparencia, el que actualmente no está incluido.



Fuente: Latinobarómetro 2008

e. Oposición a partido político en formación:

La Ley N° 18.603 regula un procedimiento para que terceros se opongan a los partidos políticos en formación y partidos políticos inscritos. El proyecto de ley propone eliminar toda posibilidad de oponerse.

Los fundamentos que entrega el gobierno en el proyecto de ley no ahondan en la necesidad de eliminar la facultad de oposición a la creación de un partido político, lo que conlleva la responsabilidad total del director del SERVEL sobre la determinación de inscribir o no a un partido. Sin embargo, se cree atendible que exista el procedimiento de oposición -sin perjuicio de que pueda perfeccionarse- entendido como un instrumento de control ciudadano sobre los partidos en formación. Por lo demás, la ley actual define un procedimiento claro y acotado y con las características jurídicas necesarias para que se cumpla con un debido proceso.

f. Publicidad de lista de afiliados:

La Ley N° 18.603 determina una publicidad relativa. Sólo tiene derecho a pedir la nómina una persona afiliada al partido¹⁰. El proyecto de ley propone establecer la plena publicidad. Cualquier persona podrá acceder a la nómina publicada en el sitio web del SERVEL y en el de los propios partidos políticos¹¹.

La propuesta del proyecto de ley sería consecuente con el principio de transparencia que se ha promovido en Chile, pero su análisis en profundidad da espacio al cuestionamiento de esta medida. Primero, porque la militancia en un partido político es una forma de ejercer el derecho constitucional de asociación y puede darse de manera activa¹² o pasiva¹³. El problema se da entre quienes se encuentran en el segundo caso y por diferentes motivos mantienen

10 Esta disposición deriva de la norma que establece el artículo 19° numeral 15 inciso quinto de la Constitución Política, por lo que se trata de un mandato constitucional.

11 Implica reforma a la Constitución, la que se ha incluyó en el proyecto de ley sobre calidad de la política, boletín 4716-07. Sin embargo, este proyecto se encuentra en tercer trámite en la Cámara de Diputados y en la sala del Senado fue rechazada la modificación para establecer la publicidad absoluta de los registros de afiliados de los partidos políticos, por lo que la modificación propuesta en el proyecto en informe se mantiene como inconstitucional.

12 Entendida como aquella en que la persona ocupa cargos al interior de la colectividad o a través de elecciones populares o designaciones. Es decir, realiza acciones visibles y públicas ante el resto de los militantes o demás personas.

13 Entendida como aquella donde no hay más acciones que el pago de cuotas, asistencia a actividades internas o que se agotan en el acto de suscripción de la militancia.

su militancia como parte de su vida privada. En dichos casos, no sería factible obligarlos a que su situación de militancia sea pública, ya que ello no sólo podría vulnerar garantías constitucionales, sino porque la propia Ley N° 20.085 de acceso a la información pública, establece que es causal de reserva que la publicidad de una determinada información afecte a un tercero, la que podría aplicarse al caso de la militancia. Obviamente, esto conduciría a que previo a la publicación de las nóminas se requiera el consentimiento expreso de cada uno de los militantes de cada partido o bien que, una vez publicadas, se presente una avalancha de reclamos para exigir la reserva de su información.

Por otra parte, no se debe dejar de lado el abuso que se pueda cometer mediante la publicación de estas nóminas, como filtrar candidatos a un trabajo público o privado, o dar el acceso preferente a beneficios o subsidios, o a otro tipo de intervenciones del todo condenables y, lo más peligroso, muy difíciles de demostrar.

En este sentido cabe sopesar cuál es el aporte efectivo que conlleva la publicidad de estas listas o el interés público que la justifica, lo que parece difícil de definir positivamente. Por lo demás, en los casos particulares en que es necesario conocer la situación de militancia, la ley contempla normas para que el SERVEL las resuelva¹⁴.

g. Órdenes emanadas de partidos políticos:

La Ley N° 18.603 prohíbe las órdenes de partido a los funcionarios de los servicios públicos que sean de la exclusiva confianza del Presidente de la República y las órdenes o recomendaciones de votación a sus senadores y diputados. El proyecto de ley, en cambio, propone que los partidos políticos puedan dar órdenes a sus militantes senadores o diputados, aunque restringiéndolas a los asuntos en que se encuentren directamente comprometidos los principios, el programa o la línea política del partido político. No podrán darse órdenes de partido en aquellas materias en que la Constitución establezca que el voto del diputado o senador deba ser emitido en conciencia.

El gobierno ha argumentado que existe la necesidad de incentivar la disciplina interna en los partidos y evitar situaciones en que sus representantes en

¹⁴ Por ejemplo, pueden señalarse los casos en que ciertas autoridades públicas no puedan ser militantes, para verificar que no haya doble militancia, para definir quienes tienen derecho a participar en las elecciones primarias cerradas de un partido o coalición, etc.

el Congreso tomen posiciones o ejerzan votos distintos a lo que promueven las autoridades partidarias¹⁵. Sin embargo, ello es cuestionable desde el punto de vista democrático y del ejercicio de la representación, ya que esta medida reduce la actividad de los congresistas a la mera réplica de lo que el partido mande, sin considerar ni a la persona que efectivamente obtuvo el cargo ni a la representación que pueda hacer en el ejercicio de éste de los habitantes de su distrito o circunscripción¹⁶, lo que no resulta en una expresión real del sistema democrático, donde la disciplina interna de los partidos políticos es importante, pero no superior al ejercicio de la representación de los electores. Por otra parte, este criterio daría por sentado que los ciudadanos al votar sólo responden al partido político y no a las personas que postulan, lo que no es así en la práctica.

h. Uniformidad organizacional:

La Ley N° 18.603 fija los órganos internos mínimos que deben existir, su composición básica y su forma de designación, entregando al estatuto partidario la definición de la estructura general. El proyecto de ley, en tanto, propone establecer la uniformidad en la integración orgánica de los partidos políticos, los que estarán integrados por una Directiva Central, un Consejo General Nacional, Directivas y Consejos Regionales, Directivas y Consejos Distritales, Tribunales de Disciplina Regionales y un Tribunal Supremo.

El gobierno considera que esta medida es una forma efectiva de facilitar la participación, control y comparación de los partidos políticos, pero en realidad es la uniformidad administrativa de los partidos, contradiciendo los principios de autonomía e independencia que debe poseer cualquier asociación voluntaria. Tener una estructura única no hace más que impedir la libertad de los afiliados de definir cuál es la forma de organizarse que más se adecúa a sus intereses y fines específicos.

15 Resulta inevitable mencionar como ejemplo el caso que involucró al senador Adolfo Zaldívar, que fue expulsado de la Democracia Cristiana por votar de manera distinta al partido en un proyecto vinculado al Transantiago y que motivó también la desvinculación de varios diputados DC como reproche a su decisión, la que en todo caso era ilegal de acuerdo a la LOC de Partidos Políticos.

16 Esto podría implicar un absurdo tal que sería lo mismo que en las elecciones se resuelva la proporción de votos que corresponda a cada partido para completar los 120 escaños de la Cámara y los 38 del Senado, sin necesidad de tener más que un solo representante que represente el voto-partido.

i. Descentralización de la estructura orgánica:

La Ley N° 18.603 define que la estructura partidaria se subdivide sólo hasta el nivel regional y determina funciones esencialmente ligadas a la selección de candidaturas locales. En el proyecto de ley se propone que la estructura partidaria siga el modelo de división política del país, existiendo instancias a nivel distrital y por circunscripción senatorial, entregándoles funciones de supervigilancia y organización de la actividad partidaria en las zonas de su competencia.

Aunque es positivo impulsar la descentralización de los partidos políticos, nuevamente se cae en la intromisión del Estado en lo que debe ser la autodeterminación de los partidos políticos. Ésta debe ser una política de fomento y no de obligación. Por lo demás, esta medida no es clara respecto a los partidos que no poseen cobertura nacional, por lo que se les estaría obligando a tener una estructura que abarque más allá del campo de acción que tienen o que le interesa tener al partido.

j. Votaciones y elecciones internas de los partidos políticos:

La Ley N° 18.603 entrega al estatuto de cada partido la definición de qué sistema de elección se utilizará, aunque se señala que la determinación la hará el Consejo General, respecto a los distintos cargos internos o de elección popular. El proyecto de ley propone que corresponda a los afiliados pronunciarse sobre las declaraciones de principios y programas partidarios, proposiciones de alianzas, pactos y subpactos electorales y fusión con otro(s) partidos(s). Propone establecer que los cargos de los órganos internos del partido y los candidatos a cargos de elección popular serán elegidos democráticamente bajo los principios de igualdad de derecho y valor igualitario del voto (un militante un voto). Propone la elección periódica de las autoridades nacionales, regionales y distritales a través de votación directa y regula un sistema de primarias internas, estableciendo en el Tribunal Disciplinario Regional el procesamiento de las reclamaciones en primera instancia y en el Tribunal Supremo en segunda instancia. También se propone que el SERVEL colabore en la realización de votaciones internas de los partidos políticos que lo soliciten, proveyendo de los materiales para llevarlas a cabo a costas del Estado y que el TRICEL deberá señalar en cada período constitucional una única fecha para la realización de elecciones de partidos.

El proyecto de reforma constitucional sobre calidad de la política (boletín 4716-07), que se encuentra actualmente en tercer trámite constitucional en la Cámara

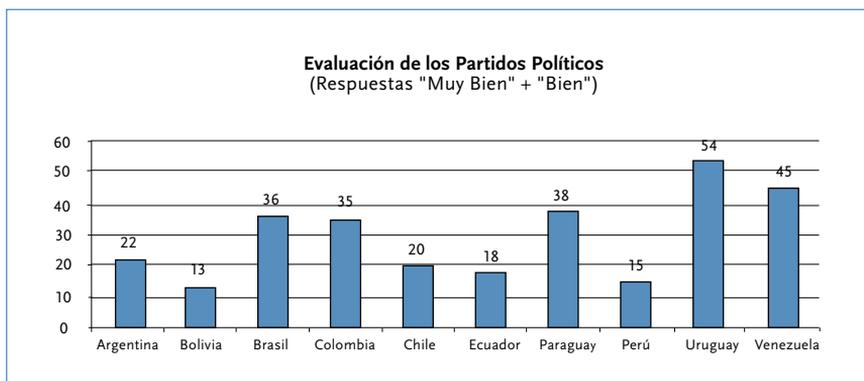
de Diputados incorpora la realización de primarias internas para los partidos políticos, con carácter voluntario y regulado mediante ley orgánica constitucional.

Cabe señalar que el sistema de primarias que se establece en la ley orgánica que se propone apunta a elecciones cerradas y obligatorias. Sobre lo primero, se debe considerar que este podría ser más adecuado como mecanismo de decisión interna de los partidos, siendo la alternativa el que sean abiertas, que si bien implica un espacio de participación más amplio, también aumenta los costos de la actividad política, exige un mayor gasto electoral y mayor inversión de tiempo y recursos, en desmedro de las demás actividades partidarias.

Conclusión

Sólo en la segunda mitad del siglo XX los partidos políticos en Chile fueron considerados en la legislación y sólo con la Constitución de 1980 se dio lugar a su regulación jurídica a través de la Ley N° 18.603, que destaca por la solidez que ha tenido, dando la certeza necesaria para el desarrollo de la actividad partidista en el país.

La propuesta del gobierno de reemplazar esta legislación responde más bien a problemas puntuales que se han presentado en algunos partidos en el último tiempo y a la creciente alarma que ha llevado a algunos a anunciar la crisis del sistema de partidos chileno. Sin embargo, la mala evaluación que reciben estas asociaciones por parte de las personas es sólo un reflejo de muchos otros problemas que enfrenta el sistema político en general y que se manifiestan con más fuerza sobre los partidos. Por lo demás, los niveles de evaluación de los partidos chilenos son muy similares a los de muchos otros países y las personas siguen identificando a los partidos como los canales de representación política y electoral más relevantes y como parte importante de la democracia.



Fuente: Latinobarómetro 2008

Si bien el proyecto de ley presentado por el Gobierno durante 2008 se ha catalogado como una reforma profunda al marco regulador de los partidos políticos, gran parte de la legislación vigente se mantiene exactamente igual, lo que pone en duda que se trata de una real innovación en la materia. Respecto a los cambios que sí se introducen, la modificación en la calidad de la personalidad jurídica, que pasa de derecho privado a ser de derecho público es explicado como un medio de facilitar la acción de los partidos políticos, pero en la práctica resulta ser todo lo contrario, pues al tener el carácter de derecho público quedan sujetos exclusivamente a lo que la ley expresamente les permita realizar. Asimismo, existen normas que imponen estructuras de organización, administración, información y funciones que resultan ser muy restrictivas, impidiendo el debido ejercicio de la autonomía de las asociaciones para cumplir sus fines específicos.

También se presentan varias normas que significarían la reducción de los requisitos para crear un partido político, lo que siendo positivo para facilitar la participación de más ciudadanos a través de la formación de este tipo de asociaciones, conlleva ciertos riesgos, como el fomento al multipartidismo y los caudillismos, que pueden conducir a la inestabilidad política.

Un punto especialmente destacable son las normas de transparencia, las que pueden favorecer el conocimiento y participación de la ciudadanía respecto a los partidos políticos, y con ello aumentar los niveles de confianza que ellos generen.

En definitiva, luego de revisar y analizar las principales modificaciones propuestas por el proyecto, se considera que presenta una serie de aspectos cuestionables que hacen dudar de si efectivamente lo que se persigue es mejorar la acción e institucionalidad de los partidos políticos o, en realidad, se pretende una uniformidad y una suerte de “stalinización” de estas asociaciones, en la medida que se avanza hacia la fijación de una estructura única de organización y, además, hacia un control centralizado ejercido por el SERVEL.

Financiamiento privado de la política¹

• 8 de julio de 2009 •

En Chile el financiamiento de la política combina fuentes privadas y públicas. El privado proviene de los aportes periódicos o esporádicos de militantes o simpatizantes y de personas jurídicas con fines de lucro. Proponemos extender la facultad de donar dinero a la política en cualquier tiempo, dentro o fuera de períodos de campaña electoral, y para financiar tanto el gasto electoral como el gasto corriente de los partidos, a todas las personas jurídicas chilenas, tengan o no fines de lucro, que no sean empresas del Estado o en las que éste participe, y que tampoco sean instituciones que reciban o hayan recibido transferencias, aportes o subsidios del Estado. Además, se proponen mecanismos que incentiven estos aportes en los períodos en los que no hay campañas electorales.

Los partidos políticos juegan un rol indispensable e insustituible en el sistema político democrático representativo. En efecto, contribuyen a captar y dar forma a las demandas de la ciudadanía, canalizándolas frente al Estado; generan ideas y opiniones, participando en la deliberación y formulación de prioridades y políticas públicas e influyendo en la acción del Estado para la consecución del bien común; participan en la administración del disenso y la diversidad, expresando el pluralismo político; elaboran programas políticos, seleccionan y preparan candidatos a cargos públicos; concurren a la formación y a la manifestación de la voluntad popular, fomentando la participación política; y contribuyen a la educación cívica y aumentan los niveles de conocimiento e interés por las cuestiones públicas de la ciudadanía al promover elecciones competitivas y transparentes.

Todos estos roles constituyen bienes valiosos que hacen posible un proceso político pluralista, participativo y representativo en la formación de la voluntad popular y permiten que el ejercicio de la competencia política y electoral democrática se desarrolle en un marco de respeto a las reglas institucionales previstas, es decir, con apego a las normas que caracterizan un estado de derecho democrático constitucional. Estas contribuciones que realizan los partidos al proceso político justifican que se otorguen los incentivos adecuados para que ellos puedan atraer financiamiento privado.

En Chile actualmente está vigente un modelo de financiamiento de los partidos políticos de carácter mixto, es decir, que combina fuentes privadas y públicas. El financiamiento privado que los partidos obtienen proviene de los aportes periódicos o esporádicos de personas naturales –militantes o simpatizantes- y de personas jurídicas con fines de lucro.

En este trabajo nos centraremos en el financiamiento privado, proponiendo extender la facultad de donar dinero² a la política en cualquier tiempo, dentro o fuera de períodos de campaña electoral, y para financiar tanto el gasto electoral como el gasto corriente de los partidos, a todas las personas jurídicas

1 La Fundación agradece las sugerencias a este documento formuladas por el “grupo de estudios sobre alternativas de financiamiento de la política”, integrado por el Centro de Estudios Públicos, el Instituto Libertad y Desarrollo, el Instituto Libertad y la Fundación Jaime Guzmán. De manera especial agradece los aportes realizados por Salvador Valdés Prieto.

2 Se propone mantener la actual prohibición a las personas jurídicas de todo tipo, de donar especies (publicidad, bienes, servicios) a partidos políticos y candidatos, debido a las dificultades de fiscalización.

chilenas, tengan o no fines de lucro, que no sean empresas del Estado o en la que éste o sus instituciones participen, y que tampoco sean instituciones que reciban o hayan recibido transferencias, aportes o subsidios del Estado. Además, se proponen mecanismos que incentiven estos aportes en los períodos en los que no hay campañas electorales.

Actualmente, las personas jurídicas sin fines de lucro, sea que estén integradas por personas naturales o por otras personas jurídicas, están excluidas de donar a las campañas electorales. Esta no es una prohibición absoluta, pues no se les prohíbe aportar a los partidos políticos en general sino sólo realizar aportes electorales durante las campañas, pero tampoco tienen incentivos para realizar esos aportes fuera de períodos de campaña porque, en ese caso, sus donaciones cuyo monto supere las 30 UTM quedan afectas al pago de impuestos (por ejemplo, el impuesto a las herencias y donaciones establecido por la Ley N°16.271) y sobre todo, al engoroso y lento trámite de insinuación de las donaciones³.

En efecto, el artículo 26 de la Ley N°19.884 prohíbe los aportes de campaña a las personas jurídicas sin fines de lucro. En la práctica, prohibió donar a los sindicatos, colegios profesionales, asociaciones de funcionarios públicos, asociaciones para promover temas específicos, tales como el derecho a la vida o la protección del medio ambiente.

Del mismo modo, las personas jurídicas con fines de lucro sufren fuertes gravámenes cuando donan a la política por vías regulares, pues dichas donaciones deben cumplir los engorrosos trámites exigidos por la Ley N°16.271, sobre Herencias y Donaciones, y no son consideradas un gasto necesario para producir la renta. Sólo en 2003 fueron desgravadas las donaciones de las personas jurídicas a los candidatos y partidos políticos, pero únicamente de aquellas que tributan en primera categoría sujetas a renta efectiva y en base a contabilidad completa (Ley N°19.885, artículos 1 y 8), logrando un decisivo avance hacia la transparencia del financiamiento político. Pero las demás personas jurídicas continúan en el gravoso régimen que rigió para todas hasta el año 2003.

Se estima que esta prohibición y estos gravámenes son discriminatorios. Ellos han limitado en exceso el ejercicio del derecho de asociación para expresar posiciones sobre temas públicos, para los chilenos que se han asociado en

³ Véase el artículo 36 de la Ley N°18.603, Orgánica Constitucional de Partidos Políticos.

dichas personas jurídicas por razones históricas o de otro orden. El derecho a asociarse en forma indirecta, a través de dos o más capas de personas jurídicas, es también el sustento de la actual autorización a las empresas que tributan en 1ª categoría, sujetas a renta efectiva y en base a contabilidad completa, a donar a la política.

Además, la prohibición y gravamen tienen el efecto de estimular el financiamiento ilegal de las campañas por parte de aquellas personas jurídicas que estén decididas a influir y, eventualmente, la formación de bancadas parlamentarias “capturadas”, es decir, integradas por parlamentarios financiados para defender un interés económico particular. En este caso, la informalidad ciertamente que alienta la corrupción.

En el plano práctico, proscribir donaciones dificulta perseguir los aportes clandestinos. Cuando todos los aportes son clandestinos, todos los candidatos y partidos comparten el interés en que no se fiscalice. En cambio, cuando existen vías legales de donación, una fracción sustancial de los políticos intenta liberarse de esos aportes. Al romperse la unanimidad, se hace posible fiscalizar. También se hace posible aplicar topes, evitar triangulaciones y exigir protecciones contra la corrupción. Proscribir todo es volver a fojas cero.

Se propone autorizar a estas entidades a donar dinero, pues ello presiona a favor de la formalización del financiamiento político y el término del financiamiento clandestino. Para evitar triangulaciones y evasión fiscal se proponen topes, menos severos para las asociaciones de personas naturales y más estrictos para las demás, dándoles en este segundo caso un tratamiento equivalente al que actualmente reciben las empresas autorizadas para donar.

1) Permitir donar a la política a las personas jurídicas sin fines de lucro cuyos socios sean personas naturales.

Es decir, se permitiría donar dinero a la política, entre otras, a los sindicatos, colegios profesionales y asociaciones gremiales integradas por personas naturales, y a toda otra asociación de personas naturales cualquiera sea la idea que promueva o defienda.

Para las asociaciones de personas naturales se propone exigir:

a) Que se les extienda la prohibición del artículo 25 de la Ley N°19.884, es

decir, que la asociación donante no haya recibido subvenciones o aportes del Estado que representen más del quince por ciento de sus ingresos en cualquiera de los dos últimos años calendarios; que no hayan contratado con él o sus órganos la provisión de bienes, la prestación de servicios o la realización de obras por un monto que represente un porcentaje superior al 40% del total de su facturación anual en el respectivo año calendario o en alguno de los dos años calendarios precedentes; y que no se encuentre postulando a licitaciones públicas o privadas con algunos de los organismos anteriores si el monto de la licitación representa un porcentaje superior al 40% del total de su facturación anual en cualquiera de los dos años calendario inmediatamente anteriores.

- b) Que la asociación se registre como donante potencial ante el SERVEL:
- A lo menos el año anterior a aquél en que ocurran las donaciones.
 - Presenten registros contables auditados por especialistas inscritos en el registro de auditores de la Superintendencia de Valores y Seguros, para dos años calendario consecutivos recientes.
 - Estos estados financieros deben incluir información suficiente para determinar cuál habría sido el tope a su donación anual a la política en caso de haber cumplido los demás requisitos para hacerlo.
 - Comprometerse a continuar presentando dicha información sobre bases comparables, mientras continúe inscrita en este registro.
 - La lista de personas jurídicas que integren este registro sería pública, al igual que el número de sus asociados personas naturales y, en el caso de personas jurídicas que también sean socias de la asociación, la identidad de dichas personas y las de todas las personas naturales que integren su órgano de administración.

c) El tope a la suma de todas las donaciones a partidos y eventualmente a candidatos sería igual al menor valor entre el 50% de la cuantía de las cuotas acumuladas en el trimestre y 3 UTM por trimestre, recibidas de “socios activos” en el mismo año calendario en que se realiza la donación⁴.

d) Se propone que una persona natural obtenga el carácter de “socio activo” de una asociación para estos efectos si:

⁴ Este diseño permite que los socios activos aumenten sus aportes durante una elección, pero no demasiado porque al menos el 50% quedará en manos de la asociación. También elimina el riesgo de blanqueo de donaciones de terceros, pues el costo administrativo de simular miles de socios activos durante varios trimestres (nótese que el tope es trimestral) consumiría muchos recursos y elevaría el riesgo de ser descubierto.

- Tiene derecho a votar en Chile; pues sería incoherente con la prohibición constitucional a los aportes de extranjeros permitir que una persona jurídica constituida en Chile, pero con miles de socios activos extranjeros, pueda financiar las campañas que seleccionan a las autoridades chilenas.
- Ha votado en la última elección interna de la asociación⁵. Sin esta exigencia, se podría pedir el RUT prestado a la gente para crear asociaciones falsificadas con el fin de transferir donaciones de unas pocas grandes empresas o de sindicatos financiados desde el exterior.

e) Para efectos de informar a los asociados, que en muchos casos podrían exhibir diversidad de preferencias políticas, se propone exigir los mismos requisitos que hoy se aplican a las donaciones de empresas que tributan en 1º categoría sujetas a renta efectiva y en base a contabilidad completa⁶:

- Que la asociación informe en su memoria anual el monto global donado a partidos y candidatos en el año respectivo, en forma separada de las demás donaciones que haga.
- Identidad de los partidos y candidatos beneficiarios. Si la directiva elige donar usando la vía pública, se divulgará cuánto donó a quién. En cambio, si elige donar por la vía reservada, solo la directiva sabrá esta información y tendrá prohibición de divulgarlo. En la vía reservada basta con que un miembro de la directiva se oponga a una donación, y deje dicha oposición en acta, para bloquear esa donación en la práctica. Por eso, la vía reservada asegura la aceptabilidad de la donación.

f) Transmitir siempre sus aportes por medio de depósitos en cuentas del Servicio Electoral, sea que elijan la vía de carácter público (para las donaciones que superan las 600 UF o \$12,6 millones) o la vía reservada⁷.

¿Qué significan estas condiciones? Por ejemplo, para el colegio profesional más grande de Chile, que cuenta con 50 mil socios pagando cuotas, si ellas alcanzaran en promedio a \$1.500 pesos al mes en un año electoral, este tope alcanzaría a \$450 millones en ese año. Esta es una cifra significativa, pero es

5 Verificar el cumplimiento de estas condiciones sería una nueva labor del Servicio Electoral. En el caso de los sindicatos, se encargaría a la Dirección del Trabajo colaborar en este control, pues ya envía delegados a esas elecciones.

6 Así se mantiene un tratamiento igualitario entre distintos tipos de personas jurídicas.

7 Estas vías de donación están diseñadas para dificultar la corrupción, sea por medio de la vigilancia de los medios de comunicación en el caso de las grandes donaciones o porque al ser reservadas el donante no puede demostrar que donó lo prometido.

razonable para una organización con tantos socios activos. Y podría ser replicada por asociaciones pro vida o ecológicas, siempre que recluten a personas naturales en números comparables.

2) Permitir donar a la política a las personas jurídicas sin fines de lucro cuyos socios son otras personas jurídicas.

Es decir, se permitiría donar dinero a la política, entre otras, a las fundaciones, corporaciones, confederaciones de sindicatos y gremios, asociaciones de personas jurídicas y empresas.

Sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Que se les extienda la prohibición del artículo 25 de la Ley N°19.884, es decir, que la asociación donante no haya recibido subvenciones o aportes del Estado que representen más del quince por ciento de sus ingresos en cualquiera de los dos últimos años calendarios; que no hayan contratado con él o sus órganos la provisión de bienes, la prestación de servicios o la realización de obras por un monto que represente un porcentaje superior al 40% del total de su facturación anual en el respectivo año calendario o en alguno de los dos años calendarios precedentes; y que no se encuentre postulando a licitaciones públicas o privadas con algunos de los organismos anteriores si el monto de la licitación representa un porcentaje superior al 40% del total de su facturación anual en cualquiera de los dos años calendario inmediatamente anteriores.

b) Que se registre como donante potencial, en forma previa al año en que ocurran las donaciones ante el SERVEL.

c) Presentar estados financieros auditados por especialistas inscritos en el registro de auditores de la Superintendencia de Valores y Seguros, para dos años calendario consecutivos y recientes, que incluyan información suficiente para determinar cuál habría sido el tope a su donación anual a la política en caso de haber cumplido los demás requisitos para hacerlo. La lista de personas jurídicas en este registro sería pública.

d) Transmitir siempre sus aportes por medio de depósitos en cuentas del Servicio Electoral, sea que elijan la vía de carácter público (para las donaciones muy grandes, que superan 600 UF o \$12,6 millones) o la vía reservada.

e) El tope⁸ a la suma de todas las donaciones a partidos y candidatos en cada año sería 0,08% del patrimonio a fines del año calendario anterior al de la donación (registrado en la inscripción ante el SERVEL)⁹.

¿Qué significan estos topes? Para el grueso de las confederaciones sindicales y gremiales, que no tienen fines de lucro directo, este tope sería muy restrictivo, porque su patrimonio es modesto. Así, la decisión de donar se traslada a los socios, es decir a los sindicatos y gremios. Esto es exactamente lo que ocurre hoy con las donaciones de empresas. Por ello, quien aspire a relajar esto para los sindicatos de cúpula, deberá hacerlo también para las empresas.

Para una fundación que no es capaz de atraer personas naturales como socios, sino consiste de capital aportado por los fundadores, el tope sería tan estricto como si hubiera sido una empresa con fines de lucro. Ello es equitativo, pues no se entendería que una fundación basada en el capital tuviera un tope más amplio que el de una empresa constituida de la misma manera. En el plano práctico, si hubiera una diferencia se incentivaría la creación de fundaciones por parte de empresas, con el único objeto de ampliar los topes para donar más dinero a la política.

3) Desgravar las donaciones a la política de las personas jurídicas con fines de lucro que no tributan en primera categoría sujetas a renta efectiva y en base a contabilidad completa.

Si bien las empresas que tributan en primera categoría, pero sujetas a renta presunta o bien a renta efectiva pero en base a contabilidad simplificada, pueden donar, no se les aplica el beneficio tributario de la Ley N°19.885, artículos 1 y 8, por lo que su aporte se hace muy gravoso para la empresa.

Sujeto al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Que se les extienda la prohibición del artículo 25 de la Ley N°19.884, es

⁸ El tope principal a las donaciones de empresas es el 1% de las utilidades tributables, mientras que la tasa de impuesto de primera categoría es 17%. Es decir, para donar \$1 millón, debe pagar impuestos por \$17 millones.

⁹ El tope del 0,08% del patrimonio se obtiene de la siguiente manera: si el patrimonio es \$100 y rinde 8% real anual (este es un retorno promedio plausible para inversiones financieras), entonces las utilidades son \$8 al año. El 1% de esto, que es el análogo del tope para las donaciones de empresas, es \$0,08, es decir, un 0,08% del patrimonio.

decir, que la asociación donante no haya recibido subvenciones o aportes del Estado que representen más del quince por ciento de sus ingresos en cualquiera de los dos últimos años calendarios; que no hayan contratado con él o sus órganos la provisión de bienes, la prestación de servicios o la realización de obras por un monto que represente un porcentaje superior al 40% del total de su facturación anual en el respectivo año calendario o en alguno de los dos años calendarios precedentes; y que no se encuentre postulando a licitaciones públicas o privadas con algunos de los organismos anteriores si el monto de la licitación representa un porcentaje superior al 40% del total de su facturación anual en cualquiera de los dos años calendario inmediatamente anteriores.

a) Que se registre como donante potencial, en forma previa al año en que ocurran las donaciones ante el SERVEL.

b) Presentar estados financieros auditados por especialistas inscritos en el registro de auditores de la Superintendencia de Valores y Seguros, para dos años calendario consecutivos y recientes, que incluyan información suficiente para determinar cuál habría sido el tope a su donación anual a la política en caso de haber cumplido los demás requisitos para hacerlo. La lista de personas jurídicas en este registro sería pública.

c) Transmitir siempre sus aportes por medio de depósitos en cuentas del Servicio Electoral, sea que elijan la vía de carácter público (para las donaciones muy grandes, que superan 600 UF o \$12,6 millones) o la vía reservada.

d) Se propone que el tope a la suma de todas las donaciones a partidos y candidatos en cada año, para aquellas empresas donde al menos el 90% de las ventas esté afecto a la tasa normal de IVA o tasas mayores, sea 1,75% de la suma de pagos anuales netos al fisco por concepto de retención del IVA¹⁰.

Esta cifra no es arbitraria: está basada en un cálculo que asegura que en promedio las equipara al tope de 1% de las utilidades aplicado a las empresas que tributan en 1º categoría con contabilidad completa. En este caso, que es el

¹⁰ Este tope se obtiene así: como la tasa del IVA es 19%, un pago de \$100 en IVA neto revela un Valor Agregado en la empresa de $100/0,19 = \$526,3$ al año. Suponiendo que un tercio de este valor agregado se paga al capital y el resto al trabajo (lo cual es consistente con las cifras promedio de Cuentas Nacionales), entonces la remuneración del capital es \$175,43 al año. Aplicando el tope de 1% a esa utilidad o remuneración, resulta un tope de \$1,75.

más común, para donar \$1,75 millones a la política, se tendría que haber pagado IVA neto por \$100 millones al fisco.

Esta fórmula ajusta en forma automática por el grado de integración vertical de la empresa: una empresa comercial que reporte compras por el 95% del valor de sus ventas sólo pagaría IVA neto por $0,19 \times 5\% = 0,95\%$ de sus ventas brutas, y solo podría donar por $0,0175 \times 0,95\% = 0,0166\%$ de sus ventas brutas.

e) Para aquellas que pagan IVA a tasas especiales menores que la tasa normal de 19%, en más del 10% de sus ventas o que están exentas de pagar IVA, el tope sería 0,08% del patrimonio a fines del año calendario anterior al de la donación (registrado en la inscripción ante el SERVEL)¹¹.

En suma, ampliar las fuentes de financiamiento de la política tiene el mérito de aumentar la información y la libertad de decisión de los ciudadanos, y la competencia política, evitando que se produzcan barreras de entrada que favorezcan a los candidatos y partidos titulares en desmedro de los desafiantes, otorgándoles la posibilidad real de ganar contiendas electorales. Al mismo tiempo esa mayor competencia incentiva que los titulares adopten políticas públicas al servicio del interés general.

Por otra parte, desincentiva la búsqueda de financiamientos privados de carácter ilícito y también de financiamientos públicos derivados del clientelismo político, el tráfico de influencias o cualquier otra modalidad de corrupción que distorsione las políticas públicas e imponga una política de devolución de favores.

También aumenta la demanda por rendición de cuentas (accountability) al sistema político, en la medida que los ciudadanos actúan con mayor conocimiento de las ideas e intereses que defiende y apoya cada partido; y genera transparencia en el sistema de adopción de decisiones de los partidos, ayudando a mejorar la calidad de las decisiones públicas y colaborando en la generación de mayores niveles de confianza, credibilidad y legitimidad del sistema político y, en definitiva, de la democracia.

¹¹ Este tope es el mismo que se propone para las personas jurídicas sin fines de lucro cuyos socios son otras personas jurídicas y mantiene la equivalencia con el tope que se aplica a las donaciones de empresas que tributan en 1ª categoría con contabilidad completa.

A propósito del proyecto de ley sobre regulación de la fertilidad: la fuerza del precedente constitucional

• 22 de julio de 2009 •

La eventual aprobación del Proyecto de ley sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad plantea dudas significativas en cuanto al valor que se quiere dar a los fallos del Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. No parece que aquello que ha sido declarado inconstitucional y, por ende, ha sido expulsado de nuestro ordenamiento jurídico, pueda ser reintegrado a él por su mera aprobación legislativa; esto, menos aún cuando de derechos fundamentales se trata.

Interpretación constitucional creadora de derecho

El fallo sobre la llamada “píldora del día después” dictado el día 18 de abril de 2008 por el Tribunal Constitucional, ha revivido en la discusión jurídica académica uno de los puntos más sensibles de la doctrina constitucionalista: el valor y el sentido de la interpretación de la Carta Fundamental. En efecto, dicha magistratura siendo fiel a los valores y principios implícitos, pero no por ello menos claros de nuestra Constitución Política, ha dado las pautas esenciales para una justa inteligencia del contenido del derecho a la vida consagrado en su artículo 19° número 1°.

A este respecto, cabe preguntarse qué es lo que efectivamente realizó el Tribunal Constitucional al interpretar la mencionada norma, cómo se incorpora dicha interpretación al texto constitucional y cuál es el grado de fijeza de que debe gozar ese criterio. A primera vista pareciera que en estos problemas se involucran principalmente cuestiones de derecho adjetivo, atendidas las peculiaridades de la justicia constitucional¹; en particular resultan relevantes la cosa juzgada material o sustancial y la técnica de los precedentes que ha adoptado dicha magistratura desde aproximadamente 1992. Sin embargo, en ellos también se mezclan cuestiones de derecho sustantivo, pues a fin de cuentas lo que se discutió –aunque no con toda la profundidad deseable- en dicha sede, fue la titularidad, para un grupo de seres humanos, del más básico de los derechos fundamentales: la vida².

Juan Colombo Campbell, citando a Capelletti, señala, destacando la tarea del intérprete constitucional, que la misión de interpretar resulta irresistible-

1 Por adelantar una de dichas peculiaridades: “Los efectos erga omnes que se atribuyen a las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, ponen de manifiesto, prima facie, la imposibilidad de aplicar a este tipo de sentencias los principios procesales comunes respecto de los efectos de las sentencias”. Véase Colombo Campbell, Juan: Funciones del derecho procesal constitucional, Ponencia para el encuentro de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de Tribunales Supremos de América del Sur, Florianópolis, Brasil, 2002, en revista *Ius et Praxis*, Año 8, N°2, 2002, p.66.

2 Como señala José Joaquín Ugarte: “No basta con la Constitución para saber cuál es el contenido del derecho a la vida que ella garantiza, ni qué conductas están conformes con él y cuáles lo quebrantan. Y lo mismo ocurre con todos los otros derechos fundamentales que figuran en la Carta Política, por la sencilla razón de que esos derechos, y particularmente el derecho a la vida, son solamente reconocidos por la Constitución, y no creados por ella”. Véase Ugarte Godoy, José Joaquín: El derecho a la vida y la Constitución, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N°3, Pontificia Universidad Católica, Santiago, 2006, p.512.

blemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de ser un mero intérprete fiel del tenor literal de la ley³. Otro autor nos dice: “*La interpretación constitucional es la producción del sentido del texto constitucional*”⁴. La producción del sentido es la norma; el texto sobre el que se produce dicho sentido, el enunciado normativo. En toda interpretación hay una actividad creadora de derecho, ya que el operador jurídico imputa un significado a la norma entre diversos significados posibles⁵. Y los llamados a efectuar esta interpretación son literalmente todos. Como bien señala Miguel Ángel Fernández, “*es inadmisibles sostener que la Constitución despliega el enorme arsenal de principios y normas que ella contiene, aplicables a todos los actos, estatales o privados, para luego constreñir la potestad para interpretarla y aplicarla, desde el ángulo orgánico, nada más que a uno o algunos de los agentes estatales, lesionándose así el Estado Constitucional y Democrático de Derecho*”⁶. Sin embargo, aun cuando el Tribunal Constitucional no es el único autorizado a interpretar la Carta Fundamental, sí es su supremo intérprete.

No obstante de no gozar del monopolio interpretativo, es claro que dicha labor corresponde primariamente al órgano del Tribunal Constitucional y que en el ejercicio de tal facultad éste “crea” derecho –aunque, por cierto, no legisla– de manera tal que sus sentencias deben considerarse la suprema guía en la materia para todas las personas y todos los órganos del Estado. Dicho aquello, no cabe menos que detenerse un momento a considerar cuáles son las obligaciones que se desprenden de esta sujeción para el cuerpo legislativo. Esta discusión no podría ser más relevante, dada la reciente presentación a trámite y la eventual aprobación del “Proyecto de ley sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad”⁷, toda vez que lo que se presenta a nuestro análisis es la eventual supresión de la voluntad vinculante del Tribunal Constitucional, por parte del legislador, en

3 Colombo Campbell, Juan: La justicia constitucional, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, N°10, 2002, p. 548.

4. Pica, Rodrigo: Acerca de los aspectos generales de la hermenéutica constitucional, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año XIII, N°1, 2006, p.151.

5 Nogueira Alcalá, Humberto: Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, op. cit., p. 83.

6 Fernández González, Miguel Ángel: Los Derechos Fundamentales en 25 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1980-2005, Tribunal Constitucional, Santiago, 2006, p. 18. Cursivas en el original. El autor cita para el párrafo reproducido a Rubio Llorente, Francisco: La forma del poder, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

7 Boletín N° 6582.

lo relativo la adecuada protección que debe darse al artículo 19° número 1° de la Constitución.

Señala Cea: *“el sistema en el Estado Constitucional de Derecho ha de contemplar los órganos, las acciones y los procedimientos de control que aseguren el acatamiento oportuno, completo y efectivo de las decisiones de nuestra Magistratura. El punto aludido es uno de los más delicados de la Justicia Constitucional y del Derecho Procesal correspondiente, porque presupone una disposición, constante y sin reticencias, de todos los órganos jurídicos y políticos competentes para honrar las sentencias del Tribunal y hacerlas obedecer si fuere necesario”*⁸. Es muy importante destacar que el artículo 31 del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en discusión legislativa durante 2006, señalaba en uno de sus incisos que *“Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva”*. Posteriormente, la Cámara de Diputados estimó redundante la frase y consideró que este efecto vinculante no requería ser explicitado en la Ley Orgánica⁹. No obstante no estar incorporada de manera expresa, entendemos que la norma señalada sí es parte de nuestro ordenamiento, ello se desprende de la historia fidedigna de la ley, como se indicó, y por la simple aplicación de los principios básicos de un Estado de Derecho, explicitados por el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 6° de nuestra Carta Fundamental¹⁰.

De este modo, la interpretación efectuada dentro del marco institucional que le es propio por parte del Tribunal Constitucional, debe considerarse como una parte integrante de la propia Constitución, vinculando directamente a todos los órganos del Estado (conforme al señalado artículo 6°) y constituyendo un límite al ejercicio de las potestad de los mismos, conforme al inciso segundo del artículo 5° inciso segundo, cuando aquellas inter-

8 Cea, José Luis: “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos”, en Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 17, Año IX, enero 2008, p.170.

9 Nogueira Alcalá, Humberto: La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante, en Estudios Constitucionales, Año IV, N°1, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Santiago, 2006, p.105.

10 Al decir del propio Presidente del Tribunal: “el control jurisdiccional de constitucionalidad garantiza la eficacia del principio de la supremacía constitucional, que se traduce en que todos los órganos del Estado y los habitantes de la nación, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Véase Colombo Campbell, Juan: Justicia Constitucional: el conflicto constitucional y sus formas de solución, en revista Ius et Praxis, Año 6, N°2, Talca, 2000, p.114.

pretaciones recaigan en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Cosa juzgada constitucional y precedente constitucional

Es un fenómeno apreciable en el mundo el que la justicia constitucional es hoy, ante todo, una justicia de los derechos fundamentales. Ello, principalmente por la obligación positiva y directa de respeto que reclaman sus enunciados jurídicos que -como tantas veces se repite- sólo se limitan a reconocer derechos y no son productos de la voluntad fáctica mayoritaria del legislador o la soberanía popular, y también por la creciente tensión que se produce entre los órganos estatales y el individuo, producto de la tendencia hacia la expansión que reclama esa esfera de atributos reconocidos. La dogmática de los derechos fundamentales es una dogmática que se construye principalmente en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, pues *“si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedizo de su génesis, habría que contar con un casi interminable e ilimitado debate de opiniones”*¹¹. Es por ello que, en esta materia más que en ninguna otra, es tan relevante el papel que juega el precedente constitucional y la cosa juzgada constitucional.

Silva Bascuñán se detiene en el análisis de una disputa en que se planteó la incorporación de una norma sustancialmente similar a otra que ya fue desechada por el Tribunal por ser opuesta a la Constitución. Conociendo el segundo caso el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma porque la materia sobre la que versaba era sustancialmente igual a aquella ya considerada por dicha Magistratura: *“Como se pone de relieve en el caso – dice Silva – aun cuando una decisión del Tribunal que declara inconstitucional un precepto sólo impide que se convierta en ley ‘en el proyecto de que se trate’, el legislador deberá tomar en cuenta, sin embargo, el criterio del Tribunal al estudiar una futura iniciativa que contenga la proposición de una norma estimada semejante a la que fuera anteriormente rechazada por él en un caso análogo precedente”*¹².

11 Alexy, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 23.

12 Silva Bascuñán, Alejandro: Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IX, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p.175.

Para los efectos de este análisis consideramos, siguiendo a Zapata, que la doctrina del precedente juega un rol indiscutible en la creación y desarrollo de una auténtica jurisprudencia constitucional¹³. Los efectos que tiene una sentencia del Tribunal Constitucional no se limitan a la mera determinación de inconstitucionalidad o constitucionalidad de una determinada norma concreta; muy por el contrario, la misma tiene, o al menos debiera tener, significativa influencia práctica sobre la conducta de otros órganos del Estado. La doctrina constitucional habitualmente se hace cargo a este respecto de los efectos que dichos fallos deben tener sobre aquellos que emita la justicia ordinaria, sin embargo, no debe minimizarse el efecto que los fallos tienen sobre el poder legislativo y sobre el Estado democrático de derecho considerado como un todo.

Se caracteriza este efecto propio de las sentencias del Tribunal Constitucional como un cierto efecto 'legislativo' (supresivo, en concepto de Kelsen) que le impone a dicha magistratura una responsabilidad política y jurídica nada liviana. Si, como decíamos precedentemente, el intérprete "hace" derecho al conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad sobre el producto de la tarea de los colegisladores, debe procurar en ello el máximo rigor posible y la mayor coherencia jurídica que pueda conservar en el tiempo, ello, tanto respecto de los criterios empleados a las soluciones concretas, como de las interpretaciones de la Constitución que se otorgan. De no ser así, podría sostenerse de que de su arbitrio, aparte de confusión, está emanando mera voluntad política; esto es, está legislando sin gozar de las atribuciones soberanas para ello. Por supuesto, el respeto al precedente no significa total sujeción a él por parte del Tribunal Constitucional. Como señala Zapata: "*La sujeción al precedente debe (...) constituir la regla general. Sólo razones poderosas justificarían desechar una doctrina previa. Para proceder a desestimar un precedente el TCCh (Tribunal Constitucional de Chile) tendría que explicar las razones del giro y fundamentar adecuadamente su nueva interpretación*"¹⁴. El mismo autor propone dos precisiones para fundamentar un eventual cambio de doctrina jurisprudencial: la primera de ellas, más problemática, es la consideración de que debe reconocerse una mayor estabilidad a las interpretaciones en materia de definiciones competenciales o delimitación de potestades que a aquellas que versan sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales de la persona humana; la

13 Zapata Larraín, Patricio: Justicia Constitucional. Teoría y práctica en Derecho chileno y comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p.369.

14 Zapata Larraín, Patricio: op. cit. p. 371.

segunda, es que sólo se justificaría desestimar un precedente cuando éste no sólo revela ser errado, sino que además, produce graves distorsiones o problemas para la aplicación del derecho¹⁵.

Refiriéndonos sólo al primero de estos criterios, por su carácter más discutible, cabe señalar que, salvo la prevención que se realizará más adelante, se coincide enteramente con la proposición del autor. Zapata justifica esta dualidad de tratamientos en el mayor rango constitucional que poseen los derechos fundamentales, de modo que allí donde la materia es más sensible menos razones hay para justificar la perseverancia en el error. La diferencia que nosotros planteamos con esta tesis, es la de que ella sólo se coloca en la situación de que se altere un precedente en el evento de estarse materializando un error. Pues bien, si hay una materia controversial y respecto de la cual todos quienes sustentan una posición arguyen error en los que mantienen posturas contrarias, es precisamente en el ámbito de los derechos humanos.

Por lo demás, valga apuntar la útil precisión que efectúa Humberto Nogueira relativa a los contenidos del precedente constitucional: *“La fuerza vinculante del precedente está relacionada con el tema de la decisión, lo que lleva a una utilización restrictiva y limitada del precedente, a los casos efectivamente análogos, como asimismo considerando como precedente solamente los principios y reglas contenidas en el holding o ratio decidendi de la sentencia, no pudiendo extenderse a consideraciones periféricas contenidas en el fallo”*. La ratio decidendi explica este autor *“es la parte del fallo que fundamenta directa e inmediatamente el precedente, estableciendo la regla o principio que define el tribunal al resolver el problema o caso sometido a su consideración”* dejando fuera de ella todos aquellos *“razonamientos marginales periféricos o circunstanciales, los cuales carecen de valor vinculante con efecto erga omnes”*¹⁶. Sobre este punto, resulta interesante lo expresado por Aldunate en cuanto a que no se trata de establecer una cosa juzgada constitucional, o un preceden-

15 En la misma línea de este segundo criterio se muestra Nogueira: “El juez constitucional junto con seguir los principios de la dogmática constitucional, si quiere apartarse de los precedentes está obligado a desarrollar la fundamentación o argumentación de la posición incorrecta del precedente en la situación actual o ante un nuevo contexto, ya que la evolución jurisprudencial debe ser explícita y razonada, prudente y equilibrada, con el objeto de no generar un grado inadecuado de inseguridad jurídica o incertidumbre”. Véase Nogueira Alcalá, Humberto: La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante, op. cit., p.109.

16 Nogueira Alcalá, Humberto: Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, op. cit., p. 169.

te, agregamos nosotros, sobre el *petitum* final del conflicto (la declaración de inconstitucionalidad) sino sobre el sentido del texto Constitucional: *“El resultado –la declaración de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional- es irrelevante para el diseño de la Carta Fundamental; es trascendente, en cambio la apreciación de un elemento específico: el vicio, para cuyo análisis y descarte la confrontación normativa y por tanto el establecimiento del sentido de la Constitución (la proposición de una norma constitucional secundaria) en relación a dicho vicio, es lo esencial”*¹⁷.

¿Es posible una vuelta atrás en la materia?

Las consideraciones anteriores en torno a la fuerza vinculante de los precedentes aún para el propio Tribunal que las dictó, en un efecto que podríamos denominar *reflejo*, nos remite a un punto de crucial importancia para la materia que analizamos. La pregunta que queremos poner en relieve (y que bien pudo considerarse como excesivamente teórica antes del fallo sobre la píldora del día después), es si puede legítimamente el Tribunal Constitucional desestimar un precedente que establece una cierta interpretación acerca del contenido material de un derecho fundamental, para imponer, acto seguido, una interpretación restrictiva o simplemente abrogatoria del mismo. En concreto: tras haber reconocido el Tribunal Constitucional la titularidad del derecho a la vida y el estatus de persona, a la luz de la óptica constitucional, del que está por nacer (*nasciturus*) desde el momento de su concepción, fijando la interpretación correcta del artículo 19° número 1° de la Constitución, ¿puede alterarse sobrevinientemente dicho reconocimiento por una nueva sentencia que, por ejemplo, le niegue el estatus de persona al que está por nacer?

17 Aldunate Lizana, Eduardo: Jurisdicción constitucional y cosa juzgada constitucional, en Revista Chilena de Derecho, vol. 20, Santiago, 1993, p.358. Advierte Aldunate que la cosa juzgada material no implica una fijación definitiva de la interpretación que debe darse al precepto constitucional, pues ello implicaría un virtual anquilosamiento de la Carta Fundamental. En idéntico sentido Colombo: “La cosa juzgada constitucional en este campo, tampoco puede significar la fijación de un sentido único y definitivo para determinado texto constitucional, en la medida en que éste pretende regular una realidad social y política que cambia, evolución que en el tiempo podrá permitir relecturas de la misma expresión literal, se puede reformular la norma constitucional secundaria tantas veces como se pueda reproducir, como consecuencia de un razonamiento jurídico, sobre la base del mismo texto”. Véase Colombo Campbell, Juan: Funciones del derecho procesal constitucional, Ponencia para el encuentro de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de Tribunales Supremos de América del Sur, Florianópolis, Brasil, 2002, en revista *lus et Praxis*, Año 8, N°2, 2002, p.66.

Huelga decir que por cierto una interpretación tal, por su sola dictación, constituiría un atentado contra los derechos fundamentales del *nasciturus* y, por ende, una transgresión de lo prescrito por el artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental. Una vez efectuado un reconocimiento de esta naturaleza, una vez reconocido un derecho humano, simplemente ya no hay vuelta atrás. Esta doctrina es conocida en materia de derechos humanos. Recibe el nombre de “principio de interdicción de regresión” (o de no regresión, simplemente) y se funda en el mero examen de los presupuestos requeridos para que un derecho pueda considerarse humano. En efecto, la doctrina unánime en materia de derechos humanos enseña que ellos son anteriores a la legislación e inherentes a la persona humana¹⁸ y que las legislaciones, tanto internacionales como domésticas, sólo se limitan a reconocerlos, enunciarlos y asegurarlos. Pues bien, si se ha reconocido el derecho fundamental de la vida al que está por nacer como algo que le pertenece inherentemente ¿cómo podría dejar de serlo por un pronunciamiento jurisdiccional? No son razones políticas de fomento de los derechos humanos o de conveniencia práctica las que fundan esta prohibición. Son la congruencia y la lógica natural y jurídica las que impiden efectuar una regresión en el reconocimiento de derechos fundamentales. No se puede volver atrás porque ello es de por sí una violación del derecho ya reconocido; y porque ello desmoronaría el andamiaje jurídico completo sobre el que se sustenta la dogmática de los derechos humanos.

Incluso el poder constituyente, nos dice Humberto Nogueira, “está limitado frente a los derechos fundamentales por el principio constitucional que ellos constituyen límites de la soberanía (artículo 5° inciso 2°), por tanto, una vez incorporados al ordenamiento son irreversibles y solo pueden desarrollarse de acuerdo al principio de progresividad (...) La irreversibilidad es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposi-

18 En este sentido, especialmente Cea, que define los derechos fundamentales como aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico”. Véase Cea, José Luis: Derecho Constitucional chileno, Tomo I, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, p.221. En el mismo sentido Carlos Nino: “Siendo la propiedad de ser individuos humanos la circunstancia antecedente que sirve a la condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen igual título a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados)”. Véase Nino, Carlos Santiago: Introducción al análisis del Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p.417.

bilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de su propio texto o de un tratado internacional, ya que los derechos son inherentes a la dignidad de la persona humana y el texto constitucional sólo los asegura y garantiza. (...) Así, aun cuando se eliminaran formalmente de la Carta Fundamental seguirían vinculando al Estado como derechos implícitos”¹⁹.

Atendido lo señalado por el artículo 5° inciso segundo de la Constitución²⁰, una reforma legislativa, de rango cualquiera, que vulnere los derechos esenciales es una reforma que carece de total validez jurídica²¹. No está permitido al legislador, incluso al constituyente, socavar la estructura material de nuestro Estado constitucional y democrático de derecho, que en último término radica en el respeto de la dignidad de la persona humana²².

Por supuesto, se corre con esta argumentación el riesgo de simplificar el problema en exceso. En efecto, la limitación a la soberanía establecida en el artículo 5° sólo hace referencia a los derechos esenciales que emanan de la natu-

19 Nogueira Alcalá, Humberto: Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, op. cit., p.275. Opinión similar respecto al valor implícito que podrían tener los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento expresó Jaime Guzmán en la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución en la Sesión 101ª de 9 de enero de 1975, cuando señaló respecto del artículo 5° que: “ese texto autoriza a entablar incluso recursos de inaplicabilidad y a pedir la inconstitucionalidad de leyes que aunque no violenten algún texto expreso de la Constitución, violenten derechos fundamentales de la persona humana, porque al hacerlo están violentando el texto expreso de la Constitución: el que señala que la soberanía está limitada por los derechos fundamentales o naturales del hombre”.

20 Esta norma constitucional señala: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

21 Debe advertirse que cosa muy distinta es la restricción de los derechos fundamentales. Ello está ciertamente permitido en un Estado constitucional. Sobre la materia, véase Alexy, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit.

22 “La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *mínimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna (...) La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad”. Véase Nogueira Alcalá, Humberto: Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, op. cit., p.225.

raleza humana garantizados por la Constitución y, tras la reforma de 1989, por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. La cuestión pareciera ser, pues, dilucidar si la interpretación tiene el efecto de incorporar el producto de su interpretación, cuya estabilidad no está garantizada por norma alguna, en el enunciado normativo de la disposición constitucional.

Esta cuestión que pudiera parecer el *quid* del asunto está, a nuestro juicio, mal planteada. El intérprete no incorpora nada a la norma, no puede hacerlo. Sólo señala la inteligencia que debe darse al enunciado de la misma, fijando el alcance y sentido que *siempre* han estado incorporados a ella, aun cuando no fueron previstos expresamente por el propio constituyente originario. Si para ello debe echar mano, como creemos que corresponde, de los elementos axiológicos o teleológicos que se desprenden de la preceptiva constitucional, ello no se debe más que a las peculiares características de la interpretación constitucional, para la cual, como se suele reiterar por los constitucionalistas, no bastan las tradicionales reglas hermenéuticas *iusprivatistas* trazadas por Savigny.

En suma, la circunstancia de ser los derechos fundamentales, derechos inherentes a la persona en sí, hace imposible e inconcebible una reversibilidad de los mismos en cuanto derechos. Una vez reconocido un derecho fundamental de la persona humana se está reconociendo también su inclusión permanente en el ordenamiento jurídico; se está reconociendo perennidad e intangibilidad para los mismos en cuanto tales.

A propósito de un reciente proyecto de ley

Aplicando las consideraciones precedentes al “Proyecto de ley sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad” presentado recientemente por el Ejecutivo y ya aprobado por la Cámara de Diputados, y sin perjuicio de otras observaciones respecto de su posible inconstitucionalidad, queremos apuntar lo siguiente.

El proyecto establece nuevos derechos de carácter meramente legal (derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad; y a elegir libremente y acceder a los métodos de regulación de la fertilidad masculina y femenina que cuenten con la debida autorización), quizá con la solapada intención de reclamar en eventuales contiendas de constitucionalidad, la existencia de una colisión de derechos con asidero en fuente positiva.

Cabe poner en duda la pertinencia de que los colegisladores pretendan pasar por alto una sentencia del Tribunal Constitucional con fuerza de cosa juzgada material, al menos en lo que dice relación con la administración de los métodos de anticoncepción de emergencia proscritos por inconstitucionales en su fallo rol N°740-2007, sin que existan nuevas circunstancias meritorias para demandar la revocación del precedente fijado por dicha Magistratura. Estando el legislador vinculado por la Carta Fundamental, la potestad libre de que goza para configurar el ordenamiento jurídico según su legítima voluntad debe considerar como límites aquellos ya establecidos por la magistratura constitucional en su interpretación jurídica practicada en su rol de exégeta supremo de la Constitución.

El fallo de inconstitucionalidad dictado por el Tribunal Constitucional, a nuestro juicio, radicó en un vicio de aquellos que Zapata califica como “*de contenido de contradicción virtual o de efecto incompatible*”, esto es, de vicios en los que para cuantificar si se produce o no una vulneración constitucional “*resulta necesario indagar respecto a los potenciales efectos o consecuencias*”²³ de la norma en análisis. En este caso, por supuesto, los potenciales efectos o consecuencias de la norma en análisis son, a su vez, los potenciales efectos de la ingesta de la píldora del día después. Esa cuestión de hecho fue la materia principal debatida durante la tramitación del requerimiento; y esa la materia que funda la duda razonable sobre que versó la declaración de inconstitucionalidad²⁴.

23 Zapata Larraín, Patricio: op. cit., p.314.

24 Parece útil recordar aquí los considerandos vigésimo primero y trigésimo noveno del fallo N°740-2007: “VIGÉSIMOPRIMERO: Que, a su vez, es indudable que la naturaleza del conflicto constitucional que ha de resolverse en esta oportunidad por el Tribunal Constitucional tiene como necesario fundamento los efectos que en los derechos constitucionales producen los métodos de anticoncepción hormonal que se objetan, no considerados en forma aislada, sino en cuanto forman parte del contenido de la norma obligatoria impugnada, lo que se aleja de un mero control abstracto de constitucionalidad que se reduce, exclusivamente, al contraste entre una norma infraconstitucional y aquella de máxima jerarquía positiva. Y es que la creciente complejidad de las cuestiones que deben abordar, en la actualidad, las jurisdicciones constitucionales lleva a que, en casos como el de la especie, el Tribunal deba ponderar ciertos hechos relacionados con la ciencia o con la técnica, a fin de arribar a una solución que, efectivamente, asegure la supremacía material y formal de la Carta Fundamental, tal como, por lo demás, lo ha hecho esta Magistratura en procesos previos como los indicados en el considerando noveno de esta sentencia”; TRIGÉSIMO NOVENO: Que de los razonamientos que preceden, esta Magistratura sólo puede constatar que la evidencia científica allegada al presente proceso no permite excluir, en términos categóricos y concluyentes, la posibilidad de que la ingesta de la denominada “píldora del día después”, ya sea en su versión de progestina pura o en la del método combinado o de Yuzpe, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado o de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos que se han definido por la propia ciencia médica”.

Conforme lo explicado más atrás, cabe preguntarse cuál es la *ratio decidendi* de la sentencia. Evidentemente ella no puede radicar en los virtuales efectos de los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia, pues siendo ellos una cuestión de hecho, no puede renunciarse a su eventual revisión; tampoco radica, a nuestro entender, en la aplicación al caso de criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, como el principio *pro-homine* a que recurre el fallo, pues dicha aplicación será necesariamente una materia prudencial y de casuística. Más bien, la *ratio decidendi* del fallo radica en el reconocimiento de la titularidad del derecho a la vida del que está por nacer desde el momento de su concepción y la necesidad de protegerlo de amenazas plausibles que, aunque esencialmente circunstanciales, la ciencia no puede descartar aún, esto es, que en el plano de los hechos mantienen su virtualidad de efecto incompatible con la Carta Fundamental.

Dicho esto, surge una nueva cuestión. ¿Puede una ley “sanear” el vicio de inconstitucionalidad de que adolece la distribución de los métodos hormonales de anticoncepción de emergencia? Ante esta pregunta caben un par de consideraciones previas: la primera de ellas nos remite nuevamente al contenido material del fallo: el pronunciamiento del Tribunal Constitucional es de fondo, es decir, versó sobre los métodos mismos que podían resultar lesivos al derecho fundamental de la vida y de la constatación de que era plausible, razonablemente, que dichos métodos sí pudieran conculcar ese derecho, coligió la inconstitucionalidad del decreto que ordenaba su distribución. Pues bien, no se ve cómo, una determinada cosa que se considera que puede ser o resultar lesiva para un derecho, pueda dejar de serlo por el sólo hecho de ser sometida a aprobación legislativa. ¿Cómo pudiera la consagración legal de la norma autorizatoria, despejar la duda razonable que funda la inconstitucionalidad? El vicio que afectó a parte del Decreto Supremo N°48 de 2007, del Ministerio de Salud, persistirá en la ley, cualquiera sea su rango, que persevere en promover los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia, en cuanto éstos ya fueron arrojados de nuestro ordenamiento jurídico por considerarlos inconstitucionales el Tribunal Constitucional.

En segundo lugar procede preguntarse, a quién le corresponde efectuar una revisión de las circunstancias que sostienen la resolución del conflicto. Consideramos que si el máximo intérprete de la Constitución ha expresado su voluntad, no corresponde a los órganos legislativos cuestionarla sin más, pues ello violenta los fundamentos de una adecuada separación e independencia de los poderes del Estado y el respeto orgánico que debieran mostrarse los unos

a los otros en las esferas que les son propias y, por ende, sería contrario a los artículos 6° y 7° de la Constitución.

Por supuesto, no puede extremarse lo señalado hasta el punto de defender un cercenamiento de las atribuciones del órgano legislativo. Una solución que quiera ser armónica con las bases de la institucionalidad del ordenamiento y con nuestro Estado de Derecho, no puede más que colegir que sí puede ser objeto de regulación legal la distribución gratuita de la píldora del día después. Sin embargo, sólo puede serlo si existen nuevas circunstancias que ameriten desestimar el fallo pronunciado; en la especie: si nueva evidencia permite sostener al propio Tribunal Constitucional que se ha despejado la duda razonable acerca de la existencia de posibles efectos anti-implantatorios del embrión producidos por el levonorgestrel en determinadas dosis. Nueva evidencia que, reiteramos, debiera ser sopesada únicamente por la magistratura constitucional y nunca por otros poderes del Estado, pues si éstos tuvieran la capacidad de revisar los hechos que dieron sustento a un fallo del Tribunal Constitucional entonces simplemente la eficacia de esta magistratura constitucional se vería seriamente afectada, con la consecuente pérdida para el estado de derecho.

Apoya esta tesis el criterio básico establecido por la Constitución en su Artículo 76° inciso primero, segunda parte (que, no está de más apuntarlo, abre el capítulo dedicado al Poder Judicial) respecto de la independencia de que deben gozar los tribunales establecidos por ley: *“Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”*.

Pensamos que, si bien la norma no está establecida de modo expreso para el Tribunal Constitucional, sí debe serle aplicable, puesto que deriva de un principio funcional a toda magistratura y es consustancial al Estado de Derecho. Baste para enfatizar el punto anterior, citar la propia sentencia del Tribunal Constitucional que, en su último considerando, señaló: *“No escapa a la consideración de esta Magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que ‘los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de*

dichos órganos como a toda persona, institución o grupo' (artículo 6ff), inciso segundo, de la Constitución). Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la Carta Fundamental".

Aún así, el proyecto de ley en comento bien puede pervivir en todo aquello que no fue expresamente expulsado de nuestro ordenamiento jurídico en el fallo del Tribunal Constitucional. La doctrina de la deferencia razonada ²⁵, por la que tanto celo muestra la magistratura constitucional- aunque en vista de este proyecto no parece estar recibiendo el mismo trato- induce a respetar el contenido de la norma en todo cuanto no diga relación con la administración de la píldora del día después. Así al menos debiera comprenderse el proyecto de ley, en caso de prosperar su tramitación, porque hasta ahí llegan las potestades de los órganos colegisladores y no más allá.

Conclusión

En síntesis, primero, los principios que inspiran la Constitución sirven de referente a su interpretación; segundo, la interpretación del texto constitucional es, por su naturaleza, creadora de derecho; tercero, el Tribunal Constitucional es parte integrante de la propia Constitución e involucra a todos los órganos que deben cumplirla; quinto, el precedente es fundamental en las sentencias del Tribunal Constitucional y debe ser considerado por éste en cuanto fundamento que justifica la aplicación de una regla, así como por todos los demás órganos del Estado; y sexto, no se puede alterar el precedente que establece una interpretación acerca del contenido material de un derecho, en la medida en que la nueva interpretación sea más restrictiva o abrogatoria.

25 "(L)a diferencia consiste en reconocer al organo responsable de la producción de preceptos jurídicos la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Carta Fundamental, le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común". Véase Zapata Larraín: op. cit., p.229.

Araucanía en llamas: la variable ideológica del conflicto mapuche

• 19 de agosto de 2009 •

El conflicto que aflige a las comunidades mapuches con el Estado chileno tiene larga data. Sin embargo, resurgió con fuerza hace dos décadas para ir paulatinamente radicalizándose en sus planteamientos y también en sus métodos. Este comportamiento se hizo persistente y sistemático con el surgimiento de grupos indígenas más ideológicos a partir de 1997. Desde entonces, han incorporado un componente de reivindicación violenta en sus planteamientos, primero de recuperación de tierras ancestrales y luego de exigencia de autonomía y de liberación de lo que consideran sus territorios usurpados.

Introducción

En Chile, en las últimas dos décadas, se ha evidenciado una persistente movilización de grupos indígenas mapuches que desde la demanda de recuperación de tierras ancestrales han pasado luego a reclamar del Estado diversas formas de autonomía territorial, desde aquella que se plantea dentro del sistema institucional hasta aquella otra que propone una abierta confrontación con el sistema.

En la década de los noventa se revitalizó la demanda por el reconocimiento de los derechos colectivos que se desprenden de la especificidad cultural de las diversas minorías étnicas y comunidades indígenas. En algunas experiencias ello se ha planteado en el nivel sistémico, en tanto que también se han dado casos en que las demandas se han formulado de manera rupturista, tanto contra el sistema institucional como contra la estrategia de desarrollo prevaleciente. En el caso chileno se dan ambas expresiones, aún cuando tiene mayor visibilidad comunicacional aquella que se inserta en el segundo escenario.

Los primeros antecedentes del ya largo conflicto vigente sucedieron en el asalto e incendio de camiones de una empresa forestal en la comuna de Lumaco, Novena Región, a fines de 1997. El argumento esgrimido por los grupos mapuches involucrados apuntaba en dos direcciones: la recuperación de tierras que alguna vez les pertenecieron y que en ese entonces ocupaban las empresas forestales; y el rechazo, por razones ambientales, a la actividad forestal por depredar bosques y producir contaminación.

Estos conflictos se han presentado en un contexto social de graves problemas de pobreza y marginalidad del sector mapuche en su conjunto. Esa pobreza se traduce no solamente en precarias condiciones económicas y reducidos ingresos, sino que en índices de analfabetismo o niveles muy básicos de educación que superan largamente el promedio nacional, y en altos niveles de desempleo o empleos temporeros ligados al sector agrícola. Y en un contexto político jurídico, en el cual históricamente el derecho de propiedad de los campesinos mapuches fue avasallado por particulares e ignorado por el propio Estado.

La influencia del zapatismo mexicano

La irrupción de la insurgencia zapatista en México –con el inicio de la ofen-

siva insurreccional del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) el 1 de enero de 1994- planteó en América Latina el comienzo de la radicalización de los procesos de reivindicación indígena.

En primer lugar, porque después del colapso de los socialismos reales, de la crisis de aislamiento de Cuba, de la derrota electoral de los sandinistas y del hecho de que varias experiencias guerrilleras se habían vuelto sistémicas tras procesos negociadores, nada hacía pensar que se hiciera presente una nueva expresión insurreccional. En segundo lugar, porque en ese mismo tiempo, México ingresaba al NAFTA, junto con Estados Unidos de América y Canadá, lo cual parecía indicar que era un país que podía mostrar entre sus fortalezas grados importantes de estabilidad institucional y gobernabilidad del sistema político. En tercer lugar, porque México había logrado neutralizar políticamente a sus pasados focos guerrilleros. En cuarto lugar, el zapatismo surgía como un actor nuevo, no vinculado directamente con las experiencias insurreccionales frustradas de las décadas anteriores, ni tampoco asociado a un proceso de radicalización de algún actor político que optaba por la confrontación armada.

El inicio de la ofensiva armada del EZLN fue acompañada de una gran publicidad que marcaría después otro de los rasgos del zapatismo: la implementación de una fuerte política comunicacional. Fue una ofensiva corta y contundente, apuntando a generar hechos y ganar posiciones más a que a retener territorios. Esto fue lo que le dio en sus comienzos una insospechada proyección que provocaría rápidamente consecuencias políticas.

La fase estrictamente militar de esta ofensiva va desde el 1 al 10 de enero de 1994. Ese día el Gobierno decreta de manera unilateral el cese al fuego, lo que es aceptado de manera tácita por los zapatistas. Crea, además, el cargo de Comisionado para la Paz y la Reconciliación, nombrando allí al ex Canciller Manuel Camacho Solís, con lo cual da una señal manifiesta de querer buscar una salida política al conflicto. Por su parte, la fase política apuntó, desde sus inicios, al diálogo y la negociación. El gobierno decreta la amnistía, que la Cámara de Diputados aprobó el 20 de enero del mismo año, veinte días después de iniciadas las operaciones. Esto fue entendido y aceptado por los zapatistas, quienes congelaron sus acciones armadas. Lo que en otras experiencias tomó años y décadas (El Salvador, Guatemala), en México tomó sólo diez días. En ello influyeron características muy singulares de este proceso. Una de ellas es que el Gobierno mexicano estaba en un período electoral y percibió que una reacción severa ante una guerrilla situada en el sur y que no comprometía

al resto del país (y que por lo mismo no causaba inseguridad ciudadana) no concitaría apoyo social, por lo que optó por un manejo político. Otra es que el zapatismo no se plantea como una guerrilla clásica, no responde al padrón 'foquista' de las tesis de Guevara y no prioriza sino que instrumentaliza lo militar. Esto llevó a que se postulara que no se estaba en presencia de una guerrilla tradicional, sino de un movimiento social armado.

Antes de las acciones armadas de enero de 1994, los zapatistas se definían como socialistas. En efecto, en el Reglamento Insurgente del Frente Zapatista de Liberación Nacional, elaborado en 1993 se lee: "*El EZLN fue creado para conquistar por medio de la lucha armada la liberación nacional y no suspenderá la lucha hasta instaurar en nuestra patria un régimen político, económico y social de tipo socialista*". Después, la definición socialista se dejaría de lado para plantearse como indigenistas y agrarios, pero desde allí buscarían representar las demandas y conflictos de la pobreza en general, incluyendo la urbana. Los pobres eran su 'sujeto' de la revolución. Un grupo más heterogéneo, pero sin duda más convocante. Su realidad social era la de Chiapas, pero ellos buscaban proyectarla en todo México. Posteriormente, el zapatismo va cambiando paulatinamente sus énfasis. Pasará de la cuestión constitucional relacionada con el régimen político, a una mayor preponderancia de los conflictos y demandas económicas y sociales: pobreza y ataque al mercado, demandas campesinas y reivindicaciones étnicas, con lo cual se irá reforzando su carácter de movimiento social armado. Coincide este cambio con el comienzo y desarrollo de la fuerte crisis económica de México, en los inicios de la administración de Zedillo. El EZLN cree que es el momento de articular las movilizaciones sociales y crea un frente político. Su estructura es dual, donde lo militar y lo político coexisten bajo la fórmula de que lo primero está subordinado a lo segundo. Y lo político se decide por el Comité Clandestino Revolucionario Indígena.

La apelación constante a la sociedad civil es otra de sus premisas estratégicas. No buscan tanto expandirse territorialmente como guerrilla que logra 'zonas liberadas', sino que tienen como objetivo permear a la sociedad entera, no para que se involucre directamente con ellos, pero sí para que sirva de caja de resonancia de sus demandas y para que se sume al cuestionamiento al sistema vigente. A través de ello se busca generar una profunda crisis de legitimidad del sistema institucional y del gobierno. Lo que buscan, en definitiva, es agudizar los conflictos.

El objetivo estratégico de los zapatistas no era la toma del poder, ni en el corto ni en el mediano plazo, sino lograr una transformación social radical -creando para ello condiciones de ingobernabilidad del sistema que lo deslegitimaran- y a partir de ello posibilitar que nuevas fuerzas políticas, de inspiración socialista, y en una alianza amplia sin vanguardias preestablecidas, pudieran llegar al poder en medio de cierto consenso social. La experiencia zapatista en la constitución de 'movimientos sociales armados' es lo que tomarán diversos grupos étnicos de Latinoamérica para radicalizar su reivindicación por los derechos ancestrales.

La variable ideológica en el conflicto mapuche

El discurso de autonomía indígena se traduce en un cuestionamiento al Estado nacional porque éste es el que gobierna el territorio que, en su concepto, les pertenece a ellos de forma ancestral, reclamando por tanto un estatuto autonómico especial que les reconozca sus propias formas de gobierno y la vigencia de sus propias normas, aún cuando no planteen argumentos directamente separatistas. Ese es el objetivo. Para aproximarse a él, la estrategia que han desarrollado es plantearse de manera rupturista en contra de la institucionalidad vigente y en contra del modelo económico al cual acusan de profundizar la miseria y la desigualdad. Las tomas de terreno, en cuanto rebalsan la legalidad, son la expresión de su rebeldía en contra de la institucionalidad.

La autonomía puede tener diversos alcances. Algunos grupos mapuches la plantean dentro del Estado, según el modelo de los estatutos autonómicos españoles, que apunta a establecer una 'autonomía territorial' de la región históricamente mapuche, cuestión que se sustentaría en 'estatutos' que, tomando en cuenta la realidad de variedad étnica de la región, garantizarían todas las condiciones políticas, económico-materiales, sociales, culturales e ideológicas para el pleno desarrollo de la etnia mapuche y su cultura. Otros grupos proponen una autonomía con énfasis en la ruptura con la institucionalidad del Estado chileno. La reivindicación de territorios no es pacífica, sino confrontacional en contra del Estado, por lo que no debe extrañar que las acciones de fuerza se focalicen en contra de las empresas que están radicadas en la zona para ir recuperando las tierras que forman lo que consideran 'sus territorios'.

Bajo el supuesto de una defensa de los derechos indígenas, los grupos mapuches más radicales cuestionan fuertemente el modelo de desarrollo económico. Incluso en varios de estos grupos su aproximación a la izquier-

da tradicional es visible, particularmente cuando cuestionan la vigencia y la legitimidad de la economía de mercado. Tras el hostigamiento a las empresas agrícolas y forestales parece residir un fuerte cuestionamiento al modelo económico y, a través de él, a la propia institucionalidad del país. Este modelo económico de libre mercado es percibido como contrapuesto a los intereses de los mapuches. Las empresas agrícolas y forestales son presentadas, en este contexto, como las causantes directas de la pobreza mapuche.

En este contexto, surge la Coordinadora Arauco Malleco, uno de las expresiones más radicales del movimiento indígena mapuche en Chile. Se constituye a partir de comunidades indígenas que estaban en conflicto en el año 1997. Su objetivo es *“crear una correlación de fuerzas tanto políticas como de organización al interior del Movimiento Mapuche que nos permita avanzar en lo que denominamos una Propuesta de Liberación Nacional”*¹.

Consideran que el Estado chileno ha actuado como usurpador de territorios y como favorecedor de las grandes empresas agrícolas y forestales radicadas en la zona y, por ende, plantean la reivindicación territorial: *“La ocupación del territorio mapuche por parte del Estado chileno, la usurpación y expulsión de nuestro Pueblo de sus tierras ancestrales, es un proceso histórico que en ningún caso ha terminado (...) hoy son los empresarios transnacionales quienes continúan dicho proceso, amparados en la macabra política económica neoliberal que el militarismo impuso a sangre y fuego y que los gobiernos de la Concertación han continuado de manera vergonzosa en este país”*².

La situación de Lumaco en 1997 fue el detonante organizativo de la Coordinadora. Ellos lo señalan diciendo es *“un hito importante para el Movimiento Mapuche, puesto que demuestra que se había desgastado el proyecto de la CONADI y de aquellas organizaciones mapuches que, por la vía de la transferencia tecnológica, los subsidios de tierras, creían factible dar solución global a nuestros problemas”*. En otras palabras, esos incidentes fueron el inicio de un comportamiento radicalizado y violento que pasará a ser persistente y sistemático en las movilizaciones de este sector.

1 Coordinadora Arauco Malleco: “Las forestales tendrán que irse de nuestros territorios”, en periódico El Rodriguista, diciembre de 1997.

2 Coordinadora Arauco Malleco: “Hacia la conformación de un Movimiento Mapuche Autónomo”, en www.upaz.org

Un primer rasgo definitorio de la Coordinadora Arauco Malleco es que es una entidad que combina la elaboración de una teoría radical expresada en su objetivo de ‘liberación nacional’, que supone un enfrentamiento con la institucionalidad, una práctica política rupturista que se manifiesta en movilizaciones, desbordes de la legalidad y hostigamiento a empresas bajo la consigna de ‘recuperación de territorios’. Un segundo rasgo es que en sus planteamientos y sus acciones combinan tres elementos: la invocación a las autoridades tradicionales de los mapuches: los lonkos; la consideración a las formas organizativas que se dan las comunidades mapuches; y lo que es el aporte propio de la Coordinadora: dotar a las comunidades de una organización de carácter político. Un tercer rasgo es la explicitación de los elementos diferenciadores que tienen con otros grupos radicales del sector mapuche: proclaman su autonomía política y se confiesan como el grupo más intransigente y que usa formas de lucha violenta, en vez de buscar vías institucionales como la negociación con el gobierno.

Sobre la posibilidad de recurrir al enfrentamiento armado con el Estado, ya lo señalaban en 1997: *“Es necesario emprender una lucha de liberación. Pero para que ello sea posible es necesario primero crear una correlación de fuerzas que se exprese en lo social, político, cultural, económico y militar (..) Si a futuro no se producen los cambios necesarios respecto de un Estado que nosotros denominamos opresor tendrá lugar necesariamente una etapa de Liberación Nacional y esto es en el plano político, cultural, económico y también en el plano militar”*³. La Coordinadora tenía claro desde sus inicios que sus acciones provocarían la reacción del Estado, costo que parecía dispuesta a asumir en su objetivo final de rebelarse contra el Estado chileno: *“Ellos (los gobernantes) saben que la sublevación de las comunidades puede ejercer algún día la violencia mucho más allá de las pedradas y eso es, precisamente, lo que les preocupa”*⁴.

En consecuencia, los sucesos de hostigamiento y ataque a las empresas no son hechos aislados ni de perfil meramente policial, sino que son parte de una estrategia de más largo alcance, cuyo punto de culminación es la confrontación violenta con el propio Estado. No se trata sólo de expresiones de violencia puntual en medio de movilizaciones y tomas de tierras, sino de un elemento

3 Coordinadora Arauco Malleco: “Las forestales tendrán que irse de nuestros territorios”, en periódico El Rodriguista, diciembre de 1997.

4 Coordinadora Arauco Malleco: “Hacia la conformación de un Movimiento Mapuche Autónomo”, en www.upaz.org

vital para el propósito de enfrentamiento que los grupos étnicos radicales tienen con el Estado chileno en función de obtener primero la ‘recuperación’ de territorios considerados ancestrales y, luego, avanzar en sus propuestas de ‘liberación’. Para lograrlo, siguiendo el ejemplo de los zapatistas en Chiapas, los mapuches radicalizados tratan de apelar constantemente a la sociedad civil, no para que se involucre de manera directa en su lucha, pero sí para que sirva de caja de resonancia de sus demandas y para que también se sume en la organización de diversos grupos que apoyen el rupturismo social que enfatiza la deslegitimación de la institucionalidad, instrumentalizando los problemas, carencias y conflictos derivados de la pobreza para hacer responsable al sistema imperante.

Conclusiones

La solución del problema mapuche pasa por plantearse tareas en el corto, mediano y largo plazo. Desde luego que en el primero es crucial que el gobierno haga respetar la vigencia del Estado de Derecho, garantizando efectivamente el derecho de propiedad, defendiendo el orden público y poniendo fin al clima de incertidumbre jurídica que viven los inversionistas nacionales e internacionales. En el mediano y largo plazo, las tareas deben centrarse en la superación de la pobreza y en la educación; en especial en ésta, como instrumento habilitante para que los mapuches en singular y los indígenas en general salgan del estado de marginalidad en que se encuentran.

En unas y otras hay que considerar que las personas se mueven por proyectos de vida. En lo pequeño y en lo grande ocurre lo mismo. Esto es particularmente válido para los indígenas que son personas individuales, pese a que el Estado en su afán proteccionista los ha considerado como sujeto colectivo. Para que los mapuches como individuos sean efectivos agentes del desarrollo, se debe apostar a su potencialidad y a su creatividad, factores que sólo pueden expresarse en un ambiente de libertad, fijando ellos mismos sus objetivos y trazando sus propios proyectos. Los esquemas dirigistas, en general, han fracasado en su tarea de impulsar el desarrollo de las comunidades indígenas, precisamente, porque no confiaron en las personas, sino que optaron por regular sus actividades y colocarlos en una situación jurídica que podríamos calificar de ‘interdicción’. El Estado no debiera impulsar comportamientos paternalistas con los indígenas, como lo ha venido haciendo, sino posibilitar que se desarrollen de manera autónoma, como toda la sociedad, sin abrumarlos con una relación de dependencia enervante. El Estado debe jugar un rol que

garantice la no discriminación de los indígenas, que estimule la aceptación, en el plano cultural, de su perfil cultural, y que fomente la incorporación al normal ejercicio de las actividades económicas en vez de promover un asistencialismo paternalista. Esto pasa por dos elementos centrales: incorporar a los indígenas como sujetos efectivos del desarrollo y, a la vez, reafirmar su identidad étnica a través de sus propios perfiles culturales y sociales.

En consecuencia, debieran diseñarse políticas hacia las minorías indígenas que signifiquen el reconocimiento de sus perfiles culturales propios y característicos y que también les permitan acceder y participar del desarrollo nacional, pues su incorporación a los mecanismos del progreso no atenta en contra de su identidad.

Nuevo estatuto para la protección de refugiados: un avance necesario

• 14 de octubre de 2009 •

En el último tiempo nuestro país se ha consolidado como un territorio confiable para la recepción de personas desplazadas de sus países que solicitan refugio, en virtud de su estabilidad política, social y económica. Esta situación genera un desafío importante para Chile, no sólo como receptor de personas que han pasado por situaciones dramáticas que afectan su desarrollo e identidad personal y nacional, sino porque es del todo necesario contar con una legislación de protección que pueda distinguir entre las verdaderas víctimas y aquellas otras personas que se amparan en la solidaridad internacional para cobijar sus actividades criminales o terroristas.

Entre las muchas temáticas que atiende el derecho internacional, una de sus vertientes más interesantes tiene relación con el reconocimiento, defensa y protección de los derechos fundamentales de los refugiados. Ello porque una vez reconocida la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 y su posterior adhesión mundial, se identificó cada vez más claramente la necesidad de atender la situación de las personas que debido a situaciones internas de sus países de origen o residencia sufrían el desplazamiento de sus hogares y la violación de sus derechos humanos. En efecto, esta Declaración reconoce expresamente, en su artículo 14º, el derecho de toda persona a buscar refugio o asilo en cualquier país¹. En este sentido, las personas que están en situación de ser calificadas como refugiados o desplazados están resguardados por los instrumentos internacionales que protegen los derechos esenciales de cualquier persona, por lo que los protocolos referidos al refugio se constituyen como un marco jurídico de aplicación más específica y atingente a la situación especial de los refugiados, pero complementada directamente por los instrumentos internacionales ya señalados.

Desde la década de los 50 a la fecha son variados los tratados que han ido reforzando el derecho internacional en materia de refugiados, siendo la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 el instrumento rector respecto de la definición de refugiado, cuáles son los derechos que poseen y cuáles son las obligaciones jurídicas que competen a los Estados Parte. Esta Convención considera refugiados a aquellas personas o grupos de personas perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, que se encuentren fuera del país de su nacionalidad y no puedan o por temor no quieran acogerse a la protección de dicho país o regresar a él².

Posteriormente se ha dado lugar a nuevos pactos, como el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967), vinculado a la Convención de 1951, la Convención de la Organización de la Unidad Africana (1969), la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984) y la Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en Améri-

1 Este derecho también es reconocido en el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (1948) y en el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Disponibles en <http://www.acnur.cl>

2 Véase artículo 1 letra A de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951.

ca Latina (2004)³. En consecuencia, si bien existe un desarrollo importante en materia de refugiados a nivel internacional y los Estados Parte han asumido de una u otra forma los compromisos asumidos, lo cierto es que resulta indispensable que cada país vaya adecuando su propia legislación interna a las delicadas exigencias que implica el tratamiento de estos casos.

El caso chileno

En el caso de Chile, en 1972 el país ratificó la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951 y el Protocolo adicional de 1967. A partir del año 2000, nuestro país pasó a ser miembro del Comité Ejecutivo de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), participando con ello en la elaboración de los programas anuales de este organismo, así como en la definición de sus directrices en materia de protección y del presupuesto requerido para el cumplimiento de sus tareas.

Internamente, la situación de los refugiados es tratada en el Decreto Ley N°1.094 de 1975, conocida como Ley de Extranjería, la que establece un procedimiento para la determinación de la condición de refugiado y la duración de su residencia, entre otros aspectos. Este cuerpo legal fue modificado mediante la Ley N°19.476, donde se buscó introducir cambios con el objeto de tener un marco normativo que incorporara los compromisos internacionales asumidos por Chile en esta materia. Dentro de las reformas introducidas en aquella oportunidad se puede señalar la definición de la calificación del refugiado en virtud de las convenciones internacionales vigentes en Chile, la determinación de la imposibilidad de expulsarlos en tanto dure el proceso que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado, la eliminación de las penas al ingreso clandestino de los refugiados y la instalación de una comisión asesora para la resolución de las solicitudes correspondientes, denominada Comisión de Reconocimiento e integrada por representantes del Departamento de Extranjería y Migración, del Ministerio del Interior y del Ministerio de Relaciones Exteriores. Si bien la comisión contempla la participación permanente de un representante de ACNUR, esta sólo es consultiva, es decir, sin derecho a voto.

Mientras el Departamento de Migraciones y Extranjería del Ministerio del Interior es el ente encargado de recibir las solicitudes de refugio y pronunciarse al

3 Fuente: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en <http://www.acnur.org>

respecto, la Vicaría de Pastoral Social y la Vicaría de los Trabajadores de la Iglesia Católica, con el apoyo de ACNUR, han desarrollado programas destinados a facilitar la integración de las personas refugiadas en Chile, dando cuenta de un trabajo mancomunado entre el Estado y las organizaciones civiles preocupadas de este tema para enfrentar esta materia. De acuerdo a información aportada por la Vicaría de Pastoral Social, actualmente en Chile hay más de 2.600 refugiados que provienen de 30 países de África, Asia, Europa y América Latina⁴.

Una nueva legislación para los refugiados

Al adherir a la Declaración y Plan de Acción de México, el Estado chileno adoptó el compromiso de establecer a nivel nacional un cuerpo legal especial para regular en forma autónoma e integral la protección de los refugiados, por lo que el 2 de septiembre de este año el gobierno envió a la Cámara de Diputados un proyecto de ley sobre esta materia y dar así cumplimiento a la obligación asumida el año 2004. En general, el proyecto propuesto es oportuno y parece adecuadamente trabajado en su contenido y aporte a la legislación sobre el tema, sin perjuicio de que algunas de las normas originales debieron ser modificadas para perfeccionar la iniciativa y alcanzar de mejor modo el objetivo buscado. A continuación se señalan los principales puntos contenidos en el proyecto y las observaciones de mérito a cada caso.

a. Principios relativos a los refugiados: el concepto de discriminación

El proyecto de ley incluye la definición de una serie de principios atinentes a los refugiados que han sido reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por Chile, como la no devolución, la confidencialidad, las causales de expulsión, la no sanción por ingreso clandestino y residencia irregular y la no discriminación. En particular, el principio de “no discriminación” propuesto originalmente, implica que las disposiciones de la ley se aplicarán a los refugiados y solicitantes de la condición de refugiados sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, país de origen, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, género, orientación sexual o cualquier otra condición social (Artículo 8°).

4 Fuente: Exposición de la Vicaría de Pastoral Social ante la Comisión de Gobierno Interior de la H. Cámara de Diputados de Chile, con relación al proyecto de ley boletín N° 6472-06, sobre protección de los refugiados. Informe del proyecto de ley disponible en <http://sil.congreso.cl>

Una primera cuestión a tener en cuenta es que en este caso se está definiendo en la ley común lo que es entendido como un principio propio de los derechos humanos (la no discriminación), esto es, de los derechos propios de la naturaleza humana y, por tanto, anteriores a la ley. En este sentido, no se considera favorable la determinación a través de leyes de quórum simple de este tipo de derechos y menos cuando no existe un consenso respecto a lo que él enmarca. En efecto, hoy en Chile está detenida la tramitación del proyecto que legisla a nivel general sobre la no discriminación⁵, precisamente porque no se ha alcanzado un acuerdo común sobre lo que este derecho implica. Por ello, nos parece que no es el espacio adecuado para innovar en esta materia. La definición debiera basarse en algo similar a lo que hoy establece el Código del Trabajo, cuyo contenido entrega un acercamiento legal vigente de lo que se entenderá por discriminación y no posee conceptos ambiguos que aún no son zanjados en nuestro país. Siguiendo esta línea argumental, fue propuesta la siguiente redacción: “Principio de no discriminación: Que implica que esta ley se aplicará a los refugiados y solicitantes de la condición de refugiados sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, religión o creencias, nacionalidad o ascendencia nacional, origen social o cultural, enfermedad o discapacidad, apariencia, u opinión política o de cualquier otra índole”. Consideramos que esta definición incluso es más amplia de la que se propone en la propia Convención de Refugiados -donde se reduce la discriminación a la raza, religión o país de origen- o de la que establecen muchos otros países y, adicionalmente, no genera problemas de interpretación ni se extiende más allá de lo que, en general, nuestra legislación contempla hoy.

b. Comisión de reconocimiento de la condición de refugiado

El proyecto de ley mantiene el concepto de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado, la que estará integrada por el Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, quien la presidirá; por dos representantes del Ministerio del Interior y dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, nombrados por los respectivos ministros de Estado. A las reuniones de la Comisión seguirá teniendo derecho a asistir un representante de ACNUR. Ahora bien, la composición de dicha comisión es de vital importancia, pues si no se conforma como un ente de carácter técnico, conformado por personas con formación profesional acorde a las exigencias y con acabados conocimien-

⁵ Véase Boletín 3815-07. Mayor información, disponible en <http://sil.congreso.cl>

tos en la materia, se da espacio a que puedan cometerse errores, como refugiar a personas políticamente perseguidas, pero cuya persecución pueda ser justificada, como sería el caso de miembros de grupos violentistas, como las FARC colombianas u otros similares. Cabe recordar, en este sentido, que uno de los procesados por el asesinato del senador Jaime Guzmán Errázuriz, fue asilado en Suiza siendo que el delito que cometió ocurrió en plena democracia y en contra de un senador electo democráticamente, situación que no quisiéramos que pudiera repetirse en nuestro país. Por ello, consideramos que se deben establecer requisitos de acreditación de capacidad técnica a los miembros designados por los respectivos ministerios, como un mínimo de exigencia de formación profesional y especialización cuando menos en derecho internacional.

En otro sentido, consideramos positivo que el quórum para sesionar y tomar acuerdos inicialmente haya sido corregido, pues tal como estaba planteado podría reducirse sólo a que dos de los miembros de la Comisión pudieran tomar las decisiones, lo que no se condice con la señal de responsabilidad e importancia con que ésta debe trabajar.

c. Secretaría Técnica

El proyecto establece que existirá una Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento cuyas funciones debieron ser fortalecidas, pues el proyecto original sólo entregaba una base mínima de tareas. Así, quedaron establecidas con mayor precisión en la normativa aquellas atribuciones relativas a la recopilación de información sobre el país de nacionalidad o residencia habitual que sea relevante para analizar las solicitudes presentadas, en particular en lo referido a la situación del afectado ante la ley, sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; las costumbres sociales y culturales del país, así como las consecuencias de su transgresión; la prevalencia de prácticas tradicionales perjudiciales; la incidencia y formas de violencia contra algún grupo de personas; la protección de que disponen; las penas impuestas a quienes ejercen violencia contra algún género y los peligros que el afectado puede enfrentar si regresa a su país de nacionalidad o residencia habitual después de haber realizado una solicitud de refugio.

d. Ingreso masivo de refugiados

En el proyecto se establecen lineamientos básicos en el caso que se produzca un ingreso masivo de refugiados. Si bien es positivo que se contemple

este caso en la ley, lo cierto es que la norma resultaba demasiado vaga en lo que corresponde a los procedimientos que se llevarían a cabo, puesto que ni siquiera quedaban entregados a un reglamento. Creemos que era necesario precisar esta materia para dar la mayor certeza posible respecto a las atribuciones o procedimientos especiales que se podrán seguir en estos casos y que no debieran ser vistos como tan improbables considerando que hace poco tiempo existió un conflicto de envergadura en Bolivia y que pudo haber llevado a que se produjera este tipo de situación en nuestra frontera norte. Estas observaciones fueron acogidas y se entregó la determinación de las normas a un reglamento.

e. El tema del género

El proyecto contenía varias referencias a temas de género como situaciones de las que podían valerse los solicitantes de refugio. Consideramos que al igual que con el tema de la discriminación, en nuestro país no existen definiciones legales respecto a materias de género, por lo cual consideramos que su inclusión en este proyecto no resulta ser del todo adecuada. Al respecto, cabe señalar que referencias a materias de género no están incluidas ni en el Estatuto del Refugiado de 1951 ni en su Protocolo de 1967, en tanto que en el Plan de Acción de México de 2004 es señalado muy someramente y sólo en el sentido de indicar que hay algunos países en que esta es una materia reconocida internamente, pero sin imponer ninguna obligación a los Estados Parte para que la incorporen en su legislación sobre refugiados. De este modo, no existe ningún compromiso u obligación de que el Estado chileno deba incluir este concepto en su legislación especial sobre refugiados, por lo que se acogieron estas observaciones y se modificaron las referencias en este sentido, aunque aún perdura en el artículo 41, que tiene relación con la aplicación de procedimientos especiales.

Conclusión

El derecho internacional es una materia dinámica y en constante renovación y profundización, por lo que se convierte en una necesidad permanente que los Estados mantengan vigentes sus compromisos mediante la actualización de las normativas internas que implican las distintas vertientes del derecho. En este caso, efectivamente Chile mantiene el compromiso pendiente de renovar la legislación sobre protección de refugiados, por lo que el proyecto propuesto por el Ejecutivo en septiembre de este año resultaba necesario. El contenido

de la iniciativa da muestra de los avances que ha experimentado Chile en el sentido de constituirse como un “país de acogida” para refugiados reconocido internacionalmente, pero que no sólo implica una imagen de liderazgo en la materia, sino que también exige que el Estado asuma las obligaciones y responsabilidades que ello conlleva, así como la definición de las garantías y obligaciones que serán de cargo de los refugiados y de los solicitantes de refugio en general, más aún cuando las tendencias evidenciadas por el crimen organizado y el terrorismo, pueden llevar a situaciones complejas al momento de tratar los casos de personas que más que víctimas de estos flagelos, son parte integrante de estos movimientos. Si bien la propuesta del Ejecutivo ha sido mejorada en su tramitación en la Cámara de Diputados, existen puntos aún pendientes de resolver, que no debieran generar una demora innecesaria para el despacho del proyecto por parte del Senado, pero que son fundamentales para la creación de un marco que entregue certeza jurídica en una materia tan delicada como es enfrentar el caso de los refugiados.

La corrupción como factor de amenaza institucional

• 9 de diciembre de 2009 •

En América Latina la corrupción es un fenómeno crecientemente sistémico, es decir, ha permeado a las principales instituciones, anulando su capacidad de reacción, la sociedad la tolera, la impunidad es alta y las probabilidades de sanción son escasas. La corrupción provoca un gran daño a la estabilidad democrática porque horada la credibilidad y buen funcionamiento de las instituciones, y socava la confianza de la ciudadanía. Esta situación se agudiza en una sociedad donde el Estado es quien controla las principales actividades económicas. En efecto, mientras mayor es el grado de intervención del Estado en la economía y más espacio existe para la discrecionalidad de las autoridades en el ejercicio de sus facultades, existirán más posibilidades de arbitrariedades para otorgar prebendas.

La corrupción es una especie de delincuencia subterránea frente a la cual la sociedad sólo reacciona cuando el problema alcanza una magnitud generalizada o se conocen casos de amplia repercusión social, ya sea por los montos defraudados o porque involucra a autoridades de relevancia, pero difícilmente reacciona frente a casos específicos porque suelen percibirse como comportamientos aislados o de una dimensión menor. Conceptualizarla resulta más difícil que caracterizarla como fenómeno, pues no existe una definición precisa y universalmente aceptada. Por eso optaremos por describirla en función de los comportamientos que en cada momento y lugar se estiman corruptos, de forma tal de caracterizar sus principales causas, modalidades y efectos.

Para Robert Klitgaard la *“corrupción es una conducta que se desvía de los deberes formales del rol público por ganancias de interés privado (personal, familiar o grupal), pecuniarias o relacionadas con el estatus, o que viola las reglas contra el ejercicio de ciertos tipos de conducta de interés privado”*¹.

Mientras que para Jean François Revel *“ser corrupto es utilizar de una forma cualquiera, directa o indirecta, el poder político o administrativo fuera de su campo legítimo, para procurarse ventajas, en dinero o en especie, y para distribuir las a sus amigos, servidores, parientes o partidarios”*².

Finalmente, para David Osterfeld la corrupción admite dos variantes. Incluye a *“las actividades de individuos fuera de la estructura institucional que otorgan beneficios a funcionarios públicos a efecto de obtener ciertos privilegios con miras a evadir las leyes y reglamentaciones vigentes y/o ocasionar cambios en dichas leyes y reglamentaciones, tanto por sancionamiento de ellas como por revocación, a efecto de obtener beneficios personales directos e inmediatos”* y también a *“las actividades de individuos que están dentro de las estructuras institucionales para su propio beneficio, o el de sus amigos y/o parientes, usando su calidad de funcionario a fin de solicitar o aceptar beneficios por parte de individuos privados a cambio de favores directos e inmediatos concedidos a ellos, o sancionar o revocar leyes y estatutos cuyo efecto inmediato es directamente el beneficio propio”*³.

1 Klitgaard, Robert (1990): “Controlando la corrupción”. La Paz: Quipus, p. 45.

2 Revel, Jean François (1992): “El Renacimiento Democrático”. Barcelona: Plaza & Janes, p. 380.

3 Osterfeld, David (1992): “Corrupción y Desarrollo”. Contribuciones Vol.9 N°2: 163-175.

Si bien todas estas acepciones suponen el involucramiento de personas que ejercen roles públicos ello no implica que no exista la corrupción en el sector privado. En efecto, en el ámbito estrictamente privado también hay dimensiones de corrupción de distinta envergadura⁴ que van desde los casos de abierto conflicto de interés, por ejemplo entre las empresas de auditoría externa que simultáneamente son, en forma directa o a través de sus afiliadas, consultores de sus clientes auditados en diversas áreas de actividad, como sucedió con la compañía de energía Enron y sus prácticas de gestión y de registro contables avaladas y en casos encubiertas por la auditora Arthur Andersen; hasta los casos cotidianos de intentar ‘sacarse’ o eludir un parte policial; pasando por la práctica cotidiana – extremadamente arraigada entre los abogados litigantes– de que las numerosas diligencias procesales a que da lugar un procedimiento judicial deban ser ‘incentivadas’ con un pequeño pago, a pesar de que la ley establece que la administración de justicia es gratuita y que el mismo Poder Judicial chileno ha instruido a los Tribunales y a sus funcionarios para que eviten esta práctica. No obstante, en la medida que la mayoría de las relaciones corruptas entre privados se limitan a generar una transferencia de rentas exclusivamente entre particulares, donde uno de ellos sufre una pérdida económica, no tienen una mayor connotación ni relevancia para la sociedad. Aun así, cabe precisar que el hecho de que las prácticas corruptas sean extendidas entre las empresas privadas igualmente resulta preocupante para la sociedad por un efecto reflejo, porque puede llevarlas a intentar reproducir ese tipo de comportamientos abusivos en sus relaciones con las agencias públicas para corromper a sus funcionarios.

En consecuencia, podemos definir ampliamente la corrupción como “*los comportamientos sociales individuales o colectivos transgresores de los estándares normativos de las sociedades o sistemas. Estándares que son variables, por lo cual la calificación de los comportamientos como corruptos remite siempre al contexto histórico social y al sistema de valores prevaleciente*”⁵. De este concepto deriva que las formas o modalidades que la corrupción puede revestir son variadas y su enumeración taxativa podría ser una tarea ardua, sin embargo, nos interesa tipificar algunas conductas recurrentes:

4 Rose-Ackerman, Susan (1999): “Corruption and the private sector”. En Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston y Victor T. LeVine (eds.): “Political corruption: a handbook”. New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers, pp. 661-684.

5 Zuluaga, Jaime (1996): “Cuando la corrupción invade el tejido social”. En Nueva Sociedad N°145: pp. 148-159.

- **Fraude y malversación de recursos públicos.** Es la acción por la cual los funcionarios distraen fondos públicos en beneficio personal, mediante hurtos encubiertos o asignando recursos fiscales en obras y servicios a través de los cuales ellos pueden obtener una ganancia. Un ejemplo es la contratación de una entidad consultora en la que el funcionario tiene participación.

- **Coima o Soborno.** Son los incentivos ilícitos, normalmente en dinero o bienes, que se dan a un funcionario público para que cometa violaciones administrativas que beneficien a un particular, omita requisitos que la ley demanda para la otorgación de un servicio o el ejercicio de un derecho, o acelere la tramitación de asuntos que son de su interés.

- **Extorsión o Cohecho.** Ocurre cuando son los funcionarios públicos quienes presionan o exigen a los particulares un pago por la realización o aceleración de trámites y servicios que están obligados a brindar o por no aplicarles exigencias o controles.

- **Negociación incompatible.** Se produce cuando una autoridad o funcionario tiene interés u obtiene un beneficio personal en un negocio o contrato en el cual deba intervenir en el ejercicio de las atribuciones de su cargo.

- **Tráfico de influencias.** Es la influencia indebida que una autoridad o funcionario ejerce sobre otra autoridad o funcionario, amparándose en su cargo o relación jerárquica, para obtener un beneficio para sí mismo o para un tercero.

- **Captura del regulador.** Es la manipulación en la formulación de las políticas públicas y en la aprobación de las reglas y regulaciones para que sean convenientes a determinados intereses y grupos⁶. Los costos para una sociedad donde los reguladores son capturables son regresivos porque las empresas menos eficientes serán las que tienen mayores incentivos para capturar a sus reguladores⁷.

- **Extracción de rentas, rentismo o “rent-seeking”.** Es el procedimiento mediante el cual se busca ejercer influencia durante el proceso político burocrático

6 Véase Hellman, Joel y Kaufmann, Daniel (2001): “La captura del Estado en las economías en transición”. Finanzas y Desarrollo Vol.38 N°3: 31-35.

7 Véase Goodman, Margaret (1999): “Preserving privilege in Yucatan”. En Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston y Victor T. LeVine (eds.): op. cit., pp. 639-658.

para obtener ingresos. Las manifestaciones rentistas surgen principalmente en los sectores de la economía donde las injerencias o regulaciones estatales generan distorsiones artificiales de la competencia y de los precios⁸.

- **Cientelismo.** Se caracteriza porque los grupos en el poder o con influencia en el aparato público distribuyen favores o cargos a cambio de apoyo político o electoral, sin atender a las competencias y habilidades de los postulantes para desempeñar un cargo y al margen del interés general. De esta manera el funcionario designado adquiere un compromiso de lealtad con quien ha influenciado u obtenido su designación en el cargo por razones exclusivamente políticas.

- **Nepotismo.** Es la designación o contratación, directa o mediante el uso de la influencia política que se posee, de amigos o parientes en cargos públicos. Es una modalidad bastante extendida en los sistemas judiciales latinoamericanos.

- **Intervención electoral.** Es la utilización abusiva de los cargos públicos y de los recursos fiscales para influir en el electorado, beneficiar a un determinado candidato o mantenerse en el poder⁹.

La corrupción como amenaza institucional

La incidencia de la corrupción en América Latina varía de un país a otro. En algunos países los niveles de corrupción son acotados, es decir, los casos son aislados y cuando se conocen la sociedad reacciona sancionando a los responsables y adoptando las medidas para inhibir este tipo de comportamientos en el futuro. En otros países la corrupción está generalizada o extendida, los casos son frecuentes e incluso puede haberse enseñoreado en ciertas áreas, lo cual hace más difícil su detección y persecución, pero las instituciones de la sociedad conservan su capacidad de reacción para intentar frenar su avance. Finalmente, la corrupción es sistémica allí donde ha permeado a las principales instituciones políticas (gobierno, parlamento, poder judicial, policías) anulando su capacidad de reacción y donde la sociedad tácitamente ha optado por convivir y tolerar los comportamientos corruptos sin que provoquen un rechazo o censura social. En este tipo de casos, la impunidad es

8 Para una revisión de este fenómeno en América Latina puede verse Pritzl, Rupert (2000): "Corrupción y rentismo en América Latina". Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung (CIEDLA).

9 Al efecto puede revisarse nuestro Ideas & Propuestas N°8: "Intervención electoral o el poder por el poder. Hacia un estatuto de garantías"; disponible en www.fguzman.cl

muy alta, mientras que la probabilidad de detección y la capacidad de sanción son muy escasas.

Los efectos que la corrupción provoca en una sociedad son distintos según si nos encontramos en un país donde ésta sea aislada, generalizada o sistémica. Si se ha vuelto sistémica es capaz de provocar un gran daño a la estabilidad democrática porque horada la credibilidad y buen funcionamiento de las instituciones en la medida que va socavando la confianza de la ciudadanía en ellas y pone en tela de juicio el imperio de la ley y la fe públicas. Al mismo tiempo afecta la economía y la competitividad de la sociedad porque genera ineficiencias y distorsiones y estimula la competencia desleal de los agentes privados por intentar influir en las decisiones públicas. En efecto, las empresas privadas que recurren a la corrupción suelen lograr posiciones de privilegio en la economía y las autoridades y funcionarios corruptos utilizan los recursos ilícitos para mantener la posición que les permite realizar estas transacciones ilícitas¹⁰.

También provoca costos sociales en la medida que las decisiones adoptadas por los funcionarios corruptos son arbitrarias y no consideran las consecuencias negativas para el bienestar general de la comunidad, por eso se estima que allí *“donde prevalece la corrupción se puede esperar que los pobres cuenten con servicios sociales de menor calidad; que la inversión en infraestructura se sesgue en contra de proyectos que los beneficien; que enfrenten impuestos más altos o menores servicios; que se vean desfavorecidos en la venta de sus productos agrícolas, y se limite su capacidad empresarial”*¹¹. Estos efectos dan a la corrupción el carácter de un serio factor de amenaza a la gobernabilidad y estabilidad democráticas. En efecto, cuando ella se generaliza hasta hacerse sistémica puede llegar a transformarse en un serio factor de amenaza para la estabilidad del propio sistema institucional de una sociedad, en cuanto compromete conductas que tienden a desviar el normal y correcto ejercicio del poder político, del poder legislativo, de los servicios judiciales y policiales, y de las autoridades de regulación económica.

Estos efectos y la amenaza que representan pueden agudizarse en una sociedad donde el Estado es quien controla y regula las principales actividades

10 Véase Mbaku, John Mukum (1996): “Bureaucratic corruption in Africa: The futility of cleanups”. Cato Journal Vol.16, N°1.

11 Kaufmann, Daniel (2000): “Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica”. Perspectivas Vol.3 N°2, p. 373.

económicas e incluso supedita a sus decisiones aspectos importantes del ámbito privado de las personas, pues la búsqueda de favores y el otorgamiento de éstos a cambio de dinero o de lealtad política será algo de ocurrencia frecuente. En aquellos sistemas donde el Estado tiene un fuerte poder sobre la sociedad la corrupción es un problema extendido, al decir de Revel: *“La excesiva estatización de la economía es una de las principales fuentes de corrupción a través del mundo. Cuanto mayor es la supremacía del poder político sobre el poder económico, más fácil y tentador es utilizar el poder político para enriquecerse”*¹². Esto se produce porque la regulación es un medio por el cual se transfiere poder a los representantes del sector público, en la medida en que progresivamente se van radicando en ellos facultades para decidir sobre aspectos del ámbito privado.

En América Latina durante décadas se asignó al Estado una excesiva importancia como generador y motor del desarrollo, lo que condujo a una concentración del poder económico en instancias estatales. Esta situación, en la práctica, incentivó el surgimiento de un corporativismo dedicado a sacar provecho del Estado que renovaba la vieja tradición clientelar imperante desde los albores de la independencia en los Estados latinoamericanos. Por una parte, el Estado se convirtió en el gran empleador a través de la distribución de cargos en sus órganos de administración y en las muchas empresas públicas que se creaban o que se estatizaban a partir de empresas originalmente privadas. Esta situación permitió que quienes accedían al gobierno utilizaran los nombramientos en cargos estatales para recompensar a sus amigos y seguidores por el apoyo electoral brindado. El criterio al que se atendía al momento de la designación era en función de la lealtad personal y política, y no en función de una mayor idoneidad técnica y eficiencia económica para el desempeño en el cargo. Por otra parte, los órganos de la administración del Estado se convirtieron en agencias que distribuían beneficios y recursos hacia los sectores de la población que tenían la capacidad de organizarse y luego de plantear sus reclamos y demandas ante los partidos y autoridades políticas. El intervencionismo estatal orientado hacia la satisfacción de esos intereses particulares no permitió una regulación estable sino que condujo a una situación caótica donde imperaba la sobre regulación de los más diversos sectores de las respectivas economías.

Cuando en América Latina fue el Estado quien asumió la tarea de planificar la vida económica surgieron las influencias ilícitas que estimularon la adopción de decisiones arbitrarias que favorecían a algunos y perjudicaban

12 Revel (1992): op. cit., p. 380.

a los demás, pues la concentración del poder en manos de una burocracia engorrosa, dotada de las atribuciones para repartir privilegios, estimula que el comportamiento de los agentes privados se vaya desviando desde el sistema legal hacia sistemas de relaciones informales que buscan la manera de vulnerar los mecanismos regulatorios, con el consiguiente aumento de la corrupción¹³. Por eso, cuando el funcionamiento del Estado está dominado por una regulación excesiva, cargada de trabas burocráticas, de inspecciones inútiles, de verificaciones que, además de ser redundantes, desincentivan el desarrollo de las iniciativas de los particulares, se amplían los espacios para que se cultive el fenómeno de la corrupción. En efecto, *“detrás de cada subsidio o regulación del Estado emerge un mercado secundario de intermediarios influyentes, gestores y oficinas clandestinas que obtienen, negocian o revenden los privilegios a sus valores reales”*¹⁴.

En este sentido, mientras mayor es el grado de intervención del Estado en la economía y más espacio exista para la discrecionalidad de las autoridades en el ejercicio de sus facultades, existirán más posibilidades de arbitrariedad y, por ende, de otorgamiento de prebendas. Los sobornos pueden estar dirigidos a los funcionarios de la burocracia estatal o a las autoridades políticas. A los funcionarios porque ellos son los responsables de ejecutar las leyes y normas del régimen institucional. Las oportunidades para sobornar en este caso están relacionadas con la capacidad que tengan para decidir o para conceder determinados beneficios o para abstenerse de efectuar ciertos controles o aplicar regulaciones. El soborno a las autoridades se deriva de que éstas son quienes diseñan las políticas públicas o contribuyen a modelar las leyes y reglamentos. La conducta ilícita estará dirigida a influenciarlas para obtener beneficios en el más alto plano decisional de un Estado. Evidentemente, mientras más expandido sea el poder estatal mayor será la vulnerabilidad estructural de la clase política respecto de la corrupción.

¿Cómo neutralizar la corrupción?

Existen ciertas circunstancias y contextos que favorecen el surgimiento de la corrupción. Primero, la debilidad de los mecanismos de fiscalización y rendición de cuentas del sistema público que impide controlar adecuadamente las

13 Véase Tanzi, Vito (1998): “Corruption around the world: causes, consequences, scope, and cures”. Washington D.C.: Fondo Monetario Internacional WP/98/63.

14 Bustamante, Jorge (1989): “La República Corporativa”. Buenos Aires: Emecé, p. 23.

decisiones y acciones de sus agentes¹⁵; segundo, importantes faltas de transparencia de las agencias del Estado¹⁶ y bajos niveles de acceso a la información pública¹⁷; tercero, un servicio público donde los funcionarios son seleccionados y hacen carrera sin importar sus méritos sino sus vínculos personales o políticos, lo que unido a la falta de eficiencia de las burocracias estatales, tiende a incentivar el abuso de poder¹⁸; cuarto, una economía donde el Estado tiene una participación relevante en la propiedad de los medios de producción, una intervención excesiva en los mercados o donde el poder económico se concentra en monopolios que ejercen influencia en el gobierno para obtener beneficios¹⁹; quinto, la existencia de una frondosa legislación que entrega enormes facultades, muchas veces superpuestas, a los funcionarios públicos, lo que amplía el margen para que adopten decisiones discrecionales²⁰; sexto, la carencia de un poder judicial que actúe con eficacia y oportunidad para sancionar a los funcionarios corruptos; séptimo, una actitud tolerante hacia comportamiento considerados de menor magnitud²¹; y, finalmente, la falta de voluntad política de los gobiernos para frenar la corrupción.

Al efecto, ha de considerarse que, muchas veces, debe lidiarse con una corrupción que ya está enquistada en la administración del Estado y, si bien el aumento de los niveles de control y persecución pueden tener el efecto de desincentivar el comportamiento corrupto de un funcionario, éste solo será parcial, pues subsistirán los oportunidades que favorecen la corrupción: la discrecionalidad en la adopción de decisiones, la existencia de rentas que pueden ser apropiadas, la ausencia de rendición de cuentas, la opacidad de las decisiones públicas, la inamovilidad funcionaria y la falta de vínculo entre el cumplimiento de sus deberes y su recompensa, economías cerradas y excesivamente reguladas, y con empresas públicas sin gobiernos corporativos fuertes, etc.

15 Véase Klitgaard, Robert (1988): *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press.

16 Véase Joel Hellman, Geraint Jones y Daniel Kaufmann (2000): "Captura del Estado, corrupción e influencia en la transición", Washington D.C.: Documento de Trabajo N°244, Banco Mundial.

17 Véase Jaraquemada, Jorge (2008): "Nueva ley de transparencia y acceso a la información pública: construyendo confianza institucional". En Larraín, Hernán: "Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba". Santiago: Editorial JGE, pp. 140-156.

18 Véase Rose-Ackerman, Susan (1999): "Corruption and Government. Causes, consequences and reform", Nueva York: Cambridge University Press, especialmente pp. 69-88.

19 Véase Hellman, Joel y Kaufmann, Daniel (2001): op. cit.

20 Véase Tanzi, Vito (1998): op. cit.

21 Véase Aedo, Cristián (1995): "Reflexiones sobre la corrupción". Santiago: ILADES - Georgetown University.

Conclusión

En consecuencia, la efectividad de la lucha contra la corrupción es una tarea compleja cuyo éxito depende de una convergencia de acciones que permita eliminar los contextos que, de acuerdo a la experiencia internacional, favorecen la corrupción, o al menos mitigar la prevalencia de las circunstancias que abonan el surgimiento y expansión de las prácticas corruptas. En efecto, *“la corrupción es síntoma de problemas económicos, políticos e institucionales fundamentales. Combatir con eficacia la corrupción significa abordar esas causas básicas. Debe prestarse atención prioritaria a la prevención, es decir, a la reforma de las políticas económicas, las instituciones y los incentivos. De otro modo, los esfuerzos por mejorar la aplicación de las leyes contra la corrupción por medio de la policía, las oficinas de inspección u organismos de vigilancia especiales dentro del Gobierno no serán provechosos”*²². Es decir, deben privilegiarse los esfuerzos por prevenir la corrupción y el fortalecimiento de las instituciones, así como la participación de la ciudadanía a través de incrementos sistemáticos de la transparencia y el acceso a la información pública. Sin una reforma, previa y potente, que robustezca las instituciones y modifique los sistemas de incentivos, los esfuerzos por incrementar los sistemas de control y sanción serán poco eficaces.

22 Gray, Cheryl W. y Kaufmann, Daniel (1998): “Corrupción y desarrollo”. En Finanzas y Desarrollo Vol. 35 N°3: pp. 7-10.

Chile víctima de la corrupción

• 23 de diciembre de 2009 •

Comparado con el resto de los países de la región, Chile no presenta una corrupción generalizada o sistémica, aunque desde el año 2002 ha venido deteriorando su posición en los rankings internacionales. No obstante, preocupa la reiteración de casos en las últimas dos décadas. El Estado ha enfrentado el tema desde una perspectiva institucional acertada, pero aún quedan temas pendientes. En concreto, reforzar el accountability de la administración pública, dismantelar la regulación sin justificación técnica que amplía la discrecionalidad funcionaria, extender la profesionalización de la burocracia estatal premiando sus méritos e imponer mayores estándares de transparencia a las empresas públicas y someterlas a gobiernos corporativos que mejoren su eficiencia.

Contexto situacional

En Chile actualmente parecemos estar en un contexto de casos aislados de corrupción. En verdad, no tenemos aquí las manifestaciones tan extendidas de otros países de la región. Pero el problema avanza en nuestra sociedad y en las últimas décadas se han visibilizado dos fenómenos. Por una parte, la cristalización de una serie de prácticas, toleradas por la costumbre social, que son un terreno fértil para la expansión del fenómeno; nos referimos al uso de “influencias” para el logro o aceleración de algún trámite administrativo o el “estímulo pecuniario” al funcionario para agilizar los procesos y obtener más rápido un determinado documento. Por la otra, al surgimiento de una serie de escándalos que han afectado a diversas reparticiones estatales, particularmente a las empresas públicas.

Circunscribiéndonos únicamente al gobierno de la Presidenta Bachelet, podemos citar los siguientes ejemplos recientes de casos de corrupción en organismos y servicios públicos: las irregularidades en el sistema de distribución de beneficios de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, las licitaciones irregulares de pasajes aéreos en la Cancillería, la malversación de fondos públicos en la Superintendencia de Electricidad y Combustible; la emisión fraudulenta de cheques fiscales en el Servicio de Salud de Maule, los contratos de infraestructura vial abultados en la SEREMI de Obras Públicas de Rancagua, las ventas de textos escolares en la SEREMI de Educación de Magallanes, los gastos sin justificación en la Subsecretaría de Minería, la licitación irregular de exámenes en el Hospital Luis Tisné, las irregularidades en el uso de fondos para el SIDA, las compras irregulares de predios rurales por CONADI, los pagos indebidos en INDAP, la licitación irregular de plataforma tecnológica en el Registro Civil y la red de corrupción entre el Servicio Médico Legal, la Policía de Investigaciones y el Poder Judicial; así como también en empresas públicas: las irregularidades en las licitaciones de la mantención de minas en CODELCO, los nombramientos y asesorías contratadas a parientes en la empresa CIMM T&S, el cobro irregular de peajes en el puente Lonquén por la Empresa de Ferrocarriles del Estado y las cuantiosas pérdidas en ENAP.

De hecho, los procesos de fiscalización que se han llevado adelante por parte de diversas comisiones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados a las empresas del Estado han arrojado indicios relevantes, -cuando no evidentes-, de que entre esas empresas públicas y sus clientes, proveedores e incluso competidores del sector privado, se ha ido tejiendo con el tiempo, una relación

inadecuada que implica acciones u omisiones de parte de la empresa estatal que benefician a un determinado actor privado y que podríamos denominar “captura”, es decir, una influencia sistemática e indebida en la adopción de decisiones comerciales de una empresa del Estado para que éstas sean convenientes a determinados grupos de interés privados.

Chile desde una perspectiva comparada

El Índice de Percepción de Corrupción elaborado por Transparencia Internacional se basa en la aplicación de encuestas estandarizadas sobre percepciones de los niveles de corrupción y, por ende, sólo es un indicio respecto de los niveles que existen en la realidad de cada país. En este índice se consideran 180 países. El puntaje va de 0 a 10 y a menor puntaje, es decir, en la medida que se tiende a 0, existe una mayor percepción de corrupción. Si bien Chile se encuentra relativamente bien ubicado –fluctuando entre la posición 17 a la 25– y por delante de todos los demás países sudamericanos, desde el año 2002 que ha venido deteriorando su posición, lenta pero persistentemente.

Índice de Percepción de Corrupción 2008

CHILE	UBICACIÓN	PUNTAJE
Año 2000	18	7,4
Año 2001	18	7,5
Año 2002	17	7,5
Año 2003	20	7,4
Año 2004	20	7,4
Año 2005	21	7,3
Año 2006	20	7,3
Año 2007	22	7,0
Año 2008	23	6,9

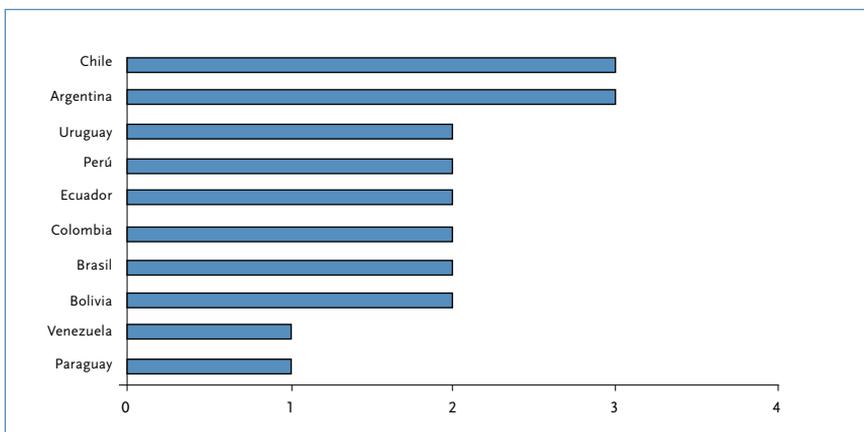
Fuente: Transparencia Internacional

1 Véase Hellman, Joel y Kaufmann, Daniel (2001): “La captura del Estado en las economías en transición”. Finanzas y Desarrollo Vol.38 N°3: 31-35.

Adicionalmente, de acuerdo al Barómetro Global de la Corrupción², también realizado por Transparencia Internacional, puede señalarse que en Chile un 55% de las personas considera que la corrupción está instalada en el país, percibiéndose que las instituciones más traspasadas por la corrupción son los partidos políticos, el Congreso y el Poder Judicial. Un 41% considera que el principal responsable de la corrupción es el Gobierno, mientras que un 58% de la población considera poco efectivas las acciones que éste ha implementado para combatirla.

Por su parte, el Índice de Calidad de la Burocracia, preparado por el International Country Risk Guide, evalúa positivamente a los países donde la burocracia, a pesar de los cambios de gobierno, cuenta con fortaleza y experiencia para gobernar sin realizar cambios drásticos de políticas o interrupciones en los servicios públicos, mientras que evalúa negativamente a los países donde los cambios de gobierno son traumáticos en la formulación de políticas y en las funciones cotidianas de la administración. En este índice la escala de puntaje va de 0 (lo más malo) a 4 (lo mejor). En este caso, nuevamente Chile aparece relativamente mejor posicionado, con una percepción de buena calidad de su burocracia estatal.

Índice de Calidad de la Burocracia 2006

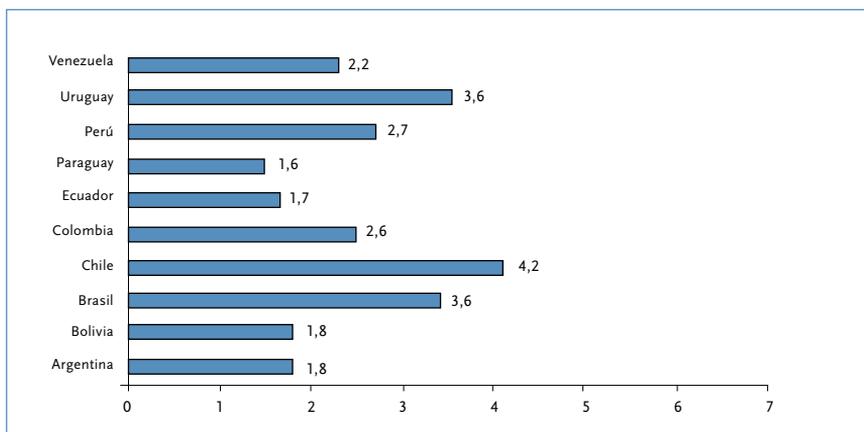


Fuente: International Country Risk Guide

² Puede revisarse este instrumento en http://www.chiletransparente.cl/home/inst_barometro.html

El índice de Captura en Decisiones Oficiales, elaborado por el Fondo Monetario Internacional, indica el grado de captura o compromiso con el que se adoptan las decisiones al interior de los organismos públicos. En este índice, 1 es el nivel más elevado de favoritismo con que se adoptan las decisiones, mientras que 7 es el nivel de mayor neutralidad frente a los grupos de interés. Chile también aparece en una buena posición relativa con respecto al resto de los países sudamericanos y su rango de 4,2 revela que se percibe una mayor neutralidad que captura en las decisiones públicas, pero aún está muy distante del rango superior (7,0).

Índice de Captura en Decisiones Oficiales 2006

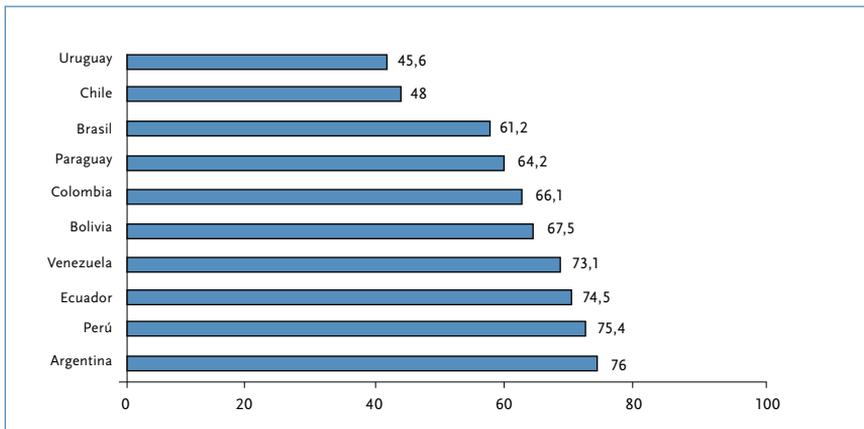


Fuente: Fondo Monetario Internacional

Finalmente, a partir de la pregunta ¿de 100 funcionarios públicos, cuántos diría que son corruptos? formulada por el estudio Latinobarómetro, derivamos un índice de corrupción de los funcionarios en América Latina, donde Chile aparece en una buena posición relativa con respecto al resto de los países de la región, pero donde claramente no es un buen estándar que se perciba que casi la mitad de los funcionarios públicos del país (48 de cada 100) son corruptos.

Índice de Corrupción de Funcionario Públicos

¿De 100 funcionarios públicos, cuántos diría que son corruptos?



Fuente: Latinobarómetro 2008

En suma, desde una perspectiva comparada con el resto de los países de la región, en Chile no existe una situación de corrupción generalizada ni endémica, es decir, ésta no traspasa a todas las instituciones, pero es preocupante la tendencia a la reiteración de casos en el tiempo (ver Anexo), pues puede derivar en una situación donde la corrupción sea tan habitual que la sociedad se acostumbre y baje sus defensas y porque su tendencia, desde el año 2002, ha sido deteriorar persistentemente su posicionamiento en los rankings internacionales.

Avances institucionales para frenar la corrupción

En 1994, el gobierno chileno empieza a preocuparse del tema y crea la “Comisión Nacional de Ética Pública”, cuyo trabajo sirve como base para la dictación de la Ley N°19.653 de 1999, sobre Probidad Administrativa, que modificaba la Ley N°18.575, sobre Bases de la Administración del Estado. Adicionalmente, se crea el Consejo de Auditoría Interna de Gobierno. Esta situación fue reforzada por el surgimiento, hacia fines de los noventa, de una abierta preocupación internacional que llevó a diversos organismos financieros, tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano, la OECD y a otras agencias de países desarrollados, a plantear a los

países sujetos de crédito la exigencia de que otorgaran las garantías institucionales que permitieran aumentar la confianza en que los recursos otorgados a través de esos préstamos internacionales se utilizarían correctamente y no desaparecerían en escándalos de corrupción.

Posteriormente, durante la presidencia de Ricardo Lagos, específicamente a inicios del año 2003, se consensua un nuevo paquete de reformas denominado “Acuerdo Político-Legislativo para la Modernización del Estado, la Transparencia y la Promoción del Crecimiento”, también conocido como el acuerdo Insulza-Longueira, que fue promovido a partir del escándalo gatillado por el caso MOP-Gate, las indemnizaciones millonarias autoasignadas por directivos de empresas públicas y por los “sobresueldos”, que consistían en sobres con dinero en efectivo que se entregaban a los ministros de gobierno para suplementar la remuneración que percibían por ejercer sus cargos. Esta situación dio origen a la creación del Sistema de Alta Dirección Pública y a la regulación del financiamiento de las campañas electorales, a través de la dictación de la Ley N°19.882, que crea el Sistema de Alta Dirección Pública y establece un Nuevo Trato laboral, y de la Ley N°19.884, sobre Transparencia, Límite y Control del Gasto Electoral, respectivamente.

En noviembre de 2003, el gobierno envía a tramitación legislativa un proyecto de ley sobre lobby (Boletín 3407-07) que establece un registro para la inscripción de las personas que realicen actividades de lobby, sujetándolas a una serie de requisitos e inhabilidades, con la finalidad de dar publicidad a los actos de los particulares que pretendan ejercer influencia en la adopción de las decisiones públicas. Este proyecto incluso fue objeto de un veto por parte de la Presidenta Bachelet, pero ante las dificultades para lograr un acuerdo y la gran cantidad de modificaciones que se seguían sugiriendo, el Ejecutivo optó por presentar un nuevo proyecto de ley (Boletín 6189-06) el que se encuentra en su segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

El año 2005 se reformó la Constitución consagrando el principio de transparencia y publicidad de los actos del Estado en el nuevo artículo 8° de la Constitución Política. El inciso segundo de esta norma constitucional señala “(.) *Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional*”. En la Ley N°19.653 de

1999, sobre Probidad Administrativa, se había plasmado un intento previo por recoger similar principio, sin embargo, en esa norma el legislador incurrió en el error de habilitar el establecimiento de causales de secreto o reserva en disposiciones legales o meramente reglamentarias. Amparándose en esta potestad, en una reacción que retrata el ánimo de eludir el espíritu de la Ley de Probidad Administrativa, se procedieron a dictar innumerables decretos y resoluciones por parte de ministerios y servicios públicos que, en la práctica, sacaron del conocimiento público diversas materias de la más variada relevancia.

Frente a nuevos escándalos de corrupción gubernamental –Chiledeportes y Planes de Generación de Empleos en la V^{ta} Región, por señalar algunos– y luego de recoger las propuestas elaboradas por una comisión de expertos para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública, a fines de noviembre de 2006, la Presidenta Bachelet impulsa una amplia “Agenda de Probidad, Transparencia, Eficiencia y Modernización del Estado”. Las medidas planteadas tenían como objetivos transparentar la información pública, frenar las irregularidades y faltas a la probidad administrativa y mejorar los controles de los sistemas públicos. Las principales propuestas de la agenda pueden agruparse en cuatro áreas: transparencia, probidad, modernización del Estado y calidad de la política. Los avances en la implementación de esta agenda han sido sólo parciales³.

En lo relativo a transparencia, a fines de 2006, se dictó el Instructivo Presidencial N°08 que exigió que los organismos de la administración pública proporcionaran a la ciudadanía cierta información, sin necesidad de requerimiento previo, a través de sus sitios electrónicos, tales como la normativa vigente, el personal de planta, a contrata y a honorarios, las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios, las transferencias de fondos que realizaban a personas jurídicas y los actos y resoluciones que tuvieran efectos sobre terceros. Este instructivo fue el antecedente de la posterior Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, aprobada en agosto de 2008 y plenamente vigente desde abril de 2009, que complementa el principio de publicidad administrativa reconocido en el artículo 8 de la Constitución y en los artículos 13 y 14 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, y crea el Consejo para la Transparencia, órgano autónomo encargado de velar por la aplicación de la normativa

3 De las ocho iniciativas legislativas que contiene esta Agenda, sólo dos se han convertido en ley: la Ley N°20.285, de transparencia y acceso a la información pública y la Ley N°20.205, que protege al funcionario público denunciante de faltas a la probidad.

de acceso a la información, con potestades para sancionar a los organismos que obstruyan el derecho de acceso a la información pública. También en materia de transparencia, está pendiente de promulgación la reforma constitucional (Boletín 4716-07) sobre transparencia, modernización del Estado y calidad de la política que establece, entre otras cosas, la publicidad de las declaraciones de intereses y de patrimonio a las que están obligados autoridades y altos funcionarios públicos de acuerdo a la Ley N°19.653 y Ley N°20.088.

Respecto de la probidad, aparte del intento por sacar adelante la regulación del lobby, esta agenda contempló la presentación de varios proyectos de ley o bien el impulso de otros proyectos que ya se estaban tramitando en el Congreso. Un primer objetivo buscado era proponer un sistema de protección que permitiera que los funcionarios públicos denunciaran, sin temor a recibir represalias, las conductas reñidas con la probidad administrativa que conocieran en el ejercicio de sus funciones. Para esto, en diciembre de 2006, se presentó el proyecto de ley (Boletín 4722-06) que protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad, que se convirtió en la Ley N°20.205 en julio de 2007. Un segundo objetivo fue ampliar las restricciones para el “revolving door” que ya contemplaba el artículo 56 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, haciendo parte de esta agenda al proyecto de ley (Boletín 4186-07) que establece impedimentos para ocupar cargos en instituciones privadas sujetas a fiscalización por el funcionario respectivo, que ya se encontraba en tramitación legislativa desde mayo de 2006. En concreto, prohibiendo a los directivos y profesionales de las entidades públicas fiscalizadoras y que adoptan decisiones de política pública, desempeñarse en actividades relacionadas con las entidades privadas sujetas a su fiscalización o a las que afectan sus decisiones durante un año, contado desde que dejaron de ejercer su cargo público; estableciendo una compensación en dinero por el tiempo que dura esta prohibición; y sancionando a los infractores con inhabilidad perpetua para ejercer cargos públicos y restitución de la compensación. Este proyecto se encuentra en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados. Un tercer objetivo fue aprovechar la tramitación legislativa del proyecto de ley (Boletín 3937-06) para perfeccionar los sistemas de compras y contratación pública, transformando a la Ley N°19.886, de Compras Públicas, en una ley marco de la contratación pública y extendiendo su aplicación a la ejecución y concesión de obras públicas, de bienes nacionales de uso público y de bienes municipales, así como a la contratación de estudios, asesorías y consultorías para proyectos de inversión. Este proyecto aún se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado. Finalmente

en materia de probidad, esta agenda consideraba establecer la obligación de los parlamentarios de inhibirse de intervenir en los asuntos en que tuvieran intereses, para lo cual se incluyó dicha prohibición en el proyecto de reforma constitucional (Boletín 4716-07) en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política, que se presentó a tramitación legislativa en diciembre de 2006 y que actualmente se encuentra detenida por la presentación de un veto presidencial, como ya se señaló.

En lo referente a calidad de la política, esta agenda contemplaba tres iniciativas que fueron incluidas en el proyecto de reforma constitucional (Boletín 4716-07) en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la política. La primera buscaba modificar el sistema de urgencias legislativas y la posibilidad de presentar proyectos de reforma constitucional durante los períodos previos a la realización de elecciones para evitar la manipulación de la agenda parlamentaria por motivaciones políticas. En segundo lugar, se prohibía al Gobierno realizar publicidad o colectas durante la vigencia del período de campañas electorales. En tercer lugar, se proponía regular la realización de primarias al interior de los partidos para seleccionar a sus candidatos. De estas tres propuestas, las dos primeras fueron desechadas. Finalmente en esta materia, se consideró una reforma a la Ley N° 19.884, sobre Gasto Electoral (Boletín 4724-06), ingresada en diciembre de 2006, que tenía por fin conocer el origen del financiamiento y destino de los fondos que son utilizados en las campañas electorales a través del fortalecimiento de las atribuciones de los organismos fiscalizadores y la tipificación de delitos electorales aplicables a quienes infrinjan la normativa electoral.

La última materia que abordaba la agenda presidencial era la modernización del Estado. En el ámbito de los recursos humanos, se propuso avanzar en los procesos de selección de funcionarios de los servicios públicos ampliando la cobertura del Sistema de Alta Dirección Pública a un significativo número de servicios públicos, a través de la modificación de la Ley N°19.882, sobre Nuevo Trato laboral. En concreto, se proponía dotar de mayor autonomía al Consejo de Alta Dirección Pública, fortalecer sus atribuciones en la selección de los directivos y en el diseño de sus convenios de desempeño, establecer obligaciones de rendición de cuentas sobre los avances en la implementación del sistema de alta dirección pública para el Consejo y el Servicio Civil ante el Congreso, y perfeccionar los procesos de selección. En el ámbito de la fiscalización se propuso llevar a cabo la modernización de la Contraloría General de la República también a través de normas que incorporaba el proyecto de reforma constitucional (Boletín 4716-07) en materia de transparencia, modernización del Estado y calidad de la

política. En concreto, se proponía elevar a rango constitucional su función de auditoría externa de la inversión de los recursos públicos, sujetar a sus facultades de fiscalización a las empresas del Estado que no sean sociedades anónimas o se rijan por esas normas y a las personas jurídicas sin fines de lucro que reciben transferencia de recursos fiscales respecto de esos fondos, relevarla de su deber de llevar la contabilidad general de la Nación y suprimir su función de Tribunal de Cuentas⁴. Adicionalmente, incorpora en la agenda la idea que ya había sido plasmada en un proyecto de ley (Boletín 3937-06), iniciado en julio de 2005, de crear un Consejo de Auditoría Interna de Gobierno que dota de una institucionalidad estable a la Comisión Asesora en estas materias creada mediante el Decreto Supremo N° 12, de 1997, de SEGPRES, entregándole al Consejo la misión de velar por el respeto, aplicación y cumplimiento de las normas que regulan la organización y funcionamiento de los servicios públicos con la finalidad de fortalecer el control interno de la Administración Pública. Este proyecto de ley se encuentra en su primer trámite constitucional en el Senado. Por último, se propuso la creación de una agencia de calidad de las políticas públicas con el objetivo de controlar y evaluar los resultados y el impacto de las políticas y programas públicos.

Los desafíos pendientes

Como ya se sostuvo latamente en el número anterior de “Ideas & Propuestas”⁵, hay determinadas circunstancias que facilitan la corrupción: un bajo nivel de rendición de cuentas del sistema público, la falta de transparencia de los órganos del Estado, un servicio público donde son más importantes las conexiones políticas que los méritos, una economía donde el Estado interviene excesivamente en los mercados, la regulación excesiva y discrecional, la inexistencia de gobiernos corporativos fuertes en las empresas públicas, la falta de eficacia del poder judicial, la tolerancia de conductas que se consideran de menor magnitud y la escasa voluntad política para combatir la corrupción. Por lo tanto, una lucha eficaz contra la corrupción debe privilegiar la remoción de estas circunstancias antes que centrarse en los mecanismos de control, persecución y sanción, eliminando las oportunidades para que surjan o se expandan las malas prácticas. En esta lógica es clave un fortalecimiento institucional que coloque los incentivos correctos.

4 Cabe destacar que durante la discusión de esta iniciativa, se acordó retirar esta propuesta de la reforma, con el compromiso de enviar un proyecto específico sobre la materia, dada la complejidad y necesidad de realizar un debate más profundo respecto a la modernización de la Contraloría.

5 Véase Fundación Jaime Guzmán: “Ideas & Propuestas N°44. La corrupción como factor de amenaza institucional”, 9 de diciembre de 2009.

En Chile recientemente se ha avanzado en algunos de estos aspectos. No obstante, todavía quedan varias zonas grises. En efecto, los niveles de accountability de los organismos de la administración del Estado permanecen aún débiles y no existe una iniciativa encaminada, sistemática y coordinadamente, a resolver este déficit, más allá de los estímulos que pueda aportar la reciente Ley N°20.285, sobre transparencia y acceso a la información pública.

Por otra parte, ha habido una cierta contumacia en la iniciativa legislativa de los últimos gobiernos, pero también fuerte persistencia en el ánimo de los parlamentarios, de generar más y más regulaciones intrascendentes o que encuentran dudosa justificación técnica, incluso algunas de ellas dotadas de toda una nueva institucionalidad que las soporte, y que tienden únicamente a ampliar los espacios para las decisiones discrecionales de los funcionarios. Estos espacios, como se sabe, son abono fértil para la corrupción.

A pesar de la creación del Sistema de Alta Dirección Pública, persiste en Chile una burocracia estatal caracterizada por sus bajos estándares de desempeño y porque suele entregar asilo laboral a buena parte de los “operadores políticos” de los partidos miembros de la coalición gobernante. Esta situación probablemente se ha agudizado por la permanencia de un sistema de recursos humanos basado en plantas de funcionarios que gozan de inamovilidad, pero donde no se les premia su mérito con aumentos en su remuneración. Adicionalmente, se ha agravado por la insistencia en recurrir a los contratos a honorarios suma alzada –definidos para contratar asesorías específicas y transitorias– como mecanismo para contratar indefinidamente (renovándolos por anualidades) a personas que realizan funciones propias y permanentes de la institución, como una forma de subsidiar plantas precarias o con bajas remuneraciones o bien para contratar derechamente a toda suerte de asesores y “operadores”.

Finalmente, a las empresas del Estado no se les han impuesto estándares lo suficientemente exigentes en materia de transparencia que permitan desincentivar, en parte, los procesos de captura por grupos privados de interés. En efecto, ellas están obligadas a una transparencia activa muy acotada y exentas de la obligación de entregar la información pública que les requiera cualquier ciudadano⁶; adicionalmente, estas mismas empresas estatales aún no son sometidas a un sistema de gobiernos corporativos⁷ que, sin generarles mayor burocracia, les permita mejores niveles de accountability de gestión y un desempeño más eficiente.

Anexo

Principales casos de corrupción en los gobiernos de la Concertación (1990-2008)

Año	Organismo o empresa defraudada	Caso o Irregularidad	Monto en M\$ de 2008
1991	Onemi	Desvío de fondos	1.883.397
1992	Digeder	Desvío de fondos	1.165.312
1993	Codelco	Dávila	172.964.204
1993	Refinería de Petróleos de Concón	Desmalezado	787.674
1994	Empremar	Compras irregulares	862.788
1994	Esvál	Colectores	25.048.687
1994	Oficina Nacional de Retornados	Asignaciones rregulares	-
1994	Enacar	Irregularidades y denuncias de narcotráfico	-
1995	Aduanas	Contrabando	-
1996	Mineduc	Aulas Tecnológicas	2.633.130
1996	Intendencia V Región	Desvío de fondos	18.681
1997	Copeva	Casas Nylon	33.096.684
1997	JunaeB	Coimas	8.424.610
1997	Injuv	Irregularidades manejo de fondos	902.636
1998	Dipreca	Irregularidades manejo de fondos	214.700
1999	Ministerios	Sobresueldos	34.625.212
1999	Indap	Asignación de créditos	1.385.008
1999	Intendencia II Región	Pago indebido	487.522
2000	Empresas Públicas	Indemnizaciones	44.012.030
2000	Tribasa	Remodelación Ruta 5	128.793.483
2000	Enacar	Pérdidas	1.066.958
2001	Plantas Revisión Técnica	Coimas	-
2001	Conadi	Compras irregulares de tierras	-
2002	Instituto de Salud Pública	Irregularidades manejo de fondos	389.536
2002	Mineduc	Cursos fantasmas	370.687
2002	Minsal	Equipos	528.943
2002	Mop	Gate	1.809.459
2002	Mop	Ciade-Ficor- Gescam	4.272.333
2003	Intendencia R.P.	Pavimentación Alameda	3.858.643
2003	Corfo	Inverlink	103.891.255
2004	Mop	Puente Loncomilla	1.257.902
2005	Codelco	Asesorías	13.138.737
2005	Intendencia V Región	Planes Generación Empleos	4.694.334
2005	Chiledeportes	Desvío de fondos	30.982.605
2006	Publicam	Facturas falsas	56.753
2006	Efe	Programa Trienal	43.132.984
2007	Gendarmería	Asesorías	-
2008	Mideplan	Programa Puente	7.000.000
2008	Enap	Pérdidas	1.000.000
2008	Mineduc	Subvenciones escolares	260.000.000

6 Véase Jaraquemada, Jorge (2008): “Nueva ley de transparencia y acceso a la información pública: construyendo confianza institucional”. En Larraín, Hernán: “Transparencia y acceso a la información pública en Chile: la modernización que faltaba”. Santiago: Editorial JGE, pp. 140-156.

7 Existe un proyecto de ley que introduce perfeccionamientos en los regímenes de los gobiernos corporativos de las empresas del Estado y de aquellas en que éste tenga participación (Boletín 5840-05) que ingresó por Mensaje del Ejecutivo en abril de 2008 y que actualmente se encuentra en su primer trámite constitucional y sin urgencia.

Temas Económico - Sociales

¿Hacia dónde va el Transantiago?

• 4 de marzo de 2009 •

Transantiago sigue siendo una tarea pendiente para el Gobierno y a pesar de los mensajes de normalidad que emanan del Ministerio de Transportes, lo cierto es que aún falta mucho por avanzar y las propuestas de solución no son muy alentadoras. La principal deuda: su financiamiento. El déficit mensual supera los 1.000 millones de pesos en promedio y representa un derroche inaceptable para el Fisco en tiempos de crisis. Las soluciones, más que escudarse en la necesidad de subsidiar el transporte, deben incorporar una variable que permita reducir drásticamente las pérdidas.

Según se ha informado en los últimos meses, las mejoras y perfeccionamientos del Transantiago lo habrían llevado a alcanzar un “estándar internacional”, comparable con otros sistemas de transporte alrededor del mundo. Sin desmerecer los avances implementados en los últimos dos años y las buenas intenciones de las autoridades a cargo, una frase como ésta resulta, a lo menos, desafortunada.

Si las comparaciones establecen como punto de referencia el 10 de Febrero de 2007 ciertamente las mejoras son evidentes y este sistema, como no, sería de clase mundial. Pero si lo comparamos con el sistema que “debería haber sido”, conforme la planificación inicial, o el sistema que “podría ser” de acuerdo a los millones de recursos invertidos, el sistema actual deja mucho que desear.

A nuestro juicio, el Transantiago está estancado y las soluciones que se proponen son insuficientes e incapaces de mejorar el servicio ineficiente y mediocre que se presta hoy en día a la ciudadanía. En realidad, lo único que sustancialmente ha mejorado en el sistema de transporte, es la tolerancia de los usuarios a las demoras, congestiones y perjuicios que le sigue ocasionando el Transantiago.

La señal más evidente del estancamiento del sistema de transportes está dada por los anuncios que el Ministro Cortázar ha hecho para el año 2009. Los antecedentes y proyecciones que se entregan hacia el futuro dan cuenta del escaso margen de mejoría que el sistema podría evidenciar y de que los logros, más que constituir un mejoramiento categórico del servicio, demuestran su ineficiencia a la hora de establecer un sistema de transportes de calidad para la ciudad de Santiago.

En este sentido, es importante hacer un paralelo entre el sistema vigente con anterioridad al 10 de Febrero de 2007, la propuesta original del Transantiago y el sistema actual para tener una visión completa de lo que se ha avanzado y lo que falta por avanzar.

Plan de Acción 2009

Los anuncios de Cortázar – en conferencia de prensa el 15 de Enero – fueron los siguientes:

1. Otros 900 Buses Nuevos.

2. Segunda reforma a los contratos: Se busca que los ingresos de cada operador estén más directamente influidos por los pasajeros efectivamente transportados, de modo que ofrezca un mejor servicio y que haya mayor flexibilidad en el diseño de recorridos.

3. Completar la tecnología de operación faltante: en el primer semestre de este año se licitará el sistema de gestión de flota definitiva. A partir del segundo semestre se comenzará a implantar el sistema seleccionado en los primeros operadores.

4. Desarrollar los puntos de carga de la tarjeta BIP: durante el 2009 los puntos de carga aumentarán en un 20%, es decir, en 383 puntos más.

5. Gestión de vías: se intensificará la fiscalización de las vías exclusivas y pistas sólo para buses y se implantarán, durante el segundo semestre, nuevas medidas de gestión de tránsito como prioridad en semaforización en corredores y rediseño de intersecciones.

6. Corredores segregados: en Diciembre de 2009, los corredores segregados llegarán a los 90 kilómetros, desde los 60 que había a comienzos de año.

7. Zonas pagas: en febrero de 2007 no había zonas pagas -que ayudan a aumentar la velocidad y a disminuir la evasión- hoy hay más de 140.

8. Crear y adaptar recorridos: se continuará reformando la malla de recorridos, pero se buscará, a través del cambio en los incentivos a los alimentadores, que ellos tengan un mayor interés en proponer nuevos recorridos que resuelvan los problemas de conectividad de las personas. En febrero de 2007 había 222 recorridos, hoy ya existen 326, cifra superior a los que había con las micros amarillas.

9. Mejorar el servicio de Metro: a partir del mes de Septiembre y hasta fines del primer semestre del próximo año, llegarán 216 coches adicionales, que permitirán aumentar la oferta de servicio (180 para las Líneas 1 y 5 y 36 para la Línea 4).

10. Disminuir la evasión: se continuará con la campaña anti-evasión y la políti-

ca de fiscalización. El plan para este año contempla rebajar la evasión en otro 25% para llegar a una cifra, en buses, no superior al 10%.

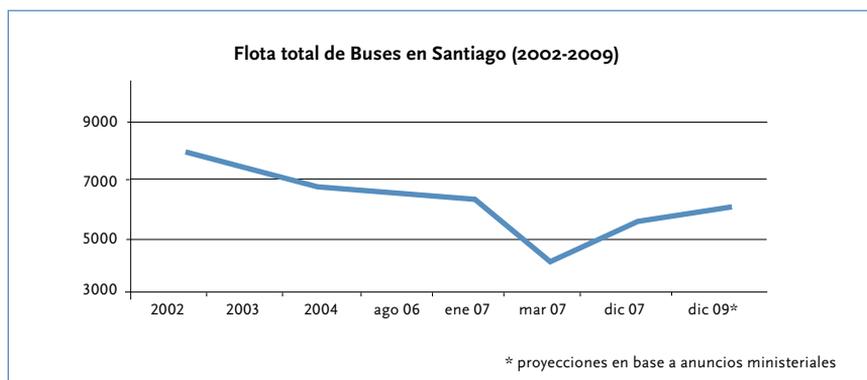
11. Creación de una Autoridad Metropolitana de Transportes: durante el año 2009 se espera aprobar el proyecto de ley que crea la Autoridad Metropolitana de Transportes.

Análisis de las medidas propuestas

A. Flota de buses

El sistema antiguo tenía un parque de vehículos de locomoción colectiva que promedió los 8.500 buses, cifra que en su última etapa se había estabilizado en 7.000 maquinas. El Transantiago comenzó con 4.515 buses, lo que en parte explica el caótico comienzo que observamos en Febrero del 2007.

Uno de los principales aspectos modificados ha sido el tamaño de la flota de buses. Durante los primeros meses, se incorporó el concepto de “Buses Clones” (para descongestionar el Metro) y “Buses Express” (que recorrían grandes distancias y tenían pocas paradas programadas). Posteriormente, se ha aumentado sostenidamente la flota llegando a 6.400 buses – como flota total – a Diciembre de 2007. Para este año, se promete aumentar en 900 buses nuevos y, dependiendo de la salida de los buses antiguos, este podría llegar a superar los 7.000 buses como flota total. ¿En qué quedan las promesas de menor congestión y eficiencia en el funcionamiento del sistema de transportes?



Fuente: Fundación Jaime Guzmán E.

Por lo tanto, poco y nada se ha avanzado en esta materia. La necesidad de parchar el sistema actual y reducir el descontento de la gente, ha llevado al Ministerio a volver sobre sus pasos y, en la práctica, al modelo de las micros amarillas, con igual número de buses y una malla muy similar a la antigua, pero a un costo enorme.

B. Pago por pasajero transportado

El Ministro afirma que seguirá el proceso de renegociación de contratos para lograr que *los ingresos de cada operador estén más directamente influidos por los pasajeros efectivamente transportados*. Sin embargo, esta noticia no es nueva. Ya había sido anunciada en junio de 2007 y septiembre de 2008¹.

¿Qué nos asegura que ahora se cumplirán estas promesas? ¿Y cuál será la diferencia en el plano operacional, si de acuerdo a cifras del propio Ministerio el grado de cumplimiento de la mayoría de las empresas se acerca al 95%?

C. Tecnología de operación

Una de las grandes deudas de la implementación del Transantiago fue el adecuado funcionamiento de la tecnología en los buses. Ésta juega un rol fundamental en el desempeño del sistema, ya que la coordinación y ordenación de los buses en la calle debe ser dirigida y controlada a través de GPS, sistemas de monitoreo y supervisión. Sin embargo, nada de esto existió al principio y el sistema actual está lejos de cumplir las metas originales del Plan Transantiago.

Actualmente, se opera con un sistema de gestión transitorio que, no obstante su carácter experimental y funcional a las necesidades del sistema, cumple la mayor parte de las funcionalidades que se exigen, como el poder determinar la posición de los buses y su distanciamiento respecto de los que lo anteceden o siguen, así como lo que le resta para llegar a las diversas paradas o terminales.

La propuesta de un sistema de gestión de flota definitiva – como afirmaron los propios expertos del AFT en la Comisión Ampliada de Transportes del

¹ “A partir del miércoles 6 de junio el Administrador Financiero del Transantiago (AFT), procederá a pagar a los operadores del plan de transporte capitalino por la cantidad de pasajeros transportados”, dichos de René Cortázar, en prensa del 4 de Junio de 2007. “Se eliminarán los ingresos asegurados para los operadores de los alimentadores, ya que ahora se les pagará sólo por los pasajeros transportados y se permitirá una mayor libertad para conectar los distintos puntos de la ciudad”, dichos de René Cortázar, en prensa del 28 de Septiembre de 2008.

Senado – no aporta funcionalidades que permitan mejorar sustancialmente la gestión del sistema. Los componentes básicos ya existen y no permitirán variar el resultado operacional del Transantiago.

D. Sistema de pago y puntos de recarga

Sin duda, el elemento más valorado del nuevo sistema de transportes es el medio de pago (Tarjeta BIP) y su funcionamiento. No obstante las advertencias sobre cómo este afectaría el comportamiento de las personas y el presupuesto familiar, los usuarios de Santiago demostraron una especial aplicación a la hora de acostumbrarse a esta nueva tecnología, lo que no sólo se ha traducido en una mejora tecnológica sino que además, ha permitido disminuir sustantivamente los asaltos a los conductores (que ya no llevan efectivo en sus recorridos) y a los propios usuarios, que pueden trasladarse sin necesidad de andar con dinero en efectivo. El único aspecto pendiente es la consolidación de la red de carga de la tarjeta y las posibilidades de acceso que tiene la ciudadanía para recargar sus pasajes.

Sin embargo, la solución propuesta no pasa sólo por extender la red o diversificar los instrumentos por los cuales se recarga. Según información de 2007, el 80% de la carga de las tarjetas BIP se produce en una estación de Metro, lo que se traduce en una excesiva recarga de las estaciones y en un aumento importante del flujo de personas que transita por el ferrocarril subterráneo. Por lo tanto, la solución no pasa por habilitar más y más puntos de recarga, sino en lograr que estos sean más eficientes y efectivos y permitan, en parte, reducir la cantidad de usuarios que acude a las estaciones de Metro a realizar su recarga.

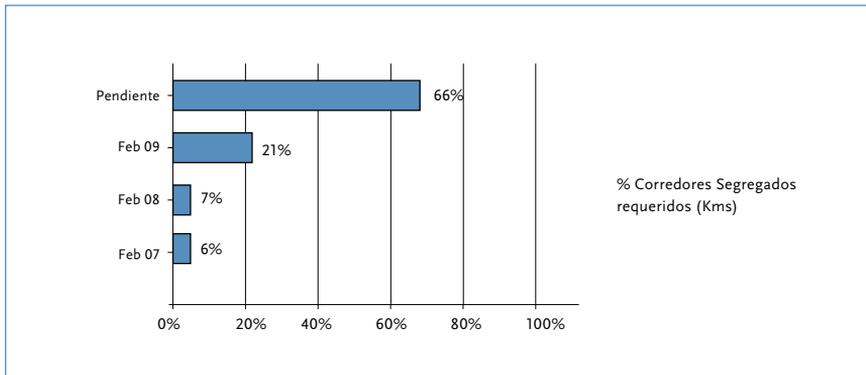
E. Gestión de vías

Sin bien compartimos que se utilicen todas las herramientas necesarias para mejorar el desempeño del sistema, a nuestro juicio, estas medidas muchas veces se prestan para llamar la atención pública y no se traducen en mejoras evidentes del servicio. Al contrario, resultan una carga injustificada para quienes, frente al pésimo funcionamiento del sistema de transporte público, recurren a sus vehículos particulares para paliar sus necesidades de transporte.

A mayor abundamiento, el problema no está en la gestión de vías, sino en la disposición de ellas. Su mejora sustantiva sólo es posible con la construcción y habilitación de un mayor número de corredores segregados para que los buses transiten libremente sin la obstaculización de los vehículos.

F. Corredores segregados

Por lejos, el elemento definitorio del éxito o fracaso de un sistema de transportes como el Transantiago, pasa por la capacidad de una ciudad de enfrentar el funcionamiento de troncales y alimentadores. En este sentido, todos los estudios, informes y modelaciones previos al 2007 hablaban de la necesidad de construir entre 200 y 280 kilómetros de corredores segregados, para permitir un funcionamiento ágil e independiente de los buses.



Fuente: Fundación Jaime Guzmán

Sin embargo, en la etapa de diseño prevaleció la decisión política sobre la técnica. El Transantiago comenzó con 16,7 kilómetros de los 23 comprometidos para el 10 de Febrero y que correspondían sólo al 10% del total necesario. Dos años más tarde, el Gobierno ha habilitado 60 kilómetros hasta Diciembre de 2008 y se compromete con otros 30 más para el año 2009.

Estos compromisos son insuficientes. El único espacio para introducir mejoras sustanciales al funcionamiento del sistema es la construcción de los corredores segregados y el reordenamiento de la ciudad basado en los ejes que las vías troncales puedan establecer. Una mayor capacidad de las vías para adecuarse al sistema de transportes permitirá generar la velocidad necesaria y la certeza que los usuarios del transporte necesitan para organizar sus tiempos y traslados.

Lamentablemente, las proyecciones del Gobierno no son muy alentadoras. Recién el año 2014 estaría gran parte de las obras requeridas y en condiciones

de ser utilizadas. Nuevamente, esto refuerza la tesis de que la mayor responsabilidad en la crisis del Transantiago no estuvo en la implementación, sino que principalmente en el diseño final del proyecto, al establecer que partiría sin los corredores segregados contemplados originalmente.

G. Zonas pagas

De las medidas originales propuestas por la nueva administración de transportes, sin duda la más efectiva ha sido la construcción de zonas pagas. No obstante la opinión de algunos², lo cierto es que ni el modelo original de diseño ni la etapa de implementación contemplaron la existencia de estos recintos que, en síntesis, permiten anticipar el pago de los usuarios, reducir la evasión y disminuir considerablemente la congestión y el atochamiento en los paraderos.

Sin embargo, el diseño actual de estas deja mucho que desear. Como medidas de emergencia iniciales fueron adecuadas, pero para un sistema de transportes definitivo, se requiere de estructuras que permitan establecer un control permanente, eficiente y de menor costo.

Actualmente, las zonas pagas sólo funcionan en los horarios punta y requieren de la asistencia de monitores y controles humanos para verificar el cumplimiento del pago y del orden entre los usuarios. Este ítem contribuye a explicar el exorbitante aumento de los gastos del Directorio de Transportes de Santiago que, respecto de su promedio histórico aumentó más de un 120% el 2008, para llegar a más de 9 mil millones de pesos y casi un 600% respecto del promedio para el 2009, alcanzando más de 29 mil millones de pesos en el presupuesto de este año. Como se explicó en la Comisión de Presupuestos, dichos recursos son necesarios para sustentar la mayor demanda de información, mayores herramientas de gestión y fiscalización, y el aumento de la presencia de monitores en las calles.

Es por ello que, más que incrementar el número de zonas pagas, es preciso hacerse cargo del diseño definitivo que tendrán. El cual deberá incorporar medidas de autogestión (para minimizar el costo) y emular las existentes en

2 Respecto de la construcción de paraderos, refugios y zonas pagas, el ex Presidente Ricardo Lagos señaló a la Comisión Investigadora del Transantiago, a través de su carta de 6 de Junio que: “Esto era básico para la mayor fluidez en aquellos paraderos de mayor congestión”. Sin embargo, el diseño original de Transantiago no contemplaba la construcción de zonas pagas.

otros países, que ciertamente permiten un mayor control y prestan una mayor utilidad a los usuarios.

H. Creación y adaptación de recorridos

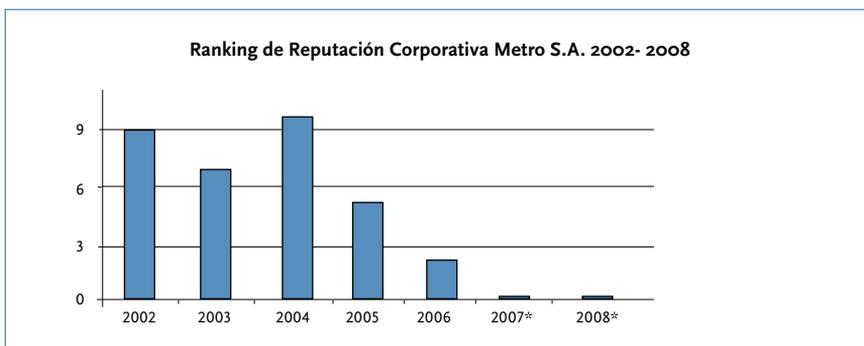
Una de las modificaciones más utilizadas – y reutilizadas – por el Ministerio de Transportes, ha sido la de incorporar modificaciones a la malla de recorridos del Transantiago.

Para nadie es un misterio que el diseño de la malla original del Transantiago, dejó fuera a los principales actores en el diseño de los recorridos: usuarios y municipios. Ello se tradujo en la escasa conexión de los trayectos con la realidad y aumentó considerablemente la desinformación y desorientación que vivieron los usuarios durante los primeros meses.

El problema de fondo no es como la malla está diseñada y cuántas modificaciones puedan hacer en el Ministerio. El problema es que esta intervención del Gobierno nunca debió haber existido y se debió haber respetado y utilizado, la experiencia de más de 30 años que tenía el sistema de micros amarillos y el conocimiento adquirido por los microempresarios en el manejo de la flota durante tanto tiempo. Es por ello que la tendencia en cuanto a mallas y recorridos debe ir hacia una mayor independencia de los operadores para que, haciéndose eco de las demandas de la ciudadanía, diseñen los trayectos más eficientes y que se acomoden más a las necesidades de los usuarios.

I. Mejorar el servicio de Metro

Fuera de los usuarios, el gran damnificado del Transantiago ha sido el Metro de Santiago. Por lejos, ha sido una de las empresas públicas más valoradas desde su creación. Su eficiencia, puntualidad, organización y utilidad, han sido vistas por los chilenos como un orgullo para el país y un ejemplo para el resto de la comunidad internacional. Sin embargo, el Metro debió ceder ante la modernización del transporte público y ponerse al servicio del sistema integrado que postulaba el Transantiago original. Y el resultado está a la vista. Durante meses el traslado en el Metro fue insoportable. La densidad llegó a acumular entre 5 y 7 pasajeros por metro cuadrado, y las fallas empezaron a reiterarse semana a semana.



Fuente: Ranking Reputación Corporativa Hill & Knowton Captiva-La Tercera 2008

Metro perdió su sitial de honor entre las empresas del país y la calidad de servicio se ha deteriorado de manera significativa. Incluso ahora entrar al Metro en verano implica un desagrado y una experiencia traumática para los millones de usuarios del tren subterráneo.

La promesa del Ministro de aumentar los coches existentes es positiva, en la medida que permite tener reservas frente a eventuales fallas y complicaciones en el funcionamiento de la red. Sin embargo, en ningún caso se va a traducir en un aumento de la oferta existente, puesto que, como lo han afirmado las autoridades del Metro, éste está funcionando al límite de sus posibilidades y no tiene capacidad para aumentar más la frecuencia y regularidad de su servicio.

La solución definitiva pasa por mejorar el transporte de superficie. En la medida en que los usuarios de Metro tengan confianza en el funcionamiento de los buses y su regularidad, podrán optar por los troncales y descongestionar la red subterránea. Además, urge una diferenciación mayor en las tarifas, que permita reconocer el valor agregado que el servicio de Metro tuvo y debería tener.

J. Disminuir la evasión

El compromiso del Ministerio es seguir combatiendo la evasión durante el 2009. En el año 2008, los esfuerzos se concentraron en una propaganda publicitaria que incitaba a los usuarios a exigirles a quienes no pagaban que cancelaran su tarifa. Sin embargo, no está del todo claro cuánto de esta inversión publicitaria tiene un real efecto en la disminución de la evasión (y cuánto disminuyó efectivamente, pues los datos del Ministerio no son muy claros ni

concluyentes a este respecto). Al menos, un 57% de los usuarios opina que esta campaña poco y nada ayuda a disminuir la evasión³.

Sin perjuicio de esto, aún faltan medidas más enérgicas para combatir la evasión. En cualquier sistema de transportes – de “estándar internacional” – existen fuertes multas y una fiscalización efectiva para quienes no pagan su pasaje. No es recomendable ni conveniente traspasar estas responsabilidades a los choferes o a los usuarios, sino que tiene que ser un ente fiscalizador, público o privado, quien deberá velar por su cumplimiento. Por eso, más que seguir desperdiciando recursos en publicidad, es necesario elaborar instrumentos legales y administrativos para exigir el pago de la tarifa a los usuarios.

K. Creación de la Autoridad Metropolitana de Transportes

Por último, el Ministro se compromete a aprobar el proyecto de Autoridad Metropolitana de Transportes durante el 2009. Sin entrar en el debate de fondo, sobre la necesidad de la institución y sus características, es importante recordar que este anuncio no es nuevo. Este proyecto ha sido anunciado por el Gobierno de la Presidenta Bachelet desde el año 2006 en sucesivas oportunidades, pero nunca ha existido la voluntad real de concretarlo. Incluso si se revisa el trabajo de la Comisión Investigadora del Transantiago, es posible en-

3 Encuesta Cesop Universidad Central – Publmetro, Agosto 2008.

4 Ex Ministro Sergio Espejo, 2 de Mayo de 2006: “Enviaremos a tramitación al Congreso durante el segundo semestre de este año un proyecto de ley que crea Autoridad Metropolitana de Transportes para toda ciudad que esté desarrollando o cuente con un sistema integrado de Transportes”. Ex Ministro Sergio Espejo, 12 de Marzo de 2007: “La Presidenta además planteó la creación de una unidad de gestión del Transporte público que durante estos días vamos a formalizar para ir anticipando esas tareas y planteó además un proyecto de ley que lo que crea es la facultad de contar con una administración provisional de las empresas que pudieran ser caducadas”, con la idea de dar continuidad al servicio”. Ex Ministro del Interior, Belisario Velasco, 25 de Marzo de 2007: El Ministro del Interior, junto con confirmar la presencia de René Cortazar en la casa de la Jefa de Estado el pasado sábado, sostuvo que será ella quien resolverá el tema de quién será la nueva autoridad metropolitana del transporte. “Hay varias personas y es algo que va a resolver la Presidenta, yo creo que pronto”. Presidenta de la República, Michelle Bachelet, 16 de Mayo de 2007: Este miércoles, la mandataria anunció que a más tardar mañana enviará al Congreso el proyecto de ley que crea la Autoridad Metropolitana de Transportes. Aunque no entregó detalles al respecto, la gobernante señaló que la medida establece una “instancia esencial para que podamos tener mayor agilidad, mayor precisión y mejorar las condiciones de transporte público en Santiago”. A su juicio, “esto es fundamental hacerlo ya y enviarlo con bastante urgencia, de manera que pronto podamos contar con las instancias administrativas y legales que nos permitan tener un mejor conocimiento y control de la situación y poner todas las medidas necesarias para mejorar las condiciones de transporte público en la Región Metropolitana”.

contrar referencias a la necesidad de crear un “zar” del transporte, durante la administración de Lagos. Sin embargo, estas promesas han quedado en nada⁴.

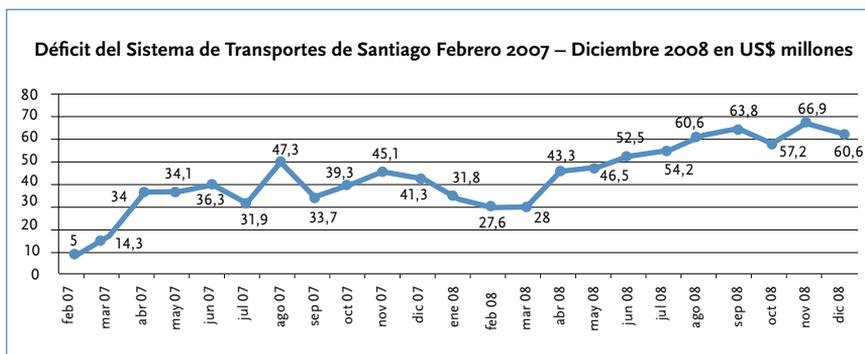
Luego de todos estos anuncios, compromisos y promesas, el proyecto ingresa en Junio de 2007 y comienza su tramitación en la Comisión de Obras Públicas, Transportes y Telecomunicaciones. Tras un par de sesiones y discusiones al interior de la Comisión, el proyecto se estancó y desde ese entonces no recibe tratamiento legislativo. Más allá de las urgencias esporádicas y ocasionales del Ejecutivo, lo cierto es que no ha habido voluntad por avanzar en este proyecto y por habilitar esta “herramienta fundamental” para el transporte de la capital.

Plan de Acción 2009 Análisis de Medidas propuestas		
Medidas	Nuevas	Repetidas
900 buses nuevos	X	
Pago por Pasajero Transportado		X
Tecnología de Gestión		X
Puntos de Carga	X	
Gestión de Vías		X
Corredores Segregados		X
Zonas Pagas		X
Crear y Adaptar Recorridos		X
Mejorar el servicio de Metro	X	
Disminuir la Evasión		X
Autoridad Metrop. de Transportes		X

Fuente: Fundación Jaime Guzmán

Financiamiento: la “deuda” pendiente

El segundo tema pendiente y quizás, uno de los emblemas del mal funcionamiento del Transantiago es el relativo a los recursos utilizados y a las pérdidas millonarias que ocasiona la operación del nuevo sistema de transportes. Las cifras son categóricas y las soluciones escasean, en la medida en que el proyecto de ley que crea el Subsidio Nacional para el Transporte Público sólo implica un mayor gasto y no una solución efectiva para los problemas del transporte en Santiago.



Fuente: Fundación Jaime Guzmán

Durante el 2007, las pérdidas sumaron más de 362 millones de dólares. En el 2008, la cifra se empujó por sobre los 590 millones de dólares. Pese a las promesas del Ministro Cortázar y las diversas excusas empleadas, lo cierto es que el déficit del Transantiago se ha tornado incontrolable y no se prevén, en el corto plazo, herramientas que puedan ayudar a estabilizarlo.

En parte se debe al desconocimiento real del Ministerio sobre las causas del déficit. Se ha dicho que era el mayor costo de los buses, la evasión, el alza del petróleo y los insumos para la operación del transporte. Sin embargo, ninguno de estos factores ha sido determinante, en la medida en que han disminuido o desaparecido, y el déficit sigue subiendo. El más emblemático de todos es el caso del petróleo que, si bien llegó a su máximo histórico, en los últimos meses ha descendido sustancialmente y aún así, el Transantiago se las arregló para llegar, en Noviembre, a más de 66 millones de dólares de pérdida mensual. Pero también se debe a la renegociación de los contratos y a los mejores términos que han tenido los operadores para ceder a las exigencias del Gobierno. Para el nivel de servicio que prestan los contratos implican un costo altísimo para el país.

Es en este ámbito, donde el Ministro Cortázar no sólo ha fallado, sino que lo ha hecho estrepitosamente. El año 2007 prometió ante el Congreso Nacional que el déficit del Transantiago bajaría a menos de 15 millones de dólares y que tendería a estabilizarse en el tiempo. Sin embargo, nada de ello ocurrió. Ya en Diciembre de 2007 escaló a más de 40 millones de dólares y recientemente, en Diciembre de 2008, resultó ser de 60 millones de dólares. ¿Tiene algún lími-

te este crecimiento exponencial? ¿Sabe el Ministerio como se irá a comportar el Transantiago el 2009? ¿Todos los sistemas de estándar internacional tienen deudas millonarias como la que exhibe el sistema de transportes de Santiago?

Muchas veces, los millones y millones de cifras que dan vueltas tienden a marear y a confundir a la opinión pública. A veces, resulta necesario introducir comparaciones prácticas que nos permitan entender y aterrizar el tremendo costo que le ha significado y sigue significando al país, el sostener este fracasado modelo. El Transantiago está perdiendo \$1.000 millones de pesos al día. Por cada hora que pasa, mantener este sistema cuesta casi \$42 millones de pesos y, cada minuto que pasa son \$700 mil pesos de pura pérdida.

Pesos Chilenos	Unidad de Tiempo
367.660.000.000	Año
30.638.333.333	Mes
1.007.287.671	Día
41.970.320	Hora
699.505	Minuto
11.658	Segundo

Fuente: Fundación Jaime Guzmán

Con un mes de Transantiago, equivalentes a más de 30 mil millones de pesos, se podría asegurar el empleo a más de 190 mil personas que podrían ganar el sueldo mínimo (159.000) o a 85 mil personas que podrían ganar el sueldo promedio de Chile (360 mil pesos). Esto no es irrelevante, si consideramos que la Tasa de Desocupación es cercana al 10% en Santiago, lo que equivale a más de 270 mil personas. Es decir, si no existiera el Transantiago, esos recursos podrían disminuir en un 70% el desempleo actual de Santiago.

El 22 de Enero recién pasado, la Presidenta anunció el inicio de la Fase 2 de la Red de Estadios Bicentenario, que contempla la construcción y reparación de varios recintos deportivos en el país. Con lo que pierde el Transantiago en un año, se podría realizar 7 veces este proyecto y con la pérdida mensual, remozar el Estadio Nacional una vez por semana, dejándolo verdaderamente en un nivel internacional.

Item	Pesos	Un año de Transantiago	Un mes de Transantiago
Presupuesto JUNAEB 2008	190.324.502.000	1,9 veces	0,2 veces
Teletón 2008	22.533.294.849	16 Teletones	1,7 Teletones
Infraestructura			
Construcción de Hosp. de La Florida y Maipú	100.000.000.000	3,7	0,4
Mediagua (unidad)	300.000	1.225.533	125.240
Puente sobre el canal Chacao	496.800.000.000	0,7	0,1
Costo de una Vivienda Social (50 mts²)	6.000.000	61.277	6.262
Orden Público y Seguridad			
Motos todo terreno (Carabineros)	4.682.000	78.526	8.025
Radiopatrullas (Carabineros)	7.070.966	51.996	5.314
Retenes Móviles Equipados (Carabineros)	34.069.000	10.792	1.103
2ª Comisaría de Cartagena	1.698.985.000	216	22
Obras Públicas			
Costo de Pavimentación de Caminos Rurales			
Asfalto Simple (por kilómetro)	20.000.000	18.383	1.879
Pavimento de Alto Estándar (por kilómetro)	140.000.000	2.626	268
Construcción de Piscina Munic. de Limache	183.850.000	2.000	204
Subsidios (por familia)			
Eléctrico	18.000	20.425.556	2.087.333
Habitacional (Fondo Solidario 1)	6.628.853	55.464	5.668
Habitacional (Fondo Solidario 2)	6.071.032	60.560	6.189
Anuncios Recientes			
Inversiones en el Estadio Nacional (22 ene)	9.500.000.000	39	4,0
Fase 2 Red de Estadios Bicentenario (22 ene)	52.000.000.000	7	0,7

Imagínese el impacto que podría generar la disposición de estos recursos - mal invertidos en el Transantiago - para paliar el aumento de la cesantía y mejorar las condiciones de cientos de miles de familia en Chile en medio de la actual crisis.

Educación: estamos perdiendo tiempo

• 18 de marzo de 2009 •

La calidad educacional es mala y está estancada. La brecha educacional entre quienes estudian en colegios privados y quienes lo hacen en colegios públicos ha aumentado, a pesar que el presupuesto público para educación se ha duplicado. Los resultados del SIMCE, la PSU y de la prueba internacional PISA nos muestran un pobre desempeño y un aumento en las desigualdades de los resultados obtenidos según ingresos familiares. La reforma a la ley general de educación no servirá de mucho si no se abordan las verdaderas causas del paupérrimo nivel de nuestra educación: la falta de incentivos para los buenos profesores y la falta de castigo para quienes tienen un mal desempeño amparado en la inamovilidad que les brinda el estatuto docente.

Cuando a comienzos de esta década se comenzó a hablar de una modificación sustantiva de los mecanismos de selección de los estudiantes a los distintos centros de educación superior, se argumentó que era necesario pasar de métodos que más que medir aptitudes midiesen contenidos curriculares, para así dar un salto en materia de equidad y permitir la anhelada igualdad de oportunidades.

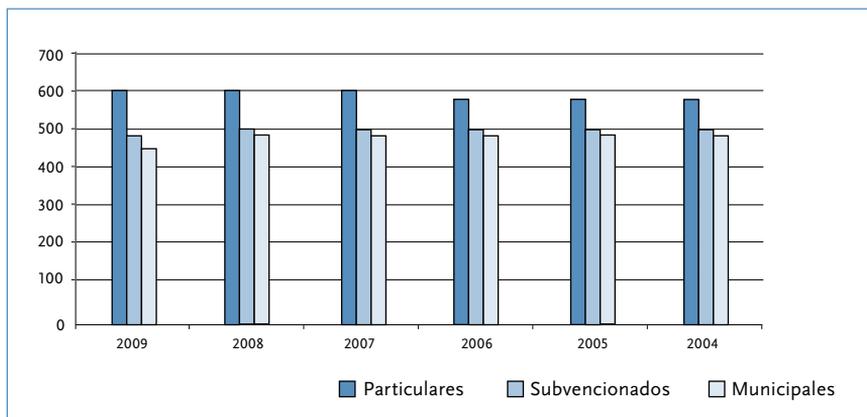
Los avances en materia de calidad educacional han sido prácticamente nulos y además han aumentado la brecha educacional entre quienes estudian en un colegio particular respecto de los estudiantes de colegios municipalizados, pese a que en la última década el presupuesto público para educación se ha más que duplicado.

Esta situación queda de manifiesto al analizar los resultados de los instrumentos de medición de la calidad de la educación, tales como la PSU, el SIMCE y la prueba PISA, los cuales nos muestran un estancamiento en la educación pública, un aumento en las desigualdades según los ingresos familiares y un pobre desempeño en las pruebas internacionales.

Estancamiento de la educación pública

Desde la implementación de la Prueba de Selección Universitaria (PSU) en el año 2004, los resultados exhibidos por los colegios municipalizados y subvencionados se mantuvieron prácticamente sin variación hasta el año 2008, para descender poco más de 12 puntos promedio este año, tal como queda de manifiesto en el gráfico N°1, a diferencia de los resultados que exhiben los colegios particulares. Éstos, desde la implementación de este nuevo sistema de selección, han elevado sus puntajes en más de 25 puntos en 6 años. Quienes defienden la efectividad de esta forma de medición señalan que no es posible comparar año a año los puntajes obtenidos por los alumnos, atendida la enorme diferencia entre los alumnos inscritos para rendirla, ya que desde el año 2006 el gobierno estableció, vía becas, la gratuidad de la prueba, pasando de rendirla 159 mil alumnos el año 2004 a 277 mil este último año, siendo precisamente alumnos más vulnerables quienes ahora acceden a la prueba.

Gráfico N° 1



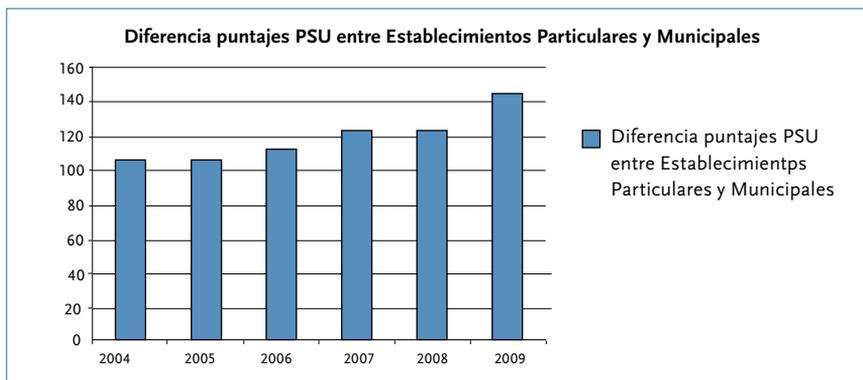
Fuente: DEMRE 2009

Pese a esto, resulta imposible señalar que los resultados de la medición han sido beneficiosos para los alumnos de las escuelas municipalizadas, ya que no sólo sus puntajes se han estancado, sino que además sólo 2.379 alumnos de familias con ingresos familiares menores a \$720.000 lograron superar la barrera de los 700 puntos ponderados en ambas pruebas, de un total de 205.829 alumnos que las rindieron. Es decir, sólo el 1,15%.

Aumento de brecha entre liceos públicos y colegios particulares

Otro de los grandes problemas que nos deja esta nueva edición de la prueba es el aumento significativo en la diferencia de puntajes entre los colegios particulares y las escuelas públicas, tal como queda de manifiesto en el Gráfico N°2. Aquí se puede ver que desde el inicio de la prueba la diferencia entre los resultados obtenidos por los alumnos de ambos tipos de establecimientos ha aumentado sostenidamente, pasando de una brecha de 109 puntos el 2004 a una de 128 el 2007, para finalmente lograr un máximo de 150 puntos en esta edición.

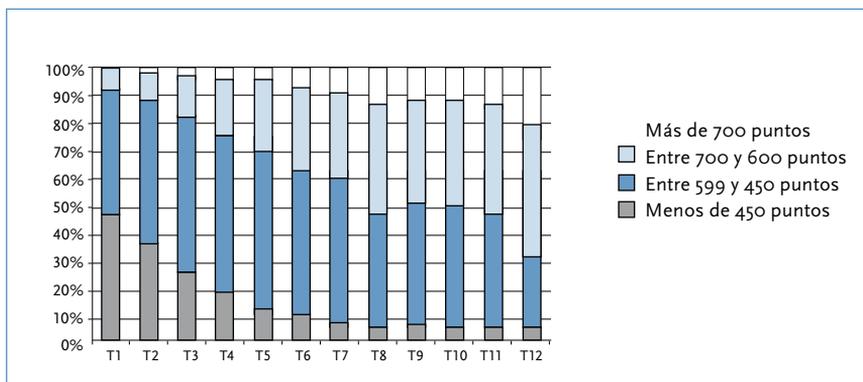
Gráfico N° 2



Fuente: DEMRE 2009

Así mismo, al analizar los resultados obtenidos por los distintos postulantes dependiendo de la remuneración de sus familias, podemos ver que en cada uno de los doce tramos que han sido medidos en esta oportunidad, se da una constante que nos señala que a medida que las remuneraciones aumentan tanto los puntajes promedio como los altos puntajes mantienen la misma relación. Esto queda de manifiesto al analizar el gráfico N°3, donde vemos que en los tramos de mayores ingresos los puntajes promedio suben versus los puntajes de quienes provienen de familias de menores ingresos.

Gráfico N°3



Tramo 1	Menos de 144.000
Tramo 2	144.000 a 288.000
Tramo 3	2.88.001 a 432.000
Tramo 4	432.001 a 576.000
Tramo 5	576.001 a 720.000
Tramo 6	720.001 a 864.000
Tramo 7	864.001 a 1.008.000
Tramo 8	1.008.001 a 1.152.000
Tramo 9	1.152.001 a 1.296.000
Tramo 10	1.296.001 a 1.440.000
Tramo 11	1.440.001 a 1.584.000
Tramo 12	1.584.001 o más

Fuente: DEMRE 2009

A modo de ejemplo, podemos señalar que en los tres tramos de menores remuneraciones² rinden la prueba 176.171 alumnos, de los cuales sólo el 0,86%, equivalente a 1.515 alumnos, obtiene puntajes sobre los 700 puntos, mientras que el 39,55%, correspondiente a 69.669 alumnos, obtienen resultados inferiores a los 450 puntos promedio. Por otra parte al ver los tres tramos superiores nos encontramos con una realidad completamente distinta, donde de 15.016 alumnos, el 17,49%, es decir 2.625 alumnos, obtiene puntajes sobre 700 puntos, mientras que sólo el 4,2%, correspondiente a 631 alumnos, obtiene puntajes inferiores a 450 puntos promedio.

Evaluaciones internacionales

El año 2006 nuestro país se sometió a la prueba de medición internacional PISA³, en las materias de Matemáticas, Ciencias y Lenguaje. Esta prueba internacional sirve para compararnos no sólo con el resto de los países sudamericanos, sino que principalmente con quienes son nuestros competidores directos en el ámbito internacional, especialmente con aquellos países miembros de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), siendo México el único país Latinoamericano que compone dicha asociación.

² Quienes provienen de familias cuyos ingresos totales no exceden de \$432.000

³ Informes PISA 2000 y 2006.

En esa medición, si bien se pudo comprobar un avance importante en Lenguaje, que nos colocó dentro del promedio mundial en la relación gasto por alumno y resultado obtenido⁴, el desempeño en Matemáticas y Ciencias fue muy por debajo de lo esperado.

A nivel internacional nuestro país se ubica por sobre el promedio Latinoamericano al obtener 424,5 puntos, contra los 399,4 que obtiene América Latina de promedio. Y sólo nos vemos superados por Uruguay, quien obtiene 3 puntos más que Chile. Sin embargo, al compararnos con los países miembros de la OECD, nos vemos ampliamente superados, ya que el promedio de éstos supera por poco los 500 puntos.

En cuanto a los resultados mismos de la prueba debemos distinguir entre las tres materia que se midieron, ya que los resultados varían dependiendo de la materia en estudio. En la prueba de lenguaje nuestro país experimentó un importante aumento en el puntaje logrado en la prueba, al alcanzar los 442⁵ puntos y logró por primera vez que la ponderación entre los costos educativos y los resultados superase el promedio de la medición. Sin embargo, esta realidad no se replicó en las pruebas de ciencia y matemáticas, donde los resultados fueron insatisfactorios, ya que los puntajes en ambas pruebas fueron de 438 y 411 respectivamente, encontrándose en ambos casos bajo los promedios internacionales. En el caso de la prueba de ciencias, para que Chile se hubiera acercado al promedio internacional considerando la relación inversión y resultados logrados, debiera haber sacado 11 puntos más. En el caso de las matemáticas, esta puntuación debiera haber sido al menos 34 puntos por sobre lo logrado. En este último caso, que aparece como la gran falencia educacional que tiene Chile en la actualidad, más de la mitad de los alumnos evaluados no son capaces de resolver problemas mínimos al aplicar técnicas matemáticas, a diferencia de los países pertenecientes a la OECD, donde este grupo no supera el 20%.

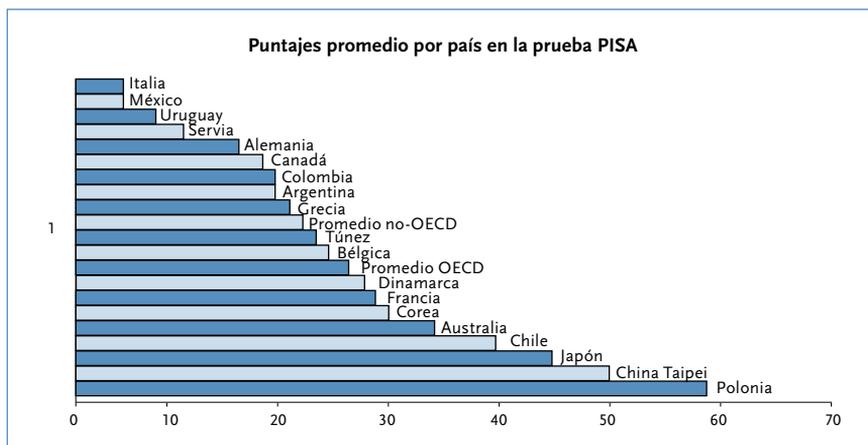
Finalmente, y tal como aparece de manifiesto al analizar el gráfico N°4, la prueba PISA nos entrega un dato sumamente relevante respecto a la diferencia

4 Este informe establece una media entre todos los países estudiados que permite evaluar desempeño en relación al gasto per cápita de cada uno de los alumnos. De esta forma permite evaluar no sólo los resultados, sino también la ecuación costo/resultado en cada una de las materias estudiadas.

5 Sin perjuicio de que los resultados en la prueba de verbal fueron favorables, de todas formas nuestros puntajes están 50 puntos abajo del promedio de los países que pertenecen a la OECD.

de resultados que existe entre los alumnos, dependiendo del nivel educacional de los padres, cuestión que redundan en los ingresos económicos de las familias.

Gráfico N°4



Fuente: Informe PISA 2006

Reformas a la educación en Chile

Cuando en 1980 se implementó la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE), los principales objetivos de ese momento eran ampliar la cobertura educacional y mejorar la calidad al aumentar la competencia. Sin duda, el primer objetivo se cumplió. Hoy la cobertura educacional es prácticamente total. Pero el segundo objetivo está lejos de cumplirse, ya que si bien las modificaciones legales permitieron abrir una gran cantidad de colegios subvencionados, faltó profundizar las reformas y hacer responsables tanto a los sostenedores como a las familias de los resultados de cada una de estas nuevas instituciones.

Es precisamente la calidad de la educación el foco principal de la discusión que hoy se vive en nuestro país. La discusión parlamentaria se ha centrado en establecer una nueva normativa que regule la educación. El proyecto sobre Ley General de Educación, en actual tramitación legislativa, presenta avances en la búsqueda de formulas para mejorar la calidad educativa, como la creación

de la Agencia de Calidad de la Educación⁶, pero no ataca el fondo mismo del problema, cual es la falta de responsabilidad de quienes debiendo entregar una educación de calidad no la dan, e incluso se crean instituciones que, lejos de solucionar el problema, burocratizaran el proceso educativo, permitiendo nuevamente desligarse de la responsabilidad que cada parte debe asumir.

Durante la tramitación legislativa la Alianza por Chile y la Concertación establecieron un acuerdo sobre los ejes que debiera considerar el proyecto de Ley General de la Educación⁷:

Libertad de enseñanza	El Estado vela por la Libertad de enseñanza, tanto la de los padres de elegir la educación de sus hijos como para poseer y administrar colegios.
Calidad de Instituciones	El Estado vela por la calidad de la Educación, para lo cual se deben crear las instituciones que evalúen diagnostiquen, comuniquen resultados y proporcionen apoyo técnico.
Presencia Privada	Se permite el retiro de utilidades mediante provisión mixta
Autonomía	Cada colegio puede definir y consolidar su propio proyecto, orientado se quehacer a valores y principios que inspiran su proyecto educativo
Responsabilidad	Permite la toma de decisiones en cada escuela y se deben establecer responsabilidades y deberes
Valoración del Aprendizaje	Todos los establecimientos deben cumplir estándares mínimos, no pudiendo estar bajo este
Mejora en la información	Se busca el acceso de los padres sobre los resultados de cada escuela, para asegurar mejor calidad, ya que se conocerán todos los resultados
Estructura de ciclos	Se modifican los ciclos, quedando en dos de seis años cada uno, con lo que los 7mos y 8vos años tendrán que tener un profesor por materia
Flexibilidad curricular	Se establece el 30% del tiempo como de libre disposición

No obstante, quedan algunos temas pendientes que, a nuestro juicio, tienen una gran relevancia si se quiere avanzar en la calidad de la educación. A continuación algunos de ellos.

6 Artículo 8 del proyecto de Ley General de Educación, aún en trámite en el Senado de la República, Boletín 4970-04, que señala que “velarán, de conformidad a la ley, y en el ámbito de sus competencias, por la evaluación continua y periódica del sistema educativo, a fin de contribuir a mejorar la calidad de la educación..., por lo que evaluará los logros de aprendizaje de los alumnos y el desempeño de los establecimientos educacionales en base a estándares indicativos... incluyendo indicadores que permitan efectuar una evaluación conforme a criterios objetivos y transparentes”.

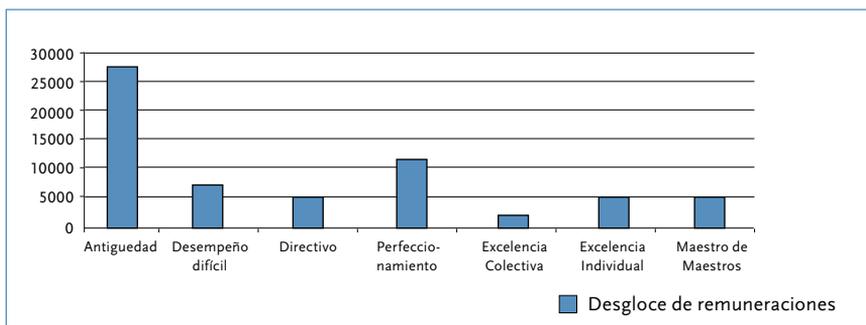
7 Sólo se presenta un resumen de los puntos más importantes del acuerdo educacional.

Eliminación del Estatuto Docente

Sin lugar a dudas el mencionado Estatuto representa hoy la gran piedra de tope para el mejoramiento de la Educación en Chile, toda vez que:

- Impide la necesaria renovación del plantel de profesores al establecer la inamovilidad en los cargos. De esta forma se impide reemplazar a los profesores que no han sido capaces de renovarse en sus conocimientos y métodos de enseñanza, como tampoco aquellos que no han rendido satisfactoriamente o no tienen los conocimientos suficientes para desempeñar sus cargos. Al establecer la inamovilidad, el profesor no requiere, salvo que lo haga por verdadera vocación, realizar perfeccionamientos que surtan reales efectos, como tampoco investigar nuevas formas de ejercer la docencia, situación que lamentablemente se encuentra avalada por los dramáticos resultados obtenidos por los colegios municipales.
- La inamovilidad del profesorado redundando en un alto porcentaje de profesores que presentan reiteradas licencias médicas pues sus puestos de trabajo no corren riesgo, lo que sumado al encarecimiento año a año de la contratación de los profesores por la asignación sucesiva de bienes, los mayores costos de perfeccionamiento y a la imposibilidad práctica de modificar las horas del personal docente, imposibilita la toma de decisiones efectiva respecto a su desempeño profesional, como queda de manifiesto en el gráfico N°5, ya que una parte menor del sueldo dice relación directa con el nivel de responsabilidad y los resultados obtenidos, siendo la principal variable para determinar la remuneración los años de servicio.

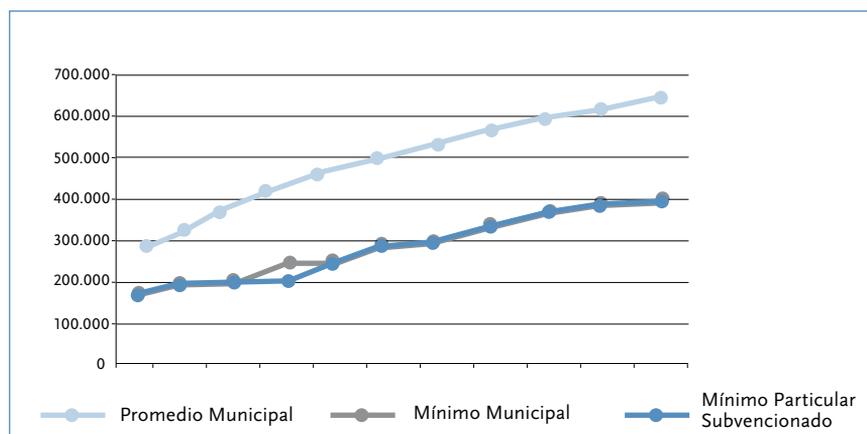
Gráfico N°5



Fuente: Ministerio de Educación, 2003

Esta realidad queda aún más de manifiesto al analizar el gráfico N°6, donde se demuestra que las remuneraciones de los profesores del sector público son significativamente mayores a los mínimos que se pagan en los colegios subvencionados, quienes pese a esto presentan resultados mejores que los colegios municipales, con lo que se derriba el mito existente respecto a las bajísimas remuneraciones de los profesores que trabajan en la educación municipal.

Gráfico N°6



Fuente: Ministerio de Educación, 2002

- La falta de responsables por los resultados impide la correcta y necesaria evaluación del cuerpo docente y de las políticas educacionales del plantel. A un profesor que no rinde no se le debiera permitir dictar clases, ya que al hacerlo no sólo trunca los esfuerzos de todo un curso, sino que viola el principio de igualdad de oportunidades entre todos los estudiantes. Al no realizarse una efectiva revisión de los resultados ni adoptar las medidas para corregir los errores detectados, se impide al alumnado contar con una educación de calidad.

Aumento de participación en las decisiones de apoderados y directores de Escuela

- Escasa participación de los apoderados. Si bien el proyecto de Ley General de Educación incorpora algunos mecanismos para lograr mejorar la inserción de los padres en la actividad educativa, como por ejemplo la obligación que ten-

drá la Agencia de Calidad de informar a Padres y apoderados de los resultados que obtengan tanto sus hijos como los establecimientos educacionales en las pruebas de evaluación que realicen, no otorga mayores facultades ni responsabilidades a los padres en la educación de sus hijos. Es necesario mencionar, ya que lo trataremos más adelante, que el proyecto de ley incluye una gravísima prohibición para que los padres, cuyos hijos reciban aporte de crédito fiscal, puedan realizar un aporte extra a la institución educadora. De esta forma, en muchos casos, se impedirá el progreso de innumerables escuelas gracias al aporte de los padres.

- Otra de las grandes problemáticas que acarrea el sistema educacional actual es la escasa capacidad de maniobra que tienen los directores. Por ejemplo, la ley no les permite contratar ni despedir profesores, así como tampoco retribuir con mejores remuneraciones a aquellos que desarrollan sus funciones de mejor manera. Por otra parte, al encontrarse ante planteles cuyo presupuesto se gasta principalmente en salarios para los profesores⁸, no les permite direccionar los recursos económicos a las verdaderas problemáticas de cada escuela.

Desburocratización del sistema educacional

El proyecto de Ley General de Educación contempla como organismos encargados tanto de crear las políticas educacionales como de fiscalizar el cumplimiento de las mismas, además del Ministerio de Educación, al Consejo Superior de Educación, la Superintendencia de Educación, la Agencia de Calidad de la Educación, el Servicio Nacional de Educación y a las Corporaciones Locales de Educación.

Esta gran cantidad de instituciones, especialmente la última, atentan contra el necesario propósito de descentralizar la educación y asignar responsabilidades en la gestión de ésta, ya que al tener que canalizar todas las necesidades de una escuela a una Corporación encargada de varias comunas, se impide que sean los mismos apoderados o directivos de cada institución los que tomen las decisiones en forma inmediata. De esta forma, volvemos a caer en el exceso de burocracia que ha caracterizado a nuestra educación, impidiendo que sean las personas directamente relacionadas con cada establecimiento educacional quienes adopten sus propias decisiones, las cuales siempre podrían ser fiscalizadas por la autoridad pertinente.

⁸ Se estima que el gasto en remuneraciones a los profesores es del 80% del total de presupuesto.

En suma, hay que dar a las escuelas la real posibilidad de tomar sus propias decisiones así como asignar las debidas responsabilidades en su adopción. Son los padres, alumnos y profesores quienes conocen las necesidades de cada establecimiento y son ellos los llamados a resolver los problemas que los aquejan con prontitud y responsabilidad.

Costos y beneficios de nuestra legislación laboral: ¿Qué podemos hacer?

• 29 de abril de 2009 •

La legislación laboral es absolutamente necesaria desde un punto de vista moral y jurídico, pero no es neutra en sus efectos en el mercado laboral, generando costos desde el punto de vista del bienestar de los mismos trabajadores. Altas tasas de cotización para seguridad social y un excesivo poder de las asociaciones sindicales aumentan, significativamente, la tasa de desempleo de la economía. Asimismo, normativas tendientes a la protección del trabajo, como indemnizaciones y provisiones para el despido, afectan de manera negativa a los sectores más vulnerables en sus posibilidades de emplearse. Se proponen, por tanto, cinco áreas en donde se pueden lograr importantes avances sin desproteger al empleado. Por último, se presenta un resumen con las principales modificaciones en materia laboral realizadas en Chile durante los últimos 10 años.

Introducción

La profunda crisis financiera que el mundo comenzó a sufrir a mediados de 2008 ha puesto nuevamente la atención de las autoridades económicas en el desempleo y el mercado laboral. Las fuertes restricciones de liquidez en los mercados internacionales han golpeado de manera dura el sector real, disminuyendo significativamente la actividad y el empleo, con las nefastas consecuencias que eso significa en términos de bienestar.

En Chile, el desempleo llegó a 8,9% en el trimestre móvil diciembre 2008-enero 2009. Y si bien la crisis es un actor relevante en esta historia, nuestra legislación laboral juega un rol igualmente importante. La crisis asiática de 1998 ya desnudó, en ese entonces, la incapacidad de nuestra legislación para absorber adecuadamente las crisis externas y los ciclos económicos, teniendo en 1999 un desempleo promedio de 10%¹.

Pero más alarmante que la situación que hoy vivimos, resulta el hecho que desde el problema asiático no hemos logrado recuperar el dinamismo de nuestro mercado laboral y la situación se ha mantenido prácticamente inalterada². En 2000, con la economía mundial tibiamente golpeada por la crisis estadounidense, el desempleo promedio en Chile fue 9,88%. En 2004 la desocupación llegó a 10.4%, promediando 10% en el año. Y desde entonces más de lo mismo; a partir de 1999 y hasta la fecha el desempleo de la economía chilena ha promediado 9,1%, cifra preocupante en circunstancias que en la década anterior, bajo condiciones externas mucho menos favorables, fue 7,1%³.

Las razones tras esto responden no al ciclo ni a factores externos sino a la incapacidad de nuestra legislación laboral de responder a los desafíos de competitividad contemporáneos. Como referencia, en el decenio 1999-2008 el desempleo promedio de Estados Unidos, país con una legislación laboral signi-

1 Las cifras de desempleo corresponden a series desestacionalizadas.

2 La relación entre desempleo y actividad se comprueba en todos los estudios citados en este trabajo. Al respecto ver Heckman, J. y Pagés, C; "Law and Employment: Lessons From Latin America and The Caribbean. An Introduction" en Law And Employment: Lessons From Latin America And The Caribbean, Working Paper 10129, National Bureau of Economic Research, 2003.

3 Los términos de intercambio (relación entre promedio precio exportaciones e importaciones) en el lapso 1988-1998 fueron de 93. Para el decenio 1999-2008 promediaron 123, siendo 150 en los últimos 5 años.

ficativamente más flexible que la nuestra, fue 5,1% y en el decenio anterior 5,8%, cifras cercanas a la mitad de las mostradas por Chile en el mismo período.

Lo dramático de la situación radica en la relevancia del empleo para los sectores más vulnerables en su esfuerzo por salir de la pobreza. Según Casen 2006, la tasa de desocupación de la población pobre es de 24%, alcanzando 40,1% para la población indigente, cifras que se comparan con 7,4% del total de la población general, mostrando una significativa correlación entre desempleo y pobreza.

A continuación se presentará evidencia que respalda la importancia de ciertos aspectos de la legislación en el mercado laboral para luego discutir sobre la trayectoria de la legislación chilena en esos términos y sus efectos. Luego se mencionan y explican aspectos de nuestra legislación fácilmente modificables sobre los que existe amplio consenso, sugiriendo ciertas medidas de política al respecto. Por último, se presenta un anexo con las principales modificaciones a nuestra legislación laboral aprobadas en los últimos 10 años.

Regulación laboral y desempleo

Antes de describir los procesos por los que la legislación laboral impacta en el empleo es necesario explicar las razones que hacen imprescindible la existencia de leyes laborales que den protección a los trabajadores. Desde el punto de vista jurídico, el Derecho Laboral se sustenta en el primordial principio protector del trabajador, cual es la razón de ser del mismo. Su sustento radica en el reconocimiento de la simetría existente en la relación laboral y de lo desmedrada que puede resultar la posición del trabajador en ella. De allí se deriva, por ejemplo, la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes al momento de contratar, considerando los derechos laborales como irrenunciables.

Ahora, de manera general y desde el punto de vista del mercado laboral y el desempleo, los elementos relevantes son aquellos relacionados con la regulación de los contratos y jornada de trabajo, la existencia de impuestos al trabajo y pagos relativos a la seguridad social, la negociación colectiva y el salario mínimo⁴.

4 La teoría económica nos dice que la tasa natural de desempleo, aquella concordante con la tasa de crecimiento potencial de la economía, depende básicamente de la tasa de ruptura de empleo y de la tasa de contratación de mano de obra. A mayor tasa de ruptura mayor será el nivel de desempleo en equilibrio y a mayor tasa de contratación menor desempleo

Heckman y Pagés (2003)⁵ muestran que los costos relacionados con el despido de trabajadores y los pagos de seguridad social tienen un impacto negativo en el empleo. Los autores desarrollan un índice para una muestra de países de la OECD y Latinoamérica que refleja el costo de la regulación laboral considerando los pagos de seguridad social y las provisiones que las empresas consideran para el despido de trabajadores y los costos propios de despedir⁶. Si bien sus resultados son sensibles a las variables incluidas en el modelo, muestran que los costos asociados con la seguridad social tienen un efecto negativo en los niveles de empleo⁷. Para el caso latinoamericano, los pagos de indemnización a todo evento tienen un efecto negativo en el empleo, aumentándolo en 1,12% por cada salario mensual adicional que se deba pagar al término de la relación laboral⁸.

En esa misma línea, Saavedra y Torero (2003)⁹ y Mondino y Montoya (2003)¹⁰, en base a cifras a nivel de empresas de Argentina y Perú, estiman el impacto de la seguridad laboral en el empleo, encontrando que mayores niveles de costos relacionados a la seguridad laboral tienen un efecto negativo en el empleo. Asimismo, Kugler (2003)¹¹ muestra que después de las reformas laborales implementadas en Colombia, las que redujeron los

5 Heckman, J. y Pagés, C; op. cit.

6 Si comparamos la legislación laboral de países de la OECD vemos que la regulación del mercado laboral llega temprano a los países latinoamericanos, sin ser Chile la excepción (Lindauer, 1999). Casi la mayoría de los países hoy desarrollados iniciaron este proceso una vez alcanzado un alto nivel de ingreso mientras que en Latinoamérica, ya a principios del siglo XX existió una fuerte legislación laboral.

7 Los resultados son los mismos para el caso de las indemnizaciones en la muestra de países de la OECD, resultado que no se repite al analizar la muestra de países latinoamericanos.

8 Los resultados de Heckman y Pagés (2003) carecen de robustez para ciertas variables consideradas en el modelo, como por ejemplo el pago de indemnizaciones por despido del empleador. La principal razón para aquello es la poca varianza que existe a lo largo de la muestra, siendo la regulación muy homogénea entre los países de la muestra y teniendo poca variabilidad en el tiempo.

9 Saavedra, J y Torero, M; "Labor Market Reforms and their Impact over Formal Labor Demand and Job Market Turnover: The case of Peru" en *Law And Employment: Lessons From Latin America And The Caribbean*, Working Paper 10129, National Bureau of Economic Research, 2003.

10 Mondino, G y Montoya, S; "The Effect of Labor Market Regulations on Employment Decisions by Firms: Empirical Evidence for Argentina" en *Law And Employment: Lessons From Latin America And The Caribbean*, Working Paper 10129, National Bureau of Economic Research, 2003.

11 Kugler, A; "The Effect of Job Security Regulations on Labor Market Flexibility: Evidence from the Colombian Labor Market Reform" en *Law And Employment: Lessons From Latin America And The Caribbean*, Working Paper 10129, National Bureau of Economic Research, 2003.

costos asociados a la seguridad laboral, se disminuyó la tasa promedio de desempleo entre 1,3 y 1,7%.

Para el caso chileno, Cox y Edwards (2000)¹² realizan un trabajo en que estudian los efectos de las reformas laborales impulsadas en Chile en los niveles y persistencia del desempleo¹³. Los autores identifican cuatro fases fundamentales dentro de la legislación laboral chilena. La primera, que va de 1966 a 1973, es un período marcado por fuertes regulaciones e intervención estatal en el mercado laboral. El punto de máxima rigidez se alcanza entre 1970 y 1973, bajo el gobierno de la Unidad Popular, momento en que se instauró la inamovilidad laboral mediante la exigencia de argumentar causas justificadas para el despido de trabajadores, exigiendo de lo contrario el pago de indemnizaciones equivalentes a un mes de salario por año de servicio. Por otra parte, el sistema de pensiones de reparto llegó a tasas de cotización altísimas generando un gasto fiscal de hasta 20,5% del producto para cubrir las necesidades de provisión de salud y jubilación. La segunda fase, de 1974 a 1979, estuvo marcada por niveles altísimos de desempleo y programas de empleo de emergencia (Programa de Empleo Mínimo), producto de los ajustes necesarios que intentaban solucionar el gravísimo déficit fiscal dejado al final de la Unidad Popular¹⁴. Durante esta etapa se eliminó la mencionada Ley de Inamovilidad, permitiendo el despido sin expresión de causa a costa de pagar un desahucio equivalente a un mes de remuneración por años de servicio con tope de cinco años. Además, se eliminaron paulatinamente los privilegios asimétricos que existían a favor de ciertos gremios promoviendo la afiliación sindical voluntaria¹⁵. La tercera etapa va de 1980 a 1990 y está marcada por la privatización del sistema previsional. Por último, la última fase que va de 1990 hasta 1997 consiste básicamente en la consolidación de las reformas laborales implementadas durante la década anterior, profundizándolas hacia una mayor protección al empleado.

12 Cox, A. y Edwards, S., "Economic Reforms And Labor Markets: Policy Issues And Lessons From Chile", Working Paper 7646, National Bureau of Economic Research, 2000.

13 El caso chileno es de especial interés dada la numerosa implementación de reformas, lo que da una muestra de gran varianza, permitiendo inferencias confiables de los resultados obtenidos.

13 El caso chileno es de especial interés dada la numerosa implementación de reformas, lo que da una muestra de gran varianza, permitiendo inferencias confiables de los resultados obtenidos.

14 Al final del gobierno de la Unidad Popular, los profundos desequilibrios macroeconómicos derivados de la fijación de precios y el gasto fiscal, llevaron a niveles de inflación superiores al 300%. Lo anterior, llevó a las autoridades económicas a implementar una política monetaria y fiscal restrictiva, que permitiera abordar el tema del déficit fiscal y el alza de precios producto de la liberalización implementada.

15 Ver Coloma y Rojas en "La Transformación Económica de Chile", Centro de Estudios Públicos, 2001.

Los resultados de Cox y Edwards (2000) muestran que las reformas implementadas desde 1980, tendientes a disminuir los pagos de seguridad social, los costos de seguridad laboral y descentralizar la negociación colectiva, tuvieron efectos positivos sobre el mercado laboral, aumentando su flexibilidad. Tal efecto se logra tanto a través de una disminución del nivel de desempleo como de su persistencia. La privatización del sistema previsional redujo considerablemente los pagos de seguridad social. Las tasas de cotización del sistema de reparto promediaban 22,8% en 1974, llegando a tasas de seguridad social de 69% una vez considerados los pagos previsionales de salud. Luego de la privatización de la previsión de pensiones y salud, estas tasas fueron reducidas a 20% (10% pensiones, 7% salud, más seguro de desempleo, invalidez y sobrevivencia y accidentes del trabajo). Por su parte, la descentralización de las negociaciones colectivas parece haber reducido la tasa natural de desempleo disminuyendo significativamente el costo de las negociaciones colectivas.

Sobre los efectos de la seguridad laboral, los resultados de Cox y Edwards (2000) muestran que estos parecen ser ambiguos y tener un pequeño efecto en los niveles de desempleo¹⁶. Sin embargo, la seguridad laboral genera importantes efectos de segundo orden en la redistribución de empleo. Montenegro y Pagés (2003)¹⁷ muestran que a medida que aumentamos la protección laboral existe una redistribución del empleo que perjudica a los más jóvenes, a los trabajadores menos calificados y a las mujeres en desmedro de los hombres¹⁸. Lo anterior es relevante y abandona la creencia que la seguridad laboral no tiene efectos en el mercado laboral, por cuanto aún cuando la seguridad laboral sea una política neutra en términos de los niveles de empleo, genera importantes

16 Desde el punto de vista teórico, el resultado de la seguridad laboral presenta cierta ambigüedad. Así, las regulaciones tendientes a proteger el empleo, por ejemplo mediante la imposición de pagos indemnizatorios ante el despido de trabajadores, por una parte, reducen los incentivos para despedir trabajadores y, por tanto, disminuyen la tasa de ruptura de empleos y, por otro, también disminuyen la velocidad de contratación por cuanto el empleador interioriza tal costo futuro a la hora de contratar hoy. El efecto final es entonces ambiguo.

17 Montenegro, C y Pagés, C; "Who Benefits from Labor Regulation? Chile 1960-1998" en *Law And Employment: Lessons From Latin America And The Caribbean*, Working Paper 10129, National Bureau of Economic Research, 2003.

18 Los autores muestran que el salario mínimo tiene similares efectos en la distribución del trabajo según grupos étnicos, de sexo y habilidad que la seguridad laboral. Los resultados muestran que el salario mínimo afecta considerablemente la probabilidad de emplearse de los trabajadores menos calificados. Lo anterior es fácilmente explicable si consideramos que esos trabajadores tienen una productividad menor al salario real.

efectos redistributivos, perjudicando, precisamente, a aquellos grupos más vulnerables a quienes se quiere proteger en primer término.

La legislación chilena: ¿Qué se puede hacer?

Como mencionábamos anteriormente, nuestra legislación laboral ha tenido significativos cambios en los últimos 30 años. Pasando por un mercado muy regulado a principios de los setenta, hacia una flexibilización durante los ochenta y a una consolidación de la protección al trabajador desde 1990 a la fecha. Si bien las modificaciones introducidas por la administración del ex presidente Aylwin lograron mantener la esencia de un sistema flexible y acorde con la creación de empleos y se pueden considerar moderadas en términos del poder de presión entregado a los trabajadores, la dirección de avance desde entonces ha sido más proclive a la rigidización del mercado del trabajo, sin existir hasta el momento intentos reales por modernizar nuestra legislación.

A continuación, se revisarán cinco áreas de nuestro mercado laboral que generan espacio para prontas modificaciones con el objeto de lograr un mayor dinamismo y eficiencia, manteniendo, y en algunos casos aumentando, la protección al trabajador.

i. Jornada laboral:

El inciso primero del Artículo 22 del Código del Trabajo establece que “*La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales*”. Luego, el inciso 1º y 2º del Art. 28 determinan que “*El máximo semanal establecido en el inciso primero del artículo 22 no podrá distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días*” y que “*en ningún caso la jornada ordinaria podrá exceder de diez horas por día*”.

Sin duda, la rigidez que hoy existe sobre la jornada laboral es una fuente de ineficiencia. Tal determinación impide a las empresas administrar sus recursos humanos según las necesidades contingentes de corto plazo. De ser necesaria una mayor producción por condiciones específicas, es necesario contratar trabajadores adicionales con los costos que eso significa, aún cuando tal condición se sepa como temporal. Sobre el tema, es perfectamente posible establecer máximos a las jornadas laborales que contemplen un período más largo de referencia, por ejemplo un mes o un trimestre.

Para evitar una relación asimétrica al respecto, es posible permitir la alteración del máximo de la jornada diaria por sobre el límite que establece la ley mediante acuerdos sindicales. Como antecedente, González, Mizala y Romaguera (2000)¹⁹ muestran que en los países de la OECD existe bastante diversidad sobre la flexibilización horaria, existiendo jornadas semanales de 35 a 48 horas, jornadas diarias de 8 a 13 horas y, lo más relevante, períodos de cálculo para el máximo de la jornada semanal que van desde una semana hasta un año.

ii. Repactación jornada, salarios y reemplazo de trabajadores en huelga

Si bien bajo la actual legislación las partes pueden modificar de común acuerdo los contratos en cualquier momento, en la práctica esto es poco habitual²⁰. Al respecto, para favorecer este tipo de acuerdos se podría establecer un régimen tal en que las partes se vean obligadas mutuamente y de manera unilateral a concurrir a una negociación cuando se cumplan ciertas condiciones en el mercado laboral, por ejemplo, cuando el desempleo supere cierto nivel. Un esquema como éste evitaría los altos costos de despido que se producen en tiempos de crisis, además de los costos de ajuste que eso significa en el futuro ante el requerimiento de nuevas contrataciones.

Ahora, en aquellos casos en que ésta u otro tipo de negociación colectiva no llegue a buen término entre las partes dando origen a huelga legal de los trabajadores, la letra c) del Artículo 381 del Código del Trabajo establece como requisito para el reemplazo temporal de trabajadores “*Un bono de reemplazo, que ascenderá a la cifra equivalente a cuatro unidades de fomento por cada trabajador contratado como reemplazante. La suma total a que ascienda dicho bono se pagará por partes iguales a los trabajadores involucrados en la huelga, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que ésta haya finalizado*”. Complementariamente, al empleador se le prohíbe renegociar de forma individual con los trabajadores y sólo se permite el reintegro voluntario de éstos una vez hecha una oferta por parte del empleador que contenga el pago del bono de reemplazo y un reajuste equivalente al del IPC. En caso que la oferta sólo contenga el bono de reemplazo, los trabajadores podrán reincorporarse a partir del día 13 de iniciada la huelga.

19 González, Mizala y Romaguera: “Flexibilidad, Jornada Laboral y Sistemas de Turnos: Efectos de la Legislación en Empleo y Producto”, Documentos de Trabajo, Serie Economía, 91, CEA, 2000.

20 Ver Coloma, F., “Los Desafíos Futuros en el Campo Laboral” en ¿Qué Hacer Ahora?: Propuestas para el Desarrollo. Centro de Estudios Públicos, 2001.

Los requerimientos anteriores comprometen la simetría en el poder de negociación que la huelga legal intenta conseguir, inclinando la balanza hacia el poder de los trabajadores. Pero tal situación se hace aún más asimétrica en tiempos de crisis en que al empleador le resulta imposible cumplir con las exigencias de potenciales negociaciones. Para tales casos deben existir mecanismos alternativos, más expeditos, que garanticen negociaciones balanceadas entre empleados y empleador.

iii. Seguro de desempleo e indemnizaciones

La evidencia muestra que el pago de indemnizaciones tiene efectos tanto en el nivel de empleo como en su persistencia, generando además importantes efectos redistributivos que perjudican a los sectores más vulnerables de la población²¹. Sobre este tema, en Chile tenemos mucho hacia dónde avanzar. Ya el Informe del Consejo Asesor Trabajo y Equidad concluyó que el actual sistema de indemnizaciones por años de servicio presenta serias fallas en su diseño, teniendo una baja cobertura. El problema político que se deriva de esta discusión es tan complejo como el técnico. El actual pago de indemnizaciones de años de servicio tiene escasa cobertura y restringe mucho al empleador en su capacidad de reajustar sus plantas de trabajo. Asimismo, esquemas basados únicamente en el seguro de desempleo generan importantes riesgos de abuso dando incentivos al desempleado a no buscar trabajo. Así, una opción interesante es avanzar hacia esquemas basados en la capitalización de cuentas individuales de indemnización a todo evento, complementadas con un esquema de seguro de desempleo e indemnizaciones por despido.

Coloma (2001)²² propone que los pagos de indemnizaciones por años de servicio funcionen como deducible al seguro, el que solo opera una vez agotados estos pagos. Una vez iniciada la cobertura del seguro, los pagos asociados disminuyen en el tiempo una vez superado el tiempo promedio de desocupación de la economía, para así evitar el riesgo de abuso por parte de los asegu-

21 Una manera alternativa de ver los costos de despido es como el costo en eficiencia que tiene un empleador al no poder mantener un mix de producción entre trabajo y capital óptimo dados los precios de los factores y de sus productos. Así, un empleador despedirá a un trabajador cuando el costo de hacerlo supere el valor presente del costo en eficiencia que significa mantenerlo.

22 Coloma, F., "Los Desafíos Futuros en el Campo Laboral" en ¿Qué Hacer Ahora?: Propuestas para el Desarrollo. Centro de Estudios Públicos, 2001. El autor no plantea la posibilidad de cotizar en cuentas individuales de indemnizaciones a todo evento.

rados. Este diseño puede ser complementado con cotizaciones en cuentas de indemnización a todo evento con financiamiento tanto del empleado, el empleador y el Estado. El diseño debe ser tal que mayores cotizaciones con cargo al empleador sean contrarrestadas con un menor pago por años de servicio (15 días por cada año, por ejemplo).

iv. Regímenes participativos

Una de las rigideces que enfrentan los empleadores es la salarial. Una manera eficiente de enfrentar el problema es favorecer regímenes salariales en que los empleados participen de las utilidades de la empresa. Un esquema como éste genera importantes beneficios. Primero, ancla parcialmente el costo de la mano de obra a las condiciones de la economía y los resultados de la empresa. Luego, genera incentivos importantes para aumentar el esfuerzo y productividad de los empleados²³.

Sin embargo, ésta es una práctica poco usada. Una opción es generar dentro de la legislación laboral un tipo de contrato laboral establecido que contemple la participación de los trabajadores en los resultados de la empresa. Tal elemento permitiría a las empresas ahorrar parte de los altos costos administrativos y legales que significa adoptar contratos participativos al margen de una reglamentación establecida ex ante en la ley.

v. Capacitación y empleabilidad

Sin duda, la mejor garantía de estabilidad de los ingresos del trabajo es tener buenas competencias laborales. Ya mencionábamos como las rigideces establecidas por la seguridad laboral y el salario mínimo afectaban, en primer término, a aquellos trabajadores menos calificados. El Consejo Asesor Trabajo y Equidad propuso un diseño mucho más eficiente que el que opera hoy en día, el que sería un tremendo aporte en este sentido. La propuesta consiste en el financiamiento de bonos individuales de capacitación financiados por el Estado, el empleador y el empleado. Un diseño como éste, junto con el de franquicias tributarias que existe actualmente, mejoraría la focalización de los recursos destinados a capacitación, no solo ampliando

23 Ver Weitzman, M. y Kruse, D, "Profit Sharing and Productivity", en *Paying for Productivity: A Look at the Evidence*, Brookings Institution, 1990.

la cobertura, sino que equilibrando la utilidad objetiva de la capacitación en términos de su especificidad²⁴.

Comentarios finales

Sin duda, la regulación del mercado laboral es una necesidad humana básica imprescindible en cualquier sociedad que pretenda la justicia y promueva el bien común. En estos términos, la legislación laboral debe, en primer término, velar por la protección de los trabajadores y sus familias, garantizando empleos estables y de calidad, procurando el buen trato y el desarrollo integral de las personas.

Sin embargo, la regulación del mercado del trabajo tiene efectos de segundo orden a veces ignorados por el legislador, los cuales muchas veces terminan por perjudicar a algunos a favor de otros.

En el presente trabajo se presenta cierta literatura que soporta la idea que la regulación laboral ordenada a dar protección al trabajador no es neutra en términos de los niveles de empleo ni de su persistencia en el tiempo. Además, existen importantes efectos redistributivos que desfavorecen justamente a aquellos grupos más vulnerables de la población a quienes se debiera proteger en primerísimo lugar.

Lo anterior significa, entonces, ¿qué se debe eliminar la regulación de los contratos de trabajo, suprimir la previsión social y dejar cualquier tipo de negociación al acuerdo de las partes olvidándose de la irrenunciabilidad de ciertos derechos fundamentales? Por supuesto que no.

El propósito de este trabajo es poner en un contexto objetivo los alcances técnicos de la regulación laboral y así iluminar el debate político necesario para llevar a cabo cambios que vayan en favor tanto de trabajadores como empleadores. De esta manera se destacan cinco campos de acción en los que parece haber mayor acuerdo técnico y menor conflicto político, dando algunas sugerencias de diseño que van en la dirección de aumentar la eficiencia del mercado laboral y dar mayor protección al empleado.

24 Si la capacitación es muy específica al rubro de la empresa, el valor de la capacitación para la empresa es sumamente alta, pero no lo es para el empleado. Por el contrario, si la capacitación es de conocimientos generales, la empresa percibe poco de la capacitación, pero el empleado puede ocupar esos conocimientos en cualquier puesto de trabajo, mejorando sus posibilidades laborales.

Por último, cabe señalar que de pretender transformaciones sustantivas a la calidad, estabilidad y eficiencia del mercado laboral, se necesitan importantes reformas conjuntas, las que de implementarse de manera separada podrían diluirse o, incluso, generar efectos contrarios a los deseados.

ANEXO: PRINCIPALES MODIFICACIONES LEGALES AL CÓDIGO DEL TRABAJO Y OTROS CUERPOS LEGALES RELACIONADOS CON LA LEGISLACIÓN LABORAL.

Ley N°19.502, 30 de mayo de 1997. Reajusta Ingreso Mínimo Mensual y establece otras modificaciones. Establece una sanción, una multa, a beneficio fiscal de 1 a 20 Unidades Tributarias Mensuales más el incremento que pueda corresponder, en caso de que no se respete el Ingreso Mínimo Mensual.

Ley N°19.505, 25 de julio de 1997. Concede permiso a los trabajadores en caso de enfermedad grave de sus hijos. Faculta a la madre trabajadora (o el padre, en su caso) de un menor de 18 años que requiera atención personal por motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte, a ausentarse por un número de horas equivalentes a diez jornadas al año, imputables a su feriado anual, a horas extraordinarias o a otra modalidad de compensación acordada libremente.

Ley N°19.631, 28 de septiembre de 1999. Impone obligación de pago de cotizaciones previsionales atrasadas como requisito previo al término de la relación laboral por parte del empleador. Introduce la figura de la nulidad del despido. Se establece que, para que el despido, conforme a determinadas causales produzca efecto, el empleador deberá informar por escrito del estado de pago de las cotizaciones previsionales al trabajador, acreditando su pago íntegro. Si no se hace así el despido no produce el efecto de poner término al contrato de trabajo, pero puede ser convalidado por medio de un pago posterior.

Ley N°19.666, 10 de marzo de 2000. Limita la ejecución de trabajos por empresas contratistas en las faenas que indica. Responsabilidad subsidiaria dueño obra principal. Se faculta al trabajador para, al entablar demanda en contra de su empleador directo, demandar también subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos. Con anterioridad la ley no era lo suficientemente clara a este respecto. El Dictamen N° 5.393 de 1996 de la Dirección del Trabajo señaló que no correspondía demandar conjunta-

mente ni requerir a los dueños de la obra o contratistas, sin antes requerir a los contratistas o subcontratistas en su caso.

Establece que el dueño de la obra, empresa o faena, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informado por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas

Se establece que en el caso que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, así como cuando el dueño de la obra, empresa o faena fuere demandado subsidiariamente, éste podrá retener de las obligaciones que tenga a favor del trabajador, el monto de que es responsable subsidiariamente. En todo caso, el dueño de la obra, empresa o faena, o el contratista en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

Ley N°19.728, 14 de mayo de 2001. Establece Seguro de desempleo. Establece un seguro de desempleo, con una cotización obligatoria del empleador de un 2,4% de la remuneración imponible del empleador y una cotización de cargo del empleado de 0,6% de su remuneración imponible. Respecto de los trabajadores contratados a plazo o para una obra, trabajo o servicio determinado, la cotización es sólo de cargo del empleador, correspondiente al 3% de las remuneraciones imponibles.

Ley N°19.759, 5 de octubre de 2001. Modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicalización, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias que indica.

- Sanciona la discriminación, limitando la discrecionalidad al momento de contratar.
- Rebaja el límite semanal de la jornada ordinaria de trabajo de 48 a 45 horas
- Se establece como límite diario para la jornada ordinaria un máximo de 10 horas.
- Establece un catálogo de derechos fundamentales del trabajador
- Se limita la causa legal que justifica las horas extraordinarias, estableciéndose que ellas sólo podrán pactarse para atender necesidades o situa-

ciones temporales de la empresa, y deberán pactarse por escrito con una vigencia no superior a tres meses.

- Se regula el contrato con jornada parcial, que son aquellos con una jornada no superior a dos tercios de una jornada ordinaria.
- Se rebaja el número de trabajadores que se requieren para estar obligado a confeccionar un reglamento interno de orden, seguridad o higiene, de 25 a 10 trabajadores, para las empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas.
- Se suprime como causal de despido la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador.
- Se prohíbe invocar como causal de despido la invalidez total o parcial del trabajador.
- Se modifica el mecanismo de reclamación del trabajador frente a un despido. Con ello se establecen aumentos más amplios de las indemnizaciones procedentes por despidos injustificados o por improcedente aplicación de las distintas causales de despido (los aumentos pueden llegar hasta un 80%).

Ley N°19.812, 13 de Junio de 2002. Modifica la Ley N° 19.628, sobre Protección de la vida privada. Introduce en el Código del Trabajo la prohibición de condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que conste en registros o bancos de datos personales. Se exceptúan los trabajadores que tengan poder para representar al empleador y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

Ley N°19.920, 20 de diciembre de 2003. Modifica el Código del Trabajo y el Estatuto Administrativo con el fin de permitir acuerdos en materia de descanso semanal. Establece la facultad de las partes de pactar que la jornada de trabajo correspondiente a un día hábil entre dos días feriados, o entre un día feriado y un día sábado o domingo, sea de descanso, con goce de remuneraciones, acordando la compensación de las horas no trabajadas mediante la prestación de servicios con anterioridad o posterioridad a dicha fecha.

Ley N°20.047, 02 de septiembre de 2005. Establece permiso paternal en el Código. Establece el post natal masculino con cuatro días de permiso pagado, además del permiso de un día que ya existía, en caso de que el trabajador tenga o adopte un hijo. Cualquier trabajador/a que tenga bajo su tuición legal a un niño/a menor de 6 meses, tiene derecho a los subsidios y permisos que otorga la ley en un caso regular.

Ley N°20.087, 3 de enero de 2006. Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo.

Ley N°20.123, 16 de octubre de 2006. Regula trabajo de régimen de subcontratación, el funcionamiento de empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios.

- Prohíbe la intermediación de trabajadores a una faena.
- Establece responsabilidad solidaria del mandante del subcontratista, respecto de las obligaciones laborales, previsionales y de indemnizaciones legales y contractuales que se derivaren del término de la relación laboral.
- Regula el contrato de puesta a disposición de trabajadores y el contrato de trabajo de servicios temporarios.
- Se crea un registro de empresas de servicios transitorios.
- Se ordena la constitución de una garantía a nombre de la DT para responder de las obligaciones de la empresa con sus trabajadores transitorios.
- Se prohíbe la puesta a disposición de trabajadores a una empresa relacionada.
- Se establecen taxativamente cuándo puede contratarse la puesta a disposición de trabajadores de servicios temporarios.

Ley N°20.215, 13 de septiembre de 2007. Modifica normas relativas a las funciones de los trabajadores dependientes del comercio en los períodos de fiestas patrias, navidad y otras festividades. Limita la jornada de los trabajadores del comercio en los días previos a la navidad. En dicho rubro el Código permite una extensión de la jornada ordinaria de dos horas diarias durante los días previos a la navidad. Con la modificación la legislación limitó esta extensión a nueve días dentro de los últimos 15 días previos a la Navidad. Asimismo, se estableció que no pueden dichos trabajadores desempeñarse después de las 23 horas y que, en el día inmediatamente anterior a esa festividad y al 1 de enero de cada año, no pueden trabajar sino hasta las 20 horas. Se establece que en cada año calendario que los días 18 y 19 de septiembre sean días martes y miércoles, respectivamente, o miércoles y jueves, respectivamente, será feriado el día lunes 17 o el día viernes 20 de dicho mes, según el caso. Modifica la ley 19.973 en lo relativo a los feriados que corresponden a los trabajadores del comercio, incorporando el día 1 de mayo dentro de los feriados irrenunciables a que tienen derecho dichos trabajadores. Asimismo, se incorpora una multa a beneficio fiscal en caso de trasgresión de: 5 UTM por cada trabajador afectado por la infracción, por regla general; 10 UTM en caso de que el empleador tuviere contratado 50 o

más trabajadores; y 20 UTM, por cada trabajador afectado, cuando tuviere contratados 200 o más trabajadores.

Ley N°20.281, 21 de julio de 2008. Modifica el Código del Trabajo en materia de salarios base (también conocida como ley de la “semana corrida”). Establece el derecho percibir el beneficio de la semana corrida a todos los trabajadores que perciban sueldo variable y base, con devengamiento diario y personal de las comisiones que lo constituyan.

Uniones de hecho: ¿es deseable su reconocimiento legislativo?

• 13 de mayo de 2009 •

Existe a nivel comparado una fuerte tendencia de las legislaciones a reconocer y establecer todo un estatuto jurídico y orgánica propia a las uniones de hecho. Nuestro país no está exento de estas nuevas corrientes legislativas; muestra de ello son sendos proyectos que actualmente se hayan en discusión en la Cámara de Diputados. Sin embargo, aquello que se suele presentar como una simple regulación de las materias patrimoniales entre los convivientes y, por ende, de estricto interés privado, no es tan inocuo: serios inconvenientes, tanto en lo jurídico como en lo ético desaconsejan este tipo de iniciativas.

Ha vuelto a cobrar relieve el debate respecto de la consagración legal de las uniones de hecho. Y ello, por las mismas razones de siempre: los nuevos tiempos y las nuevas tendencias en materia de familia de nuestra cultura posmoderna reclaman, según algunos, la urgente necesidad de adaptar nuestra sociedad a formas más modernas de fundar la familia.

Sin embargo, allí donde algunos ven un movimiento natural de nuestra sociedad hacia formas más laxas de ligazón conyugal, puede observarse, quizá con mayor nitidez, un fracaso de las políticas de fomento de la familia o, incluso, una soterrada imposición ideológica de algunos sectores tendiente a debilitarla. Como muy bien se ha apuntado: *“es importante preguntarse por los motivos profundos por los que la cultura contemporánea asiste a una crisis del matrimonio, tanto en su dimensión religiosa como en aquella civil, y al intento de reconocimiento y equiparación de las uniones de hecho”*¹.

En lo que sigue intentaremos exponer algunos de los argumentos habitualmente esgrimidos en el plano jurídico para fundar la necesidad de una regulación legal de las uniones de hecho, sopesándolos con los datos que nos aporta la realidad de la institución matrimonial y la facticidad de las uniones de hecho, para, en definitiva, dar cuenta de lo innecesaria que, a nuestro juicio, resulta una modificación legal en ese sentido.

Principales argumentos esgrimidos para regular las uniones de hecho

En nuestro derecho, puede señalarse que en general la doctrina y, en especial, la jurisprudencia² se han hecho cargo de la realidad social de las uniones de hecho y han acudido a dar satisfactorias respuestas a la problemática producida a raíz de las mismas en el ámbito patrimonial que, es importante recalcarlo, parece ser el único que realmente preocupa a quienes pretenden su

1 Pontificio Consejo para la Familia: “Familia, matrimonio y ‘uniones de hecho’”, documento de 26-VII-2000, capítulo I, N°7, Ciudad de Vaticano.

2 Muy elocuente a este respecto es el Considerando 10° de la Sentencia de 18 de octubre de 2005 de la Ilma. Corte de Apelaciones de La Serena (Rol N° 1005-2005), que señala: “Si bien es cierto que el legislador no ha reglamentado de modo expreso y orgánico la institución del concubinato, no lo es menos que se ha referido a él a través de ciertas disposiciones legales dispersas en diversos cuerpos normativos. Por otra parte, es un hecho reconocido que la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales es la que ha ido elaborando un “corpus” sobre tal instituto, resultando de esto una realidad social-jurídica que no escapa a la atención y tratamiento del mundo del derecho”.

consagración legislativa³. Las soluciones ofrecidas por nuestra jurisprudencia y doctrina han ido por la línea de reconocer, frente a determinados negocios jurídicos celebrados por los convivientes, la existencia de una comunidad o de una sociedad de hecho, pero siempre dejando a salvo que dicha relación jurídica no nace de un reconocimiento de la unión de hecho propiamente tal como auténtico grupo familiar, sino de la identificación de ciertas consecuencias jurídicas derivadas de las relaciones interpersonales de sus miembros o de su actuación conjunta en el comercio humano⁴. En este sentido señala Corral que: *“Los ligámenes jurídicos a que puede dar lugar una situación parafamiliar no son atribuibles al grupo, sino que corresponden a las personas que lo integran en cuanto individuos relacionados interpersonalmente”*⁵.

No obstante la consideración precedente, dos objeciones son habitualmente esgrimidas en su contra para sostener la conveniencia de una regulación abarcadora de la realidad de las uniones de hecho. En primer lugar, se señala que la falta de reglamentación -que ha entregado a la casuística jurisprudencial la solución de los problemas patrimoniales que surgen de la convivencia- ha dado lugar a que se produzcan situaciones notablemente injustas⁶. En segundo lugar, se destaca la falta de organicidad de la normativa que hace referencia a la convivencia, con la consecuente debilidad de su sistemática al momento de reclamar tal o cual derecho.

Respecto de la primera de las objeciones apuntadas, cabe señalar que allí donde se reclama que la aplicación de las normas generales del derecho ha

3 En general, todos los proyectos presentados hasta ahora en nuestro órgano legislativo han discurrido sobre la base de un tratamiento patrimonial de la situación de la convivencia, ya sea mediante un pacto civil celebrado por los convivientes, ya sea mediante el otorgamiento de determinados efectos a una convivencia prolongada durante un cierto período de tiempo. Ilustrativos de este punto son los dos proyectos sobre la materia que actualmente se discuten en el Congreso Nacional: el proyecto de ley que establece regulación para las uniones de hecho (Boletín 4153-18), presentado por la H. Diputada Ximena Vidal; y el proyecto de ley que otorga a la comunidad formada por la convivencia la propiedad de los bienes adquiridos en las condiciones que indica (Boletín 4187-18) del H. Diputado Maximiano Errázuriz.

4 Un muy interesante y completo análisis de la jurisprudencia que han desarrollado nuestros tribunales a este respecto puede encontrarse en: Barrientos Grandon, Javier: “De las uniones de hecho”, Legislación, doctrina y jurisprudencia, LexisNexis, Santiago, 2008.

5 Corral Talciani, Hernán: “Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia”, Ediciones Universidad de Los Andes, Santiago, 1994, pág. 37.

6 Martinic, María Dora y Weinstein, Graciela: “Nuevas tendencias de las uniones conyugales de hecho”, en Instituciones de Derecho de Familia, Claudia Schmidt y M. Dora Martinic (Ed.), Lexis Nexis, Santiago, 2004, pág. 13.

tenido como resultado una solución que pueda parecer injusta o insuficiente, debe responderse que el ordenamiento no puede —y ni siquiera debe— otorgar respuesta a cada arbitrio de la voluntad humana. En efecto, la respuesta jurídica a la realidad de la convivencia conyugal y de la familia, en sus aspectos patrimoniales, sucesorios, filiativos y propiamente nupciales, se encuentra desde antaño presente en la institución del matrimonio civil y, aún antes de la dictación de aquél, en las normas generales de nuestro derecho de familia.

Invocar la existencia fáctica de las uniones de hecho como único argumento para esgrimir la necesidad de una legislación que las incorpore al derecho positivo, implica admitir la procedencia de respuestas ad hoc a cada fenómeno que se desee crear en el orden social, aún cuando la misma no sea más que una modalidad imperfecta de aquella situación ya contemplada por el derecho y ya ajustada a dar propicias respuestas a las cuestiones que se han de suscitar en su transcurso. En ningún caso es injusto que el ordenamiento reclame un mínimo de diligencia de parte de los miembros de la sociedad, para que ellos a su vez puedan exigir ciertos resultados del mismo.

Dicho en otras palabras, “es lícito que la sociedad, por un lado, vede y sancione ciertas conductas del hombre, por libre que haya sido su elección; y, por otro, valore de manera distinta las determinaciones de las personas, otorgándoles estatus diferentes, e incluso privilegiando a algunas sobre otras. El derecho, en buena parte, consiste en distinguir entre preferencias proscritas y permitidas y, dentro de éstas, cuáles deben ser favorecidas o protegidas”⁷.

Resulta muy ilustrativo apuntar que a similares conclusiones puede llegarse desde una perspectiva muy diversa a la que aquí adherimos. Así, por ejemplo, Susan Turner⁸ ha enfatizado que de un análisis detenido de la doctrina, en general, puede observarse una relativa coincidencia entre los factores definitorios de la convivencia que se dan en la unión de hecho y la que se presenta en el matrimonio, y que, haciendo abstracción de la diferencia en el orden jurídico de que el primero obedece a un “hecho” y el segundo a un “contrato” (diferencia que, dicho sea de paso, se diluye con la regulación de un pacto de unión de

7 Frontaura Rivera, Carlos: “¿Nuevos ‘tipos’ de familia?”, en libro colectivo, actualmente en prensa, sobre temas de bioética y bioderecho.

8 Turner Saelzer, Susan: “Uniones de hecho y su regulación legal”, en Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2007, Alejandro Guzmán Brito (Ed.), Valparaíso, 2008, págs. 167-176.

hecho) en la sustancia ambas situaciones son una misma desde la perspectiva jurídica. No parece lógico –dice Turner– imputarle a la primera como inconveniente su naturaleza factual, pues la segunda también participaba de ella hasta que el derecho la recogió, asignándole efectos jurídicos. Pues bien, siendo las cosas así, no procede que el derecho otorgue distintos tratamientos a una misma situación fáctica y a unos mismos destinatarios. Lo anterior, menos aún, si observamos que la tendencia natural en el tiempo, que deberá presentar la unión legalizada de convivientes, será la de adquirir una permanente homologación a su par más perfecto del matrimonio.

Reproducimos aquí el argumento de Turner por su semejanza con el que aquí defendemos, aunque no compartimos el hecho de que ambas situaciones, la de la convivencia matrimonial y la de la unión de hecho, sean una misma en el plano jurídico o en ningún otro. Si bien es cierto que la unión matrimonial es anterior al derecho positivo y, por ende, era un simple hecho (desde la perspectiva jurídica) antes de la llegada del mismo, no por ello podemos establecer una semejanza de aquella con la unión de hecho tal y como se presenta hoy en día en nuestra realidad social. La diferencia se da a nuestro entender en el distinto ánimo que caracteriza a ambos modos de convivencia; en la circunstancia de que si bien existe una *afectio conjugalis* en los dos, sólo en la unión matrimonial ella está por su naturaleza orientada a la estabilidad y la permanencia en el tiempo, estando marcada la de la unión de hecho por lo que algunos autores denominan “espontaneidad”, esto es, por la voluntaria sustracción de los convivientes de la disciplina matrimonial. No creemos que sea soslayable la circunstancia de que las uniones de hecho son, hoy por hoy, subjetivamente vistas por los convivientes como una alternativa al matrimonio. En todo caso, el resultado es el mismo para ambos argumentos: la respuesta del ordenamiento jurídico a la voluntad de alguno de sus miembros de hacer vida común con otra persona de distinto sexo, es el matrimonio, y no cabe que haya otra alternativa adicional.

Esta observación nos permite remitirnos a la segunda de las críticas apuntadas: la falta de una orgánica jurídica que permita hacer frente de manera cabal a los avatares que se suscitan en el desarrollo social de una relación familiar fundada en la convivencia. En este punto, puede señalarse que a decir verdad dicha dispersión no es tal. La práctica jurídica de nuestros tribunales de justicia ha desarrollado una completa y madura jurisprudencia con el paso de los años. La unión de hecho es una realidad conocida y tratada por nuestra judicatura ya desde los primeros años de aplicación de la Ley de Matrimonio

Civil⁹ y si bien su tratamiento no ha estado exento de polémica, no cabe señalar que a su respecto no existe una cierta disciplina jurídica. Ahora bien, si las soluciones aportadas por la práctica jurisprudencial no satisfacen plenamente a todos los integrantes de nuestra sociedad, ello no puede ser atribuido a una falta de regulación, sino a la circunstancia de que son los mismos miembros de una unión de hecho quienes se han sustraído voluntariamente de la sistemática orgánica y acabada que regula las relaciones de familia.

Por supuesto, el ordenamiento positivo no puede hacer abstracción completa de una realidad tan difundida y relevante de nuestra vida social. En esta línea pueden situarse las cada vez más frecuentes modificaciones legales que incorporan los conceptos generales de “conviviente” o de “convivencia” en nuestra legislación (en especial la penal y la de violencia intrafamiliar), pero ellas no pueden impulsarnos a considerar que con ello se da cabida de manera implícita a la unión de hecho en nuestra ley positiva como régimen jurídico autónomo; muy por el contrario, lo que se valora jurídicamente son determinadas relaciones que, si bien surgen de la convivencia con caracteres similares a la familiar, tienen una fisonomía marcadamente interindividual¹⁰. En efecto, la más de las veces dichas modificaciones no obedecen propiamente al hecho

9 Curiosamente en nuestro medio, fue a raíz de la dictación de la Ley de Matrimonio Civil en 1884, que la cuestión de las uniones de hecho adquirió relevancia jurisprudencial. Por las razones que fuere, a partir de la entrada en vigencia de la ley en 1885, no pocas personas solamente contrajeron matrimonio religioso, quedando en la paradójica situación de no gozar del estado civil de casados ante la ley civil. Ya desde fechas tan tempranas como 1892 aparecen las primeras sentencias refiriéndose a la materia.

10 Corral Talciani, Hernán: “Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia”, op. cit. pág. 69.

11 Así, por ejemplo, la Ley 20.066, de 07 de octubre de 2005, en su artículo 5°, al precisar los supuestos que se consideran como constitutivos de violencia intrafamiliar, incluye dentro de quienes pueden padecerlos a las personas que, respecto del ofensor, tengan o hayan tenido “una relación de convivencia con él” o que sean consanguíneos o afines en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente; la misma ley incorporó como atenuante en el Artículo 11 N° 4 del Código Penal, el haber obrado el autor en vindicación de una ofensa grave causada a su conviviente. Asimismo, el Código Procesal Penal señala que será considerado víctima en los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido, y en el caso de que éste no pudiere ejercer los derechos que el Código le reconoce, el conviviente (3° lugar). También se les reconoce en el mismo Código, la pertinencia de la aplicación del principio de no-auto incriminación (que también reconoce la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia). También cabe hacer referencia en el ámbito penal a la inclusión del conviviente como posible víctima dentro del tipo del delito de parricidio contemplado en el Artículo 390 del Código Penal.

de que se le reconozca el carácter de institución jurídica a la convivencia o a la admisión de que se desprendan de la misma determinadas relaciones jurídicas, sino al mero reconocimiento del hecho de que al interior de una relación de convivencia se da una cierta *affectio*, que de ignorarse en el plano jurídico daría pie a importantes injustos¹¹. Como bien señala Corral: “*El quid del asunto estriba en reconocer a los grupos familiares de hecho los efectos que exijan las necesidades de la justicia, sin que ese reconocimiento implique elevarlos a la condición de familias constituidas regularmente. En suma, tratar jurídicamente a la familia de hecho como lo que es: como una situación de hecho que carece de organicidad y estructura fija y delimitada y que sólo eventualmente podrá producir consecuencias de derecho*”¹².

Nos parece que la razón que ha tenido el legislador en cuenta para introducir en ciertas leyes la noción de convivencia ha sido la de evitar la eventual discriminación que implicaría no reconocerla de cara a determinados efectos particulares y a determinadas situaciones frente a las cuales no se puede efectuar una distinción radical entre ambos modos de convivencia, la matrimonial y aquella que se da al margen de dicha institución.

Inutilidad jurídica de regular las uniones de hecho

Por lo demás –y esto es importante recalcarlo– con la dictación de una ley que regule las uniones de hecho, todas aquellas cuestiones y referencias particulares de la legislación al hecho de la convivencia, no ganarían ni un ápice de certeza u organicidad, puesto que la casuística jurisprudencial y las referencias aisladas provenientes desde las distintas ramas del derecho seguirían siendo enteramente necesarias para disciplinar aquellas uniones de hecho realizadas al margen tanto del matrimonio como de la convivencia legalizada. La dictación de una ley que cree un determinado pacto o acuerdo para las uniones de hecho no cambiará en nada la situación de aquellos que decidan sustraerse tanto del matrimonio como de dicho pacto, de modo que tendríamos una trilogía: “a) estatuto jurídico matrimonial: para quienes quieran casarse y de hecho lo hagan; b) estatuto jurídico de la “uniones legales de hecho” (j): para quienes no quieren casarse y “acuerden” una “unión de hecho”, y c) estatuto jurídico jurisprudencial: para quienes ni contraigan matrimonio, ni convengan una “unión legal de hecho””¹³.

12 Corral Talciani, Hernán: “Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia”, op. cit., págs. 55-56.

Una legislación que quiera evitar a toda costa la situación descrita debería, necesariamente, operar sobre la base de impulsar un sometimiento integral de todas las formas de convivencia de hecho ya existentes a un régimen con efectos jurídicos dados, y no sobre la base de un pacto o contrato celebrado voluntariamente por los contratantes. Pero ello, de más está decirlo, sería caer en un voluntarismo legislativo exacerbado que atentaría contra la libertad individual de aquellos que han decidido voluntariamente sustraerse de la aplicación de los efectos del matrimonio, sin perjuicio de que además ello podría violar en su espíritu el numeral 3 artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que prohíbe la celebración de un matrimonio en el cual no han prestado consentimiento libre y espontáneo ambos contrayentes¹⁴. Situación distinta es la que se da en los hechos, cuando de ciertos actos de los convivientes nace una cierta situación tutelada o contemplada por el derecho; como, por ejemplo, el nacimiento de ciertas relaciones de parentesco entre los miembros del grupo o el surgimiento de determinadas situaciones patrimoniales entre los convivientes que pueden quedar contempladas dentro del instituto de la comunidad o de la sociedad de hecho¹⁵.

En estos casos, el ordenamiento no está reconociendo a la unión de hecho efectos que podrían ser asimilados por analogía con los derivados del matrimonio, sino simplemente le está asignando efectos particulares a las relaciones interpersonales de sus miembros o a los negocios jurídicos que los mismos realicen. Y no podría ser de otro modo. La diferencia entre el matrimonio,

13 Barrientos Grandon, Javier: “De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia”, op. cit., pág. 3.

14 El Artículo 23 del señalado Pacto señala: “Artículo 23.- 1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2.- Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. 3.- El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4.- Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

15 Barrientos expresa este punto con claridad: “el derecho ofrece una cierta y mínima regulación para las relaciones no patrimoniales en el caso del matrimonio, y al haber desechado esta opción las personas que fundan su unión en un hecho afectivo, el sistema jurídico debe, en principio, sólo reconocer el papel de la afectividad para efectos jurídicos relevantes y no para que, so capa de disciplinar las uniones de hecho, se apropie de un espacio de intimidad, que las propias partes han decidido construir sobre la base de sus personales afectos y singulares pasiones”. Véase Barrientos Grandon, Javier: “De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia”, op. cit., pág. 53.

que es un contrato, y la unión de hecho que –disculpando la redundancia– es un hecho, es insalvable en términos de los derechos y obligaciones que cada uno reclame. Esta asimilación, además, se topa con un importante obstáculo en el plano jurídico. Si bien fácticamente la convivencia en las uniones de hecho y en el matrimonio pueden no ser sustancialmente diferentes, en sede jurídica sí existe una diferencia radical entre ambas, y ella es que en el matrimonio la convivencia es un efecto del contrato (un deber del mismo, conforme al Artículo 133 del Código Civil y el Artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil), mientras que en las uniones de hecho la convivencia es causa de las mismas, no habiendo a su respecto una obligación ni compromiso de conservarla. De ello se deriva que en las uniones de hecho, tan pronto como sea interrumpida la convivencia, ha cesado la unión¹⁶.

Por cierto, la diferencia también es insalvable desde la perspectiva del derecho natural¹⁷, por cuanto, como bien apunta el Pontificio Consejo para la Familia, la principal característica que define a las uniones de hecho es la de ser “*situaciones inestables que se definen más por aquello que de negativo tienen (la omisión del vínculo matrimonial), que por lo que se caracterizan positivamente*”, estando todas ellas “*en contraste con una verdadera y plena donación recíproca, estable y reconocida socialmente*”¹⁸.

Conservar esa diferencia en ningún caso constituye una discriminación arbitraria, y parece enteramente adecuado desde la perspectiva de una política de incentivo al matrimonio (que según el artículo 1 de la propia Ley de Matrimonio Civil, “*es la base principal de la familia*”) y de desincentivo de situaciones que desde el particular punto de vista del derecho –tanto natural como positivo– son anómalas, por habituales y extendidas que sean. El matrimonio y la familia no deben ser considerados únicamente desde una perspectiva de interés privado –que por cierto sí poseen– sino más propiamente desde una perspectiva de bien común e interés público¹⁹. Por ende, “*no parece razonable*

16 Véase Barrientos Grandon, Javier: “De las uniones de hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia”, op. cit., págs. 38-39.

17 Al efecto se ha sostenido: “Hay diferencias sustanciales entre el matrimonio y la unión de hecho; por un lado tenemos la aportación vital y necesaria al bien común de la familia fundada en el matrimonio, y, de otra, la mera realidad de las meras convivencias afectivas”. Véase García Cantero, Gabriel: “Familia, matrimonio y ‘uniones de hecho’ en el documento de 26 de julio de 2000, del Consejo Pontificio para la Familia”, revista Verbo N°393-394, Madrid, 2001, pág. 303.

18 Consejo Pontificio para la Familia: “Familia, matrimonio y ‘uniones de hecho’”, op.cit.

sostener que las funciones de las comunidades familiares en cuyo núcleo se encuentra la institución matrimonial estable y monogámica puedan ser desempeñadas de forma masiva, estable y permanente, por las convivencias meramente afectivas”²⁰.

Por lo tanto, no cabe avanzar en una homologación de las uniones de hecho con el matrimonio; no cabe siquiera hacerlo para atribuirle simples efectos patrimoniales a la convivencia, pues ello, en la práctica, equivale a generar la institución de la unión legalizada de convivientes, que de por sí resulta lesiva para la institución matrimonial.

Nuestro orden constitucional al optar por el amparo de la familia no puede menos que velar y promover al matrimonio como modo exclusivo de fundarla; la eminente dignidad natural ontológica de este instituto así lo exige. El matrimonio como sociedad natural anterior al derecho positivo, reclama para sí, por su sola naturaleza, un régimen jurídico integral, específico, exclusivo y excluyente respecto de toda otra forma de uniones familiares fácticas. Debilitar, en fin, el modo principal y más perfecto de constitución de una familia implica a nuestro entender, debilitar a la familia cabalmente considerada.

19 Como bien señala el Pontificio Consejo para la Familia: “Las uniones de hecho son consecuencia de comportamientos privados y en este plano privado deberían permanecer” y “su reconocimiento público o equiparación al matrimonio, y la consiguiente elevación de intereses privados a intereses públicos perjudica a la familia fundada en el matrimonio”. Véase Consejo Pontificio para la Familia: “Familia, matrimonio y ‘uniones de hecho’”, documento de 26-VII-2000, Capítulo II, N°11, Ciudad de Vaticano. En el mismo sentido, también puede verse: Forment, Eudaldo: “Sobre la esencia de la familia y de las uniones de hecho”, en revista Verbo, N°393-394, Madrid, 2001, pág. 265.

20 Consejo Pontificio para la Familia: “Familia, matrimonio y ‘uniones de hecho’”, documento 26-VII-2000, capítulo I, N°9, Ciudad de Vaticano.

¿Prohibir o incentivar la venta de medicamentos por Internet?

• 27 de mayo de 2009 •

La ampliación de los canales de venta de medicamentos implicaría el ingreso de más actores al mercado, lo cual podría mejorar las condiciones para los consumidores, quienes podrían verse beneficiados con mayor competencia y mejores precios. La venta de medicamentos por Internet es un mecanismo que nuestra legislación no menciona y que es fundamental actualizar acorde a los tiempos, en el sentido de permitirla y regularla, y no de prohibirla.

A raíz de los hechos ocurridos en los últimos meses, ha resurgido la discusión respecto a una posible apertura de nuevos canales de venta de medicamentos, con el objetivo de facilitar el acceso a estos por parte de los consumidores. Debido a lo anterior, toma importancia especial el proyecto de ley que se encuentra en tramitación ante la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, el cual pretende regular la venta de medicamentos mediante Internet u otros medios telemáticos. La propuesta establece que los establecimientos a los que se refiere el artículo 123 del Código Sanitario (farmacias y almacenes farmacéuticos) serán quienes podrán comercializar vía web medicamentos, siempre y cuando, éstos no requieran de receta médica. Además se establecen sanciones para aquellos que no estando autorizados, los expendan electrónicamente. Cabe señalar que respecto a estas materias, nuestra legislación no se ha actualizado acorde con las nuevas tecnologías o mecanismos de venta, ya sea permitiéndolos o bien rechazándolos de plano.

En el año 1985 se dictó el decreto 466 que regula la forma en que deben funcionar las farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos autorizados. Establece las condiciones sanitarias en que debe efectuarse la distribución de los medicamentos, la preparación de fórmulas magistrales y el expendio de productos farmacéuticos. Actualmente, nuestra legislación, al tenor de lo señalado por el texto legal, no contempla la posibilidad de que los medicamentos puedan venderse en un lugar externo a las instalaciones físicas de las farmacias o almacenes farmacéuticos, esto pese a que, en la práctica, algunos establecimientos contemplan entre sus mecanismos de venta el pedido telefónico con despacho a domicilio.

La importancia de facilitar el acceso a los medicamentos se ha visto acrecentada a raíz de los últimos sucesos acaecidos por la supuesta colusión en que habrían incurrido las cadenas farmacéuticas y laboratorios.

El Ministerio de Salud anunció en abril recién pasado una serie de medidas que tienen por objeto proteger el acceso a la salud de la población y defender los derechos de los consumidores. Entre éstas destacan la obligación de las farmacias de implementar góndolas con medicamentos que no requieran de prescripción médica, para así propiciar la comparación de precios por parte de los consumidores, y la elaboración, por parte del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), de un informe quincenal sobre los precios de los medicamentos de uso más habitual.

No obstante las medidas ya tomadas, es importante analizar la posibilidad de extender la venta de medicamentos a otros canales, como la venta electrónica. Este tipo de comercialización de medicamentos por Internet trae consigo evidentes beneficios, pero también algunos riesgos, los cuales procederemos a analizar.

¿Cuáles serían los beneficios?

Facilitar el acceso a los medicamentos

Al poder adquirirse remedios vía internet, será más cómodo el acceso a éstos por parte de la población, siendo de especial ayuda e importancia para aquellas personas que padezcan de una enfermedad o dolencia invalidante y que, justamente, como parte de su tratamiento deben consumir el medicamento prescrito. Eventualmente podrían verse altamente beneficiadas las personas de la tercera edad, siempre y cuando cuenten con los conocimientos tecnológicos necesarios. Cabe señalar que a través de este mecanismo, inclusive sería posible programar el despacho de medicamentos con prescripción periódica.

Eventual reducción en el valor de los productos

A través de este tipo de comercialización, las empresas podrán ahorrar en distintos gastos que en los casos de venta presencial o directa son de gran importancia. Entre ellos destacan: i) el espacio físico de venta de los medicamentos, pudiendo concentrarse en sólo algunos locales que sirvan como centros de distribución, logrando inclusive atender las 24 horas, los 365 días al año; ii) reducción en mano de obra; iii) optimizar el manejo de activos y reducción de excesos al manejar de forma más eficientemente el stock de sus productos. Sin embargo, experiencias comparadas como la española señalan que esto no sería tan así. La Organización de Consumidores y Usuarios de España (OCU) ha señalado al respecto: *“A pesar que en algunas farmacias aludan a su ‘garantía de precios bajos’, no ofrecen ventajas económicas para el consumidor (..) Si incluimos los gastos de envío (que no siempre se ofrecen desglosados) y comparamos con los precios de estos medicamentos en las farmacias españolas, éstas salen claramente más baratas”*.¹

Cabe señalar que en el rubro de supermercados se ha demostrado, en muchos casos, que las ventas por Internet no necesariamente bajan los precios,

¹ Organización de Consumidores y Usuarios (OCU): “Compra en Internet de medicamentos, ilegal y arriesgada”, tomado del sitio www.ocu.org

sino que se cobra lo mismo que en el supermercado, pero además se cargan los costos de despacho.

Adquisición más informada de los productos

El consumidor al momento de adquirir el medicamento podrá comparar precios entre los distintos productos y no ocurriría lo que sucede en parte de las compras realizadas directamente en las farmacias, en las cuales el comprador queda sujeto al producto que el dependiente le ofrezca o seleccione, según la comisión que la venta de uno u otro producto le reporte.

Es importante agregar que la comparación cobra especial importancia cuando los precios varían no sólo entre las distintas cadenas de farmacias, sino que también entre los distintos locales de una misma cadena farmacéutica. Según estudios del SERNAC, en el precio de un mismo medicamento pueden existir diferencias de hasta un 188%, dependiendo de la cadena donde se adquiera² y de hasta de un 103,5% en distintos locales de una misma empresa³. Estas oscilaciones de precios se ven acrecentadas debido a las llamadas “guerras de precios” que realizan las grandes cadenas.

Esta forma de venta evitaría que los dependientes de las farmacias induzcan a preferir los remedios de un laboratorio en vez de los de otros, debido a que tienen incentivos para vender éstos. Lo anterior, pese a que no existe certeza de que el propietario del sitio web no utilice las mismas prácticas.

Para complementar lo anterior, es importante tener a la vista que existe una creciente tendencia por parte de los consumidores de investigar por su propia cuenta cuáles son las alternativas que tiene. Esto los lleva a tomar decisiones mejor fundadas sobre su propia salud y a demandar una mejor calidad en los servicios médicos que reciben. Sin embargo, debido a la gran cantidad de información es posible encontrar muchas opiniones o escritos que no cuenten con ningún criterio científico, lo cual puede inducir a error. Por lo anterior se hace presente la importancia de que una eventual regulación, vaya acompañada de información objetiva y de calidad que permita a los consumidores adquirir medicamentos de forma responsable.

2 SERNAC: “Estudio de precios de medicamentos en farmacias de Santiago”, vigente al 15 de abril de 2009.

3 SERNAC: “Estudio del 27 de junio de 2008: Farmacias: hasta 122% de diferencia por el mismo medicamento”.

Forma de subsistencia de las pequeñas farmacias

Las antiguas farmacias o boticas de barrio podrían ver en este tipo de comercialización una forma de subsistir frente a las grandes cadenas farmacéuticas, ya que podrán asociarse entre ellas como centro de oferta y distribución de medicamentos por Internet. Es decir, los pequeños comerciantes desplazados del mercado por las grandes cadenas de farmacias podrían encontrar aquí un nicho.

Lo anterior, además de favorecer a los pequeños comerciantes, podría beneficiar a los consumidores, ya que permitiría la subsistencia de más agentes en el mercado estimulando la competencia.

¿Cuáles son los riesgos?

Función que desempeñarían los farmacéuticos o químicos farmacéuticos

Dada la forma en que se llevan a cabo las transacciones electrónicas, en ningún momento existe un contacto directo entre personas, por lo que el campo de acción de estos profesionales se vería drásticamente modificado. Es importante destacar que en la actualidad, éstos cumplen una labor de orientación en el acto de dispensación de los medicamentos, es decir, y tal como señala el Colegio de Químicos Farmacéuticos *“existe una amplia gama de medicamentos que no requieren prescripción médica, pero eso no implica que estén exentos de efectos adversos o de interacciones con otros medicamentos”*.

Tanto el Código Sanitario como el Reglamento que rige a las farmacias y almacenes farmacéuticos establecen la importancia de que dichos establecimientos se encuentren bajo la dirección de un profesional químico farmacéutico o farmacéutico, el cual tiene una amplia gama de responsabilidades, entre las que destacan⁴:

- Verificar que el despacho de las recetas se efectúe conforme a las disposiciones legales.
- Despachar personalmente las recetas de productos farmacéuticos sometidos a controles legales especiales.

4 Artículo 24 del Decreto 466 del 12 de marzo de 1985, que fija el “Reglamento de farmacias, droguerías, almacenes farmacéuticos, botiquines y depósitos autorizados”.

- Velar porque el sistema de almacenamiento de los productos farmacéuticos asegure su conservación, estabilidad y calidad.
- Retirar de circulación los productos farmacéuticos a la fecha de su vencimiento.
- Supervisar que el funcionamiento y actividades de la farmacia se desarrollen dentro del marco de la legislación sanitaria vigente y que se cumplan todas las normas e instrucciones que emanen de la autoridad sanitaria en relación con las farmacias.

En caso de autorizarse la venta de medicamentos por medios telemáticos, la legislación deberá establecer los mecanismos para que exista una conciliación en las facilidades que conlleva la compra vía Internet y la orientación de un profesional de la salud al momento de adquirir medicamentos.

Responsabilidad en el cuidado de los medicamentos

Con el actual sistema de ventas, no hay mayores problemas, ya que existe una completa articulación de la cadena laboratorio-distribución-farmacia, estando las responsabilidades de cada uno de los actores plenamente delimitadas. Sin embargo, en una venta por Internet las condiciones varían de forma considerable, especialmente, en lo que respecta a la venta, ya que los productos, por lo general, son despachados al domicilio del comprador y no retirados desde un local.

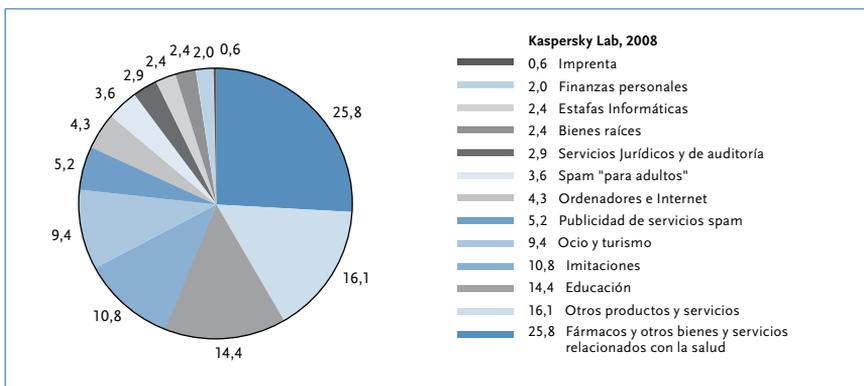
En estos casos es fundamental que se determine de quién es la responsabilidad de cuidado de un medicamento entre su despacho desde el centro de distribución, hasta que llega al consumidor. Es fundamental que se garantice tanto su inocuidad como la calidad. Esto cobra especial importancia en casos en que los remedios requieren de un especial cuidado, como por ejemplo, la mantención de las “cadenas de frío” que algunos requieren.

Proliferación de sitios web clandestinos

Si bien el proyecto de ley estipula que solamente las farmacias y almacenes farmacéuticos podrán comercializar estos productos, es importante tener en cuenta una realidad existente en nuestro país: la proliferación de sitios web clandestinos que venden medicamentos. Actualmente es posible adquirir en diversos portales remedios que tienen efectos abortivos, narcóticos o anti-neoplásicos, entre otros. Lo anterior, además de ser abiertamente ilegal, es

muy peligroso. Según cifras de la Alianza Europea para el Acceso a Medicamentos Seguros (EAASM), hasta un 62% de los medicamentos que hoy se transan electrónicamente en el mundo son falsos; el 95,6% de las farmacias virtuales operan de forma ilegal y el 90% vende medicamentos sin receta⁵; además cerca de un 26% del correo electrónico basura (spam) corresponde a medicamentos y servicios médicos⁶.

Gráfico N°1



La Organización Mundial de la Salud afirma que “*se calcula que los medicamentos falsificados representan más del 10% del mercado farmacéutico mundial*”⁷. Es por esto que países que han regulado sobre esta materia, como España, han debido crear oficinas de vigilancia de medicamentos por Internet, dependientes del Ministerio de Sanidad y Consumo, o bien crear campañas para que los consumidores se abstengan de adquirir medicamentos por Internet, como la iniciada por el Ministerio anteriormente mencionado en conjunto con el Consejo General de Farmacéuticos (véase imagen N°1). Sin embargo, este tipo de medidas importa una ampliación

5 Alianza Europea para el Acceso a Medicamentos Seguros (EAASM): “The Counterfeiting Superhighway”, 2008; www.eaasm.eu.

6 Kaspersky Lab, Informe: “El Spam durante el primer semestre 2008”, extraído desde <http://www.viruslist.com>

7 Organización Mundial de la Salud (OMS): “Medicamentos Falsificados”, Nota descriptiva N° 275, noviembre de 2006.

del aparataje estatal para supervigilar este tipo de ventas, lo cual es burocrático y costoso.

Los medicamentos comprados por Internet ponen en peligro tu salud.



ve a lo seguro.

Sólo los medicamentos de las farmacias están controlados. No te la juegues.

Campaña contra la venta de medicamentos por internet realizada a fines del año 2008 en España, por parte del Ministerio de Sanidad y Consumo de España, en conjunto con el Consejo General de Farmacéuticos.

En nuestro país basta con escudriñar en cualquier motor de búsqueda de Internet para encontrar un sinnúmero de sitios ilegales que ofrecen una amplia gama de medicamentos de dudosa procedencia. Los productos, en casi su totalidad, son aquellos que requieren de receta médica para su compra, abundando los destinados a solucionar alguna disfunción sexual, aquellos que ayudan a perder peso y, especialmente, los que en altas dosis producen efectos abortivos como el misoprostol o la mifepristona. Preocupa de sobremanera que gran parte de estos sitios son nacionales, es decir, son dominios “.cl” y se encuentran alojados en servidores ubicados en nuestro territorio nacional; sin embargo, operan en la más completa impunidad. Puede verse a modo de ejemplo: www.rie.cl.

No obstante las dudas y distintas posturas que genera una eventual apertura a la venta de medicamentos por Internet, se puede señalar que existe consenso en lo señalado en la segunda parte del proyecto de ley respecto a la necesidad de establecer duras sanciones para todos aquellos que, apartándose de la normativa legal vigente, comercialicen clandestinamente estos productos, sin importar si el medio de venta es Internet, una farmacia ilegal, ferias libres u otro lugar que no sea de aquellos que de forma expresa señala el Código Sanitario, más aún cuando se estima que para el año 2010, el valor total de la venta de medicamentos falsificados ascenderá a la suma de US\$75.000 millones⁸.

⁸ Organización Mundial de la Salud (OMS): “Medicamentos Falsificados”, op. cit.

Manejo de datos e información personal

Respecto a la seguridad de comprar mediante internet, no caben dudas que en nuestro país existe la tecnología suficiente para asegurar que estas transacciones se lleven a cabo de buena forma. Sin embargo, sería importante precisar el destino de la valiosa información que obtendrían los establecimientos autorizados para expender medicamentos vía Internet, ya que con los datos obtenidos va a ser posible realizar un perfil médico de los pacientes a través de los medicamentos que consume, la periodicidad y cantidad que se compra e inclusive las preferencias de un producto por sobre otro. Toda esta información, sin lugar a dudas, sería muy apetecible por diversas instituciones de salud o incluso financieras.

Conclusión

En los últimos años, con la entrada en vigencia del plan AUGE o GES, hemos vivido una reforma sustancial en nuestro sistema de salud, estableciendo garantías de acceso, calidad, oportunidad y cobertura financiera. Sin embargo, no han existido modificaciones acordes a los tiempos en una materia tan sensible como son los medicamentos, productos de vital importancia en cuanto son esenciales para la prevención, cura y mantenimiento de la salud de las personas.

No obstante la discusión sobre una eventual autorización para expender medicamentos por medios telemáticos, es fundamental que ésta no se trate separadamente, sino dentro de una política global respecto a la materia, en la cual se puedan analizar distintos aspectos, tales como los requisitos o barreras de entrada que existen hoy en día para el ingreso de más actores al mercado farmacéutico; establecimiento de la categoría de medicamentos bioequivalentes; fortalecimiento de la receta médica y masificación de la receta electrónica; y prevención de la automedicación.

Debido a los hechos acaecidos en el último tiempo, hemos podido ser testigos de un gran flujo de información y de opiniones; sin embargo, no se han escuchado propuestas en el sentido de ejercer acciones contra quienes comercialicen fármacos de manera abiertamente ilegal, como son las ventas de productos que requieren receta médica por Internet, en ferias libres y botillerías, entre otros.

La venta de medicamentos por Internet podría ser de gran utilidad para los consumidores; sin embargo, es importante que se tomen las medidas ne-

cesarias para asegurar que se pueda contar con la mayor cantidad de información disponible, se asegure el cuidado y mantención de los medicamentos y se determinen responsabilidades en el cuidado, dispensación y despacho de los productos. Es fundamental poner un fuerte énfasis en la educación respecto a un consumo responsable de fármacos.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

• 10 de junio de 2009 •

Cambios profundos en la forma de configurarse la sociedad reclaman ciertos ajustes de parte de la dogmática jurídica, especialmente de la dogmática penal, para abarcar nuevas realidades y formas de criminalidad. El establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas obedece a esta corriente de cambios. No obstante, no debe perderse de vista que admitir la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas puede implicar el abandono o deformación de las ideas dogmáticas tradicionales de acción, culpabilidad y pena.

Un problema de política criminal

La criminalidad, sin duda, ha vivido cambios significativos en las últimas décadas. Cambios que han sido condicionados básicamente por el espectacular avance tecnológico (especialmente en las telecomunicaciones y tecnologías de información) a que se encuentra sometido nuestro mundo globalizado. Los mercados han crecido a la par con estos avances y, de la mano de ellos, ha surgido también una nueva forma de criminalidad, más sofisticada y organizada: la criminalidad de la empresa.

A este diagnóstico se suma la realidad de la aparición de nuevos bienes jurídicos relevantes necesitados de protección social que, o bien son simplemente nuevos, o sólo recientemente han adquirido la connotación suficiente como para ser requeridos de tutela por el ordenamiento jurídico. La libre competencia, el medioambiente, la salud pública o la integridad y estabilidad del sistema financiero en su conjunto, son ejemplos comúnmente citados para caracterizar esta nueva asunción de bienes jurídicos colectivos o difusos a los que la sociedad ha debido reorientar su tutela y cuya tangibilidad es, a menudo, únicamente jurídica (aunque no por ello inexistente).

Es más, se señala comúnmente que en la nueva configuración delictiva, con fuerte énfasis socio-económico, ha tenido lugar un distanciamiento tal entre el agresor y la víctima (distanciamiento que, en alguna medida, permite entender el surgimiento de la teoría de la imputación objetiva), que ni siquiera sea posible establecer la causalidad remota de los daños producidos.

Pues bien, frente a este panorama, que bien puede no ser compartido en su integridad, pero sí puede ser asimilado como un diagnóstico perspicaz o, al menos, indicativo de la realidad presente, en la que, querámoslo o no, nos hallamos inmersos: ¿cuáles son las consecuencias que podemos extraer?

En el plano jurídico-penal, que es el que nos importa aquí, y siguiendo a Zúñiga¹, podemos señalar que *“dada la cantidad de conductas riesgosas para bienes jurídicos importantes en la sociedad y dado que en la lesión de los mismos intervienen muchos otros factores imponderables (‘lo desconocido’), el Derecho*

¹ Zúñiga Rodríguez, Laura: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido. En: Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte – Sede Coquimbo, Año XI, - N° 2, 2004, pp. 149-186.

*Penal no puede esperar a que se produzca la lesión de los mismos y centra su núcleo de imputación en la prevención de las conductas riesgosas para los bienes jurídicos, en la contención del riesgo*². Riesgo que encuentra su agente productor, tanto por su enorme difusión dentro del entramado social como en la extensión de campos en los que interviene, en la empresa³.

Es más, este fenómeno de nueva criminalidad, de nuevos riesgos creados para el ordenamiento en su conjunto al interior y por la empresa, ha sido denominado como un nuevo paradigma de criminalidad que se muestra cada vez más proclive a abandonar el concepto de la criminalidad de la marginalidad, para pasar a una “criminalidad del bienestar”, cercana a aquella que denuncia en su momento Sutherland con el concepto del ‘*white-collar crime*’⁴.

Por otro lado, los crecientes fenómenos de colectivización de la vida económica y social, la ya conocida división del trabajo fundada en los principios de jerarquización y de confianza que imperan al interior de las organizaciones complejas, han conducido a una suerte de debilitamiento de la responsabilidad individual y a la constatación algo desconcertante de que a menudo no es posible encontrar una causa unívoca, ni imputar un autor definido a un hecho o una acción manifestada en la realidad.

La colectivización y división del trabajo permiten que resultados lesivos para un individuo, o un grupo de ellos, se produzcan por la interrelación de numerosas conductas u omisiones, algunas de ellas negligentes, algunas dolosas, otras simplemente ignorantes, que en el seno de organizaciones empresariales y gozando de una división funcional del trabajo y de estructuras jerarquizadas, dan surgimiento a la acción del ente que los cobija. La decisión y la acción aparecen en el mundo de los entes colectivos como un fenómeno altamente fragmentado. Es más, la ya mentada división del trabajo nos coloca en la situación de que no sea extraño que aun en aquellas ocasiones en que haya sido posible encontrar y definir al autor material del hecho punible, la sanción del mismo es totalmente ineficaz para los fines propuestos por el or-

2 Zúñiga R., Laura: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido, op. cit., p. 155.

3 Conviene hacer notar que esta manera de comprender el entramado social como permanentemente sujeto a riesgo, demanda del ámbito penal, como técnicas más idóneas para encarar dichos riesgos, la discutible técnica de los delitos de peligro (aun en su peor versión de los de peligro abstracto) que muchas veces conculcarán el principio de lesividad.

4 Sutherland, Edwin H.: White-Collar Criminality. American Sociological Review, Vol.5, 1940

denamiento debido a la fungibilidad funcional de las personas que componen una empresa moderna⁵.

Por lo demás, *“a diferencia de lo que sucede con las modalidades delictivas clásicas, como pueden ser los delitos contra la vida, los delitos sexuales o los delitos de falsedad, en los delitos patrimoniales que tienen lugar dentro de estructuras organizadas en forma jerarquizada lo frecuente será que el ejecutor inmediato, vale decir, el que ejecuta materialmente la conducta, no se revele como el principal protagonista del hecho delictivo; ello se puede deber a un gran número de circunstancias, como son que el subordinado que ejecuta el hecho, se encuentra en una situación de ignorancia acerca del significado de lo que está realizando o acerca de su carácter penalmente prohibido (error de tipo o error de prohibición) o, bien, porque obra en una situación de estado de necesidad ante la amenaza de perder su puesto de trabajo o de sufrir otro tipo de consecuencias perjudiciales”*⁶.

Esta nueva configuración, empero, no debe hacernos perder el rumbo. Como bien apunta Silva Sánchez, en estos momentos en que *“el tema en el debate social no es la criminalidad de los desposeídos, leit-motiv de la doctrina penal durante todo el siglo XIX y buena parte del siglo XX, sino, sobre todo, la criminalidad de los poderosos y de las empresas”*⁷, debe darse su justo relieve a la realidad criminógena si no se quiere correr el riesgo de olvidar que el principal sujeto y destinatario de las normas del derecho penal es la persona humana y que la renuncia o la excesiva flexibilización de las categorías dogmático-penales, el abandono de los principios de un derecho penal subsidiario y de *ultima ratio* para pasar a ser utilizado como un medio de política social o un instrumento de control⁸ redundan, en definitiva, en un desmedro de los espacios de libertad de los ciudadanos. La permanente reclamación que numerosos sectores (académicos o simplemente ciudadanos) hacen en torno a la

5 OTiedemann, Klaus: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Anuario de Derecho Penal, Universidad de Friburgo, 1996, p. 101. En el mismo sentido Bustos Ramírez, Juan: Perspectivas actuales del Derecho penal económico, Revista Gaceta Jurídica N°132, p.12, cuando señala: “A un gran consorcio de empresas o a una compañía trasnacional nada le importa que su representante legal efectivo, o un simple hombre de paja llegado el caso, sea el que sufra las consecuencias del delito, si con ello va a poder seguir ejerciendo totalmente su actividad delictiva”.

6 Novoa Zegers, Juan Pablo: Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa. Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, Santiago, Año IX, N°18, Julio de 2008, p. 432.

7 Silva Sánchez, Jesús-María: La expansión del derecho penal, Buenos Aires, Editorial B. de F., 2003, p. 53.

8 Bustos R., Juan: Perspectivas actuales del Derecho penal económico, op. cit., p. 14.

idea de reorientar el ordenamiento jurídico hacia fines preventivos con el fin de acotar los riesgos que nuestra sociedad debe tolerar, corre el serio peligro de abandonar el principio de lesividad para convertir el Derecho penal en un mero instrumento de policía.

Dado este estado de la cuestión, no debe extrañar pues, que se haya venido a posicionar en nuestro país una discusión que ha ocupado buena parte del debate dogmático-penal y criminológico europeo⁹ en los últimos años, pero que ha parecido estar relativamente ausente en nuestra discusión académica de raigambre jurídica profundamente civilista: la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Un problema de dogmática

Desde la perspectiva dogmático-penal, la empresa como entidad organizada se caracteriza “*por la capacidad de influencia de la ‘actitud criminal de grupo’, las dificultades técnicas para la imputación jurídico-penal y la complicación en la averiguación del verdadero responsable*”¹⁰. A ello se suma la dificultad, más propia del ámbito civil pero que no puede desconocerse por su relevancia en la configuración “ontológica” de la persona jurídica, de que las mismas fueron concebidas (al menos las más difundidas: sociedades anónimas y de responsabilidad limitada) a partir de la diversificación del riesgo y la escisión entre responsabilidad y conducción de las mismas: en toda persona jurídica se encuentra disociada la persona que actúa de aquella a la que le son imputables dichos actos; disociación que en el derecho civil ha sido integrada normativamente a través de la teoría de la representación, pero que sencillamente no puede recibir un correlato idéntico en sede penal, dados los principios de personalidad y de la culpabilidad, garantías fundamentales del ordenamiento penal¹¹.

A mayor abundamiento, la compleja ordenación societaria del día de hoy, en la que no siempre cabe distinguir con claridad el lugar donde han sido

9 Especialmente en el medio académico alemán y en menor medida en el español.

10 Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo Saggese, Silvina: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Derecho Penal Económico, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 116-117.

11 Zúñiga R., Laura: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido, op. cit., p.158.

tomadas las decisiones torna aún más difícil, cuando no imposible, atribuir la responsabilidad penal. Imposibilidad que no es sólo probatoria –esto es práctica– como podría pensarse, sino también, y en mayor medida, dogmática, dado el concepto de acción que impera en la teoría del delito tradicional¹².

En efecto, a las voces que habitualmente suelen instar por el establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas se suele oponer la obvia circunstancia de que la persona jurídica no realiza sus acciones sino que es siempre un sujeto individual quien las realiza por ella. Frente a esta objeción se ha respondido habitualmente con dos líneas argumentales. La primera señala que si en todos los demás órdenes la persona jurídica es reconocida como un actor válido, como un sujeto capaz de ejecutar (o al menos de imputársele) acciones de relevancia jurídica, no cabe aquí, en materia penal, hacer excepción de este hecho. Esta postura encuentra su origen fundamental en la elocuente observación de Von Liszt de que si una persona jurídica es capaz de celebrar contratos, también es capaz de celebrarlos fraudulentamente. La segunda línea argumental no niega la incapacidad de acción material de la persona jurídica, sino más bien opta por soslayar el asunto, observando que ya en el derecho penal se dan numerosas hipótesis en que la persona que ejecuta la acción y aquella a la que se le imputa, son distintas y ello no genera problemas teóricos. Tales serían los casos, por ejemplo, de las categorías de la coautoría y de la autoría mediata¹³.

Dentro de este orden de ideas parece oportuno mencionar la eventual dificultad que se puede presentar para determinar qué acciones deben ser impu-

12 Señala Tiedemann, a este respecto, que las categorías fundamentales de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, son construcciones generales diseñadas a partir de una conducta causal de una persona con voluntad. Véase Tiedemann, Klaus: Prólogo a Zúñiga Rodríguez, Laura: Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Navarra, Editorial Aranzadi, 2000, p.42.

13 Se muestra crítica frente a este argumento Cuadrado Ruiz: “Sin embargo, en estas figuras, junto con la participación objetiva en el dominio del hecho, el coautor y el autor mediato están vinculados a la acción de los otros por una decisión concreta, mientras que en la acción de la persona jurídica uno cuenta sólo con la decisión del órgano que efectivamente la ejecuta. Estaríamos aquí ante un caso de acción por medio de otro, condicionado por la estructura de la corporación, pues según la teoría orgánica de la persona jurídica, la relación existente entre el ente colectivo y la persona física hace posible adscribir al primero las consecuencias de las conductas de sus órganos”. Véase Cuadrado Ruiz, María Ángeles: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás? En: Revista Jurídica de Castilla y León, N° 12, Abril 2007, p.134.

tadas a la persona y cuáles no. Cuál es el círculo de personas que es capaz de cometer una acción imputable a la persona jurídica, es una materia esencial que se desprende de la problemática de la acción de la persona jurídica.

A su turno, la imputación de la acción debe, si quiere seguirse el camino de la responsabilidad subjetiva, contener las nociones de dolo o culpa que, fácil es advertirlo, no pueden ser incorporadas al concepto de acción de una persona jurídica acriticamente, toda vez que en una persona jurídica no existe consciencia en sentido psicológico capaz de representar las eventuales consecuencias lesivas de la actuación. Ante esto se ha sugerido que bastan la previsibilidad o conocimiento del resultado para generar los presupuestos de la culpa y el dolo respectivamente.

El modelo de culpabilidad por defecto de la organización

La capacidad de culpabilidad, por su parte, genera otros problemas bastante más espinosos que los que pudiera presentar la noción de acción. Habitualmente es rechazada la posibilidad de que la persona jurídica sea capaz de culpabilidad; ello, porque la misma no es susceptible de reproche ético por no haber actuado conforme a derecho; porque no es un sujeto libre de actuar y motivarse normalmente.

Este modelo, trazado por Klaus Tiedemann, que pareciera ser el que va ganando más adeptos a nivel doctrinario, implica una reelaboración del concepto de culpabilidad desde un reproche ético a uno inspirado en orientaciones socio-jurídicas. De esta manera, lo que parece como jurídicamente reprochable e imputable a la persona jurídica es la culpabilidad que podamos encontrar en su organización, esto es, en la omisión de las medidas de prevención necesarias por parte de la empresa, para garantizar que en su desenvolvimiento, los comportamientos individuales de quienes la conforman no incurrirán en actividades delictivas¹⁴. Reproche que, urge recalcarlo, se caracteriza como eminentemente social y jurídico (normativo) y no ético.

14 “La culpabilidad de la persona jurídica consistiría en que no ha organizado su actividad conforme a las exigencias del ordenamiento, y tal falta de organización sería la causa de la posterior comisión de hechos delictivos”. Véase Cuadrado Ruiz, María Ángeles: La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?, op. cit., p.138.

Dogmáticamente, se funda esta culpabilidad en la doctrina de los '*actio libera in causa*' que señala que el deber infringido se halla en un momento anterior a la verificación del ilícito propiamente tal y respecto del cual el sujeto se encuentra en una posición de garante.

Sin embargo, se critica a esta postura por no significar un verdadero avance dogmático en materia de culpabilidad de la persona jurídica, puesto que entrega como justificación una respuesta que no logra eludir propiamente el dilema. Dicho en otros términos, si de lo que se trata es de otorgar un marco racional de justificación a la culpabilidad de la persona jurídica, esto es, al reproche (moral o social) que pueda recaer sobre la misma, nada se logra con afirmar la culpabilidad de la misma sólo en este caso de defecto de organización y negarla de manera directa por los actos ejecutados. En definitiva, con este diseño, la persona jurídica está sujeta a una sola obligación: a la correcta organización de sus medios para obtener los fines lícitos que le competan y evitar la lesión a otros bienes jurídicos en su seno, y sólo respecto de ella se le puede reprochar.

Injusto penal versus injusto administrativo

Se esgrime frecuentemente en favor de la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas –y creemos que con razón– el hecho fáctico de ya estar ellas sometidas de alguna forma al poder punitivo del Estado, de estar ya sujetas al Derecho Administrativo¹⁵ sancionador, que desde antaño y cada vez con mayor preponderancia sanciona sin miramientos ni cuestionamientos a las personas jurídicas¹⁶, de tal manera que no habría una auténtica novedad en la intervención punitiva del Estado sobre las personas jurídicas y que, más bien, lo que parece una revolución de los sistemas penales de tradición europeo continental, es sólo la extensión, más o menos acomodaticia, de una atribución que el Estado siempre se ha arrogado.

De más está señalar el interés que esta discusión tiene, tanto para la teoría como para la práctica jurídica, pero por evidentes razones de oportunidad nos limitaremos a enunciar sucintamente sólo algunas consideraciones al respecto.

15 Sobre la Administrativización del derecho penal se muestra crítico Silva Sánchez, Jesús-María: La expansión del derecho penal, 2ª Edición, Buenos Aires, Editorial B. de F., 2003, pp.131 y ss.

16 Así por ejemplo: Zúñiga R., Laura: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido, op. cit.

La tesis más difundida ha sido la de considerar que entre ambos órdenes –penal y administrativo– existen diferencias sólo cuantitativas¹⁷, en cuanto a la lesividad de la conducta contravencional o de la conducta típica. Este criterio encuentra su principal razón de ser en el parecer de que ambos ámbitos motivan a los sujetos mediante normas jurídicas a evitar una lesión de bienes jurídicos. Sin embargo, se objeta a esta perspectiva el no ser capaz de dar cuenta de la circunstancia de operar el Derecho Administrativo con criterios de imputación más flexibles que el Derecho Penal¹⁸, usualmente con menores garantías o, en ocasiones, con sanciones otorgadas con fines exclusivamente preventivos más allá de los límites tolerados e incluso más allá de aquellos límites permitidos por los parámetros constitucionales. Tiedemann, claro adepto a la tesis de que no existe una diferencia cualitativa entre ambos órdenes, pero tampoco una meramente cuantitativa, propugna por el establecimiento de criterios de diferenciación valorativos o normativos fundados en un exclusivo análisis fenomenológico guiado por los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, que en las zonas fronterizas entre ambos ámbitos sea la que en definitiva permita inclinarse por una u otra opción: *“La sanción aplicable”* –señala Tiedemann– *“no puede ser fruto de una decisión fundada en la consecuencia jurídica más idónea, sino en función de un criterio lógicamente previo, cual es la necesidad o no de la intervención penal para la protección de los intereses jurídicos en juego (prevención general de los ilícitos más graves)”*¹⁹.

Asumiendo aquí la postura de la identificación sustancial entre ambos tipos de injusto, no está demás destacar la urgente necesidad de avanzar en nuestro derecho en el otorgamiento de cada vez mayores garantías²⁰ en el ámbito administrativo (los tribunales contencioso-administrativos ya apa-

17 Bajo Fernández, Miguel y Bacigalupo Saggese, Silvina: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., pp.80-81.

18 García Caveró, Percy: Derecho Penal Económico, Parte General, Lima, ARA Editores, 2003, pp. 69-70.

19 Tiedemann, Klaus, Prólogo a Zúñiga R., Laura: Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p.29.16. Así por ejemplo: Zúñiga R., Laura: La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un punto y seguido, op. cit.

20 Entendiendo las garantías como la hace Zúñiga, esto es, en “su significado fundamental, no sólo vinculadas a la calidad y cantidad de la sanción, sino de acuerdo a su función esencial que no es otra que la de limitar el arbitrio de los poderes públicos para intervenir en los bienes jurídicos de los ciudadanos”. Véase Zúñiga Rodríguez, Laura: Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p.203.

rece como una demanda anacrónica en nuestro medio, aunque no por ello renunciable) que al menos permitan gozar a su potestad sancionatoria de mayor legitimidad.

En definitiva, lo que subyace tras esta discusión, es si, ante la disyuntiva del sistema administrativo de sancionar a la persona jurídica como lo ha venido haciendo, debe optar por hacerlo respecto de la mera infracción, configurando un escenario de responsabilidad objetiva, o por el contrario, debe hacerlo tomando en consideración las construcciones de la imputación subjetiva del dolo, la culpa y la culpabilidad²¹.

Conclusión

Los modelos aplicables para justificar la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentran aún en etapa de intenso debate y maduración. Aquí se ha hecho referencia a dos de ellos, caracterizados por desprenderse de la corriente funcionalista imperante hoy en los medios académicos continentales europeos, que aún no parece haber sido incorporada íntegramente al nuestro. Se han escogido estos dos porque, además de considerarse preponderantes en la discusión, optan por establecer un modelo de imputación paralelo a aquel desarrollado por la teoría clásica del delito en base a los aportes del causalismo y del finalismo. Esta alternativa, se muestra como aquella más viable si no se quieren correr los riesgos de desnaturalizar las categorías tradicionales de la dogmática penal.

Los efectos que nuevas tipificaciones, nacidas del fenómeno de la 'expansión del Derecho Penal', que no tienen reparos en incorporar a sus cuerpos leyes penales en blanco, normas de reenvío, técnicas de peligro abstracto o tipos abiertos, por nombrar algunos, han acabado por generar una cierta sensación de hallarse el Derecho Penal en una crisis sin parangón. La responsabilidad penal de las personas jurídicas puede fácilmente incorporarse a ese catálogo si no recibe un adecuado modelo de justificación teórica y se opta por el sencillo camino del pragmatismo y se cede ante las demandas, rara vez justificadas, de acción eficaz y ejemplarizadora.

21 Zúñiga R., Laura: Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit., p.207.

Si, como sostenía Juan Bustos²², razones de política criminal justifican la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, no debemos perder de vista que admitir esa posibilidad sin más, puede implicar el abandono o el relajamiento hasta su deformación, de las ideas dogmáticas tradicionales de acción, culpabilidad y pena, elaborados no sin dificultad por la Teoría General del Delito. La noción de delito que, desde las elaboraciones finalistas de Welzel, ha ganado terreno en la dogmática tradicional (aun tras la aparición del funcionalismo) es una construcción dogmática fundamentalmente centrada en la noción de persona individual, donde el sujeto del delito es una persona natural, que difícilmente pudo haber previsto el escenario que se ha ido configurando en nuestros días, pero que aun ante la nueva realidad social y ante las nuevas necesidades de política criminal que se presentan y a las que no puede dar respuesta satisfactoria el modelo finalista, ha demostrado su utilidad. Abandonar sus nociones sin más, es, no obstante las críticas que se le hacen en el plano académico y de las que no está exenta ninguna teoría -especialmente en el ámbito de las ciencias sociales-, una maniobra riesgosa que puede implicar significativos retrocesos en las garantías obtenidas con tanta dificultad a través de los años.

No vaya a producirse aquello que vaticinaba Zugaldía Espinar cuando señalaba mordazmente que *“si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la teoría jurídica del delito, pues peor para esta última”*²³.

22 Bustos R., Juan: Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Societes delinquere non potest?, en: Obras Completas, Tomo II, Control social y otros estudios, Santiago, Ara Editores, p. 771.

23 Citado por Tiedemann, Klaus: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Anuario de Derecho Penal, Universidad de Friburgo, 1996, p.111.

La otra Aula. Opiniones de los padres sobre la educación que reciben sus hijos

• 5 de agosto de 2009 •

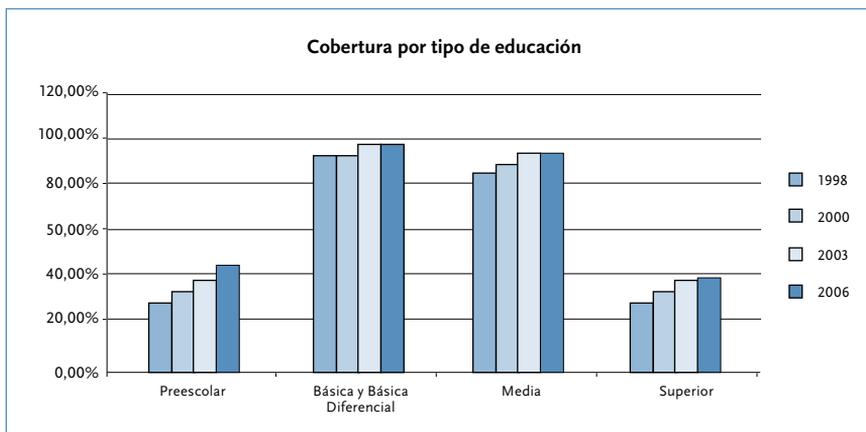
La discusión pública sobre la educación ha dejado al margen el rol de los padres en el proceso educativo. El estudio “La otra Aula” indaga en la opinión de los padres sobre tópicos críticos que han estado en el debate público respecto del sistema escolar, así como de su nivel de conocimiento e involucramiento en este proceso. Como era de esperarse, el trabajo muestra que los padres favorecen los elementos del diseño escolar concordantes con una mejor calidad de la educación, sin tener aprehensiones ideológicas al respecto. Sin embargo, también muestra que el nivel de involucramiento y conocimiento de los padres sobre el proceso educacional de sus hijos no se condice con lo anterior. Los apoderados tienen un escaso conocimiento del sistema de subvenciones y un aun más acotado conocimiento sobre el desempeño académico de los colegios de sus hijos, lo que genera un interesante debate para las políticas educacionales.

Introducción

Nuestro país ha tenido significativos avances durante los últimos 30 años. Hemos cuadruplicado nuestro producto interno bruto, disminuido significativamente nuestros niveles de pobreza e indigencia y mejorado nuestro nivel de desarrollo humano en los términos establecidos por la ONU¹.

Sin embargo, el modelo parece estar estancado. Estamos creciendo a la mitad de lo que lo hacíamos hace 10 años y los avances en productividad de nuestra economía parecen haber llegado a su fin. Incluso en términos de superación de la pobreza seguimos teniendo una tremenda deuda. Si bien la encuesta CASEN indica solo un 13,7% de incidencia, se estima que ésta puede llegar a 29% si actualizamos la canasta de consumo².

• Figura 1



Fuente: Elaboración propia en base a cifras de Mineduc

Las causas para explicar tal estancamiento, que salta a la vista al analizar de manera gruesa algunas cifras, no son pocas. Algunos acusan problemas de institucionalidad, en el sentido que es necesaria una completa modernización

1 <http://www.desarrollohumano.cl/informe-2009/sinopsis.pdf>

2 <http://www.superacionpobreza.cl/EditorFiles/File/Umbrales/cap7.pdf>

del Estado que aumente la productividad del gasto público y complementariamente la del sector privado. Otros argumentan que esta desaceleración es fruto de regulaciones excesivas del ejecutivo, principalmente en materias tributarias, laborales y medioambientales, que han desincentivado la inversión y, por lo tanto, la creación de puestos de trabajo. Hay quienes sostienen que este proceso de desaceleración es propio de países que han alcanzado cierto nivel de desarrollo y que, de acuerdo a las teorías de convergencia en el crecimiento, resulta imposible seguir creciendo al mismo ritmo que cuando teníamos un PIB per capita de US\$ 4.000. La discusión al respecto es intensa y tiene un fuerte contenido político. Pero existen ciertos puntos de acuerdo transversal, en especial sobre la educación. Cuando hablamos sobre la educación y su rol en el desarrollo del país nadie está por quitarle importancia al tema. Su impacto en el bienestar de las personas parece intuitivo y ha sido ampliamente testeado bajo los postulados de la teoría de capital humano³. Por lo demás, existe evidencia empírica que muestra el positivo impacto de un mejor acceso a la educación en términos de pobreza y distribución del ingreso⁴. Lo anterior ha generado un intenso debate sobre la institucionalidad y calidad de nuestro sistema educativo, existiendo fuertes cuestionamientos al diseño de nuestro sistema escolar.

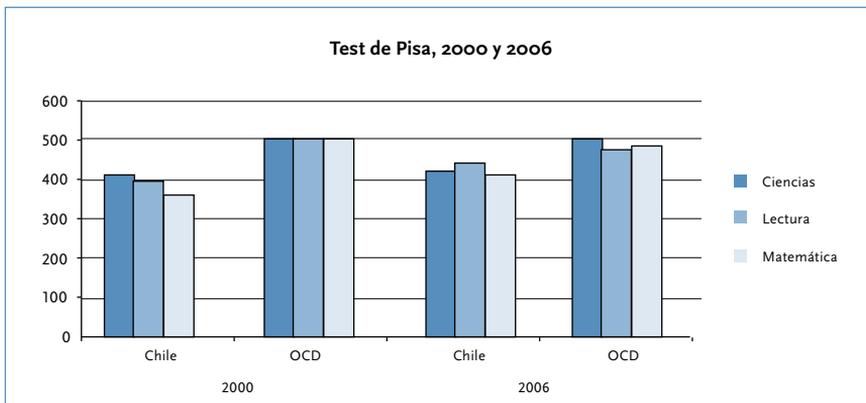
Al respecto, en términos de cobertura, al menos en los ciclos primarios y secundarios, estamos en niveles comparables con los países desarrollados. En nivel terciario (educación superior) estamos más atrás, pero hemos tenido significativos avances. A principios de 1980 la cobertura en educación superior era de 7%, teniendo en 2008 una cobertura cercana al 40%.

Las críticas se han centrado, entonces, en la calidad de nuestro sistema escolar, el que al parecer estaría entregando una educación de mala calidad, diagnóstico que encuentra sustento en los malos resultados que ha obtenido Chile en pruebas de medición internacionales y en el estancamiento de los resultados del SIMCE.

3 Ver Sapelli, Claudio: "Ecuaciones de Mincer y las Tasas de Retorno a la Educación en Chile: 1990-1998", Documento de Trabajo N°254, Instituto de Economía, P. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2003.

4 Ver Beyer, Harald: "Educación y desigualdad de ingresos: Una nueva mirada", Revista Estudios Públicos N°77, Santiago, 2000.

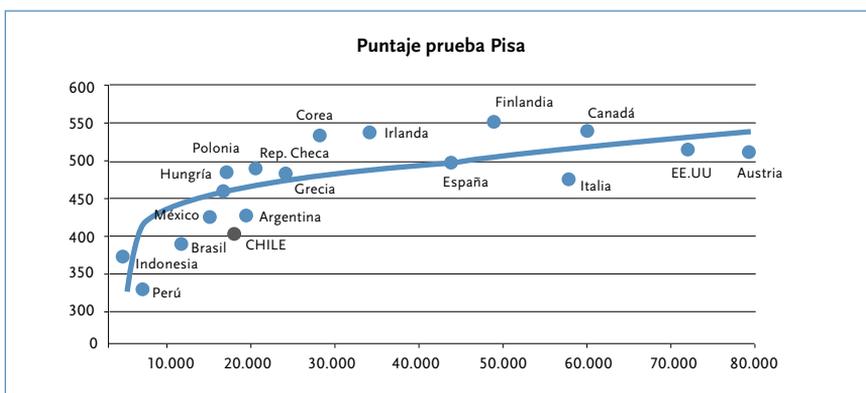
• **Figura 2**



Fuente: Elaboración propia en base a cifras Pisa

En efecto, en las prueba Pisa, Chile se sitúa considerablemente bajo el promedio de los países de la OCDE, situación que se repite al ver los resultados en la prueba Timms. Incluso al corregir por el nivel de gasto acumulado por alumno, Chile se encuentra bajo la curva de rendimiento promedio de los países que rindieron la prueba Pisa.

• **Figura 3**



Fuente: Elaboración propia en base a cifras Timms

Ante esto, los principales cuestionamientos que se han hecho al sistema escolar se refieren al rol del Estado, los municipios y los colegios privados (particulares subvencionados), así como a ciertas normativas establecidas por el estatuto docente y la legitimidad de generar utilidades en base al subsidio portable de cada alumno.

Sin negar lo fundamental de tal discusión, en virtud de ella se han dejado en el olvido aspectos fundamentales en el proceso educativo. Dentro de estos, uno de los más relevantes es el rol de los padres en el proceso educativo de los niños. Son los padres los últimos responsables de la elección del colegio, de los resultados académicos de los alumnos y de que los niños cumplan con las obligaciones requeridas por los establecimientos.

Es en este contexto que la Fundación Jaime Guzmán, en conjunto con la Facultad de Gobierno de la Universidad del Desarrollo, llevó a cabo un estudio que entregara información sobre el nivel de involucramiento de los padres en el proceso escolar de los niños, así como su opinión sobre los principales puntos de cuestionamiento al sistema que han estado en la discusión pública. Así, este trabajo, llamado “La Otra Aula”, nos da luces sobre un elemento fundamental, entregando el punto de vista de los que, en definitiva, son los actores medulares del proceso escolar.

Uno de los puntos sensibles del desarrollo de esta investigación fue la creación del instrumento (encuesta)⁵ que se utilizó, trabajo realizado a través de un proceso de reflexión, riguroso y participativo, en el cual trabajó un equipo de profesionales multidisciplinario de la Facultad de Gobierno de la UDD y de la Fundación Jaime Guzmán.

Al iniciar este estudio y construir la encuesta se determinó el universo sobre el cual sería aplicada. Debido a la baja proporción de matrícula de colegios particulares pagados sobre el total de matrículas nacional (6,9% según tabla

5 La encuesta pretende medir los niveles de satisfacción y expectativas de los padres y apoderados respecto de la educación recibida por sus hijos así como del nivel de involucramiento de los padres en el proceso educativo de sus hijos. El instrumento se aplicó telefónicamente con encuestadores en vivo. La muestra fue de 1.016 vecinos de las 66 comunas más grandes del país y que declararon tener hijos en edad escolar, tanto en colegio municipales como en escuelas particulares subvencionadas. Fue una encuesta aleatoria en todos sus niveles con un margen de error de 2,8% para un nivel de confianza de 95%. Las entrevistas fueron realizadas entre el 25 de mayo y el 2 de junio de 2009.

de matrículas de 2008) optamos por mantener este grupo al margen de la encuesta. De incluirlos, sería necesario un tamaño muestral significativamente mayor, de tal manera que las inferencias de las respuestas sean estadísticamente significativas para el subgrupo de particulares pagados.

La muestra está conformada por 1.016 casos, el 55% de ellos de regiones y el 45% restante de la Región Metropolitana. El 45,8% de los padres entrevistados son hombres y el 54,2% son mujeres. Por otra parte, el 45,5% de los entrevistados tienen hijos estudiando en escuelas municipales y el 54,5% en escuelas particulares subvencionadas.

La encuesta consta de dos secciones. La primera aborda a grueso modo temas centrales que han estado en el debate público, preguntando la opinión de los padres. Los temas centrales son el estatuto docente, el salario de los profesores, el fin del lucro y la municipalización. La segunda investiga sobre el nivel de involucramiento de los padres en el proceso educativo de sus hijos, sobre su conocimiento de los resultados de sus colegios, su participación en las actividades escolares y en las tareas propias escolares, el conocimiento del sistema de subvenciones y el monto de ellas, etc.

Con el objeto de facilitar la exposición de los resultados dividiremos el estudio en dos secciones. La primera se refiere a la opinión y percepción de los padres sobre ciertos elementos del sistema escolar que han estado en discusión. La segunda muestra el nivel de conocimiento e involucramiento de los padres en el proceso educativo de sus hijos.

Percepción y opinión de los apoderados sobre el sistema escolar

Los temas abordados son los profesores, el lucro y la municipalización. En cuanto a los profesores se preguntó sobre la percepción de cuánto ganan los profesores, sobre los incentivos que debieran existir y sobre la posibilidad de que profesionales que no sean profesores impartan clases en educación media.

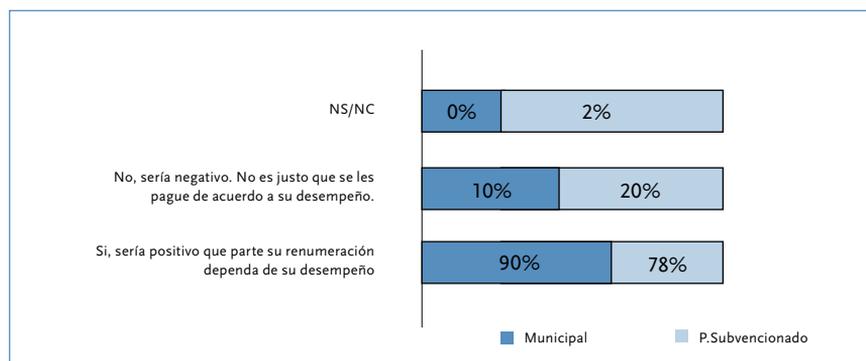
En cuanto al salario de los profesores la opinión mayoritaria es que estos estaban mal pagados. Un 47% de los encuestados respondió que ganan menos de lo que se merecen, un 34% que ganan lo que se merecen y un 4% que ganan más de lo que se merecen. En las respuestas existe una diferencia significativa entre la respuesta de padres de colegios municipales y particulares subvencionados, teniendo los primeros una mejor percepción del salario de

los profesores. Lo anterior sugiere que, en opinión de los apoderados, hay espacios para mejorar las remuneraciones a los profesores, más allá de cualquier condición sobre rendimiento, resultados u otra. Es necesario mencionar que no se pregunta si saben cuánto ganan efectivamente los profesores.

Luego, los apoderados se mostraron favorables a que existan premios a las remuneraciones asociados a los resultados obtenidos. Actualmente solo un 0,9% del salario docente está asignado bajo criterios de productividad. El 99,1% restante corresponde a una renta fija más una serie de bonificaciones por responsabilidad, zona, perfeccionamiento, entre otras⁶. El 90% de los encuestados que afirmaron tener hijos en escuelas municipales consideraron positivo que la remuneración dependa del desempeño docente y un 78% de los padres de escuelas particulares subvencionadas coinciden con ellos. Es importante destacar que los apoderados de las escuelas municipales manifiestan una mayor aceptación a incluir bonos económicos según el desempeño.

¿Cree usted que los profesores debieran recibir incentivos económicos (premios, bonos) si logran un buen desempeño en su trabajo, como lograr que sus alumnos mejores sus notas o su puntaje en el SIMCE o perderlos si es que tienen malos desempeños?

• **Figura 4**



⁶ Ver Mizala, A. y Romaguera, P.: "Regulación, incentivos y remuneraciones de los profesores en Chile", Documento de Trabajo N°116, Centro de Economía Aplicada, Universidad de Chile, Santiago, 2004

Luego, se pregunta a los apoderados sobre la posibilidad de despedir a los profesores por mal desempeño bajo condiciones normales. Al respecto cabe señalar que el estatuto docente establece las siguientes causas para poner término a la relación laboral de los profesores que se desempeñan en colegios municipales, a saber: a) Renuncia voluntaria; b) Falta de probidad, conducta inmoral o incumplimiento grave de las obligaciones que impone su función establecidas fehacientemente en un sumario; c) Término del período (válido sólo para contratas); d) Obtención de jubilación, pensión o renta vitalicia de un régimen previsional respecto a las respectivas funciones docentes; e) Fallecimiento; f) Calificación en lista de demérito por 2 años consecutivos; g) Salud irrecuperable o incompatible con el desempeño de su función; h) Pérdida sobreviniente de algunos de los requisitos de incorporación a una dotación docente; y i) Supresión de horas.

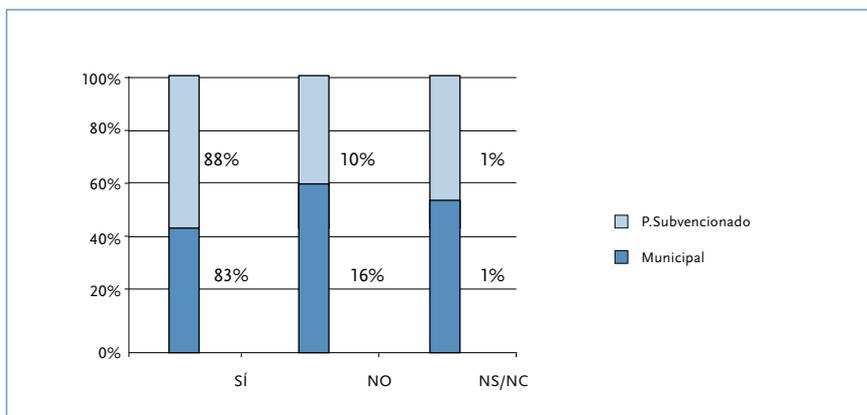
La causal referida a entrar en lista de deméritos por dos años consecutivos esta íntimamente ligada a la evaluación docente. Si bien tal causal existe desde 1991, su aplicación ha sido en la práctica inexistente por no existir un procedimiento validado de evaluación individual. Tal procedimiento ha sido aplicado solo a partir de 2003. Como referencia, según la evaluación docente de 2008, solo un 1,14% de los profesores fueron evaluados deficientemente, esto sin contar a quienes se opusieron a la evaluación⁷.

El 83% de los apoderados de escuelas municipales dieron su consentimiento frente a la posibilidad de despedir a los docentes con mal desempeño bajo las mismas condiciones que cualquier otro trabajador y permitir a las escuelas municipales mejorar sus plantas docentes. Por su parte, el 88% de los padres con hijos en escuelas particulares subvencionadas concordaron con sus pares municipales.

7 Tales requisitos contrastan con los que existen para los cuerpos docentes de colegios particulares subvencionados, en que se incluye la opción de mutuo acuerdo y las necesidades de la empresa para poner fin a la relación laboral.

¿Está usted de acuerdo con que se pueda despedir a los docentes con mal desempeño bajo las mismas condiciones que cualquier otro trabajador y permitir a las escuelas municipales mejorar sus plantas docentes?

• **Figura 5**



Por su parte, ante la pregunta sobre la dependencia municipal o estatal de los establecimientos, la mayoría de los apoderados prefiere que los colegios sean administrados por el Estado (61% municipales y 66% particulares subvencionados), manifestando que los municipios no saben hacerlo. Asimismo, el 54% de los apoderados cree que la eliminación del lucro sería positiva en la calidad de la educación, respuesta que contrasta con un 64% que piensa que es legítimo que los colegios generen utilidades siempre que entreguen una educación de calidad.

Por último, en el contexto del debate sobre La Ley General de Educación se abrió una interesante discusión respecto de la factibilidad de que profesionales universitarios sin estudios de pedagogía puedan realizar clases en los liceos del país. Así, el 35% de padres de escuelas particulares subvencionadas y el 31% de escuelas municipales están de acuerdo con que profesionales universitarios, que no son profesores, enseñen en escuelas a alumnos de primero a cuarto medio. Por ende, podemos observar que la mayoría de los entrevistados no está de acuerdo con que profesionales no docentes impartan clases en los liceos del país.

Conocimiento e involucramiento de los padres en el proceso educativo

Nuestro sistema educativo escolar se basa en un financiamiento a la demanda mediante cupones individuales entregados a cada niño. Este diseño pretende generar competencia entre los distintos establecimientos y, por lo tanto, entregar una educación de calidad. Al seguir el subsidio portable al alumno, los apoderados preferirán los mejores colegios. Los malos colegios debieran quedarse sin alumnos y, por ende, de desaparecer, mientras que los buenos colegios, en vista de sus buenos resultados, debieran tener gran demanda por las matrículas ofrecidas de tal manera de perdurar en el tiempo.

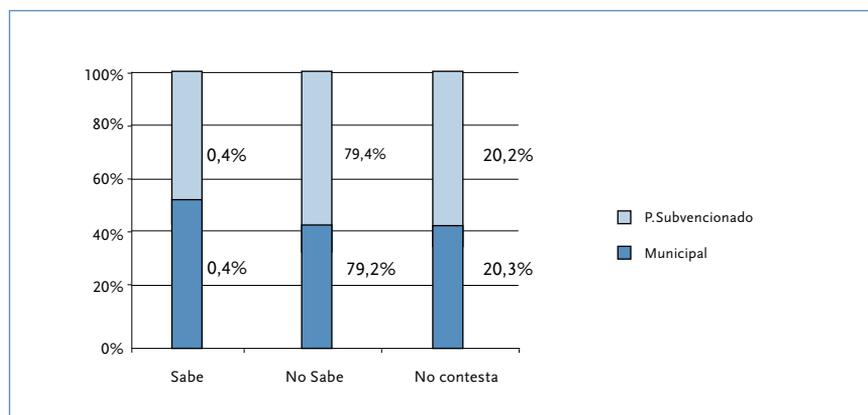
En el contexto de este diseño, es fundamental que el sistema educacional no presente fallas de mercado que impidan un funcionamiento eficiente. Así, los principales riesgos que existen son la existencia de monopolios locales y asimetrías de información entre colegios y apoderados. El primero emerge como una amenaza a la creación de calidad en cuanto los costos de traslado a los colegios puede ser un factor decisivo que deje en un segundo plano la calidad de la educación entregada por el colegio como factor de decisión. De esta manera, los padres eligen el colegio más cercano, independiente del nivel académico que tenga. Tal situación se hace más latente a medida que ajustamos el presupuesto familiar y nos movemos a los sectores de menor nivel socioeconómico.

Por su parte, las asimetrías de información presentan un riesgo en la medida en que los padres desconocen el nivel académico del colegio de sus hijos, así como el del resto de los colegios y del sistema escolar en su conjunto. Sin esta información se hace imposible que los padres elijan eficientemente, impidiendo que el sistema escolar genere competencia, como se pretende desde su diseño. Por su parte, cabe señalar que ambos elementos, costos de transporte y asimetrías de información, van en la misma dirección y se potencian mutuamente: si a los padres no les preocupa la calidad del colegio solo les preocupa que sea barato y, por lo tanto, que quede cerca. Por último, cabe señalar que existe un problema de diferenciación entre colegios en cuanto al tipo de enseñanza que entregan, limitando la universalidad de resultados de pruebas estandarizadas como parámetro de calidad. Con este objetivo, en la encuesta se diseñaron 4 preguntas que permitían analizar el nivel de conocimiento de los padres del sistema escolar en los términos antes explicados.

Primero se pregunta sobre si conocen el monto de la subvención entregada por el Estado para la educación de sus hijos. Sorpresivamente, solo un 0,4% respondieron saber el monto, mientras que el 79% dijo no saber y el resto no contestó. Lo anterior muestra un significativo desconocimiento de los padres sobre el funcionamiento del sistema. Dado el alto porcentaje que dijo no saber sobre el monto de la subvención, es esperable que tampoco sepan que tal subvención es portable con el alumno y, por tanto, no tengan interiorizado el hecho de que pueden enviar a sus hijos a cualquier colegio.

¿Sabe usted en cuánto consiste el aporte del estado chileno (subvención) a la educación de su hijo?

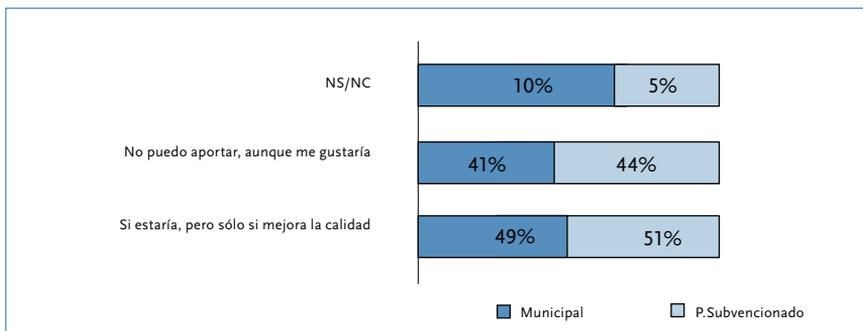
• Figura 6



Luego se consultó a los padres y apoderados si estarían dispuestos a contribuir, por sobre esa subvención, pagando una cuota extra. Tanto en escuelas municipales (49%) como particulares subvencionadas (51%) la mayoría de los entrevistados señalaron que estarían dispuestos a contribuir económicamente a la educación de sus hijos, pero solo si con ello se mejora la calidad educativa. El 41% de los padres de escuelas municipales y el 44% de particulares subvencionadas, señalaron que no pueden aportar económicamente, pero que les gustaría hacerlo si pudieran. Tal respuesta es, en parte, contradictoria con la percepción que sobre el lucro tienen los apoderados, según los resultados mostrados anteriormente.

¿Estaría usted dispuesto a contribuir, por sobre esa subvención, pagando una cuota extra a la escuela de sus hijos?

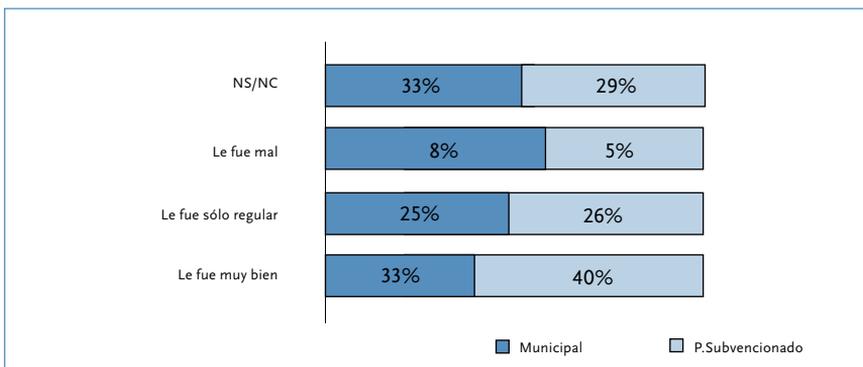
• Figura 7



La siguiente pregunta indaga sobre el conocimiento de los padres de los resultados en el SIMCE de los colegios de sus hijos. La primera aproximación fue preguntar si le fue bien, mal o regular. El 33% y 29% de los padres y apoderados de escuelas municipales y particulares subvencionadas respectivamente dijeron no conocer en absoluto sobre los resultados SIMCE de las instituciones que enseñan a sus hijos.

¿Conoce usted cómo le fue en el SIMCE a la escuela de su hijo?

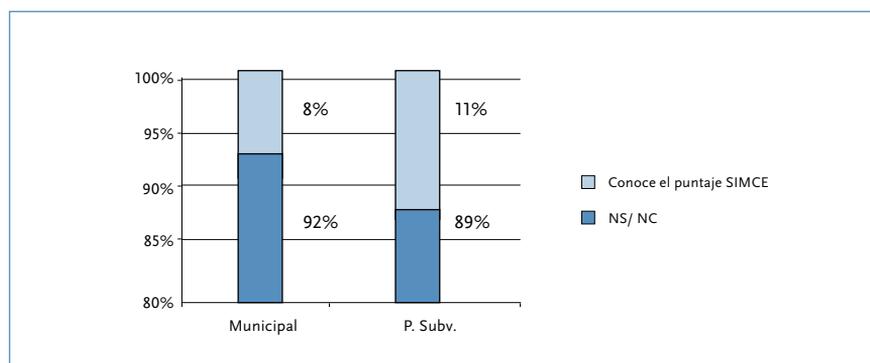
• Figura 8



Luego, para validar la pregunta anterior, se preguntó a los padres y apoderados si conocían el puntaje SIMCE de la escuela de su hijo. Así, a través de una pregunta abierta cada entrevistado informaba del puntaje alcanzado. Con el objetivo de simplificar el análisis se agruparon todos los puntajes enunciados, asumiéndolos correctos y comparándolos con aquellas personas que afirmaron no conocer el puntaje SIMCE. De esta forma, se comprobó que la mayoría de los padres tanto de escuelas municipales (92%) como particulares subvencionadas (89%) no conocían el puntaje SIMCE de la escuela de su hijo.

¿Qué puntaje obtuvo?

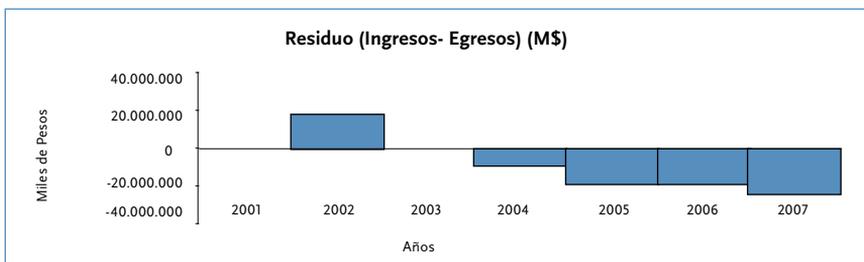
• Figura 9



Consideraciones en torno a los principales hallazgos

Como es de esperar, los padres y apoderados opinan en base al objetivo de mejorar los resultados escolares de sus hijos. Son partidarios de mejorar las remuneraciones de los docentes, asociar tal aumento de remuneraciones a logros de desempeño y despedir a los malos profesores. Asimismo, en su gran mayoría, no están de acuerdo con que profesionales no docentes impartan cursos en el ciclo secundario, de seguro por temor a que no serán capaces de mejorar el proceso de aprendizaje de los niños. Ahora, sobre la municipalización de los colegios, es entendible que los apoderados vean a los municipios como administradores deficientes, considerando que bajo tal administración no hemos logrado mejorar la calidad del sistema. Sin embargo, es necesario considerar las fuertes restricciones presupuestarias que enfrentan las municipalidades en la administración de los colegios.

• **Figura 10**



Fuente: Elaboración propia en base a cifras de SINIM.

Los ingresos municipales por concepto de educación prácticamente se limitan a la subvención, la que no alcanza a cubrir todos los gastos educacionales de los municipios. Tal como vemos en la Figura 10, el déficit promedio municipal para 2008 alcanza los MM\$25.000, siendo el promedio acumulado entre 2001 y 2007 de MM\$62.900.

Tales resultados no deberían entonces llamarnos la atención. Consideraciones más o menos, la opinión de los padres se sigue del sentido común y tiene como eje central la calidad de la educación impartida a los alumnos, sin mostrar mayores convicciones ideológicas al respecto.

Ahora, sobre el conocimiento de los padres sobre el rendimiento académico de los colegios de sus hijos parece haber cierta inconsistencia. Los padres quieren mostrarse preocupados y conocedores del proceso educativo de sus hijos, sin embargo, muestran ciertas inconsistencias. Por ejemplo, si bien un 66% de los padres de escuelas municipales contesta saber cómo le fue en el SIMCE al colegio de su hijo, solo un 8% dijo conocer el puntaje que obtuvo. Ahora, al analizar los puntajes informados es fácil darse cuenta que la gran mayoría de quienes contestaron dijeron un puntaje que nada tenía que ver con la realidad. En efecto, de ese 8%, un 2,1% contestó un puntaje mayor o igual al máximo nacional (342) y un 2,8% un puntaje igual o menor al mínimo nacional (172). Lo anterior evidencia el desconocimiento de los padres sobre los estándares de calidad de los colegios de sus hijos. Esto tiene importantes implicancias para las políticas educacionales, toda vez que nuestro sistema educacional escolar se basa en subsidios e incentivos a la

demanda, el que debiera generar una educación de calidad en orden a la competencia que tal sistema genera en los distintos establecimientos.

• Cuadro 1

Año	Puntaje promedio matemáticas colegios entrantes	Puntaje promedio matemáticas colegios salientes	Puntaje promedio lenguaje colegios entrantes	Puntaje promedio lenguaje colegios salientes
1999	244	249	250	247
2000	243	263	250	262
2001	261	239	266	241
2002	235	249	240	253
2003	250	235	259	244
2004	239	250	249	253
2005	235	242	247	242
2006	241	240	253	243
2007	237	235	250	238
promedio	243	245	251	247

Fuente: Elaboración propia en base a cifras de MINEDUC

En el Cuadro N°1 se muestran los puntajes SIMCE promedio en matemáticas y lenguaje de los colegios que entraron y salieron del sistema entre 1999 y 2007. Vemos que los colegios entrantes tienen un menor puntaje que los salientes en matemáticas y que en lenguaje los entrantes tienen un puntaje mayor sin ser ninguna de las diferencias significativas al 90% de confianza⁸. Es necesario precisar que los puntajes promedios no son el promedio en el año respectivo de entrada o salida, sino el promedio SIMCE de todos los años en que los colegios rindieron la prueba SIMCE según el año de entrada o salida del colegio. Lo anterior muestra que en términos de resultados SIMCE, los colegios entrantes no presentan diferencias de rendimiento con los colegios salientes, vale decir, los nuevos colegios que han entrado en reemplazo de los malos colegios han tenido los mismos resultados.

⁸ Los resultados de cada grupo de colegios son absolutamente comparables por cuanto corresponden a pruebas rendidas el mismo año.

• Cuadro 2

Año	Colegios dentro sobre percentil 5 en matemáticas o lenguaje		Colegios bajo percentil 5 en matemáticas y lenguaje	
	se mantuvieron	salieron	se mantuvieron	salieron
2006	7,228	206	172	3
2007	7,229	591	171	9

Fuente: Elaboración propia en base a cifras de MINEDUC

Adicionalmente, si tomamos las pruebas SIMCE rendidas en 2006 y 2007⁹, vemos que del total de colegios que se situaron en el 5% de peor resultado tanto en matemáticas como en lenguaje, solo 3 salieron del sistema en 2006 y tan solo 9 para 2007. Vale decir, del total de colegios que dejan de funcionar en un determinado año, solo un 1,4% son colegios que se sitúan bajo el percentil de 5% en puntajes SIMCE de lenguaje y matemáticas.

Si bien esta parcial evidencia no es suficiente para cuestionar el funcionamiento del sistema de subsidios a la demanda de nuestro sistema escolar, apoya la idea que los padres no elijen los colegios de sus hijos única y exclusivamente en base a los resultados académicos de los establecimientos. Ya sea por problemas de información o por altos costos de transporte que crean monopolios locales, el sistema no parece estar castigando a aquellos colegios que tienen malos resultados en la dimensión esperada¹⁰.

9 Tomamos 2006 y 2007 ya que en el período 2005-2008 se evaluó de manera constante a los cuartos básicos. El año 2005 lo dejamos fuera porque solo se evaluó a los cuartos básicos, lo que genera una muestra distinta a la de los años 2006, 2007 y 2008, en los que se evaluó a octavos básicos y segundos medios de manera alternada. Así, de integrar la muestra de 2005 estaríamos considerando colegios que solo tienen primer ciclo básico, muestra que no es comparable con colegios que tienen ciclo básico completo. Lo anterior supone que aquellos colegios que rinden SIMCE en cuarto básico y segundo medio también imparten el segundo ciclo básico. El año 2008 se deja fuera por cuanto no contamos con tabla de matrícula de 2009 que nos indique que colegios desaparecieron entre 2008 y 2009.

10 Esta evidencia solo nos permite analizar el comportamiento de los colegios que se encuentran en el margen, pero no nos dice nada respecto del impacto en el rendimiento escolar de aquellos colegios que se han mantenido en el sistema. Vale decir, en el margen los malos colegios no parecen estar respondiendo a los incentivos propuestos por el diseño de subsidios a la demanda, pero eso no quiere decir que los efectos sean de segundo orden en aquellos colegios que no están en el margen en términos de rendimiento.

Comentarios finales

Sin duda los padres juegan un rol fundamental en el proceso educativo de sus hijos, siendo ellos los últimos responsables por el desarrollo académico de los niños. El presente trabajo indaga en la opinión de los padres sobre ciertos elementos centrales que han estado en discusión sobre nuestro sistema escolar, así como del nivel de conocimiento e involucramiento de los padres en el proceso educativo de sus hijos.

Los resultados, aunque reconocidamente parciales, muestran cierta inconsistencia en el comportamiento de los padres. En cuanto a su opinión sobre elementos críticos tales como el estatuto docente, la municipalización y el lucro, el elemento central que se desprende de las respuestas es que los padres favorecerán todo aquello que signifique o impacte en una mejor educación. Hay que echar a los malos profesores, premiar a los buenos, permitir el lucro en quienes den una buena educación y terminar con la dependencia municipal por cuanto los municipios son malos administradores.

Aun cuando tal resultado parece obvio, su interés resulta de contrastar esta percepción de los padres con su comportamiento efectivo. Si bien los apoderados parecen priorizar la calidad de la educación ante cualquier otra consideración política o ideológica sobre el sistema, su conocimiento de los resultados académicos de los colegios de sus hijos así como del funcionamiento general del sistema es escaso y las cifras muestran que existen otros factores de decisión distintos a la calidad que parecen ser más importantes.

Las implicancias de lo anterior desde el punto de vista del diseño de las políticas educacionales es significativo y nos lleva a algunas preguntas fundamentales: ¿Los padres deciden efectivamente el colegio de sus hijos de acuerdo a los resultados académicos? Si no lo hicieran ¿en base a qué factores deciden? Y, finalmente, ¿los padres están efectivamente cumpliendo su rol en el proceso educativo de sus hijos? Las respuestas a tales preguntas juegan un papel fundamental para entender la dinámica de nuestro sistema escolar y, por lo mismo, en el diseño de políticas educacionales que nos permitan tener una educación de calidad.

Índice de Familia

• 2 de septiembre de 2009 •

El rol de la familia en las sociedades modernas ha sido un tema de amplio debate. En él, existe una primera disyuntiva que se pregunta sobre qué entendemos por familia. Sobre el particular, existe variada literatura que muestra que el tipo de estructura familiar tiene significativos efectos en el desarrollo social, emocional y cognitivo de los hijos, siendo la familia tradicional, basada en el matrimonio entre un hombre y una mujer y los hijos fruto de esa unión, la que genera el mejor ambiente y las mejores condiciones de desarrollo. Con tal motivación, la Fundación Jaime Guzmán presenta este trabajo, llamado Índice de Familia, en el que se muestra la evolución de la familia en base a su estructura natural, basada en la conyugalidad y la filiación. Los resultados muestran un sistemático deterioro de la familia durante la última década.

¿Qué entendemos por familia?

Nadie podría discutir el valor y el importante rol que ha tenido la familia en la historia de la humanidad. Desde los sumerios hasta la época actual, la familia ha sido una instancia fundamental de desarrollo, convivencia, aprendizaje e incluso una entidad económica de la mayor relevancia y autonomía.

La idea de familia como instancia natural del ser humano ya era enunciada por Aristóteles¹. En efecto, los seres humanos tendemos por naturaleza a vivir y crecer en familia, tal como por naturaleza vivimos en sociedad. Así, nuestra estructura familiar, el rol de nuestros padres y en general las experiencias, sentimientos y conocimientos que desarrollamos en el marco de nuestro núcleo familiar forman parte medular de quienes somos y de quienes seremos en el futuro. Siguiendo tal razonamiento, la familia no sólo tiene un valor en sí misma por cuanto es expresión natural del ser humano, sino también en cuanto unidad fundamental de toda sociedad. Es así como nuestra Constitución en su artículo 1º inciso 2º establece que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, agregando en su inciso 4º que “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia”*.

De aquí se deriva un debate interesante sobre qué se entiende por familia y los efectos que las distintas estructuras familiares tienen en los hijos. Al respecto -y volviendo a los inicios de la historia- la familia ha incorporado siempre dos elementos fundamentales que determinan su existencia, a saber, la conyugabilidad y la filiación. La conyugabilidad se refiere a la voluntad de los esposos de vivir juntos y la filiación a la intención de procrear en el lecho de

¹ Dice Aristóteles: “Así pues la primera unión de personas a que da origen la necesidad es la que se da entre aquellos seres que son incapaces de vivir el uno sin el otro, es decir, es la unión del varón y la hembra para la continuidad de la especie -y eso no por un propósito deliberado, sino porque en el hombre, al igual que en los demás animales y las plantas, hay un instinto natural que desea dejar atrás de sí otro ser de la misma clase-“. Véase Aristóteles: Política, Libro I, Capítulo 1, Edición de la Obras Completas de Aristóteles de Aguilar, Madrid, 1967. Asimismo, en la Ética Eudemiaña menciona que el hombre, además de animal social o político es un “animal familiar”. Finalmente, en la Ética a Nicómaco establece el carácter natural de la familia, su prioridad ontológica respecto del Estado y los fines del matrimonio, tal cual los ha enseñado después la tradición occidental. Por su parte, Tomás de Aquino confirma esta enseñanza en su exposición de la Ética a Nicómaco, argumentando que mucho más está en la naturaleza del hombre ser animal familiar que animal político, por ser más natural lo que tiene mayor prioridad y es más necesario; y porque la procreación, que es fin de la unión conyugal, es común al hombre con los demás animales, lo que no ocurre con la vida política, siendo entonces más natural lo general que lo específico.

tal unión. Tal concepción teórica respecto de la familia la podemos encontrar desde tiempos de la Grecia clásica². Detrás de estas palabras es posible distinguir la natural coexistencia de conyugabilidad y filiación. En circunstancias más actuales, la misma acepción de familia se desprende de la definición de matrimonio que hace nuestro Código Civil³.

Dado lo anterior, resulta difícil rechazar la idea que el concepto matriz de familia es un hombre y una mujer unidos por el matrimonio y los hijos concebidos bajo esa unión. Esa es la concepción histórica, filosófica y social que la familia ha tenido en la historia.

No obstante, más allá de la discusión teórica, existen otros elementos necesarios de considerar, sobre todo respecto a las consecuencias psicosociales que genera en los hijos el crecimiento y convivencia bajo otras estructuras afectivas. En este sentido, existe bastante literatura que muestra que la familia, en los términos acá referidos, es la que genera las mejores condiciones para el desarrollo de los hijos. Amato y Keith (1990) realizaron un meta-análisis que consideró 37 estudios de más de 81.000 personas con el objeto de ver los efectos de la estructura familiar en el bienestar de las personas en el largo plazo. El estudio mostró que, en comparación con personas a quienes se les divorciaron sus padres, aquellos que crecieron en un entorno familiar con ambos padres mostraban un mayor bienestar en el largo plazo en términos psicológicos y de estabilidad matrimonial, así como sobre su nivel socioeconómico y salud física. Asimismo, Osborne, McLanahan y Brooks-Gunn (2004), concluyeron para una muestra de 1.300 madres, que aquellos niños cuyos padres estaban casados tenían una menor incidencia de depresión, eran menos agresivos, presentaban menores problemas de sociabilización, tenían menos

2 Dice Platón “nuestros ciudadanos no deben ser inferiores a nuestros pájaros...que hasta que llegan a la edad de procrear, viven en la continencia...y que, una vez llegados a esa edad, se aparean según sus gustos...y pasan el resto de su vida justa y santamente, firmes en los primeros pactos de su amistad; ahora bien -termina el filósofo griego- es necesario que nuestros ciudadanos sean más virtuosos que nuestros animales”. Véase Platón: “Las Leyes”, Libro VIII, 840 a.c. Estas palabras de Platón son sumamente interesantes si consideramos el desarrollo del pensamiento de Platón respecto al tema. Años antes, en su República, hacía una teorización sobre el comunismo argumentando que para toda la sociedad han de ser comunes las mujeres, los hijos y toda la educación.

3 El artículo 102 de nuestro Código Civil establece: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

problemas de aprendizaje, presentaban menos deficiencias afectivas y tenían una mejor conducta escolar⁴. Por su parte, el reporte “Health of Our Nation’s Children” (1994) mostraba que aquellos niños que vivían con sus dos padres biológicos tenían una mejor condición de salud. En esta misma línea, Entwisle y Alexander (1995) encontraron una significativa relación entre el rendimiento académico en primer año del ciclo básico y la estructura familiar en que viven los niños⁵.

Siendo este el contexto teórico y práctico en el que definimos a la familia, el tipo de familia que un país tenga no es un asunto irrelevante. No lo es, primero por razones profundas que indican que la familia, entendida en su sentido tradicional, es la manera natural en que hombres y mujeres se relacionan, viven, procrean y cuidan a sus hijos. Tampoco lo es por cuanto la evidencia nos muestra que estructuras familiares fragmentadas generan ambientes de desarrollo que no favorecen el desarrollo integral de los niños.

Esta es la motivación que la Fundación Jaime Guzmán ha tenido para realizar este estudio, llamado “Índice de Familia”, que pretende cuantificar de manera rigurosa y objetiva la situación y el desarrollo de la familia en Chile.

Objetivos y metodología

Nuestro principal objetivo es crear un indicador que refleje cual es la situación de la familia en Chile. Tal observación pretende ser simple, pero no por eso poco acuciosa en su diseño y desarrollo. La idea de un número que indique el grado de logro de una realidad compleja y multidimensional es una técnica bastante usada en la literatura. Por ejemplo, el Banco Mundial desarrolla anualmente un índice, “Easy of Doing Business”, que pretende representar que tan favorable son los países para desarrollar nuevos negocios. Asimismo, “Heritage Foundation”, año a año publica el “Index of Economic Freedom”, indicador que procura revelar el nivel de libertad económica, bajo una mirada liberal, en los distintos países. Algo similar realiza el PNUD con el “Índice de

4 Estas son las dimensiones medidas por el “Child Behavior Checklist”, elaborado por Aseba.

5 Para revisar más literatura al respecto véase Patterson, Kupersmidt y Vaden (1990), Pong (1997); Pong, Dronkers y Hampden-Thomson (2003); Mulkey, Crain y Harrington (1002); Painter y Levine (2000); Teachman, Paasch y Carver (1997), Manski et al. (1992), Thomson, Hanson y McLanahan (1994), Peterson y Zill (1986), Astone y McLanahan (1991); Thomson, McLanahan y Curtin (1992); Thomson, Hanson y McLanahan (1994), Downey (1995); Jenkins y Zunguze (1998).

Desarrollo Humano”, indicador que quiere representar el nivel de desarrollo de los países más allá del bienestar económico.

El Índice de Familia tiene el mismo propósito. La familia es una institución que contiene numerosos elementos, cada uno de los cuales puede ser intensamente estudiado y desarrollado. Nuestro esfuerzo ha estado en agrupar la información, ordenarla y darle un valor de bondad según se ajusta a lo que antes decíamos que se entiende por familia. El resultado es un número, una abstracción, que en sí mismo no dice mucho, pero que nos permite analizar cuantitativamente el desarrollo de la familia en los términos antes expuestos.

La metodología es similar a la ocupada en los índices antes mencionados. Lo primero que se necesita para la construcción del índice es tener un punto de referencia sobre el cual aseverar el positivo o negativo desarrollo de la familia⁶. Para el caso del Índice de Familia, nuestro modelo de familia de referencia es el que se deriva de lo enunciado en la introducción. En base a la idea de conyugabilidad y filiación, la familia consiste en la unión libre y responsable de un hombre y una mujer mediante el matrimonio y los hijos que sean fruto de tal unión, entendiendo que uno de los fines naturales del matrimonio es la procreación.

De esta manera, el índice se compone de ocho dimensiones, cuatro asociadas al concepto de conyugabilidad y otras cuatro al concepto de filiación.

Dimensiones de la Conyugabilidad

i. Nupcialidad: Es la opción por el matrimonio como institución de unión, libre y responsable, entre un hombre y una mujer, con el propósito de mantenerlo para toda la vida.

6 A modo de ejemplo, para efectos del Índice de Libertad Económica elaborado por Heritage Foundation, mayores tasas tributarias están asociadas a menor libertad económica. Lo anterior implica una posición sobre los efectos que los impuestos tienen en la economía. Al parecer de la Heritage los impuestos reducen la capacidad de acción de los privados, inhibiendo la inversión y por tanto la libertad. Sin embargo, otro economista podría argumentar que altas tasas impositivas permiten un mayor gasto social, el que da mayor libertad de decisión económica a los más pobres y por tanto favorecerían la libertad económica. El ejemplo anterior revela la importancia de contar con un marco conceptual claro que permita juzgar los datos de acuerdo a un criterio común.

ii. Convivencia no matrimonial: Referida a la opción de no contraer matrimonio como institución de unión entre un hombre y una mujer, existiendo un tipo de relación más inestable y, por lo tanto, menos idónea para el desarrollo de los hijos.

iii. Matrimonio adolescente: Se consideran en cuanto nos entregan información sobre matrimonios que se entiende que no son celebrados libre y/o responsablemente y que, es probable, respondan a embarazos no deseados o algún otro elemento que apresura la decisión o restringe la libertad al contraer el vínculo.

iv. Ruptura matrimonial: es la cantidad de matrimonios que se han disuelto, ya sea mediante la nulidad legal, o bien, para después de 2005, acogidos a la ley de divorcio⁷.

Dimensiones de la Filiación

i. Tasa de natalidad matrimonial: Su justificación se encuentra en el entendido que uno de los fines naturales de la familia y del matrimonio es la procreación y la preservación de la especie; y que la familia, fundada en el matrimonio, es el medio natural e idóneo para ello.

ii. Tasa de natalidad no matrimonial: Siguiendo el argumento anterior; y conscientes que estructuras afectivas distintas a la familia tradicional generan efectos afectivos y psicosociales en los hijos, esta variable es el complemento negativo de la anterior.

iii. Paternidad juvenil/adolescente: Esta dimensión se incluye por cuanto los hijos de padres adolescentes nacen y crecen en ambientes familiares inestables, siendo muchos de ellos embarazos no deseados nacidos fuera del matrimonio; y aun no siendo ese el caso, la madurez y capacidad de jóvenes adolescentes de criar y educar a esos niños es más limitada que la de adultos unidos responsablemente en matrimonio.

⁷ Respecto de las nulidades, para efectos del índice no es de interés si fueron simuladas o efectivamente existieron vicios al consentimiento. Lo anterior toda vez que muchas de esos matrimonios nulos dejaron hijos en el camino. Para el caso general, en que la nulidad era simulada, para efectos prácticos era una ventana al divorcio de mutuo acuerdo. Con la ley de divorcio no se hizo necesario el mutuo consentimiento para dar curso a la separación.

iv. Ruptura familiar: No es una mera ruptura matrimonial, sino que considera el hecho de cónyuges separados que se vuelven a casar. Tal caso difiere del primero por cuanto los hijos quedan expuestos a una mayor inestabilidad afectiva y psicológica producto del segundo matrimonio de alguno de sus padres, con los efectos colaterales que eso también genera en la nueva familia que se forma y en los mismos padres.

De acuerdo a estas ocho dimensiones propias de la familia se construye el índice. El proceso por el cual de estas dimensiones llegamos a un valor numérico que nos refleja la situación de la familia consta de tres etapas. La primera es encontrar las variables estadísticas que ocuparemos para medir las dimensiones antes enumeradas. La segunda es estandarizar el valor numérico de todas esas variables de tal manera de hacerlos comparables, asignando un valor de bondad según si la variable analizada es favorable o contraria a la familia en los términos de interés. Por último, se realiza una agregación del valor estandarizado de cada una de estas variables (algo similar a un promedio de las ocho variables elegidas).

Variables

Para lograr reflejar la evolución de las dimensiones ya explicadas es necesario construir para cada una de ellas una variable estadística. Los datos fueron obtenidos del Anuario de Estadísticas Vitales, del Anuario de Justicia, de la encuesta Casen y del Registro Civil de Identificación.

Las variables de natalidad y nupcialidad son bastante intuitivas y no necesitan de mayor explicación. Ambas series son sacadas del Anuario de Estadísticas Vitales del Instituto Nacional de Estadísticas. La convivencia no matrimonial es una variable complementaria –negativa- a la tasa de nupcialidad y la serie proviene de la encuesta Casen⁸.

Para los matrimonios adolescentes ocupamos como edad de corte los 19 años, la que debe cumplirse tanto en el padre como en la madre; vale decir, un niño nacido de una madre de 17 años y de un padre de 21 años no es considerado hijo de padres adolescentes. La razón de ocupar 19 años como corte res-

⁸ Las cifras de convivencia no están completas para la serie 1997-2008 por cuanto la encuesta Casen no se realiza todos los años. Los valores faltantes fueron completados mediante regresión lineal, la que arroja un ajuste superior al 90%.

ponde a que el INE ocupa rangos etéreos idénticos para entregar la información demográfica. De abajo hacia arriba, y para el caso de interés, esos rangos son menores de 15 años y entre 15 y 19 años; por lo que resulta imposible construir un rango etéreo entre 14 y 17 años, por ejemplo. Si bien jóvenes de 18 ó 19 años pueden no ser considerados adolescentes, su responsabilidad y capacidad para la paternidad podría cuestionarse desde el punto de vista psicológico y de la estabilidad familiar en que pueda desarrollarse el niño. Sin embargo, y aún obviando este último elemento, lo que importa es que la variable construida sea una buena aproximación de lo que se quiere saber, vale decir, cuantos niños nacen de relaciones entre adolescentes que no están mayormente preparados para ser padres. En este sentido, ocupar como aproximación un rango etéreo que considere jóvenes de 18 y 19 años no altera los resultados.

Cuadro 1: Dimensiones y variables índice de familia

Elemento constitutivo de la familia	Dimensión	Variable
Conyugabilidad	Nupcialidad Convivencia no matrimonial Matrimonio adolescente Ruptura matrimonial	matrimonios 1000 hbts convenientes por 1000 hbts con tray. menores 19 años 1000 con tray. rupturas 100.000 hbts
Filiación	Natalidad matrimonial Natalidad no matrimonial Padres jóvenes/adolescentes Ruptura familiar	nacimientos dentro matrimonio 1000 hbts nacimientos fuera matrimonio 1000 hbts nacim. padre y madre menores de 19 años 1000 nac. con tray. anulados o divorciados 1000 con tray.

Las rupturas matrimoniales consideran tanto nulidades como divorcios. Sobre esta variable se podría argumentar que la ley de divorcio no hace comparables las series de nulidades con las de divorcios. Para efectos del índice lo anterior es irrelevante, por cuanto solo interesa cuantas separaciones hubo efectivamente, más allá de los elementos legales o institucionales que hayan incidido en ellas.

Sobre los matrimonios entre adolescentes, valen los mismos alcances hechos para el caso de la paternidad adolescente, con la salvedad de que en este caso se cuentan los con trayentes menores por separado.

Por último, la variable ocupada para las rupturas familiares sigue la lógica de que para una familia, con o sin hijos, es distinto que los esposos se separen a que lo hagan y se vuelvan a casar. Esta situación crea una segun-

da familia en base al desmantelamiento de la primera, lo que en caso de existir hijos menores los deja en una situación anómala y emocionalmente más inestable.

Estandarización

La estandarización es un paso fundamental en la construcción de este tipo de índices. Dada la gran cantidad de variables ocupadas, resulta imposible hacer una comparación cuantitativa entre ellas que luego permita una agregación que tenga sentido aritmético. Por ejemplo, las tasas de nupcialidad están en un rango entre 5 y 3 matrimonios por cada 1.000 habitantes; mientras que la tasa de ruptura, entendida como la cantidad de divorcios y/o nulidades cada 100.000 habitantes, es de un orden numérico que va desde 80 a 400 rupturas por cada 100.000 habitantes; y así con todo el resto de las variables. Lo anterior hace necesario estandarizar todas las series de tal manera que se muevan en un intervalo semejante que luego permita su agregación. Existen diversas opciones para realizar esta estandarización. La nuestra fue estandarizar las variables en torno al máximo, al mínimo y a la desviación estándar⁹.

Agregación

La agregación consiste en promediar el valor estandarizado de todas las variables de tal manera de llegar a un valor único, que es el índice. La agregación contiene dos elementos fundamentales. El primero es decidir que peso se le da a cada variable dentro del total. Haciendo el símil con un ramo universitario, es equivalente a ver cuanto vale cada prueba y el examen en la nota final. Para verificar lo robusto de los resultados, se testearon dos métodos de agregación. El primero es una ponderación homogénea que da el mismo peso estadístico a todas las variables. El segundo se hizo mediante el método de componentes principales, método que maximiza la varianza de la muestra dando más peso a aquellas variables que muestran estar me-

9 Formalmente $P_{y,t} = \frac{\max(Y_t) - Y_t + \bar{\sigma}_y}{\max(Y_t) - \min(Y_t) + 2\bar{\sigma}_y}$ Esta estandarización permite que los valores del índice se ajusten en la medida que cambien los mínimos y máximos de las series, sin poder llegar nunca a 1 o 0, dada la inclusión de la desviación estándar, por uno en el numerador y por dos en el denominador. La razón de esta opción responde a que el índice es una comparación de cifras a lo largo del tiempo sin existir valores de referencia pre-determinados en cada una de las variables sobre los cuales se podría hacer la estandarización.

nos correlacionadas con el resto¹⁰. En segundo lugar se debe optar por algún método de agregación. Nuevamente para asegurar resultados robustos ocupamos una agregación aritmética (el típico promedio) y una agregación geométrica¹¹.

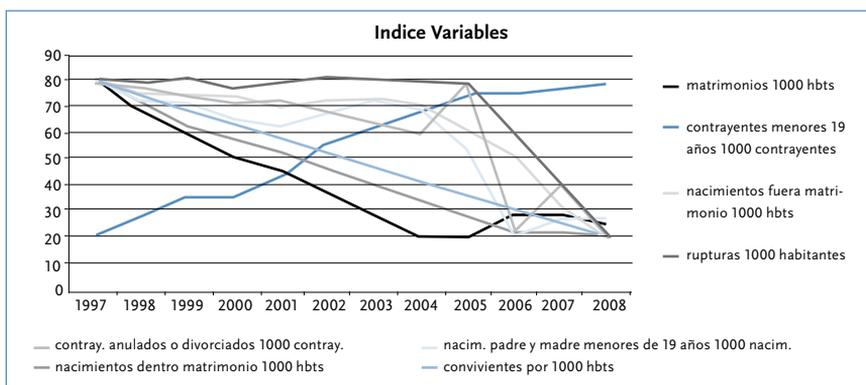
Principales Resultados

Los resultados muestran un detrimento de la estructura familiar para 7 de las 8 dimensiones incluidas. La única excepción la presentan los matrimonios entre jóvenes/adolescentes, los que caen en el período de análisis. Para todo el resto de las variables, la tendencia va en detrimento de la familia en los términos de interés de este trabajo. La tasa de nupcialidad cayó en un 34%, mientras que la incidencia de segundas nupcias de cónyuges previamente anulados o divorciados aumentaron un 114%. La variable de aumento más significativo es la de rupturas matrimoniales, que creció en 394%. Después de la aprobación de la ley de divorcio, la tasa de ruptura aumentó en un 200% en tan solo 3 años, llegando a tener 397 rupturas por cada 100.000 habitantes. Por su parte, la tasa de natalidad matrimonial cae de manera constante durante los años de muestra, teniendo una disminución de 47%. Por el contrario, la natalidad no matrimonial aumenta ostensiblemente un 25%, llegando en 2008 a tener dos hijos nacidos fuera del matrimonio por cada tres nacimientos. En concordancia con lo anterior, la tasa de convivencia aumentó en un 66%.

10 Se crean 'n' componentes principales (Z) que son combinaciones lineales de las variables consideradas y que cumplen ciertas condiciones en su construcción. Luego se elijen los 'k' componentes principales que explican al menos el 90% de la varianza total de la muestra. Luego se ve cuanto aporta cada variable al componente principal con el que está mas correlacionado y según ese aporte es la ponderación de cada variable (método conocido y ocupado en la construcción de este tipo de índices).

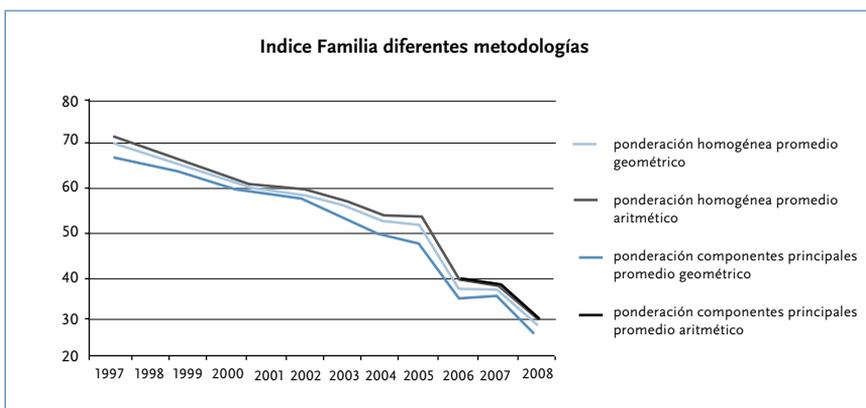
11 Formalmente, la agregación geométrica es la siguiente: $\prod_j P_{y,t}^{\alpha_y}$ cumpliéndose $\sum_j \alpha_y = 1$

Ilustración 1: Variables estandarizadas base 100



Como adelantamos, los matrimonios adolescentes es la única variable que tiene una evolución favorable a la familia, disminuyendo en el período de muestra en 62%. Sin embargo, estas cifras sobre matrimonios adolescentes pueden tener una lectura no del todo positiva. La razón tras esto puede estar en que los jóvenes antes se casaban ante un embarazo no deseado y hoy en día no lo hacen y optan por la convivencia o sencillamente por una estructura monoparental. Esta explicación sería coherente con el aumento de los hijos no matrimoniales y la tasa de convivencia.

Ilustración 2: Índice de familia (diferentes metodologías)



Así, al agregar estos resultados obtenemos un índice de la familia significativamente decreciente, cayendo un 60,3% entre 1997 y 2008¹². Después de la aprobación de la ley de divorcio existe un cambio estructural en la tendencia¹³, producto del aumento en las rupturas matrimoniales y de los contrayentes anulados o divorciados. Tales resultados son independientes de la metodología ocupada. Sobre la tasa de nupcialidad, existe un aumento en los dos años posteriores a la aprobación de la ley de divorcio, volviendo a caer en 2008 a niveles similares a los de 2005.

Ilustración 3: Nupcialidad

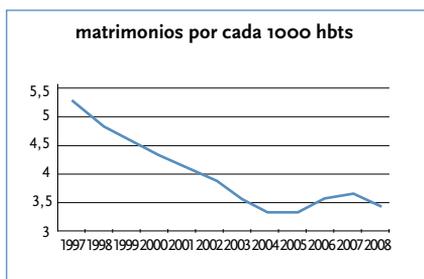


Ilustración 4: Ruptura familiar

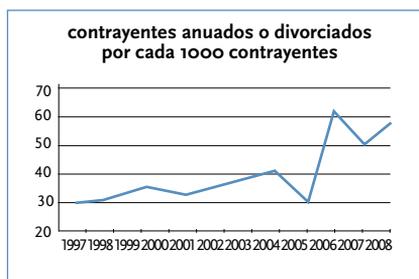


Ilustración 5: Natalidad matrimonial

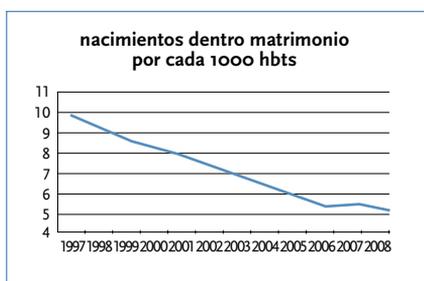
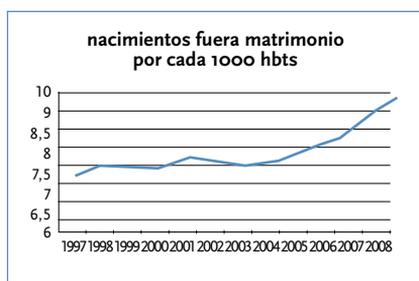


Ilustración 6: Natalidad no matrimonial



12 Esto es ocupando la opción de ponderación homogéneo y agregación aritmética. Los resultados cambian marginalmente al ocupar otras metodologías.

13 El cambio es en la tasa de cambio, vale decir, de la pendiente del índice.

Ilustración 7: Ruptura matrimonial

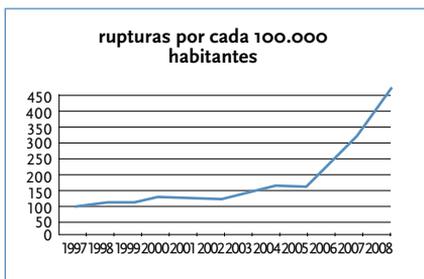


Ilustración 8: Tasa convivencia

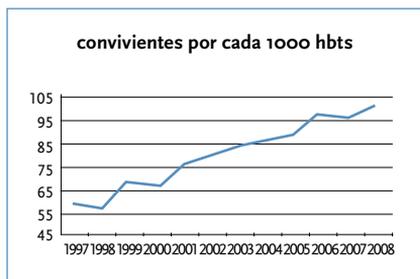


Ilustración 9: Matrimonio adolescente

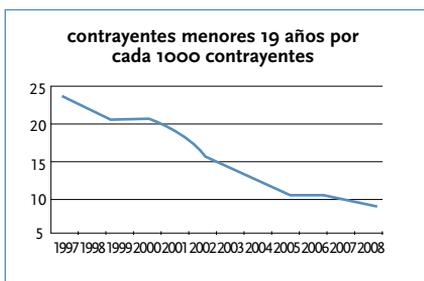


Ilustración 10: Paternidad adolescente



Las cifras muestran que luego de la ley de divorcio existe un aumento en la tasa de cambio de las rupturas matrimoniales. Si bien lo anterior no es suficiente para deducir causalidad entre la ley de divorcio y tal aumento, sí muestra una significativa correlación. Habrá que esperar algunos años para ver si la tasa de ruptura seguirá aumentando, volverá a caer a niveles iniciales o bien se estabilizará en un nivel más alto. Algo similar ocurre con la tasa de nupcialidad. Nuevamente es necesario contar con información de los años venideros para ver si sigue con la tendencia a la baja o bien existe un cambio de tendencia, ahora en el aumento de la nupcialidad.

Comentarios finales

La importancia de la familia en cualquier sociedad parece intuitiva. Tam-

bién parece serlo el tipo de estructura familiar, siendo distinto hablar de familias biparentales fundadas en el matrimonio a familias monoparentales o biparentales en que los padres conviven. El tipo de familia de la que hablamos no es irrelevante, primero desde un punto de vista antropológico y segundo desde un punto de vista social. El desarrollo de los hijos depende críticamente del ambiente familiar en que se desarrollen elementos en que es decisiva la estructura familiar. Así lo demuestra la amplia literatura que existe al respecto.

Lo anterior nos invita a revisar en qué condiciones está la familia en Chile. La evidencia mostrada en este trabajo nos entrega una señal de alerta, mostrándonos un deterioro de la estructura familiar prácticamente en todas sus dimensiones.

Si ese es el caso, no es de extrañar que Chile tenga los resultados escolares que tenemos y que el consumo de alcohol entre adolescentes sea hoy un problema de connotación social. Tampoco es de extrañar el altísimo nivel de violencia en que vivimos y que año a año se presenten más conductas delictuales entre adolescentes. Y aún cuando es obvio que en estos hechos descritos inciden muchos otros factores, la familia es fundamental.

Esta evidencia nos interpela como sociedad y país a analizar qué estamos haciendo para promover el desarrollo y cuidado de la familia. Muchos plantean que no existe un solo tipo de familia, que no es posible discriminar a las madres solteras y a quienes por opción han decidido no casarse y vivir como convivientes. Sin embargo, sí sabemos que la familia en los términos aquí planteados, es la que genera un mayor desarrollo social, afectivo y cognitivo de los hijos y que, por el contrario, estructuras familiares distintas generan deficiencias en tales dimensiones. La decisión sobre qué familia estamos promoviendo es por esto de la mayor relevancia y no responde solo a una concepción moral o antropológica determinada, sino a la evidencia irrefutable que indica que un padre y una madre unidos por el matrimonio es la estructura que genera el ambiente y las condiciones ideales para el desarrollo y crecimiento de nuestras futuras generaciones.

Levantamiento del secreto bancario, privacidad y debido proceso

• 16 de septiembre de 2009 •

La propuesta original del Gobierno para establecer normas que permitan el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria era extremadamente impertinente, colisionaba con la privacidad económica y vulneraba el debido proceso, entregando a la exclusiva discrecionalidad de una autoridad administrativa la decisión sobre la oportunidad y justificación de levantar el secreto bancario de cualquier contribuyente. Durante la tramitación legislativa esta iniciativa ha sido morigerada en aras de asegurar un proceso más justo y racional. No obstante, los resguardos aún parecen insuficientes. Sería conveniente que el SII estuviera obligado a fundar sus solicitudes ante los jueces para levantar un secreto bancario, así como que también éstos estuvieran obligados a fundar sus resoluciones.

El secreto bancario consiste en la protección que los bancos e instituciones financieras deben otorgar a la información relativa a los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban de sus clientes. Se entiende que esta información es parte de la privacidad de los clientes del sistema financiero. Si no existiera esta norma, cualquier persona podría solicitar en un banco, por ejemplo, información sobre los movimientos de las cuentas de una tercera persona, lo que podría prestarse para un sinnúmero de situaciones con capacidad de afectar al titular de la cuenta, incluso fraudes y otros delitos. Existe un hecho que engloba esta idea y dice relación con la relación banco-cliente que da origen a esta institución. No cabe duda que la confianza ha sido el lazo que ha llevado al público a acercarse a los bancos para obtener una eficaz y prolífera intermediación de su dinero. Así surge esta relación banco-cliente que genera esta obligación de secreto, teniendo como sujeto activo (obligado) al banco y como sujeto pasivo (titular del derecho) al cliente. Es, en consecuencia, el *“deber de silencio a cargo de los bancos respecto de hechos vinculados a las personas con quienes mantienen relaciones comerciales”*. Hasta aquí no hay dudas, pues esto es consecuencia directa del vínculo que se genera; el problema se presenta cuando a esta relación se suma un tercero con intenciones de acceder a la información protegida por esta institución. Este tercero estará constituido, regularmente, por la Administración, y más precisamente, por la autoridad tributaria que tendrá interés en esta materia.

Actualmente se encuentran en tramitación en el Congreso Nacional dos proyectos de ley que afectan la institución del secreto bancario. Uno de ellos dice relación con autorizar el levantamiento del secreto bancario en investigaciones de lavado de activos y tiene como objetivo fundamental ampliar las facultades del Ministerio Público para la prevención, detección y persecución del delito de lavado de activos, permitiéndole profundizar en la información bancaria de las personas investigadas mediante una amplia facultad para levantar, con las debidas garantías judiciales, el secreto bancario¹. El otro pro-

¹ Este Proyecto se adecua a la legislación internacional en esta materia; incluso Suiza, que pese a ser muchas veces cuestionada por considerársele una cuna para capitales mal habidos, tiene una estricta reglamentación en esta materia, contando incluso con una entidad especializada en captar e investigar este tipo de operaciones. Suiza ha implementado pasos preventivos y repressivos contra el lavado de activos a través de herramientas modernas y comprensivas que activan efectivos procedimientos a nivel interno del banco y a un nivel internacional. Si el banco tiene la más ligera sospecha acerca de una transacción, se encuentra bajo la obligación de informar a la Oficina Federal de Reportes para Lavado de Dinero sin demora. Un juez Suizo puede ordenar el alzamiento del secreto bancario en cualquier momento y confiscar los fondos ilegales si hay prueba de que la cuenta bancaria es para asuntos criminales de acuerdo a la ley suiza.

yecto confiere al Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII) acceso a los movimientos de las cuentas corrientes y otras operaciones bancarias de las personas naturales o jurídicas. Además se contempla la cooperación internacional, estableciendo el intercambio de información a solicitud de país extranjero. Este último proyecto requiere un análisis profundo y genera desde un primer momento cuestionamientos por su potencial afectación del derecho a la intimidad de las personas y la protección de los datos personales, así como a la garantía constitucional del debido proceso.

Fundamento y reconocimiento del secreto bancario en nuestro ordenamiento jurídico

Existen diversas teorías que justifican esta institución², no obstante, para los fines de esta exposición nos referiremos sólo a la teoría que es generalmente aceptada en Chile. Al no existir, en muchos casos, un dato normativo específico en qué fundar el secreto bancario, se ha concebido como un verdadero derecho de la personalidad, en la perspectiva del reconocimiento de un derecho general de cada uno a la intimidad. El cliente, en cuanto titular de un derecho a la intimidad, tiene el poder de pretender la máxima discreción en torno a los hechos que él ha confiado a la banca, a exigir una defensa de

2 Vergara, Alejandro: "El secreto bancario", Editorial Jurídica, Santiago, 1990, pp. 23-45. De acuerdo a este autor existirían las siguientes teorías: A. Uso, entendido como "la forma del derecho consuetudinario inicial de la costumbre, menos solemne que ésta y que suele convivir como supletorio con algunas leyes escritas". Así, el uso se encontraría en una categoría inferior a la costumbre. No obstante, este uso obligaría a la banca al secreto, el cual, por tanto, ha terminado por ser habitual, transformándose en costumbre jurídica, en cuanto aparece como fruto de la efectiva observancia de una norma tácitamente puesta por la voluntad colectiva. B. Contrato, en este caso se predica que frente a la ausencia de norma, el origen del secreto bancario no se encuentra ya en la costumbre, sino en el contrato que liga al cliente con el banco, y precisamente de esa obligación emana una cláusula que incluye el deber de confidencialidad por parte de la institución financiera. Esta doctrina postula que dentro de la obligación principal que se señala en cada contrato, se incluya una obligación accesoria de mantener en secreto los antecedentes otorgados por los clientes. C. Secreto Profesional Esta idea perseguiría el balance entre el interés público y privado, siendo necesario adecuar la noción de secreto profesional a las nuevas exigencias de una sociedad en continuo desarrollo. Sería imperativo que el secreto bancario se considere secreto profesional, dada la especial relación que se establece con el banquero, caracterizada necesariamente por la confianza recíproca, que es elemento esencial del secreto profesional. Se sostiene que la banca se parece a un servicio público al que las personas están obligadas a recurrir, especialmente las empresas por ser el crédito indispensable para la vida de los negocios, luego ciertos secretos son necesariamente confiados a los profesionales de la banca, que deben, por tanto, estar sujetos al secreto profesional.

su intimidad, aunque sea de un carácter meramente económico. La confianza que han depositado los clientes en los bancos, en cuanto a que éstos guardarían su intimidad, es lo que ha permitido a estas entidades adquirir un papel central en la recolección de antecedentes económicos de las personas que recurren a ellos. La naturaleza jurídica de este sigilo se convirtió en una obligación absoluta para los bancos, teniendo primeramente su fuente principal en el contrato o en el uso. Lo íntimo de cada persona es todo aquello que los demás no pueden invadir ni siquiera tomando conocimiento de ello. Los demás no tienen derecho a conocer ni adentrarse en mi intimidad; pero si alguna persona toma conocimiento de aquello, le surge el deber de secreto. Luego, el derecho no permite que lo íntimo de cada uno sea conocido por los demás, pero si en razón de una relación contractual se toma conocimiento de ello, entonces surge el deber de secreto respecto de lo que se ha conocido, no siendo lícito comunicarlo a los demás³. En consecuencia, el aspecto económico o patrimonial forma parte de la intimidad de las personas que resguardan los derechos de la personalidad, se incluyen dentro de la intimidad de los ciudadanos todas las noticias o hechos respecto de su patrimonio, como dato puesto necesariamente en conocimiento de los banqueros, intimidad económica o patrimonial que, por aplicación del secreto bancario, éstos no podrían dar a conocer a terceros.

En Chile actualmente existe una consagración expresa del secreto bancario. El derecho a la intimidad se encuentra reconocido en nuestra constitución en el artículo 19 N°5, estableciendo que “*La Constitución asegura a todas las personas: (..) 5° La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*”. En lo referente al secreto bancario, es la intimidad o privacidad del cliente lo que está en juego, aunque en un aspecto económico. Es la persona, en cuanto titular del derecho, quien tiene el poder de pretender la máxima discreción en torno a los hechos que ha confiado a la banca. En consecuencia, dentro de la intimidad de las personas deben incluirse todas las noticias o hechos respecto de su patrimonio, intimidad económica o patrimonial que, como la información puesta necesariamente en conocimiento de los banqueros que, por aplicación del secreto bancario, éstos no pueden dar a conocer a terceros⁴.

3 Vergara (1990), p. 47

4 Vergara (1990), p. 49

La Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y de Cheques⁵, en su artículo 1º⁶ regula con amplitud el secreto bancario, estableciendo, además, sus limitaciones, es decir, las instancias en que opera el levantamiento de este secreto, exigiendo, en todos los casos, autorización judicial previa, quedando en evidencia la relevancia de esta institución en nuestro país y el carácter excepcionalísimo de su levantamiento. Las excepciones al secreto bancario, contenidas en este artículo, son respecto de: (1) el titular o de quien haya sido facultado expresamente por éste; (2) los Tribunales de Justicia en las causas civiles o criminales seguidas contra el titular; (3) el Ministerio Público, en sus investigaciones, previa autorización judicial; y (4) el Ministerio Público, también previa autorización judicial, en investigaciones seguidas contra empleados públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones.

Esta norma es un importante antecedente de la Ley General de Bancos que también se refiere al secreto bancario en su Artículo 154⁷ que contiene, por su parte, las siguientes excepciones al secreto bancario: (1) No opera respecto del titular, de quien él haya autorizado expresamente o de su representante legal (este último no estaba señalado en la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y de Cheques); (2) Se puede levantar en términos globales, para fines estadísticos o de información, cuando existe un interés público calificado por la Superintendencia (en esta parte es flexible, pues establece un criterio amplio y determinado por la Administración); (3) La Justicia ordinaria o militar pueden ordenar la remisión de los antecedentes sujetos a secreto, respecto de la parte o imputado, en causas seguidas ante ellos; y (4) El Ministerio Público, en sus investigaciones,

5 El DFL N°707 de 7 de Octubre de 1982, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de esta ley.

6 El artículo 1 de esta ley señala: “La cuenta corriente bancaria es un contrato en virtud del cual un Banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado. El Banco deberá mantener en estricta reserva, respecto de terceros, el movimiento de la cuenta corriente y sus saldos, y sólo podrá proporcionar estas informaciones al librador o quien éste haya facultado expresamente.

No obstante, los Tribunales de Justicia podrán ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador. Igual medida podrá disponer el Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, en las investigaciones a su cargo.

Con todo, en las investigaciones criminales seguidas contra empleados públicos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, el Ministerio Público, con autorización del juez de garantía, podrá ordenar la exhibición del movimiento completo de sus cuentas corrientes y de los respectivos saldos”.

podrán examinar o pedir los antecedentes sujetos a secreto bancario, previa autorización judicial. Acá se realiza una distinción respecto del secreto bancario, establecido en el inciso primero, y de la reserva bancaria, que está contenida en el segundo inciso. Esta distinción es importante, pues el secreto es absoluto respecto de las operaciones de colocación y captación, e incluso se establece una sanción penal en caso de infracción; mientras que la reserva bancaria se refiere a “las demás operaciones” en cuyo caso se podrá acceder demostrando interés legítimo y siempre que no sea previsible que dicho conocimiento provocará un daño patrimonial al cliente. Este aspecto es muy importante para poder adoptar una posición respecto a la autorización que actualmente se pretende entregar al SII para levantar el secreto bancario. Entonces, por un lado, queda claro que el legislador ha otorgado protección a la privacidad de las personas y por otro, que también debe defenderse el interés público, sobre todo en lo relativo a préstamos y riesgos bancarios. Con esto se busca equilibrar los intereses públicos y privados que están presentes en lo referido al secreto bancario.

Así lo han entendido también nuestros tribunales; emblemático es el caso “Chiofalo” que describiremos brevemente aquí por su relevancia. El Director de

7 El artículo 154 de esta ley señala: “Los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular, a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

Las demás operaciones quedan sujetas a la reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de estas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la Superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá para estos efectos.

En todo caso, los bancos podrán dar a conocer las operaciones señaladas en los incisos anteriores, en términos globales, no personalizados ni parcializados, sólo para fines estadísticos o de información cuando existe un interés público o general comprometido, calificado por la Superintendencia.

La Justicia ordinaria y militar, en las causas que estuvieren conociendo, podrán ordenar la remisión de aquellos antecedentes relativos a operaciones específicas que tengan relación directa con el proceso, sobre los depósitos, captaciones u otras operaciones de cualquiera naturaleza que hayan efectuado quienes tengan carácter de parte o imputado en esas causas u ordenar su examen, si fuera necesario.

Los fiscales del Ministerio Público, previa autorización del juez de garantía, podrán asimismo examinar o pedir que se les remitan los antecedentes indicados en el inciso anterior, que se relacionen directamente con las investigaciones a su cargo.”

la Dirección Metropolitana del SII mediante resolución, dispuso “por orden de director” que un funcionario investigara las cuentas corrientes de la recurrente. Previamente, se había delegado a los Directores Regionales del SII, la facultad del Director Nacional de ordenar el examen de las cuentas corrientes, cuando se estuvieran investigando infracciones a las leyes tributarias. En ese contexto se ordena el examen de las cuentas corrientes de la recurrente. Se interpone recurso de protección que no es acogido por la Corte de Apelaciones, resolución que es apelada ante la Corte Suprema. Ésta no devuelve la causa y entra inmediatamente a conocer del fondo del asunto. Pese a que el fallo no se pronuncia respecto del secreto bancario y se limita a referirse a la delegación de competencias realizada en el SII, concluye que no emanando el decreto que dispone el examen de la única autoridad autorizada para disponerlo, y debiendo, además, concurrir copulativamente los demás requisitos exigidos en el artículo 62, inciso 2º, del Código Tributario (relativo a los requisitos para realizar el examen de cuentas corrientes), *“se ha vulnerado la garantía constitucional de respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona, ya que sus documentos privados únicamente pueden registrarse en los casos y formas determinados por ley”*⁸. Es así como accede al recurso interpuesto y deja sin efecto el decreto del SII que habría autorizado tal examen. En fin, esta actitud de justificar la resolución del caso por otras vías diferentes al fondo mismo del asunto, pudiese ser demostrativo de que, como ha dicho Soto Kloss, *“el juez supremo ha preferido no profundizar en demasía en el llamado ‘secreto bancario’”*⁹, no obstante que, sea como sea, le ha prestado el necesario reconocimiento, fundamentación y defensa a tal institución.

En suma, el origen o fundamentación del secreto bancario se encuentra en el derecho a la intimidad o vida privada y este derecho sólo podrá ser limitado en los casos y forma que una ley lo señale.

Acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria

Es justo enfatizar que la propuesta original del Proyecto de Ley que establece normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria¹⁰, que presentó el Poder Ejecutivo era de corte más

8 Sentencia de la Corte Suprema de 19 de Junio de 1980, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, N°77, 1980, pp. 41-463. Coordinadora Arauco Malleco: “Las forestales tendrán que irse de nuestros territorios”, en periódico El Rodriguista, diciembre de 1997.

9 Soto Kloss, Eduardo: “El recurso de protección, orígenes, doctrina y jurisprudencia”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, p. 119.

10 Véase el Boletín N°6477-05 del Congreso Nacional.

bien maximalista, pues, desde nuestra perspectiva, colisionaba no sólo con el derecho a la intimidad, sino también con las normas del debido proceso¹¹. En efecto, basta con una lectura de esta propuesta para que quede de manifiesto la vulneración, primero, del derecho a la intimidad, mediante el levantamiento del secreto bancario por causas genéricas de la mayor amplitud, y, segundo, del debido proceso, por la fuerza que se le otorga al silencio como aceptación y por el establecimiento de requisitos, en la solicitud de levantamiento, que hacen ilusorio el ejercicio del derecho a defensa del titular de los datos a los que se pretende acceder. Esto último, porque por un lado, no se verifica la efectiva notificación de la parte requerida, privándosele con ello de toda posibilidad real de controvertir la solicitud, más aún, cuando consideramos que a raíz del mismo silencio que mencionábamos, la autoridad tributaria no necesita solicitar autorización judicial; y, por otro lado, porque al establecerse criterios tan amplios para que proceda la solicitud del SII, el Tribunal se ve altamente condicionado a dar lugar a dicha petición por cualquier causa, en la medida que no es posible argumentar en contra del ejercicio de una facultad fiscalizadora que, en sí misma, no es cuestionable.

Nuestro Tribunal Constitucional también ha entendido y reconocido el carácter indispensable que tiene el respeto de las normas del debido proceso para que dicho procedimiento sea constitucional, aun cuando, como en este caso, se trate de un procedimiento administrativo. Así, ha señalado que *“los principios contenidos en aquella disposición constitucional [Artículo 19 N° 3° de la Constitución Política de la República] rigen lo relativo al proceso racional y justo, cualquiera sea la naturaleza, el órgano o el procedimiento de que se trate, incluyendo los de índole administrativa, especialmente cuando se ejerce la potestad sancionadora o infraccional”*.¹²

No es muy difícil advertir que, en su redacción original, el proyecto vulneraba los principios de un proceso racional y justo, y por lo demás, bilateral, en la medida que la mera solicitud del SII, sin respuesta del titular, era causa suficiente para que el Banco estuviera obligado a levantar el secreto y proporcionar la información íntima patrimonial del requerido. En efecto, la laxitud con que se normaban las causales que hacían procedente la solicitud (“para la aplicación y fiscalización de las leyes tributarias”), a más de significar una extensión de las atribuciones del órgano respectivo (por cuanto no es posible

¹¹ En este punto el Mensaje señalaba lo siguiente: “ARTICULO ÚNICO.- Reemplázase el artículo

62 del Código Tributario, contenido en el artículo primero del Decreto Ley N° 830, de 1974, por el siguiente: Artículo 62.- (...) Para la aplicación y fiscalización de las leyes tributarias, así como para dar cumplimiento a un convenio internacional o a compromisos de intercambio de información a que se refiere el número 6 de la letra A del artículo 6°, el Servicio podrá requerir la información relativa a las operaciones bancarias de personas determinadas, comprendiéndose todas aquellas sometidas a secreto o sujetas a reserva.

Salvo los casos especialmente regulados en otras disposiciones legales, los requerimientos de información bancaria sometida a secreto o reserva que formule el Servicio, se sujetarán al siguiente procedimiento:

1°.- El Servicio notificará al banco, requiriéndole para que entregue la información dentro del plazo que ahí se fije, el que no podrá ser inferior a cuarenta y cinco días contados desde la fecha de la notificación respectiva. El requerimiento deberá cumplir, a lo menos, con los siguientes requisitos:

i) Contener la individualización del titular de la o las cuentas a que se refiere la información bancaria que se solicita;

ii) Señalar la designación de los períodos comprendidos en la solicitud, y

iii) Contener la referencia a si la información se solicita para los fines propios del Servicio, o para dar cumplimiento a un requerimiento efectuado por una autoridad tributaria extranjera.

2°.- Dentro de los cinco días siguientes de notificado, el banco deberá comunicar de la existencia de la solicitud del Servicio y su alcance al titular de la información requerida. La comunicación deberá efectuarse por carta certificada enviada al domicilio que tenga registrado en el banco o bien por correo electrónico, cuando así estuviera convenido o autorizado. Toda cuestión que se suscite entre el banco y el titular de la información requerida relativa a las deficiencias en la referida comunicación, o incluso a la falta de la misma, no afectarán el transcurso del plazo a que se refiere el numeral precedente.

3°.- Si no se formula oposición por parte del titular, o éste hubiese autorizado al banco a entregar información al Servicio, el banco deberá dar cumplimiento sin más trámite al requerimiento, dentro del plazo conferido.

4°.- Si el titular de la información requerida comunica su oposición al banco por escrito, dentro del plazo de diez días, el que empezará a computarse tres días después del envío de la carta certificada o del correo electrónico a que se refiere el numeral 2°, el banco no estará obligado a dar cumplimiento al requerimiento, a menos que el Servicio le notifique la resolución judicial que así lo autorice. (...)

(...) 5°.- El Juez Tributario y Aduanero resolverá la solicitud de autorización con citación del titular de la información, el cual tendrá el plazo de quince días para oponerse. En contra de la sentencia que se pronuncie sobre la solicitud procederá el recurso de apelación, el que deberá interponerse en el plazo de cinco días contados desde su notificación, y se concederá en ambos efectos. La apelación será tramitada en forma preferente en la Corte de Apelaciones competente. En contra de la resolución de la Corte, no procederá recurso alguno. El expediente se tramitará en forma secreta en todas las instancias del juicio.

6°.- Acogida la solicitud del Servicio por sentencia firme, el Servicio notificará al banco acompañando copia autorizada de la resolución del tribunal y otorgará un plazo de diez días para la entrega de la información solicitada.

7°.- El retardo u omisión total o parcial en la entrega de la información por parte del banco, será sancionado de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del número 1 del artículo 97 (...).” (Extracto del articulado propuesto, Boletín 6477-05, Mensaje inicial, 29 de Abril de 2009, 12 p. El subrayado es nuestro).

12 Considerando Séptimo de la Sentencia Rol 437 de 2005 del Tribunal Constitucional.

discutir jurisdiccionalmente si el SII está dando cumplimiento a su función propia, pues el acto de fiscalización no puede considerarse perjudicial por sí solo), implica también una muestra más del empecinamiento tradicional de la administración en obtener privilegios procesales frente a los individuos. Privilegios que no es fácil defender desde una perspectiva teórica. De ahí surge la necesidad de establecer causales que restrinjan y permitan tener claridad respecto del motivo específico que hace necesario contar con dicha información, no bastando con un propósito genérico de fiscalización, pues aquí lo que se encuentra en discusión es, en definitiva, el respeto de garantías fundamentales reconocidas y consagradas en el más alto nivel jerárquico de nuestro ordenamiento jurídico.

Como era previsible, durante la tramitación legislativa primó la sensatez y la forma original del Proyecto fue alterada, estableciéndose mayores exigencias para la procedencia de la solicitud, por un lado, y exigiéndose un control jurisdiccional efectivo de la misma, por el otro. En su redacción final, tras su discusión en la Cámara de Diputados¹³, el Proyecto establece que será la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, la que, cuando se encuentre recopilando información a propósito de un contribuyente y en los casos en que sea necesario verificar la veracidad e integridad de sus declaraciones de impuestos o la falta de ellas, podrá requerir información de las cuentas corrientes del mismo. Además, el proyecto establece requisitos de procedencia de la solicitud más exigentes para que sea procedente el levantamiento del secreto bancario, y señala que cuando exista oposición del contribuyente, el juez resolverá con el sólo mérito de los antecedentes que acompañen las partes. Por supuesto, esta redacción presenta avances significativos respecto de la original, sin embargo, subsisten algunas deficiencias no menores en la forma como se plantea la modificación. Así, y pese a que existen innegables progresos en el resguardo de la bilateralidad de la audiencia y el debido proceso, los resguardos aún parecen insuficientes. En efecto, consideramos que cuando el proyecto señala que *“la solicitud del SII deberá presentarse con los antecedentes que sustenten el requerimiento y que justifiquen que es indispensable contar con dicha información para determinar las obligaciones tributarias”*¹⁴, se está arriesgando la indefensión del contribuyente, por cuanto es sustancialmente im-

13 Véase el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados, para el proyecto de ley Boletín N°6477-05, de 4 de Agosto de 2009.

14 Considerando Décimo de la Sentencia Rol 437 de 2005 del Tribunal Constitucional.

sible para él mismo cuestionar la atribución fiscalizadora del servicio -como se señaló ella no puede ser considerada de suyo mala y, por ende, en términos jurídicos no puede lesionar bienes jurídicos en tanto no exceda sus competencias- y es materialmente imposible controvertir el aserto de ser indispensable la información bancaria para determinar sus obligaciones tributarias.

Comentario Final

El Servicio de Impuestos Internos ha sido enfático en orden a señalar que la aprobación de esta iniciativa favorece el control de la evasión tributaria por dos vías: como un mecanismo de control de evasión directa y como un factor disuasivo para los contribuyentes que omiten declaraciones menores. De este modo, el proyecto permitiría reducir el círculo de pagos al margen de la tributación, por ejemplo el cobro de servicios sin entregar boleta. La sola aparición de esta herramienta, se esgrime invocando un argumento pragmatista, puede aumentar dos puntos porcentuales la recaudación, lo que podría equivaler a unos 700 millones de dólares¹⁵.

Más allá de los innegables beneficios que reporta una mejor y más eficaz recaudación tributaria, es importante hacer notar que mayores atribuciones al servicio de impuestos internos no pueden fundarse exclusivamente en consideraciones de carácter utilitario para atropellar garantías fundamentales. Como vemos, el criterio general que habilita para solicitar el levantamiento del secreto bancario, hace del control judicial propuesto solo una formalidad para cumplir con lo exigido por el Tribunal Constitucional, pero no una garantía de fondo, esto, porque frente al señalamiento de esa motivación el juez no tendrá los elementos de juicio suficientes para negarse a la solicitud. De aquí que sea fundamental incorporar como requisito para el levantamiento del secreto bancario, que la resolución del Tribunal que autoricen el levantamiento del secreto bancario tenga el carácter de fundada, toda vez que, sólo con los fundamentos de la sentencia es posible para el afectado tener mayor seguridad acerca de los criterios que se tuvieron en cuenta a la hora de aceptar la solicitud y poder, en caso de no estar de acuerdo, interponer los recursos que la ley le otorga. Además, esta manera de resolver las contiendas permitirá la creación de una jurisprudencia que puede ser muy rica en contenido y una eficaz fuente de reforzamiento de las garantías fundamentales de la persona individual frente a las actuaciones de la Administración pública.

15 Cifra entregada por el Director del SII en reunión con la Comisión Económica de la UDI, realizada en Junio de 2009.

¿Qué tan restrictiva es la Ley de Presupuesto?

• 28 de octubre de 2009 •

La Ley de Presupuesto tiene por objetivo delimitar, año a año, el gasto público. Desde el punto de vista normativo, su aprobación debe ceñirse al principio de legalidad presupuestaria establecido en la Constitución, en virtud del cual todo gasto fiscal debe ser aprobado por ley. Sin embargo, diversas normas legales han otorgado cierta unilateralidad al Ejecutivo para decidir sobre la materia. En concreto, es posible modificar y reasignar gasto sin necesidad de aprobación legal ni conocimiento por parte del Congreso Nacional. Lo anterior, a nuestro juicio, genera espacios para una excesiva flexibilidad presupuestaria que, entre otras cosas, pone en peligro la credibilidad de nuestra política de superávit estructural.

Introducción

Todos los años, entre los meses de septiembre y noviembre, nuestro poder legislativo ejerce su rol fiscalizador tramitando la Ley de Presupuesto de la Nación. Tal trámite genera un encendido debate en el cual el Ejecutivo debe dar cuenta de la manera en que ha administrado y gastado los recursos de la Nación.

La idea primordial de la Ley de Presupuesto es dar un marco normativo que permita un responsable, eficiente y oportuno gasto de los recursos públicos, manteniendo una fiscalización aguda por parte del Poder Legislativo, así como un cuidado de los equilibrios macroeconómicos del país.

Sin embargo, en los últimos años hemos visto significativas diferencias entre los presupuestos aprobados por el Congreso y los presupuestos efectivos y vigentes que se han ejecutado. Así como el presupuesto de la Nación es aprobado año a año mediante una ley, otras leyes pueden modificar el nivel de gasto del país mientras el Poder Legislativo así lo establezca. Más aún, existen variadas excepciones que permiten aumentar el gasto sin necesidad de aprobación legal. Lo anterior, más allá del cuestionamiento de tales mecanismos legales –los que pueden ser fundados e incluso necesarios– muestra que el diseño normativo presupuestario genera espacios de acción al Ejecutivo que limitan la capacidad restrictiva y, por tanto, el valor normativo de la Ley de Presupuesto de la Nación.

El objeto de este trabajo es entregar una visión integral del marco jurídico–político y técnico–económico del proceso presupuestario en nuestro país, así como proporcionar cierta información que ilustra el problema de la capacidad de restricción de la Ley de Presupuesto. La discusión sobre la conveniencia de un marco presupuestario más rígido o más flexible no es abordada de manera sustantiva por este documento.

Marco legal de la Ley de Presupuesto de la Nación

El marco normativo fundamental de la Ley de Presupuesto está en el artículo 67 de la Constitución Política de la República y en el Decreto Ley N°1263, Orgánico sobre Administración Financiera del Estado de 1975. Por el marco normativo fundamental entendemos, primero, el hecho que el Congreso Nacional es quien debe aprobar todos los años la Ley de Presupuesto presentada

por el Ejecutivo y segundo, que sus atribuciones sólo contemplan la posibilidad de aprobar o rechazar el presupuesto propuesto, pero no la opción de aumentar el gasto. Esta premisa legal –que impide al Poder Legislativo aumentar el gasto propuesto por el Presidente– se desprende, con anterioridad a lo establecido en la misma Constitución sobre la iniciativa exclusiva del Presidente en ciertas materias de ley, de aquellas que afectan la administración financiera o presupuestaria del Estado. Un tercer principio normativo de la administración financiera del Estado se refiere a que cualquier gasto aprobado debe indicar los recursos con los que se financiará, sean éstos de propio financiamiento o mediante deuda pública.

Por su parte, la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional entrega elementos formales sobre el trabajo de ambas Cámaras con relación al presupuesto, creando la Comisión Especial Mixta de Presupuesto y las subcomisiones respectivas. Además, otorga al Presidente de la República la facultad de observar el proyecto aprobado por el Congreso en caso de no estar de acuerdo con alguna de sus disposiciones o cantidades.

El Decreto Ley N°1.263, Orgánico sobre Administración Financiera del Estado –en lo medular y de interés– es el cuerpo legal que establece los criterios específicos sobre la capacidad del Ejecutivo de sumar recursos adicionales a los aprobados en la respectiva Ley de Presupuesto. La regla general es que mayores recursos deben ser aprobados mediante ley, pero establece ciertas excepciones. Así, en su artículo 26 se dice que sólo por ley podrá autorizarse el incremento de las sumas globales de gasto que la Ley de Presupuesto fija anualmente, dando la opción a establecer ciertos márgenes de mayor gasto en activos no financieros que no necesitarán de la aprobación legal¹. Asimismo, el artículo 28 del DL 1.263 permite exceder el gasto sin necesidad de aprobación legal para el cumplimiento de sentencias ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente, para la devolución de impuestos, contribuciones y derechos que el Estado deba reintegrar, para atender el servicio de la deuda pública y para el pago de gastos de previsión social², estableciendo que el mayor gasto por estos conceptos deberá ser financiado con reasignación presupuestaria o mayores recursos.

1 Artículo 26 del DL N°1.263. Actualmente la ley establece un mayor gasto de hasta un 10% por sobre el presupuesto aprobado en activos no financieros.

2 Además se establece que el mayor gasto se deberá financiar con reasignaciones presupuestarias o bien con mayores ingresos. Para el caso de pagos relacionados con previsión social, tal problema fue resuelto con la creación del Fondo de Reserva de Pensiones.

Hasta ahí llega el marco normativo general. Luego, es necesario precisar ciertos aspectos que la misma Ley de Presupuesto establece en relación al gasto público. Estas disposiciones son aprobadas año a año por cuanto son parte del articulado de la Ley de Presupuesto. Así, el artículo 4 de la actual Ley de Presupuesto establece ciertas excepciones a lo dispuesto en el artículo 26 del DL 1.263, más allá de las establecidas en el artículo 28 del mismo cuerpo legal³. De esta manera, se permite al Ejecutivo ejecutar un mayor gasto al aprobado sin necesidad de autorización por ley para aquellos gastos provenientes de mayores ingresos por concepto de un mayor saldo inicial en caja, de ventas de activos financieros, de ingresos propios asignables a prestaciones y de recursos provenientes de fondos concursables de entes públicos. De igual manera, se establece que aquellos mayores gastos aprobados por leyes de años anteriores –que no hubieren sido incluidos en la Ley de Presupuesto– se sumarán al presupuesto vigente sin necesidad de reasignación presupuestaria⁴.

De la síntesis anterior se desprenden tres elementos necesarios de atender. El primero es que el marco normativo presupuestario de Chile se rige de manera general por el principio que mayores gastos deben estar siempre financiados ex ante. Segundo, el Ejecutivo dispone de varias herramientas, establecidas por ley, que le permiten aumentar el gasto público de manera unilateral sin recurrir al Poder Legislativo. Por último, dentro de las fuentes financieras del Estado existe una inexplicable asimetría entre aumentar deuda o disminuir ahorro, ambos mecanismos que tienen exactamente el mismo efecto en el balance financiero del gobierno. Respecto del segundo y tercer punto, entendiendo que en términos generales existen dos maneras de financiarse –con recursos propios o a través de emisión de deuda– ambos mecanismos deberían estar sujetos a las mismas condiciones. Lo anterior cobra vital importancia si consideramos que el Tesoro Público Administra cuantiosos recursos entre el Fondo de Reserva de Pensiones y el Fondo de Estabilización Económica y Social, todos recursos que, dadas ciertas circunstancias, no necesitan de aprobación legal para su giro corriente.

Por último, como antecedente legal y constitucional, en abril de 1997 el Tribunal Constitucional falló en contra de un recurso interpuesto por 10 senadores de la República. Tal recurso se fundaba en considerar inconstitucional el DS

3 Ley de Presupuesto de 2009.

4 Reasignación presupuestaria se refiere a los movimientos de recursos entre partidas de tal manera que la suma se mantenga inalterada.

Nº1.679 sobre normas de flexibilidad presupuestaria, norma legal que estaría amparada en el artículo 26 del DL Nº1.263. Tal artículo, autoriza al Presidente de la República para que, por decreto, pueda dictar normas sobre traspasos, incrementos o reducciones y demás modificaciones presupuestarias. El argumento del recurso planteaba que el DS Nº1.679, amparado en el mencionado artículo, violaba el principio de legalidad presupuestario establecido en la Constitución. La decisión del tribunal fue rechazar el recurso planteando que el decreto en cuestión no establecía ninguna modificación a los gastos contenidos en la Ley de Presupuesto y que solamente señalaba procedimientos para llevar a efecto modificaciones presupuestarias. Luego, estos principios y los preceptos constitucionales sólo podrían verse afectados al poner en ejecución el referido decreto.

Elementos técnicos relativos a la Ley de Presupuesto de la Nación

Habiendo esclarecido los elementos jurídico-políticos en los que se enmarca la discusión presupuestaria y la administración financiera del Estado, es necesario indagar sobre ciertos elementos de carácter técnico de gran relevancia.

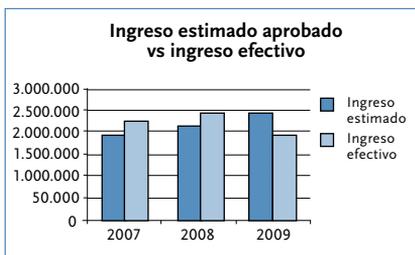
En la práctica, el presupuesto se construye en base a estimaciones tanto de ingresos como de gasto. Lo anterior da lugar a diferencias –las que pueden ser significativas– entre los ingresos estimados y efectivos. Las diferencias entre lo proyectado y lo efectivo se pueden deber a factores de carácter económico. Desde este punto de vista, una mayor o menor recaudación tributaria, así como diferencias en el precio del cobre, afectan considerablemente los ingresos generales de la Nación y, por lo tanto, la posición deudora neta del Estado⁵. Asimismo, la inflación tiene un rol fundamental. Para la elaboración de la Ley de Presupuesto, el Ejecutivo –específicamente la Dirección de Presupuesto– debe hacer ciertos supuestos sobre la economía que afectan decididamente los montos de gasto efectivo. Así, una inflación efectiva menor a la proyectada aumenta el valor real del presupuesto y, por ende, la capacidad de compra del gasto público, aumentando por tanto el gasto efectivo. Por el contrario, una inflación efectiva mayor a la proyectada restringe la capacidad adquisitiva de los gastos aprobados en la ley y disminuye el presupuesto. Sin ir más lejos, para el presupuesto de 2009, la DIPRES estimó una inflación promedio de 4,5%, la que en definitiva será cercana al -0,8%. Tal diferencia aumenta el presupuesto

⁵ Si los ingresos corrientes son menores a los proyectados será necesario emitir deuda o bien girar parte de los ahorros fiscales.

efectivo en la diferencia entre proyección y valor efectivo, o sea en 5,3%. Sin embargo, las diferencias entre proyección del precio del cobre y precio efectivo, sumado a la menor recaudación que originó la crisis subprime contrarrestaron tal diferencia, dejando el balance de gobierno con un déficit corriente de 3,6%.

La flexibilidad presupuestaria en contexto

Pasada gran parte de la ejecución del presupuesto correspondiente al año 2009, es posible hacer un análisis desde el punto de vista de interés. Para este año se aprobó un gasto total estimado de MM\$20.673.642 e ingresos por MM\$ 24.273.405 lo que arrojaba un superávit corriente de 3,7% del PIB. Sin embargo, los menores precios efectivos del cobre, sumado a los efectos de la crisis, se tradujeron en menores ingresos fiscales, los que se espera sean de MM\$18.976.105. Asimismo, la necesidad de estímulos fiscales para palear los efectos recesivos de la crisis hicieron que el gasto efectivo aumentara considerablemente por sobre el proyectado, llegando a MM\$ 22.077.384. Lo anterior llevó a un déficit corriente de 3,6% del PIB⁶. En definitiva, los ingresos de la Nación fueron menores a los aprobados por un monto de MM\$5.297.299 y los gastos fueron mayores por MM\$1.458.926.



Si analizamos los presupuestos aprobados y ejecutados en 2008 y 2009 observamos siempre un gasto efectivo mayor al gasto aprobado en la ley. Sin embargo, en 2009 la situación es aún más apremiante si consideramos la significativa caída de los ingresos proyectados, lo que como indicamos anteriormente generó un importante déficit corriente.

6 El mayor gasto responde principalmente al plan de estímulo fiscal anunciado en enero de este año, el plan procrédito de marzo, el plan proempleo y capacitación de abril.

Este escenario debemos ponerlo en el contexto de la política de balance estructural que ha llevado Chile durante más de 20 años. La idea de seguir alguna regla de balance estructural es generar un patrón de gasto de gobierno estable en torno a los ingresos esperados de largo plazo del Estado. Para el caso de Chile, desde que se anunció formalmente esta política, el balance fiscal debía arrojar un saldo a favor equivalente al 1% del PIB. Esta meta luego se disminuyó a un 0,5%, para luego en 2009 establecer solo un balance. Más allá del monto del superávit, lo que interesa, desde el punto de vista macroeconómico, es el hecho de cumplir las metas fijadas. Si bien la regla de superávit no tiene carácter legal de ningún tipo, si es considerado un compromiso relevante por parte del Ejecutivo, sobre el cual el Poder Legislativo se basa y confía a la hora de la tramitación presupuestaria. Sin ir más lejos, previo al inicio de la tramitación legal del presupuesto, el Ministro de Hacienda presenta al Congreso Nacional el Informe de Finanzas Públicas, en que se presentan las estimaciones de ingreso y gasto, las que deben llegar a la meta establecida. Es en base a tales montos y compromisos sobre los que se aprueba la ley.

Comentarios finales

Nuestra Constitución Política establece, claramente, el principio de legalidad presupuestaria en virtud del cual sólo mediante la aprobación de una ley es posible alterar la administración financiera del Estado. Si bien ese es el principio general, lo expuesto en este trabajo nos indica que dentro del margen de la Ley de Presupuesto, el Ejecutivo tiene un amplio campo de acción, no sólo en la reasignación presupuestaria entre diferentes partidas, sino también en la opción de aumentar el gasto. Más allá de la constitucionalidad del marco legal que da esas opciones –la que está avalada por la sentencia del Tribunal Constitucional rol N°254 de 1997– el tema debe ser analizado, primero desde la perspectiva del Poder Legislativo en el proceso presupuestario y segundo desde la perspectiva macroeconómica.

Respecto de lo primero, incluso aceptando la necesidad de flexibilidad presupuestaria del Ejecutivo, no parece sensato que el Congreso quede completamente ajeno a tal proceso. Los decretos en virtud de los cuales se lleva a cabo tal flexibilidad debieran ser informados de manera oportuna al Poder Legislativo –en este caso– a la Comisión Especial Mixta de Presupuesto. Lo anterior en razón a que, si bien el fallo del Tribunal Constitucional antes citado establece que las normas de flexibilidad presupuestaria aprobadas mediante decreto supremo por el Ministerio de Hacienda no dan lugar a su inconstitucionalidad

debido a que sólo determinan procedimientos, es también claro en señalar que las normas que se dicten en virtud de tal decreto sí se deben ajustar al principio de legalidad presupuestaria. Ahora, sobre la dimensión económica del problema, es necesario establecer reglas que den señales claras a los agentes económicos sobre cual será el rol del Estado en la economía. Esto nos pone ante dos alternativas. Una es generar mecanismos de control que garanticen el cumplimiento de la regla. La segunda es sencillamente cambiar el actual entendido sobre la regla de superávit fiscal por otro de mayor flexibilidad. Nada peor que hacerse trampa en el solitario.

Protección al consumidor: ¿avanzamos en el camino correcto?

• 6 de enero de 2010 •

La protección al consumidor siempre es vista como un ámbito donde es necesario hacer reformas para que sea realmente efectiva. Sin embargo, es necesario hacer un análisis para determinar dónde se encuentran los problemas reales, con el objeto de no convertir a la ley en una mezcla de soluciones a problemas puntuales, sino que en un buen catálogo general de derechos y obligaciones. Existe responsabilidad compartida tanto de la ley, como de los consumidores, proveedores y de la autoridad, que hacen que mucha veces no se encuentre la protección que esperamos que exista.

La protección al consumidor en el derecho chileno es bastante nueva. La primera ley que protege al consumidor propiamente tal se dicta el año 1983, existiendo anteriormente solo normas dispersas que se referían, principalmente, a los derechos de los consumidores, pero siempre relacionado con atribuciones que tenían diferentes organismos¹. A partir de la década del 80 se comienza a estructurar una normativa orgánica de protección al consumidor, la cual ha sido objeto de una serie de modificaciones, pero manteniendo claramente el estilo proteccionista más que el fomento a la libertad y a la responsabilidad en la toma de decisiones de consumo.

La definición de consumidor es aún más nueva en la legislación, ya que las primeras normas solo se contenían los derechos de éstos, pero sin delimitar quién se entendía como consumidor. Ya al consagrarse la noción, recién en el año 1997, se puede determinar de mejor manera a quiénes se les considera como tales, pero no sin dejar ciertos espacios para dudas. Sin perjuicio de ello, en general, la definición que ha adoptado la legislación sigue con la tendencia mundial de considerar como consumidores a quienes son destinatarios finales de bienes o servicios.

La misma línea anterior ha seguido la delimitación del ámbito de aplicación de la ley, pero esta vez sí se trata de una materia que ha tenido más modificaciones y que en su aplicación práctica ha dado lugar a diferentes interpretaciones. Efectivamente, se comenzó con un ámbito de aplicación bastante restringido, pero de a poco se ha ido ampliando, estableciendo excepciones a dicha regla general.

Ahora bien, solo si combinamos el concepto de consumidor con el ámbito de aplicación práctica de la ley podemos determinar fehacientemente a quiénes protege tanto la propia Ley de Protección al Consumidor (LPC) como las demás leyes especiales que son complementadas de forma supletoria por la LPC. Dentro de este campo encontramos, por ejemplo, los casos de salud, vivienda, educación y seguros, entre otros, donde la LPC será aplicable solo para algunos, mientras que para otros, por no calificar dentro de los requisitos de aplicación de la ley, se deben aplicar las normas del derecho común ya sea civil o mercantil, dependiendo de quienes sean los sujetos afectados.

¹ Por ejemplo, el Decreto con Fuerza de Ley N°242, de 30 de marzo de 1960, aprueba la Ley Orgánica de la Dirección de Industria y Comercio, quien tenía entre sus atribuciones recibir denuncias de los consumidores, comprobar su veracidad y, si era procedente, sancionar al infractor, entre muchas otras.

Sin perjuicio de las definiciones y las delimitaciones del ámbito de aplicación de la ley, siempre existe entre la gente un sentimiento generalizado de que proveedor = abusador, consumidor = abusado. La duda que surge es si esto es un problema de la ley, de los proveedores o simplemente de los consumidores que, desconociendo sus derechos, no los hacen valer. No cabe duda que la mejor respuesta es la combinación de todos los factores anteriores, pero para saber qué cuota de responsabilidad le cabe a cada cuál, analizaremos cada uno por separado.

Profundidad de la ley

Como ya se ha esbozaba anteriormente, con la última modificación a la LPC su ámbito de aplicación se vio ampliado. Sin perjuicio de ello, otro elemento importante a tener en cuenta son los derechos protegidos y frente a los cuales se puede reclamar.

La ley, en su artículo 2, señala los casos a los cuales les serán aplicables sus normas. Sin embargo, dicha norma contiene una cláusula general de aplicación de la ley y casos especiales en los cuales, independiente si se cumple o no con la cláusula general, la ley también se les aplicará.

La norma general señala que la ley se aplicará a los actos jurídicos que, de conformidad a lo preceptuado en el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor. Se requiere, entonces, de un consumidor², un proveedor³, la celebración de un acto mixto y que no se trate de los casos expresamente exceptuados⁴.

Además de los casos en que se cumplen los requisitos de aplicación general de la ley, existen ciertas materias en las cuales, independiente del cumplimiento de los requisitos, se aplica la ley. Dos de los casos son específicos y ya se encontraban contenidos en la ley original. Se trata de la comercialización de sepulcros

2 “Las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, bienes o servicios”.

3 “Las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa. No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente”.

y sepulturas, y los actos o contratos en que el proveedor se obligue a suministrar al consumidor o usuario el uso o goce de un inmueble por períodos determinados, continuos o discontinuos, no superiores a tres meses, siempre que lo sean amoblados y para fines de descanso o turismo. En ambos casos, de ceñirnos a la cláusula general, no se aplicaría la LPC, ya que se trata de actos que recaen sobre inmuebles y no se daría el supuesto del acto mixto. Sin embargo, el legislador quiso dejarlos incluidos por reconocer el propósito mercantil lucrativo que hay en ellos para el proveedor y la particularidad del contrato para el consumidor y considerando que, de no incluirse, cualquier problema que se suscite en ellos quedaría cubierto solo por las normas y procedimientos generales.

Con la modificación a la ley de 2004, se incluyen 3 nuevos casos especiales. En primer lugar, se encuentran los contratos de educación. En principio, y tal como lo ha señalado la jurisprudencia en varias ocasiones⁵, en general, los contratos de educación son actos mixtos, ya que se entiende que los prestadores de servicio educacionales, en la medida que cobren a sus alumnos por dicho servicio, están realizando una actividad mercantil, contrato que para los alumnos será siempre civil. En virtud de ese principio, podríamos descartar solo la educación pública como acto mixto, en la medida que los usuarios de ella no pagan una contraprestación directa por el servicio. Por tanto, la inclusión expresa que hace la ley viene a reconocer solo este último caso.

Sin embargo, la incorporación de los contratos educacionales que podría haber sido visto como un beneficio, por regla general no va a ser así. Efectiva-

4 La LPC establece que no se aplicará en los casos en que exista ley especial. Sin embargo, a pesar de ello, habrá casos en que ésta siempre se aplicará, que será cuando existan vacíos en dicha legislación especial. En definitiva, la LPC tendrá una aplicación supletoria respecto de toda norma especial que regule relaciones entre proveedores y consumidores.

Adicionalmente, hay dos campos donde siempre se pueden aplicar las normas de la LPC y será:

- respecto de la aplicación del procedimiento de las causas donde esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores y su derecho a ser indemnizado mediante esa vía.
- respecto del derecho de los consumidores para utilizar el procedimiento especial establecido en la LPC para ser indemnizado de cualquier perjuicio surgido del incumplimiento de una obligación contraída por un proveedor, siempre que en la ley especial no haya un procedimiento.

5 Las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago en las causas Rol N°7989-2004 y N°7708-2004 así lo confirman al disponer que el hecho que el Código de Comercio no haya incluido la prestación de servicios educacionales entre los actos señalados a título ejemplar como actos de comercio, no quiere decir que no lo sean, ya que en la medida que se cobre por ellos una remuneración, cabrían dentro del tipo que contiene los actos realizados por empresas que tienen por objeto prestar servicios mediante una remuneración.

mente, dejando fuera el caso de la educación pública, la ley le era aplicada en su integridad antes de la reforma a los contratos de educación, cosa que, como veremos, ahora no es así.

En concreto, y de acuerdo a la enumeración que hace la norma, las disposiciones que se aplican a los contratos educacionales son las siguientes: normas sobre contratos de adhesión; normas sobre información y publicidad y promociones y ofertas; infracción de cobro de precio superior al exhibido, informado o publicitado; monto de las multas en caso de infracciones; plazo de prescripción de las acciones y sanciones; reglas respecto de la forma de realizar las restituciones pecuniarias; normas sobre cobranza extrajudicial; y, facultad de los usuarios para recurrir ante los tribunales correspondientes, conforme a los procedimientos que la ley establece, para hacer efectivos los derechos que las normas antes citadas les confieren.

En consecuencia, en el ámbito de la educación, podemos advertir que la protección a los consumidores se va visto disminuida con las modificaciones a la ley, dejando fuera, además, a la educación pre-básica, ya que ésta no fue incluida en la lista que establece la norma⁶.

En segundo lugar, se incluyeron específicamente los contratos de venta de viviendas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y por los Servicios de Vivienda y Urbanización, salvo en lo que diga relación con la calidad de la construcción. Antes de la inclusión expresa de estos contratos, ellos solo estaban protegidos en la medida que fueran realizados por una empresa de construcción de inmuebles por adherencia, ya que es el único caso relacionado con inmuebles donde existe un acto de comercio y podría calificarse el acto como mixto (cuando el comprador fuera civil).

Actualmente, quedan dentro de la aplicación de la ley las ventas realizadas por empresas constructoras, inmobiliarias y los Servicios de Vivienda y Urbanismo. Lo que queda fuera de la aplicación de la ley son las ventas de viviendas realizadas por particulares o por empresas que no sean las que se señalan expresamente. Los demás contratos que dichas empresas puedan realizar respecto de inmuebles quedarán fuera, como es el caso, por ejemplo, de una inmobiliaria que en lugar de dedicarse a la venta de las propiedades se dedica a arrendarlas.

⁶ “Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: d) Los contratos de educación de la enseñanza básica, media, técnico profesional y universitaria (...)”.

Debe tenerse en cuenta que la ley solo habla de contratos de venta de vivienda, dejando fuera al resto de los inmuebles (por ejemplo, las oficinas y locales comerciales). El fundamento para ello radica en la necesidad de que, aunque se incluyan excepciones, se debe mantener el espíritu de la legislación en orden a que quienes se protegen son los consumidores en cuanto a su ámbito privado y no al comercial.

Finalmente, se incluyen los contratos de salud⁷. Sin embargo, dada la redacción de la norma, y las exclusiones que señala, serán muy pocos los casos en que esta se aplique. En efecto, no se aplica la ley en lo relativo a las prestaciones de salud ni a su calidad. Pero, ¿qué se entiende por prestaciones de salud? En general, pareciera que las prestaciones de salud son los actos efectuados directamente por los médicos, tales como consultas y procedimientos ambulatorios y quirúrgicos. En definitiva, el principal servicio de salud no queda cubierto y menos aún la calidad de éste.

Tampoco se aplica la ley en todo lo relacionado con el financiamiento de las prestaciones a través de fondos o seguros de salud, quedando fuera Isapres y Fonasa.

Respecto de la acreditación y certificación de los prestadores de salud, ello tampoco queda cubierto. Sin embargo, es una de las materias donde no existe una relación directa entre consumidor y proveedor que pueda causarle perjuicios a éste último.

Un ámbito donde podría aplicarse es en la relación entre pacientes y clínicas y hospitales, en todo aquello que no esté relacionado con las exclusiones. Por ejemplo, se aplicaría en lo relativo a los servicios prestados por el establecimiento, como alimentación. Además, la jurisprudencia ha reconocido que se puede aplicar a los errores administrativos que surgen con ocasión de exámenes de laboratorio.

7 “Quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: f) Los actos celebrados o ejecutados con ocasión de la contratación de servicios en el ámbito de la salud, con exclusión de las prestaciones de salud; de las materias relativas a la calidad de éstas y su financiamiento a través de fondos o seguros de salud; de la acreditación y certificación de los prestadores, sean éstos públicos o privados, individuales o institucionales y, en general, de cualquiera otra materia que se encuentre regulada en leyes especiales”.

En definitiva, la aplicación de la ley en los casos de salud es exageradamente restrictiva y pareciera ser que son muy pocos los escenarios frente a los cuales los consumidores quedan protegidos.

Respecto de la protección concreta que se da a los consumidores a través de sus derechos, la ley establece un catálogo de derechos generales y luego una serie de obligaciones para los proveedores que, de no cumplir, arriesgan una sanción pecuniaria, además de tener que indemnizar a los consumidores en los casos en que sea procedente.

Dentro de los derechos encontramos la libre elección de los bienes o servicios, la información sobre los principales aspectos de éstos, la prohibición de discriminar arbitrariamente, la seguridad en el consumo y protección de la salud y el medio ambiente, el derecho a la reparación e indemnización en los casos en que sea necesario y la educación para el consumo responsable.

Posteriormente, la ley establece obligaciones concretas que deben cumplir los proveedores en los diferentes ámbitos y una serie de infracciones, con la correspondiente sanción que llevan aparejadas.

De este modo, se consagra el derecho de retracto en ciertos casos; las normas a las cuales deben ceñirse los contratos de adhesión; el derecho de garantía y la forma en que ha de ejercerse; normas sobre información y publicidad; promociones y ofertas; crédito a los consumidores; normas especiales aplicables a los servicios; y, normas sobre seguridad de bienes y servicios.

Al igual que en la generalidad de las materias, siempre hay quienes consideran que la protección que confiere la ley a los consumidores es insuficiente. En este caso concreto, además, se trata de un tema muy sensible para el público en general, que se siente muchas veces “pasado a llevar” en sus derechos. Es por ello que existen muchos proyectos de ley que pretenden modificar la legislación, para ampliar la protección a los consumidores, entrando a regular en concreto cada uno de los temas sensibles y dejando de ser un catálogo general de derechos y obligaciones.

Consumidores y proveedores

El consumidor chileno es, por lo general, muy desinformado. Gran parte de los problemas que se producen en el ámbito del consumo radica en que los

consumidores no se informan antes de tomar sus decisiones. Efectivamente, hay quienes están acostumbrados (empujados por el sistema, que se los permite) a no informarse respecto del producto, el proveedor, las condiciones de compra, etc., y luego transformarse en víctimas del sistema. Es necesario educar a los consumidores para hacerlos responsables de sus decisiones de compra y de sus actos en general. Ello, ciertamente, sin que se deba transformarse el sistema en solo un tema de información ya que, efectivamente, hay veces en que se cometen abusos.

Un caso que permite ejemplificar lo anterior es el derecho de retracto. Dicho derecho fue introducido a la legislación con la modificación del año 2004, que permite a los consumidores, en ciertos casos, poner término a los contratos de forma unilateral en un determinado plazo. El fundamento de ello estaría en que los consumidores, en ciertos casos, son presionados para tomar decisiones de consumo, lo que les restaría libertad en la elección.

Si bien es cierto que muchas veces los proveedores ejercen presión a los consumidores para que decidan consumir, no es menos cierto que el primer responsable en concretar dicha compra es el consumidor. Es él quien debe pagar. Ello es aún más importante cuando se trata de bienes de mayor valor, siendo el ejemplo más citado en esta materia el de los arriendos de tiempos compartidos, donde generalmente se hacen reuniones en que se utilizan medios para inducir a que los consumidores que compren. Sin embargo, éstos siempre son libres de suscribir o no el contrato.

El principal problema que se deriva de la consagración de este tipo de derechos radica en que implican un costo para los proveedores, el cual es íntegramente traspasado al consumidor, vía aumento de precio. Por tanto, siempre es necesario hacer el ejercicio de cuánto le va a costar al consumidor esa mayor protección, ya que terminarán pagando todos por el desconocimiento de unos pocos.

Otro de los casos donde existe desconocimiento de los derechos, es en el tema del derecho de garantía. En este caso, la regla general es que todos los bienes que se venden tienen tres meses de garantía, dentro de los cuales el consumidor puede reclamar frente a diferentes vicios o desperfectos del bien. Dicho derecho opera frente a desperfectos del bien; cuando éste no cumple con las características que corresponden a las que se ofreció; cuando existen normas de seguridad o calidad obligatorias que no se cumplen; cuando existen

vicios ocultos; cuando se ha ejercido la garantía y los problemas subsisten. En todos aquellos casos, el consumidor tiene tres alternativas, **a su elección**: que se le repare el bien, que se le reponga o que se le devuelva la cantidad pagada, más indemnización de perjuicios, en caso de que ésta proceda.

Como se puede apreciar, es un derecho del consumidor que sea él quien elija de qué forma quiere ejercer la garantía e incluso se dan tres alternativas distintas. Lo que pasa en la realidad es que aquel que compró un bien que se echa a perder va a la tienda, le informan que van a mandar el producto al servicio técnico, que demora 30 días, y luego de eso puede pasarlo a retirar. El consumidor, por ignorancia, no reclama y se hace como dice el proveedor.

En casos como este se ve claramente que existe protección, pero que por desconocimiento de los mismos interesados los derechos no son ejercidos ni respetados. Es necesario, entonces, que exista una mayor preocupación por parte de los consumidores en conocer los derechos que tienen y, por parte de la autoridad, más campañas de difusión de derechos. A la larga, el costo es inferior al de reclamar.

Respecto de los proveedores, resulta imposible generalizar, ya que, como en todo ámbito, los hay buenos y malos.

Sin embargo, existe una falencia en lo que se refiere al mecanismo de reclamo en caso de incumplimiento de contrato o fallas en los productos o servicios. Efectivamente, en ciertos casos, especialmente en el área de los servicios, el procedimiento interno de reclamo que tienen las empresas es ineficiente y no da solución a los problemas de los consumidores. Esto es aún peor en el caso de los servicios donde el cliente está, en cierta medida, cautivo.

Es cierto que la ley contempla un procedimiento de mediación de parte del Servicio Nacional del Consumidor y un procedimiento judicial. Sin embargo, la mediación no es obligatoria para el proveedor y puede omitir la contestación del reclamo y, en caso del procedimiento, éste no es realmente viable para la mayoría de los casos, ya que los consumidores no están dispuestos a someterse a un procedimiento judicial solo para que se le aplique una multa al proveedor o, en caso de que proceda una indemnización para ellos, cuando la cuantía es muy baja. En términos concretos, nadie empieza un juicio porque la plancha de \$5.990 no funciona y la garantía no es respetada.

Lo ideal sería que los proveedores, especialmente en el área de servicios, contaran con un sistema para resolver, de forma efectiva, los problemas que existieran en la ejecución de los contratos. Esto traería como beneficio para ellos una mejora en la imagen y una disminución de conflictos judiciales y, para los consumidores, una mejor atención al cliente y una efectiva solución de conflictos.

El caso del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) es diferente de la generalidad de los servicios públicos, ya que en su ámbito propio, no tiene facultades fiscalizadoras, lo que es bueno, sino que tiene otras funciones. En general, le corresponde todo lo relacionado con la educación e información a los consumidores.

Respecto de la información, son conocidas las campañas que realizan en períodos claves: diferencias de precio de uniformes y útiles escolares en marzo; precios y componentes de los juguetes para el día del niño en agosto y en Navidad; precios de la carne en septiembre, etc.

Es en el ámbito de la información donde es necesario que se destinen mayores recursos y se realicen campañas masivas donde se les explique a los consumidores, o sea, a todos, cuales son los derechos que tienen y la forma en que pueden ejercerlos. De esa manera, se lleva a cabo de una mejor manera la función educadora y se soluciona uno de los problemas que antes se mencionaba: la falta de conocimiento de los consumidores de los derechos que los asisten.

En definitiva, como se analizó, los problemas en el ámbito del consumo provienen de diversas fuentes. En primer lugar, la misma LPC al pretender ampliar su ámbito de aplicación, se vio restringida en ciertos casos, especialmente en educación y salud, donde no hay una protección efectiva. La ley debe ser un catálogo general de derechos y obligaciones, y no entrar al detalle, ya que todo lo que queda fuera, queda desprotegido. En seguida, los mismos consumidores son responsables de gran parte de los problemas que se les suscitan, al no informarse de forma correcta al decidir realizar el acto de consumo o al momento de ejercer sus derechos. En el caso de los proveedores, hace falta un sistema que sea expedito en resolver los conflictos que se presenten, para evitar los juicios y satisfacer a los consumidores que se han visto afectados. Finalmente, el accionar del SERNAC sería mucho más eficiente con buenas campañas de educación en el consumo, tanto para proveedores como para consumidores.

La Voz de los Estudiantes. Opiniones de los alumnos sobre la educación que reciben

• 20 de enero de 2010 •

“La Voz de los Estudiantes” nos muestra que los alumnos tienden a favorecer todos aquellos elementos institucionales del sistema educativo que tiendan a mejorar la calidad de la educación impartida. Asimismo, es posible verificar una tremenda similitud entre la opinión de apoderados y estudiantes respecto a los temas claves atingentes al sistema educativo. Se revela de manera interesante que tanto para apoderados como para estudiantes, la educación superior es la meta final de sus expectativas, considerando la educación escolar como una etapa de transición. Lo anterior nos lleva a preguntarnos si nuestro sistema de educación superior está cumpliendo las expectativas de padres y estudiantes, y en última instancia, si es aconsejable cumplirlas a costa de la calidad de la educación escolar.

Introducción

La calidad de la educación de nuestro país ha sido uno de los puntos de mayor interés y debate en los últimos años. Teniendo hoy en día niveles de cobertura comparables con los de países desarrollados, la atención se ha puesto en qué tipo de educación estamos dando. El análisis preliminar concluye que nuestro sistema educativo ha sido incapaz de entregar una educación de calidad. Dejando de lado el problema sobre qué entendemos por una educación de calidad, diversas pruebas internacionales muestran que los estudiantes chilenos logran malos resultados en pruebas como PISA y TIMSS, resultado que es aislado de las diferencias de ingreso de los países y la cantidad de recursos gastados en el sistema educacional. Similar conclusión se desprende al analizar los resultados de la prueba SIMCE, en la que hemos sido incapaces de mejorar el nivel de logro de nuestros estudiantes.

Con tal evidencia, la Fundación Jaime Guzmán en conjunto con la Facultad de Gobierno de la Universidad del Desarrollo, iniciaron una serie de estudios cuantitativos respecto a la opinión de los actores del sistema educativo sobre su funcionamiento y ciertos elementos estructurales. El primer estudio, llamado “La Otra Aula”, nos mostró cierta inconsistencia en el comportamiento de los padres respecto de su opinión y percepción del sistema. En cuanto a su opinión sobre elementos críticos tales como el estatuto docente, la municipalización y el lucro, el elemento central que se desprende de las respuestas es que los padres favorecerán todo aquello que procure una mejor educación. Sin embargo, tales respuestas se contradicen con el comportamiento informado por los mismos: si bien los apoderados parecen priorizar la calidad de la educación ante cualquier otra consideración sobre el sistema, su conocimiento de los resultados académicos de los colegios de sus hijos así como del funcionamiento general del sistema es escaso y las cifras muestran que existen otros factores de decisión distintos a la calidad que parecen ser más importantes.

En este segundo estudio realizado, “La Voz de los Estudiantes” se indaga sobre elementos similares, pero ahora desde el punto de vista de los estudiantes. Se pregunta a los alumnos su opinión sobre los profesores, la calidad de sus colegios, la participación de sus padres y sus pretensiones académicas en el futuro. De esta manera “La Voz de los Estudiantes” complementa los resultados encontrados por el estudio “La Otra Aula”, otorgándonos un panorama más completo respecto de la opinión de quienes participan directamente y de manera atomizada en el proceso educativo chileno.

Resultados

La encuesta se hizo de manera telefónica y constó de 418 casos. Un 64,8% de los casos corresponden a alumnos de colegios particulares subvencionados y un 35,2% a alumnos de establecimientos municipales, todos jóvenes entre 16 y 19 años que estuvieran cursando tercero o cuarto año de la enseñanza media. De manera general, la encuesta se divide en dos áreas temáticas: profesores y docentes y futuro académico.

Sobre los docentes, se les pregunta a los alumnos por el sueldo de los profesores, la evaluación docente, los salarios relacionados al desempeño y por la inamovilidad establecida en el estatuto docente. Como es de esperarse, los resultados muestran que los alumnos favorecen todos aquellos elementos que promuevan una buena labor docente del profesorado.

Ilustración 1

¿Qué te parece que a tus profesores se los evalúe por su desempeño docente?

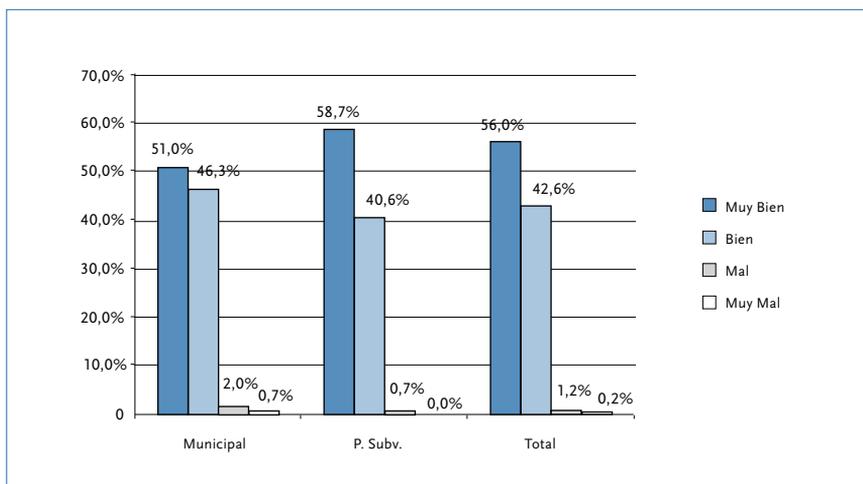
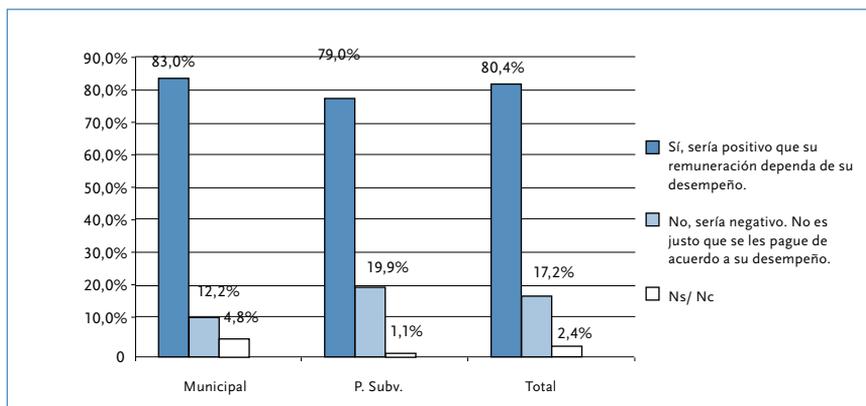


Ilustración 2

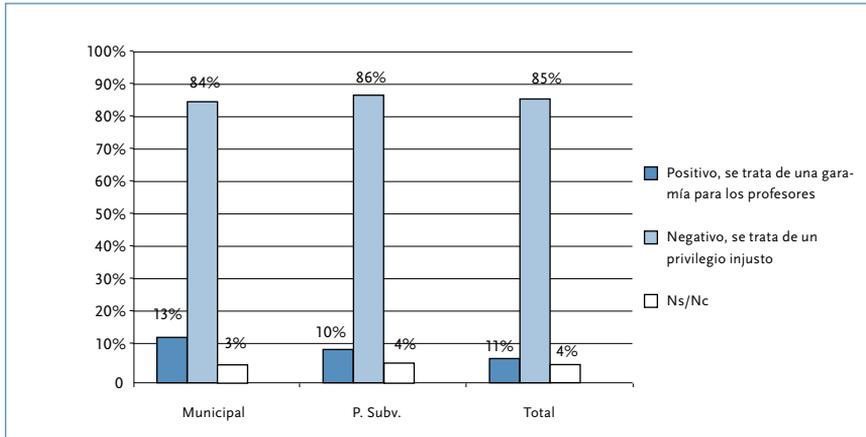
¿Crees tú que los profesores debieran recibir incentivos económicos si logran un buen desempeño en su trabajo?



Llama la atención la similitud en las opiniones de padres e hijos. En el estudio “La Otra Aula”, un 82% de los padres estaban de acuerdo con ligar mejores salarios a resultados, acuerdo que en el caso de los alumnos llega a 80,4%. Asimismo, la opinión sobre si los profesores debían ser evaluados, el 95% de los padres consideraban que estaba bien o muy bien, cifra que en el caso de los alumnos llega a un 98%. De igual forma llama la atención que tanto para el caso de los apoderados como para los alumnos, aquellos que pertenecen a establecimientos municipales muestran mayor adherencia a la opción de que el salario de los profesores esté sujeto a indicadores de desempeño.

Ilustración 3

¿Qué opinas respecto a que a los profesores de colegios municipales no puedan ser despedidos por mal desempeño, aunque sea reiterado?



Ante la pregunta sobre las rigideces establecidas en el estatuto docente, los alumnos fueron contrarios en un 85,2% a la imposibilidad de despedir a los profesores que muestren un mal desempeño. En esta pregunta existe mayor rechazo en los alumnos de colegios particulares subvencionados, mismo patrón de respuesta mostrado por los apoderados.

Luego, se introdujeron elementos que no habían sido consultados a los apoderados. Tales elementos se refieren a la Prueba de Selección Universitaria (en adelante PSU) y sobre la calidad de los docentes.

Ilustración 4

¿Crees que en general tus profesores están bien preparados para ejercer su labor docente?

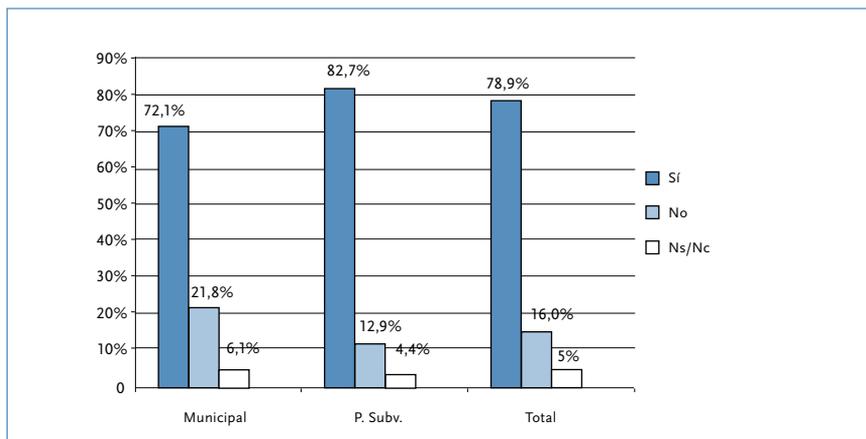
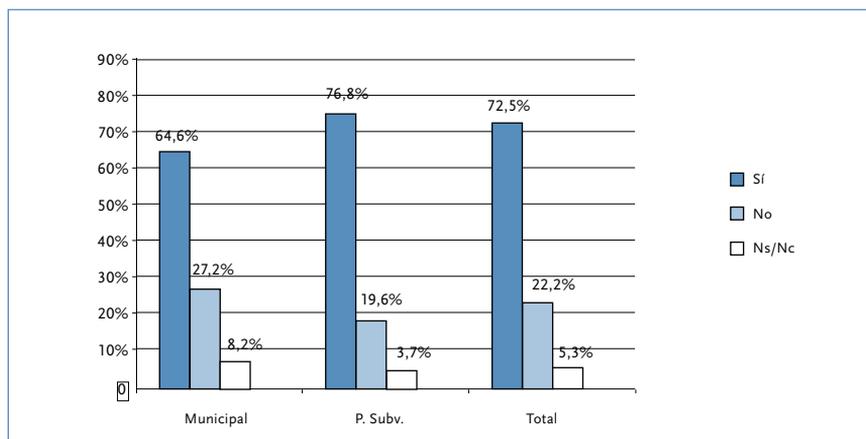


Ilustración 5

¿Crees que tus profesores están motivados con su labor docente?

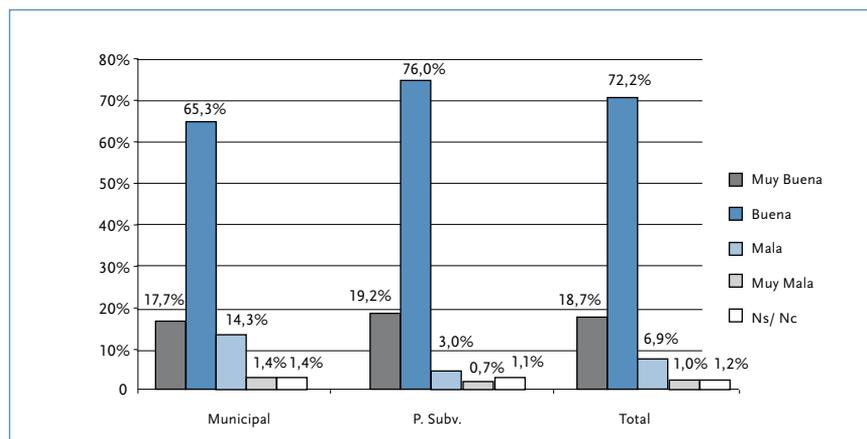


Un 78,9% de los alumnos creen que sus profesores están bien preparados para ejercer su trabajo, aunque existe una significativa diferencia entre los alumnos de colegios particulares subvencionados y aquellos municipales. Sobre la motivación de los profesores con su labor, un 72,5% de los alumnos creen que están motivados, repitiéndose el patrón anterior de tal manera que los alumnos de establecimientos particulares subvencionados ven a sus profesores más motivados con su trabajo.

Lo anterior es interesante, por cuanto son aquellos alumnos que tienen una mejor percepción de sus profesores quienes menos adhieren a la posibilidad de que sus remuneraciones estén asociadas a su desempeño.

Ilustración 6

¿Cómo evaluarías en general la calidad de la educación recibida en tu colegio o liceo?

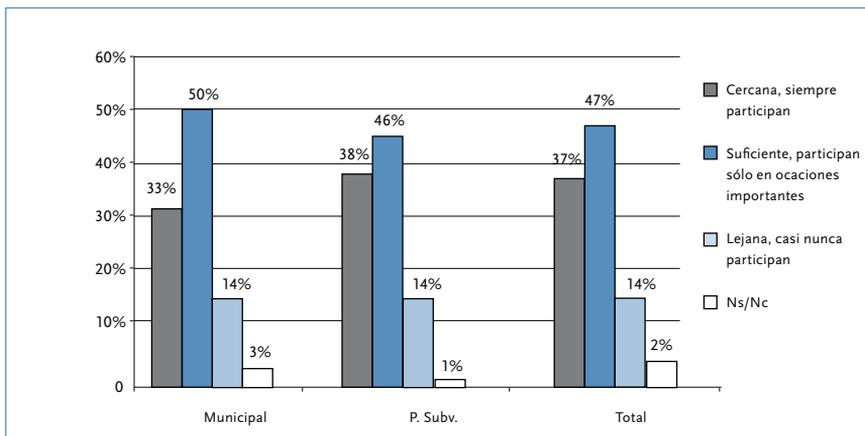


Después de conocida la opinión sobre los profesores, se preguntó sobre la opinión general sobre la calidad de los colegios. En total, un 90,9% encuentra que su colegio entrega una educación buena o muy buena. Tal como en las preguntas anteriores, los alumnos de colegios particulares subvencionados son quienes tienen una mejor percepción de la educación impartida por su establecimiento. Lo anterior llama poderosamente la atención si consideramos, primero, los malos resultados de los colegios chilenos en las pruebas

internacionales y nacionales, y segundo, la sensación generalizada de que la educación impartida en Chile no es de buena calidad.

Ilustración 7

¿Como describirías la participación de tus papás en las actividades de apoderados organizadas por tu colegio o liceo?



Luego se preguntó sobre la participación de los padres en las actividades del colegio. En total, un 37% de los alumnos consideran que tal participación es cercana. Tal respuesta se contradice de manera significativa con la visión que los mismos padres tienen de su participación. En efecto, en “La Otra Aula” un 62% de los padres dijo tener una participación cercana, existiendo una significativa diferencia entre la percepción de los padres y de los alumnos. Interesante resulta también verificar la similitud de intereses entre lo que los alumnos esperan para su futuro con lo que los padres esperan del colegio. En “La Otra Aula”, el 92% de los padres esperaban que el colegio fuera una instancia de preparación para continuar los estudios en una universidad o instituto técnico. Las respuestas de los alumnos ante su futuro señalan que un 93% demuestra interés en seguir estudiando. De ese 93%, un 13,4% cree que no lo va a lograr debido a que tendrá que trabajar en vez de estudiar. Ambas respuestas, tanto de apoderados como de alumnos, nos muestran que la gran mayoría de los jóvenes tiene como meta continuar con sus estudios en la educación superior, meta que es debidamente compartida por sus padres.

Tales cifras deben ser contrastadas con las matrículas efectivas de educación superior en Chile. Si bien desde 1990 a la fecha hemos más que duplicado la cobertura de educación terciaria en el rango etáreo 18-24 años, la actual cobertura alcanza sólo el 33%. Lo anterior significa, a grueso modo, que cerca del 60% de los jóvenes que quieren continuar sus estudios no logran hacerlo. En este contexto, las pruebas de selección universitaria juegan un rol fundamental. En efecto, frente a la pregunta de si iban a rendir la PSU este año, un 32,3% contestó que no, lo que se contradice tanto con las intenciones sugeridas de continuar los estudios como con las posibilidades manifestadas de ingresar a la educación superior. Tal divergencia sugiere que la educación superior sigue siendo más un anhelo que una real opción para ese tercio de estudiantes.

Ilustración 8

¿Qué posibilidades reales tienes de entrar a la educación superior, de acuerdo a la calidad educativa de tu colegio?

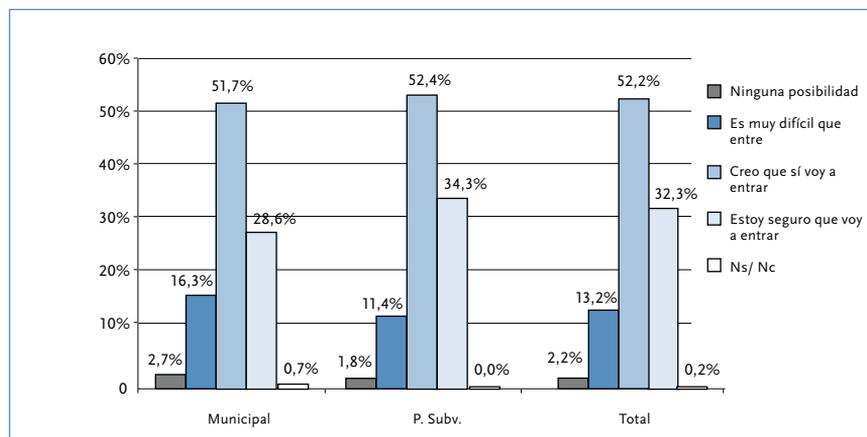


Ilustración 9

Cobertura educación superior 1990-2005. Fuente: Mineduc

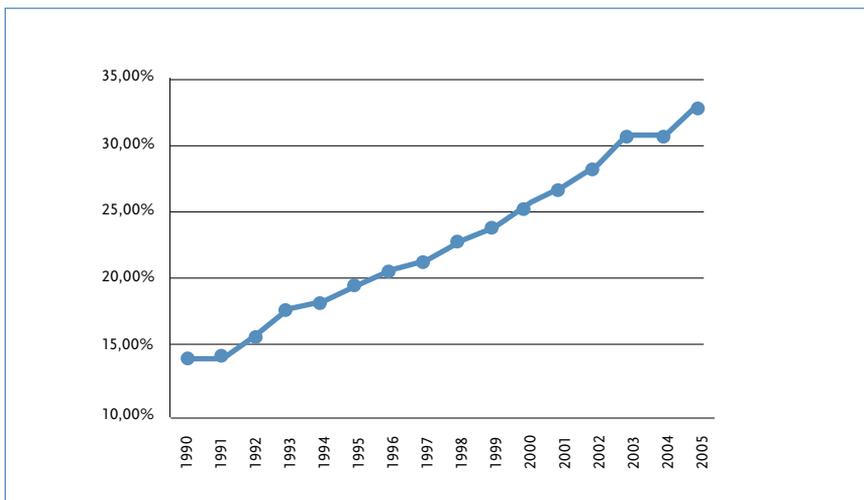
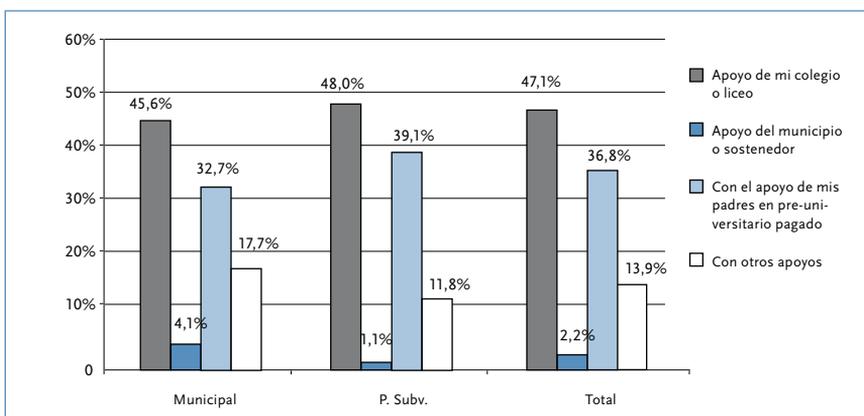


Ilustración 10

¿Con el apoyo de quién te preparas para rendir la PSU?



Para indagar sobre este tema, se pregunta a los alumnos sobre ciertos elementos relacionados a la PSU. Un 47,1% de los alumnos dice preparar la PSU con apoyo del colegio, mientras que un 36,8% con el apoyo de sus padres mediante un pre-universitario. Llama la atención la poca diferencia de apoyo por parte de los padres que existe entre los alumnos de colegios municipales con los de particulares subvencionados. Ante la pregunta sobre la confianza que los conocimientos aprendidos en el colegio le han dado para enfrentarse a la PSU, un 62,4% dice tener mucha o suficiente confianza, siendo los alumnos de colegios particulares subvencionados los que muestran mayor seguridad.

Comentarios finales

Según los hallazgos del presente estudio, complementados por los resultados mostrados en el estudio previo “La Otra Aula”, es posible concluir que tanto apoderados como alumnos favorecerán todas aquellas medidas que promuevan una mejor calidad de la educación. Los resultados de alumnos y apoderados son congruentes tanto en sentido como en magnitud respecto a temas como la inamovilidad estatutaria, evaluación de desempeño y ajustar los salarios docentes según resultados obtenidos.

Como es de esperarse, los alumnos de colegios particulares subvencionados tienen una mejor percepción tanto de sus profesores como de sus colegios y demuestran mayor confianza para rendir la PSU y entrar a la educación superior.

De manera general, los resultados expuestos muestran que la educación es el eje fundamental de las expectativas de vida de los estudiantes escolares. Tanto los apoderados como los alumnos ven la educación escolar como una etapa de preparación para la educación superior. Sin embargo, tales expectativas sólo se cumplen para poco más de un tercio de quienes aspiran a la educación superior. Evidencia dura de lo anterior es verificar la segmentación social de quienes entran a la educación superior. Como es de esperarse, las matrículas se centran en los quintiles de mayores ingresos, las que en 2003 fueron de 73,7% para el quinto quintil y sólo un 14,5% para el primero.

Esta evidencia nos deja interesantes interrogantes. La primera es si el actual sistema de ingreso a la educación superior es equitativo o, al menos, más equitativo que la antigua Prueba de Aptitud Académica (PAA). La segunda se refiere a si tiene sentido seguir con el esfuerzo de aumentar las matrículas de

educación superior a la luz de las tasas de retorno que tal decisión tiene para los alumnos y el país, y la mala calidad de nuestro sistema primario y secundario.

Sobre el sistema de ingreso, la PSU fue diseñada en un período demasiado breve que no permitió su debido desarrollo y validación. Por otra parte, una vez aplicada la PSU en 2003, la diferencia entre los puntajes de colegios municipales y particulares subvencionados ha aumentado de manera permanente y sistemática¹. Ahora bien, existe evidencia que demuestra que el retorno a la educación superior encontró su máximo a fines de la década de los 70. Desde ahí en adelante las tasas de retorno han caído y se presume que puedan estar convergiendo a niveles de un tercio de lo alcanzado a fines de los setenta².

Dada la evidencia presentada resulta prudente preguntarse si será posible mejorar de manera significativa nuestro sistema escolar, toda vez que lo consideremos de manera reducida como una etapa de transición a la educación superior.

1 Koljatic M. y Silva M.: "Problemas de equidad asociados con el cambio de las pruebas de admisión Universitaria en Chile", Estudios Públicos N°106, Santiago, 2007.

2 Sapelli, Claudio: "Los retornos a la educación en Chile", Documento de Trabajo N°349, Instituto de Economía, P. Universidad Católica de Chile, 2009.

Temas Internacionales

Panorama Latinoamericano

• 15 de abril de 2009 •

El futuro de Latinoamérica está fuertemente condicionado por la duración y profundidad de la crisis económica; así como por la persistencia del populismo de izquierda que se ha extendido a casi toda la región, mediante líderes carismáticos que recurren a un manejo irresponsable de las arcas fiscales y a asambleas constituyentes que dictan nuevas constituciones que les permiten reelegirse indefinidamente. América Latina se encamina a una crisis institucional profunda que prolongará el subdesarrollo en que se encuentra sumergida.

El panorama de América latina para este año no es muy alentador. En un año marcado por elecciones locales y nacionales en la región, pareciera que las tendencias populistas que hemos observado en el último tiempo tienden a profundizarse, lo cual, sumado a las dificultades de la crisis económica mundial, nos hacen estar relativamente pesimistas.

Desde el punto de vista económico, los analistas ya han corregido, durante el último trimestre, varias veces las cifras proyectadas a la baja. Así Morgan Stanley, en su informe económico del mes de diciembre de 2008, señala que *“la era de la abundancia que se vivió durante los últimos cinco años, ha terminado”*¹. Cabe remarcar que la crisis ha afectado muy rápido, ya que hace menos de un año todas las proyecciones eran más bien optimistas y se hablaba positivamente del desacoplamiento de la región en cuanto a la crisis que se comenzaba a vivir en Estados Unidos. Lo anterior respondía a la buena salud de que gozaban muchas de las economías de la región. Hoy lamentablemente los analistas están concentrados en explicar cómo se gestó la crisis y cuáles serán las consecuencias para la región.

Las últimas proyecciones dadas a conocer para América Latina por el Banco Mundial nos muestran que se espera un crecimiento de 1% para el próximo año, lo que equivale a la contracción más severa que se haya enfrentado en décadas. Cabe destacar que el mismo organismo proyectaba en septiembre de 2008 un crecimiento cercano al 3,7% para Latinoamérica. Lo anterior indica que la crisis está golpeando con dureza, ha afectado a los países latinoamericanos desde múltiples frentes y ha modificado también el contexto interno de nuestras economías. Hay concordancia al afirmar que *“la crisis impactó en la región tanto desde el sector externo con el desplome de la demanda y los precios, como en los mercados financieros con la salida de capitales y su impacto en los tipos de cambio, y desde el sector bancario aumentando la incertidumbre y haciendo que las entidades se encuentren menos dispuestas a prestar”*².

Los países están trabajando en sus propuestas contra cíclicas para enfrentar la crisis, lo que implica en la gran mayoría de los casos un aumento del gasto público que permita financiar programas sociales. Todos los países de la región, salvo Chile, deberán financiar sus planes de emergencia con deuda. Los Bancos Centrales están trabajando para otorgar liquidez a los sistemas financieros

1 Morgan Stanley Research, Diciembre 9, 2008. Economics, pág.2. La traducción es nuestra.
2 <http://onlinemarketinglatam.com>, Buenos Aires, 25 de febrero 2009.

locales, a fin de permitir el normal funcionamiento de los sistemas de crédito o proporcionar recursos para el financiamiento allí donde estos no llegan.

El panorama político tampoco es muy alentador. Desde la victoria de Hugo Chávez en Venezuela hace diez años, más de una decena de presidentes de izquierda han sido elegidos invocando programas que anuncian transformaciones sociales de gran amplitud, una redistribución más justa de la riqueza e integración política de los sectores sociales hasta entonces marginados o excluidos.

La mayoría de ellos ha logrado imponer estilos autoritarios basados en el carisma de sus líderes, quienes han conseguido mantenerse en el poder por la vía de reformar sus constituciones. En efecto, la Venezuela de Chávez enfrentó a principios de este año un nuevo referéndum, esta vez para que todas las autoridades electas democráticamente puedan reelegirse a perpetuidad, una buena manera de disfrazar su eterna reelección.

Para EE.UU. la región no representa mayores problemas, por lo que es esperable que siga teniendo una baja prioridad para la política exterior norteamericana. De esta forma, la limitada atención de EE.UU. en nuestra región estará principalmente centrada en los países grandes del área: México y Brasil. El primero implica para dicho país problemas de seguridad, narcotráfico y emigración ilegal. El segundo pretende ser una subpotencia regional y tiene importancia para el orden económico mundial y la seguridad internacional.

Gobernabilidad de los países sudamericanos

Argentina

Argentina enfrentará presumiblemente una fuerte crisis económica. Probablemente junto a Bolivia sean los países más vulnerables a la situación mundial.

Desde el punto de vista político se ha iniciado un camino, que pareciera sin retorno, de decadencia del poder de la familia Kirchner, cuyo liderazgo será puesto a prueba en las elecciones parlamentarias del año en curso. La variada oposición sigue, sin embargo, dividida y ello podría ayudar al oficialismo a mantener una primera minoría parlamentaria en los comicios de junio, cuyo resultado dependerá en gran parte de los recursos económicos de que disponga el régimen para conservar la adhesión de los caudillos peronistas de las provincias grandes y en especial de la de Buenos Aires.

El anuncio reciente del senador peronista y ex Gobernador de Santa Fe, Carlos Reutemann en cuanto a que aspiraría a la Presidencia puede ser un hecho significativo. El ex piloto de Fórmula 1 tendría posibilidades de unificar a las corrientes peronistas opositoras a Kirchner y seguidoras forzadas de él, constituyendo una fuerza mayoritaria que conduciría a un Gobierno moderado.

Bolivia

Evo Morales en Bolivia promulgó el 7 de febrero recién pasado, una nueva Constitución que no sólo permite que el líder cocalero se reelija una vez más, sino que colectiviza los derechos de propiedad, consagra un estado plurinacional, orientado a los pueblos indígenas, que incluye un modelo autonómico y establece una economía de carácter estatista, olvidando, en definitiva, tal como se lo ha señalado recientemente el líder brasilero que un gobernante se debe a todos los habitantes de su país y no sólo al grupo que lo apoya. Días después, la casa del destacado intelectual aymará Víctor Hugo Cárdenas, quien había denunciado las arbitrariedades que contiene la nueva Constitución, fue violentamente atacada.

Después de su clara victoria en el referéndum constitucional, el líder cocalero se enfrascó en una nueva disputa con las fuerzas opositoras. Los más de 400 artículos de la nueva Constitución establecen que en muchos casos deben dictarse leyes que reglamenten los muchos derechos allí otorgados. Por estos días el gobierno presionó –huelga de hambre del presidente incluida- a la oposición para que aprobara el primero de dichos cuerpos legales, que dice relación con una nueva ley electoral. La iniciativa busca sobre representar el voto rural (favorable al gobierno) en detrimento del urbano (crítico con Morales). Finalmente, la ley fue aprobada por la oposición.

Entre tanto, la economía irá de mal a peor, Evo Morales no cuenta con recursos que no sean los provistos por su par venezolano, los que presumiblemente irán en disminución debido a la caída del precio del petróleo y a la intención de Chávez de perpetuarse en el poder.

Lula se ha mostrado muy interesado en la situación boliviana, lo anterior se explica porque Bolivia es uno de los principales proveedores de gas en Brasil y, por lo tanto, el mandatario carioca no sólo ha reforzado sus lazos con el gobierno, sino que también con los prefectos de los departamentos del oriente que son opositores al gobierno y que, además, en caso de secesión del país compartirían límites con Brasil.

Brasil

Sigue siendo el gigante de la región y el principal país de interés para los inversionistas, el mercado brasileño ofrece innumerables oportunidades por lo que todos quieren estar ahí.

Desde el punto de vista económico a pesar de que Lula ha aprendido la lección y se ha alejado de las políticas populistas de antaño, la economía brasileña está entrando en un período de recesión. Lula ha intentado permanentemente responsabilizar a las grandes potencias de la situación mundial, llamándolas a enmendar el rumbo, mientras los analistas estiman que esta estrategia está dirigida a desviar la atención para que la coalición gobernante no se vea obligada a pagar los costos en la próxima elección de 2010.

A estas alturas el Presidente duda de poder traspasar su popularidad a su candidata a la sucesión del Partido de los Trabajadores, Dilma Rousseff. En efecto, muchos de sus seguidores temen que sea sucedido por un opositor que provenga del PSD de Cardoso. A pesar de lo anterior, la política brasileña siempre ha tenido continuidad, lo que nos hace suponer que su política exterior no cambiará sustancialmente. Gracias a cinco años de crecimiento económico sostenido, Brasil ha asumido decididamente un rol internacional más activo y aspira a ser reconocido como una subpotencia predominante en América del Sur.

Estados Unidos pareciera ver con alguna simpatía ese nuevo papel de Brasil. Cabe suponer que el Presidente Obama no intentará alterar esa tendencia. Lula y quien le reemplace serían así los “izquierdistas buenos” del área, que podrán equilibrar a los extremistas Chávez y Morales. Con una Argentina ausente y en decadencia gracias a los Kirchner y sus antecesores, no habría quien pueda limitar el predominio brasileño en la región sudamericana, cuyo interés es principalmente económico aunque también de prestigio con miras a llegar a ser la “potencia del futuro” de que habló irónicamente De Gaulle.

Chile podría constituirse en un factor limitante de ese ascenso brasileño que, sin duda, es mirado con cierto recelo por sus vecinos moderados, como Perú y Colombia, o simplemente más débiles, como Paraguay y Uruguay.

Colombia

Se acerca el término de la exitosa Presidencia de Álvaro Uribe. Hoy existe más claridad respecto de que no irá por un tercer mandato, aunque él no ha

despejado esta duda, pero se presume que no lo ha hecho para mantener la expectativa e influir en la elección de su sucesor. Sin embargo, la ausencia de Uribe como líder unificador está provocando la aparición de varios competidores que aspiran a su herencia y el izquierdista Polo Democrático ha ido inclinándose hacia una mayor moderación, que puede hacer más atractiva su fórmula para el electorado.

Si bien las FARC se encuentran disminuidas militarmente y han perdido las simpatías de que antes gozaban en medios izquierdistas, principalmente europeos, la guerrilla no ha sido totalmente derrotada y espera tal vez a que un sucesor débil de Uribe le permita recuperar terreno o intente una negociación, de resultados tan negativos para el Gobierno como fueron todas las anteriores.

Desde el punto de vista económico, Colombia presenta sólidos índices que hacen que su horizonte en el mediano plazo sea positivo, sin embargo, de acuerdo a las estimaciones de JP Morgan en el corto plazo el país presenta un déficit fiscal y de cuenta corriente y está fuertemente expuesto a una crisis del petróleo debido al fuerte intercambio que mantiene con Venezuela y Ecuador.

Ecuador

En Ecuador, el presidente Rafael Correa, quien parece seguir los pasos de Chávez y Morales, enfrentará sus primeros comicios post asamblea constituyente el próximo 26 de abril. El Presidente Correa en Ecuador sigue contando con una popularidad cercana al 80% de acuerdo a las encuestas y se apresta a ser reelegido. De acuerdo a las últimas encuestas Correa encabeza las preferencias, con un 57,5% en la intención de voto. Lo siguen el magnate Álvaro Noboa, del Partido Renovación Institucional Acción Nacional (PRIAN) con un 13,5%; Lucio Gutiérrez, líder del Partido Sociedad Patriótica (SP), se situaría en tercer lugar en la intención de voto, con el 12,7% y la socialista de la coalición Red Ética y Democracia (RED) Martha Roldós con un 6%.

De acuerdo a lo establecido en la nueva Constitución aprobada en abril de 2008, en este proceso se elegirán 5.993 funcionarios, entre los que se encuentran el presidente de la República, que con la reforma podrá permanecer en el poder hasta el 2013, el vicepresidente, cinco parlamentarios andinos, 23 prefectos y viceprefectos, 221 alcaldes, 607 concejales municipales urbanos y 974 rurales y 3.985 vocales de las juntas parroquiales. El nuevo Congreso será probablemente dominado por los partidarios del presidente, por lo que no cumplirá una labor de contrapeso, sino que será impulsor del “socialismo del siglo XXI”.

Cabe destacar que Correa se muestra menos radical que Chávez y Morales, sin embargo, los dramáticos cambios de humor que caracterizan al popular jefe de Estado lo llevan a tomar decisiones extremas, como la de resolver no pagar parte de la deuda externa y enfrentarse a empresas brasileñas con inversiones en el país.

La oposición ha quedado reducida a las protestas de un disminuido movimiento indigenista, otrora de mucho poder, al igual que a la conservación a duras penas del control de la alcaldía de Guayaquil por el Partido Social Cristiano, liderado por Jaime Nebot.

Desde el punto de vista económico Ecuador enfrentará posiblemente nuevas dificultades, el bajo precio del petróleo afectará posiblemente los planes del presidente. Debemos recordar que el presupuesto de dicho país, al igual que el de su par venezolano, fue hecho con un precio del barril cercano a 80 dólares y hoy se encuentra en la mitad. Todos los países cuyas economías están centradas en el precio del crudo deberán revisar sus proyecciones.

Paraguay

En Paraguay, el obispo Lugo no pareciera dispuesto a radicalizar demasiado su Gobierno, pero ha ido aumentando su poder interno y el control de sus Fuerzas Armadas sin que la oposición se haga notar mucho ni que el Vicepresidente liberal y la mayoría que le sigue en el Congreso hagan por ahora una resistencia significativa.

Desde el punto de vista económico el ex Obispo ha anunciado algunas acciones de corte populista, sobre todo las que dicen relación con expropiaciones, pero dada su popularidad esas medidas no han afectado la credibilidad del presidente.

Con Brasil, Paraguay aún tiene serias diferencias en materia de contratos de alimentación eléctrica, sin embargo, se espera que se solucionen por la vía pacífica a la brevedad. Brasil es el primer interesado en buscar una solución razonable a sus intereses en el corto plazo.

Perú

Perú goza de buena salud en materia económica, incluso los analistas más pesimistas proyectan un crecimiento en torno al 6%, si bien hay algunas preocupaciones relacionadas con las medidas que el Banco Central debiera

adoptar para enfrentar la alta inflación, en general se percibe que el país se encuentra en un buen pie para atender las dificultades.

La mejoría económica no llega a ser plenamente reconocida por el electorado, lo que afecta la imagen del APRA, acusado de ineficacia y corrupción. El nombramiento como Primer Ministro del ex miembro del MRTA, Yehude Simon, ha permitido detener la caída de popularidad del Gobierno y del mismo Presidente García.

Los efectos de la crisis podrían dificultar la posición de García, que no tiene al parecer ninguna posibilidad de ser sucedido por un presidente que provenga de su círculo el año 2011. Las elecciones parlamentarias y presidenciales de entonces se darán seguramente entre candidatos populistas sin base partidaria sólida, los más populares de los cuales son, hasta ahora, el nacionalista Ollanta Humala y el alcalde de Lima, Luis Castañeda, un hombre pragmático pero cuyas ideas políticas aún son difusas.

La reciente condena de Fujimori hará disminuir aún más su electorado que actualmente es encabezado por su hija Keiko, quien, a pesar de su gran carisma, no goza del ascendiente que ostentaba su padre. A su vez, Alejandro Toledo ha mejorado algo la pobre imagen dejada por su Gobierno en el pueblo e intenta retornar al poder.

Sendero Luminoso ha reaparecido creando serios problemas a las Fuerzas Armadas y a la Policía. Si bien no parece posible que ostente el mismo poder que en los años 80, sí puede convertirse en un foco de dificultad para la administración gobernante. Su vinculación como brazo armado del narcotráfico puede hacer muy ardua su erradicación. El reciente descubrimiento de una empresa mixta de oficiales de Inteligencia en actividad y retiro de la Marina, dedicada al espionaje interno por razones de lucro, es una pésima señal sobre el control reducido del Gobierno sobre las FF.AA., comprometiendo de paso al Vicepresidente, Vicealmirante Giampietri.

Uruguay

En octubre del presente año enfrentará nuevamente elecciones presidenciales. El Presidente Vázquez goza de una amplia aceptación popular. No obstante, la popularidad del mandatario no es del todo transmisible a quien sea el candidato del Frente Amplio y las encuestas señalan que el Partido Blanco tiene las mayores posibilidades.

Desde el punto de política exterior, Uruguay sigue enfrentando dificultades con Argentina, que presumiblemente son alentadas por la familia Kirchner para desviar la atención de sus conciudadanos respecto de la situación interna del país.

Venezuela

Como se esperaba, el reciente referéndum aprobado por la mayoría de los venezolanos ratificó la reforma constitucional que permitirá al Presidente Chávez, junto con todas las autoridades elegidas, es decir gobernadores, alcaldes, concejales y diputados, ser reelegido indefinidamente. Si bien las encuestas indicaban que la mayoría del electorado se oponía a ello y que las elecciones regionales de diciembre fueron un paso significativo al mostrar una oposición más ordenada y poderosa, el régimen venezolano ha sido eficiente en aparentar ante el electorado que cuenta aún con reservas suficientes para garantizar un clima de bienestar económico, lo que habría sido determinante en el resultado del referéndum.

Reafirmado en el poder, meses después, Chávez decretó el encarcelamiento de uno de sus principales oponentes, el alcalde de Maracaibo Manuel Rosales y con posterioridad hizo aprobar la llamada Ley del Distrito Capital que faculta al Ejecutivo a designar un “jefe de gobierno para Caracas”, con competencias y recursos que están a cargo del titular de la Alcaldía Metropolitana, Antonio Ledezma, acérrimo opositor al presidente Chávez.

Se estima que la reducción del precio del petróleo, del que depende el 93% de los ingresos venezolanos, podría significar que el desencanto con el Gobierno de Chávez empiece a crecer. En todo caso, la reducción de los ingresos petroleros debería obligar al presidente a disminuir su protagonismo internacional y su generosidad hacia Cuba, Nicaragua, Bolivia y otros países de la región. Su influencia se atenuaría entonces y ello puede afectar su rol en la futura elección del Secretario General de la OEA.

Este cambio de escenario significará un reenfoque de la estrategia con miras a las elecciones de 2012. Probablemente se seguirá apostando por la confrontación internacional, en especial con EE.UU. En todo caso, el cambio de mando en dicho país, sumada a declaraciones del propio presidente, hacen presumir la pronta reincorporación de los respectivos embajadores y una disminución en las tensiones mutuas, lo que dificultará continuar culpando de todos los males del país a la Casa Blanca.

Comentario final

El futuro de la región estará fuertemente condicionado por la profundidad de la crisis económica y sobre todo por la duración de la misma. Sabemos que ésta va a afectar a todos, pero su gravedad dependerá de las medidas que adopte cada uno de los países. Así, es esperable que Brasil sufra una reducción de la actividad económica, sin embargo, parece estar bien preparado para resistir, mientras Argentina parecería ser el principal perjudicado.

Desde el punto de vista político, se evidencia un viraje cada vez más profundo del continente a la izquierda. Los líderes populistas han afianzado su poder en gran medida gracias a nuevas constituciones que les permitirán reelegirse indefinidamente, a la aniquilación de la oposición ya sea mediante el fraude o mediante acciones de dudosa legalidad, como ha sido el encarcelamiento del prefecto de Pando en Bolivia o del alcalde de Maracaibo en Venezuela, y a las acciones populistas financiadas con un irresponsable manejo de las arcas fiscales. Todas estas medidas han permitido contentar a las masas, sin embargo, bien sabemos que esto no es sostenible, que los recursos se agotan y que si no se adoptan las medidas a tiempo las posibilidades de inestabilidad política por la vía de estallidos sociales o intervenciones militares aumentan.

Por ahora, las Fuerzas Armadas en general se encuentran muy desprestigiadas o bien son cautivas de los caudillos, sin embargo, incluso esto no es sostenible en el tiempo. América Latina se encamina a una crisis institucional profunda que no hará otra cosa más que prolongar el subdesarrollo en que se encuentra sumergida una de las regiones más ricas en recursos naturales del planeta.

Para evitar lo anterior es indispensable que las instituciones democráticas se fortalezcan, que los partidos políticos se organicen y que las oposiciones logren aglutinarse en torno a proyectos que les permitan enfrentar a los caudillos gobernantes.

América Latina debe efectuar una serie de transformaciones si quiere salir de la pobreza, sin embargo, para lo anterior se requieren instituciones serias que permitan resguardar el cumplimiento de las reglas del juego.

Silala: las aguas de la discordia

• 30 de septiembre de 2009 •

El río Silala ha sido motivo de controversia por parte de Chile y Bolivia por largo tiempo, sin embargo, recientemente los vicescancilleres de ambos países han anunciado un eventual acuerdo respecto de la utilización de sus aguas que se ajustaría a las normas de derecho internacional y serviría como antecedente para eventuales futuros acuerdos relativos a otros cursos de aguas internacionales. El texto, cuya discusión ha sido pospuesta por Bolivia hasta marzo, a la espera de que termine el período electoral que está viviendo, es fruto de negociaciones sostenidas por ambos países y se enmarca dentro de la agenda de trece puntos que se han fijado para mantener un diálogo sin exclusiones.

Antecedentes

El río Silala o Siloli, como se le reconoce indistintamente, nace en la alta cordillera boliviana a los pies del cerro del mismo nombre situado a cuatro kilómetros al sur del cerro Inacaliri, ubicado a unos 300 kilómetros de Antofagasta, sobre la frontera, y desde ahí fluye hacia territorio chileno a través de una gradiente existente entre ambos países. Ingresa a Chile aproximadamente a la altura del paralelo 22° LS y cinco kilómetros más abajo llega como afluente al río Inacaliri, con un caudal total de 250 lts/seg.

Debajo de la frontera, entre Chile y Bolivia, las aguas del Silala son captadas parcialmente por la empresa Ferrocarril Antofagasta Bolivia, que posee derechos de aprovechamiento en Chile desde 1906 y CODELCO, empresa que posee derechos de aprovechamiento de aguas conforme al Código de Aguas de Chile. Esta empresa capta aguas del río Inacalari (río al que se une el Silala, alrededor de 4,5 kilómetros al interior de Chile, continuando con dicho nombre hasta incorporarse al río San Pedro, afluente del Loa), que en un porcentaje minoritario (aproximadamente 25%) proviene del Silala, por lo cual, debe decirse que la mayor parte de sus aguas son de origen chileno.

Los primeros antecedentes de uso de estas aguas datan de 1906, cuando la empresa The Antofagasta and Bolivia Railway Company Limited, adquirió la titularidad de las aguas sobre el Silala en Chile, lo que fue debidamente documentado, y posteriormente en el año 1908, la misma empresa obtuvo una concesión otorgada por la prefectura de Potosí en Bolivia, con el propósito de asegurar su abastecimiento para el funcionamiento del ferrocarril en el tramo entre Antofagasta y Oruro. La concesión otorgada por la prefectura de Potosí fue hecha en forma gratuita, aunque no hay claridad respecto del porqué la compañía The Antofagasta and Bolivia Railway Company Limited habría adquirido dichos derechos gratuitamente. Algunos investigadores sostienen que las aguas habrían sido arrendadas, pero hasta la fecha no se han encontrado documentos que así lo acrediten, otros sostienen que la concesión se habría otorgado en forma gratuita en virtud del pago de coimas a los funcionarios a cargo de otorgar dichas concesiones, sin embargo, no ha aparecido ningún tipo de antecedentes que permitan acreditarlo. La gran mayoría estima que la concesión se entregó de esa manera para garantizar el funcionamiento del ferrocarril hasta Oruro, situación que beneficiaba a las comunidades bolivianas de dicha zona.

En 1961 la compañía decidió cambiar las maquinas a vapor por unas a diesel, pero conservó los derechos adquiridos hacía medio siglo y los utilizó para abastecer los sistemas de riego agrícola y consumo humano en poblaciones menores ubicadas entre la cuenca baja del Silala, asimismo las utilizó para abastecer a las empresas mineras e industriales que poco a poco fueron apareciendo en la zona. El Estado chileno, por su parte, las destinó para uso doméstico e industrial en el complejo minero de Chuquicamata. The Antofagasta and Bolivia Railway Company Limited, pasó posteriormente a denominarse Ferrocarril Antofagasta Bolivia (grupo Luksic), compañía que siguió utilizando las aguas sin que se presentara ningún tipo de reclamación por parte de Bolivia hasta 1997.

Se presume que antes de esa fecha Bolivia no evaluó ningún reclamo, ya que la nación altiplánica no hacía uso de las aguas del Silala que fluyen por su territorio, dado que no existen poblaciones o actividades industriales en un radio de 70 kilómetros contados desde el nacimiento del curso de agua. De hecho en 1996, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Bolivia señalaba que *“el Silala es un río que tiene su origen en una vertiente que brota al pie del cerro del mismo nombre –en territorio de Bolivia- e ingresa posteriormente a territorio de Chile. Dicho de otro modo, Bolivia es dueño del curso superior de ese río y Chile, del inferior”*, es decir, hasta ese año los bolivianos sostenían una posición similar a la que Chile tiene respecto del origen de las aguas del Silala y no manifestaban ninguna oposición al aprovechamiento de las mismas por parte de nuestro país.

El inicio del conflicto

Desde 1997 comenzó a gestarse en Bolivia una nueva teoría respecto del origen de las aguas del Silala. En efecto, tanto autoridades políticas como académicas empezaron a hablar de que estas correspondían a vertientes o manantiales que brotan en el territorio boliviano, pero no corren en forma natural, sino artificial, dentro del territorio de Bolivia, para luego seguir hacia territorio chileno. Paralelamente, ese mismo año, Naciones Unidas dio a conocer su “Convención sobre los usos no navegables de los cursos de aguas internacionales”, la que a pesar de no haber entrado en vigencia aún, ha sido invocada como antecedente para resolver varios conflictos. En ella se define en el artículo 2º letra b) como “curso de agua internacional” aquellos que se encuentran en Estados distintos. Posteriormente en el artículo 5º relativo a la Utilización y participación equitativas y razonables en los cursos de agua

internacionales señala que: “1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate. 2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en la presente Convención”.

A la luz de las interpretaciones que comenzaron a surgir de este texto legal, se presume que ellas habrían contribuido al cambio de posición del gobierno boliviano, la que quedó de manifiesto en 1997. En Junio de ese año, durante la administración del entonces presidente Gustavo Sánchez de Losada, la Prefectura del departamento de Potosí, lugar donde se encuentra el origen de las aguas, decretó, mediante Resolución N° 71/97 de 14 de mayo de 1997, la revocatoria y anulación de la Concesión de las aguas del Silala, al haberse establecido en el segundo considerando de este documento “*que ya no existen las motivaciones condicionantes reales como normativas que dieron lugar a la concesión, por lo que no se justifica mantener subsistente la concesión de las aguas que forman las vertientes del Silala*”¹. Las autoridades de Potosí estimaban que al haber sido sustituidas las locomotoras a vapor por maquinas diesel, el contrato de concesión de 1908, debió quedar sin efecto inmediatamente después de la sustitución.

Los chilenos, por su parte, reaccionaron interponiendo un recurso de nulidad contra el Prefecto de Potosí, donde afirmaron que esa autoridad “*no tiene competencia ni jurisdicción alguna para revocar y anular concesiones y adjudicaciones de aguas públicas*”. El recurso fue resuelto el 2 de agosto de 1997, por la Sala Plena de la Corte Superior del Distrito de la ciudad de Potosí, donde el tribunal se declaró “*sin competencia para reconocer el recurso de nulidad intentado por la empresa Antofagasta (Chili) and Bolivia Railway Co. Ltd., debiendo recurrir esta empresa a la jurisdicción llamada por ley*”. A partir de ese momento,

¹ Martínez, Cástulo: Las aguas del Silala: incluyendo el caso del Río Lauca, una reparación pendiente. En especial, puede revisarse su capítulo 3º: Las aguas del Silala arrendadas a una empresa inglesa en www.geocities.com/elmardebolivia/LASAGUASDELSILALA.

ambas partes tomaron contacto realizándose las primeras reuniones entre las autoridades bolivianas y los particulares chilenos afectados, en ellas los nacionales sostuvieron que la concesión sobre las aguas del Silala les fue otorgada a título gratuito y sin limitación alguna, salvo la obligación de reservar un tercio de las aguas para Bolivia, cantidad que a dicho país hasta la fecha no le había interesado. Lamentablemente las reuniones fueron infructuosas, por una parte las autoridades bolivianas reclamaban la indemnización por el uso de las aguas para fines distintos de los que habían sido otorgados y los chilenos sostenían que la empresa que representaban, no captaba agua en Bolivia sino que en Chile y esto lo hacía en virtud de los derechos que había adquirido en Chile desde 1906. Sin embargo las acciones bolivianas siguieron avanzando, así en 1999 el parlamento boliviano instruyó a su Instituto Geográfico Militar que cambiara en todas las cartas y mapas oficiales, el nombre del río Silala por el de “Vertientes”².

Posteriormente, el año 2000, el conflicto adquirió una nueva dimensión, ya que Bolivia, a pesar de los reclamos chilenos que sostenían que las aguas del Silala no podían ser licitadas ni adjudicadas por el Estado boliviano porque se trataría de un “río de curso internacional”, decidió adjudicarlas a la empresa DUCTEC S.R.L. Esta última suscribió un contrato a través del cual, la Superintendencia de Aguas de Bolivia, le otorgó autorización para el aprovechamiento de las aguas del Silala por un período de 40 años. En ese mismo acto, las autoridades bolivianas señalaron que la empresa podría tomar varios cursos de acción entre los que contaban el desvío del río, para impedir su entrada a territorio chileno. La empresa, por su parte, no tenía intención alguna de desviar las aguas, sino que su intención era cobrar por el caudal que aprovechaba la región chilena de Antofagasta. Ya en el primer intento de cobro, tanto los administradores de la Empresa Ferrocarriles de Antofagasta, como los dirigentes de CODELCO, se negaron a pagar las facturas de consumo enviadas por DUCTEC, argumentando que el uso de todas las aguas que consumían se encontraba amparado por los derechos de aprovechamiento otorgados de conformidad a la legislación chilena.

Por su parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile instruyó a ambas instituciones para que no entraran en conversaciones directas con la firma boliviana DUCTEC, ya que ahora el asunto salía del ámbito empresarial para

2 Von Chrismar Escuti, Julio: El Silala es un río y como tal debe ser considerado, en revista Política y Estratégica N°93, ANEPE, Santiago, p.73.

convertirse en un “litigio internacional”. De acuerdo a lo señalado por el diario El Mercurio en su edición del 4 de julio de 2000, la canciller chilena, Soledad Alvear, envió una carta oficial a Codelco y al Ferrocarril Antofagasta Bolivia (FCAB) donde manifestó que el conflicto del Silala no está dentro de la esfera privada, sino en el terreno de la relación bilateral entre dos Estados, el fundamento de dicha posición es que este no era el único recurso hídrico compartido entre ambas naciones, por lo tanto, la resolución del conflicto sentaría un precedente para resolver la utilización de otros ríos internacionales entre ambos países.

La concesión de DUCTEC fue revocada el año 2003. Sin perjuicio de ello, Bolivia insistió en su posición, exigiendo el Presidente de la época, Carlos Mesa, que Chile pagara por el uso de las aguas del río Silala, lo cual fue rechazado por nuestro país. A partir de ese momento los gobiernos asumieron el control de la discusión, la que entró en el contexto del diálogo sin exclusiones que ambas naciones habían adoptado a partir del año 2000 y que el año 2006 se formalizó como punto VII de la agenda de trece puntos adoptada entre Chile y Bolivia, y que incluye entre otros temas el aspecto marítimo.

Bolivia inició las negociaciones fijando su postura, las aguas del Silala no corresponden a un río, menos a un río internacional, “*ya que no hay un curso natural que genere un cauce ni un sistema que integre el agua, el cauce y las riberas para formar un río internacional de cursos sucesivo, sino afluentes que han sido canalizados para el aprovechamiento indebido de Chile, por cuanto desde 1962 sus aguas están siendo utilizadas con un propósito distinto al original*”³. En virtud de lo anterior, Bolivia justifica la limitación de las concesiones a 40 años, con lo que caduca la concesión a favor del ferrocarril Antofagasta Bolivia, actual titular de la concesión de las aguas del Silala. Chile, por su parte, insistió que las aguas del Silala corresponden a una concesión otorgada a particulares y que el río Silala constituye un recurso hídrico internacional compartido de acuerdo a lo refrendado mediante notas oficiales que datan del año 1999. En definitiva, ambas naciones reconocieron el carácter jurídico de la controversia al discutir el origen de las aguas y en consecuencia las normas que debían implementarse para el manejo del recurso.

La argumentación de Chile se basa en una serie de estudios geográficos que demuestran la calidad de río internacional que tiene el Silala. En efecto,

3 Hormázabal, Fernando: El libro blanco de Chile, el problema marítimo boliviano. Ediciones Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 2005, p.485.

“el curso del río Silala, de acuerdo a una visión aérea tomada desde una altitud de 11.430 m. por aerografía, de 30 de abril de 1961 complementada por la carta topográfica escala 1:50.000, Ed. 1998, está claramente conformado por una larga, estrecha y sinuosa quebrada, de dirección general N.E.-S.W., que el territorio boliviano, desciende paulatinamente desde el Este hacia el Oeste, por el borde meridional de un campo de lava localizado al S.E. del Cerro Incacaliri, que se extiende como una gran lengua hacia el sur, hasta la latitud de la puntilla norte del Cerrito de Silala (4.850 m.) Ese campo de material volcánico forma una meseta de bordes abruptos, que constituyen la ladera derecha de la quebrada por cuya vaguada corre el río Silala.

Frente al extremo meridional de ese campo volcánico o meseta de lengua y al N.E. del Cerrito Silala se encuentran las vertientes o manantiales del Silala o Siloli, que brotan desde el suelo y fluyen hacia esa larga y angosta quebrada, por donde corren hacia el Oeste siguiendo la vaguada.

Aproximadamente en el primer tramo de recorrido, el río Silala toma dirección general E-W y describe una curva suave, para pasar por el pie del extremo norte del Cerrito de Silala. Desde ese extremo, el río Silala continúa su curso en dirección general hacia el Oeste y se junta, al N-W del cerrito de Silala, con otra quebrada de laderas escarpadas, que concluyen en al ribera Norte, después de correr en dirección general N.E.-S.W., casi paralela al río Silala por el norte de la cota 4.370.

Desde esa confluencia, el río Silala prosigue su curso en dirección general N.E.-S.W. tras un recorrido de aproximadamente 600 metros, cruza el límite internacional a 4.317 metros de altitud y entra en territorio chileno⁴.

En consecuencia, en su condición de río internacional, a juicio de Chile, el Silala debía tener el tratamiento que el derecho internacional contempla para los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Para esto el Ministerio de Relaciones Exteriores fue insistente en invocar lo señalado en la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho de los cursos de Aguas Internacionales para fines distintos de la navegación, que faculta en su artículo 5º, tal como se señaló, *“a los estados del curso de aguas utilizadas en sus territorios respectivos de manera equitativa y razonable, en particular con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles*

4 Von Chrismar Escuti, Julio: El Silala es un río y como tal debe ser considerado, op. cit., p.76 y 77

*con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate*⁵. La norma en cuestión también indica que es obligación de los Estados cooperar en la protección y aprovechamiento del curso de agua.

Paralelamente, en el artículo 6° la citada convención explica que se entiende por “utilización equitativa y razonable” para ello establece que se deben tomar en cuenta los factores hidrográficos, geográficos, naturales, las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate, las poblaciones que dependen de dicho curso, los efectos que los usos de agua que en uno de los Estados produzcan en el otro, los actuales y potenciales cursos de agua, la conservación y la economía en la protección de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto, la existencia de alternativas de valor comparable respecto del uso particular actual y también previsto.

El artículo 7°, por su parte, señala que “Los Estados del curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua”. Más adelante, el artículo 10 señala que “se tomarán principalmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales”.

Todas estas normas son de vital importancia para la postura chilena, ya que da prioridad a las actividades y a las poblaciones existentes, por sobre las futuras que en el caso de Bolivia extraoficialmente se ha sabido que pretende implementar.

Bases de un entendimiento

En julio de este año las autoridades de ambos países dieron a entender que las negociaciones iniciadas en 2006 habían concluido en este punto, llegando a un eventual acuerdo el que partía de la base de que el curso de agua debía ser de beneficio compartido, tal cual lo señaló el Subsecretario de Relaciones Exteriores chileno, Alberto Van Klaveren, quien dijo que en el pacto se reconoce que el conflicto del Silala “se trata de aguas que ambos países estamos compartiendo y que nos parece absolutamente lógico que ambos países también pueden beneficiarse en el aprovechamiento de esas aguas”⁶. En definitiva, en el

5 Hormázabal, Fernando: El libro blanco de Chile, el problema marítimo boliviano, op. cit., p.485.

6 Diario El Mercurio, 4 de abril de 2009.

preacuerdo, según consta en la información pública disponible, se establece que cada país puede hacer uso libremente del 50% de las aguas y que deberá pagar en caso que quisiera utilizar más allá de esa cuota. El pago, que en ningún caso tendría efecto retroactivo, tal cual lo habría señalado el vicescanciller de Bolivia Hugo Fernández, al afirmar que el acuerdo “*vale desde el momento en que se firma*”⁷, deberá ser efectuado por los privados que se benefician de las aguas, es decir, por el Ferrocarril Antofagasta Bolivia y por CODELCO, a precios de mercado fijados por el gobierno boliviano. Una vez concretado el acuerdo, los organismos competentes de cada país, es decir, la Dirección General de Aguas (DGA) chilena y el Servicio de Meteorología de Bolivia instalarían los equipos necesario destinados a medir el volumen anual de las aguas y sus orígenes. Se ha señalado también que el acuerdo contaría con un método de solución de controversias.

Lamentablemente, el 10 de agosto de 2009, después de que el Presidente de la República boliviano, Evo Morales, se reuniera con dirigentes y representantes de la localidad de Potosí, el Vicepresidente de la nación andina, Alvaro García Linera, anunció el congelamiento hasta el 2010 de la firma de un acuerdo definitivo con Chile. El argumento esgrimido por los bolivianos corresponde a que es indispensable evitar la politización de este tema en período electoral, pues Bolivia enfrentará elecciones presidenciales en Diciembre. Sin embargo, ha trascendido que los representantes de la región del Potosí -donde está emplazado el Silala- han manifestado una serie de objeciones al preacuerdo y exigen que éste sea enmendado. Las objeciones que se han manifestado hacen que el acuerdo esté en un punto muerto, ya que ambos aspectos, a saber el reconocimiento de que no se trata de un recurso compartido y la demanda de un pago con efecto retroactivo, ya habían sido zanjadas por los negociadores y hasta ahora no se han manifestado a favor de reabrir la negociación.

El término de las negociaciones así como la posterior aprobación de las mismas son de vital importancia no sólo para las relaciones entre ambas naciones, las que demostrarían con esto que es posible dialogar y encontrar puntos de acuerdo, sino que también servirían como antecedente para un acuerdo hídrico de mayor magnitud, en el que el derecho internacional podría jugar un rol muy relevante. Ahora bien, “*si las consultas con las organizaciones del departamento de Potosí conducen al gobierno boliviano a desistirse de la firma del Acuerdo y, considerando que difícilmente Bolivia se allanaría a entregar la contro-*

7 Diario El Mercurio, 4 de abril de 2009.

*versía a un tribunal internacional, con seguridad Bolivia mantendría esta cuestión del Silala como una forma de presionar en la negociación con Chile en orden a obtener una salida soberana al mar dentro del marco del ítem correspondiente de la agenda del diálogo político hoy vigente*⁸. Si ello ocurre, nuestro país debería plantear que si Bolivia decide desviar las aguas para que no crucen hacia Chile, esta situación podría complicar mucho las relaciones bilaterales, ya que tendría serios efectos no sólo en la producción minera del norte sino que en las poblaciones que son abastecidas de agua potable con las aguas del Silala.

⁸ Apuntes privados del profesor de derecho internacional público de la Pontificia Universidad Católica de Santiago y de la Universidad de Los Andes: Hernán Salinas, los que fueron facilitados para esta publicación.

Movilizaciones sociales rupturistas en América Latina

• 11 de noviembre de 2009 •

Junto con las crisis económicas que afectaron América Latina en los noventa, surgió un nuevo tipo de movilizaciones sociales que, a través de la protesta callejera violenta, rechazan la adopción o implementación de ciertas políticas públicas, especialmente las de liberalización económica, y que cuentan con la capacidad de generar una convulsión social que provoca crisis políticas extendidas y, eventualmente, la caída del gobierno. Aunque el reemplazo de las autoridades se produzca por los cauces institucionales sin que el sistema democrático se quiebre, este es, actualmente, uno de los factores de ingobernabilidad democrática más serios que afectan a la región.

La década de los noventa y la primera década del nuevo siglo muestran una innegable estabilidad de los sistemas democráticos en América Latina. Los clásicos golpes de Estado dejaron de interrumpir la permanencia de gobiernos democráticos y la amenaza insurreccional, salvo el caso colombiano, comenzó a decrecer, fundamentalmente luego de los acuerdos de paz en Centroamérica. Es más, los sistemas institucionales se mostraban sólidos, incluso para canalizar complejos problemas y serias crisis políticas que se plantearon en diversos países.

Sin embargo, al promediar la década de los noventa y junto con el surgimiento de situaciones de crisis económica, fue emergiendo un método – originariamente concebido sólo como mecanismo de presión– que, aún sin apuntar a un quiebre institucional, generaba climas crecientes de ingobernabilidad a través de los cuales se buscaba provocar la caída de los gobiernos. Nos referimos a las movilizaciones sociales que han sido la expresión por antonomasia de un fenómeno sociopolítico que bien puede denominarse “*rupturismo social*”¹. Este se expresa, en consecuencia, en movilizaciones de protesta callejera violentas o estallidos sociales que cuestionan medidas o políticas, de manera especial en el ámbito económico, y que tienen la capacidad de generar una convulsión social sostenida que termina provocando ingobernabilidad² y, eventualmente, la caída del gobierno.

En la última década podemos mencionar diversos ejemplos en que las movilizaciones sociales rupturistas han tenido éxito en su objetivo de promover la caída de gobiernos, aún cuando se haya mantenido el formalismo institucional. En Argentina, la crisis económica de fines de 2001, alentada por las movilizaciones de los ‘piqueteros’, provoca la renuncia del presidente Fernando de la Rúa, es nombrado como interino Adolfo Rodríguez Saá, quien ejerce entre el 13 y el 30 de diciembre, y luego Eduardo Duhalde, quien convoca a elecciones anticipadas durante el año 2003 donde gana en segunda vuelta Néstor Kirchner.

1 Sobre el concepto ‘rupturismo social’ puede revisarse: Benavente, Andrés y Cirino, Julio (2005): “La democracia defraudada: populismo revolucionario en América Latina”. Buenos Aires: Grito Sagrado.

2 No debe confundirse la gobernabilidad con la estabilidad. Por la primera entendemos la capacidad que tienen las instituciones de administrar la sociedad a su cargo y de adoptar decisiones públicas en un marco de legitimidad política y social, ajustándose al estado de derecho. Mientras que estabilidad es la permanencia y proyección del sistema político democrático, demostrando su capacidad de absorber, canalizar y resolver, por medio de mecanismos preestablecidos, los diversos conflictos que se presentan en la sociedad.

En Bolivia, los estallidos sociales frente a sus medidas económicas liberales fuerzan la renuncia del presidente Gonzalo Sánchez de Lozada en el año 2003, siendo reemplazado por el vicepresidente Carlos Mesa. Luego de nuevas movilizaciones, durante mayo de 2005, Mesa renuncia y asume el presidente de la Corte Suprema, Eduardo Rodríguez, quien convoca a nuevas elecciones que gana Evo Morales y que asume en enero de 2006.

En Ecuador, los estallidos sociales en protesta por las políticas liberales del presidente Abdalá Bucaram llevan a que el Congreso lo declare inhábil en 1997 y designe a la vicepresidenta Rosalía Figuroa, quien dura sólo dos días al no poder controlar la situación; el Congreso la obliga a renunciar y designa presidente interino al senador Fabián Alarcón. Luego, en el año 2000, el presidente Yamil Mahuad intenta dolarizar la economía, se producen estallidos sociales que llevan a la formación de una junta de gobierno extremadamente heterogénea, integrada por representantes de movimientos indígenas y coroneles de las Fuerzas Armadas, la que nombra presidente a un ministro de la Corte Suprema que dura medio día en el cargo. La presión internacional y de las Fuerzas Armadas provocan que finalmente asuma quien era el vicepresidente, Álvaro Noboa. En abril del año 2005, las movilizaciones sociales encabezadas por el movimiento indigenista Pachakutik terminan por deponer al presidente Lucio Gutiérrez; asume su vicepresidente Alfredo Palacio y convoca a elecciones donde gana Rafael Correa, quien asume en enero de 2007.

En Paraguay, las tensiones al interior del Partido Colorado terminan con el asesinato del vicepresidente Luis María Argaña en marzo de 1999, delito que se le imputa a la corriente de Lino Oviedo, del cual era partidario el presidente Raúl Cubas, quien es forzado a renunciar por la presión de las movilizaciones sociales en su contra y el Congreso designa presidente a Luis González Macchi. En Perú, en medio de las acusaciones de fraude electoral por el intento de reelección de Alberto Fujimori para un tercer período, aparecen los 'vladivideos', que muestran al asesor presidencial Vladimiro Montecinos sobornando a parlamentarios opositores; se producen fuertes movilizaciones sociales que terminan con Fujimori huyendo del país y renunciando el año 2001, al igual que su vicepresidente; entonces, asume el senador Paniagua como presidente interino designado por el Congreso y luego se convoca a elecciones donde resulta electo Alejandro Toledo. Y, finalmente, en Venezuela, la crisis económica impulsa fuertes movilizaciones que deponen al presidente Hugo Chávez el año 2002, pero luego de dos días, movilizaciones de signo contrario consiguen reponerlo en el poder, siendo reelegido en diciembre de 2006. En varios de estos casos, la crisis económica fue

el elemento más visible en la agudización de las movilizaciones y sirvió como el contexto que ha cimentado fuertemente la política de confrontación.

Ya a fines de los años ochenta, cuando emergieron los primeros movimientos sociales que tenían como propósito subrogar la acción de los partidos políticos en escenarios dominados por gobiernos autoritarios que, por ese entonces, aún cubrían gran parte de América Latina, se estructuró el planteamiento teórico que daría sostén a las futuras movilizaciones, señalando que los movimientos sociales conformaban *“una dinámica que se genera en la sociedad civil, la cual se orienta intencionalmente a la defensa de intereses específicos. Su acción se dirige a cuestionar de manera fragmentaria o absoluta las estructuras de dominación prevaletentes y su voluntad implícita es transformar parcial o totalmente las condiciones del crecimiento social”*³.

¿Qué caracteriza a las movilizaciones sociales rupturistas?

En primer lugar, las movilizaciones rupturistas se dan en un ambiente de descontento generalizado en la población que puede tener una motivación múltiple: en algunos casos de tipo político, pero en general de orden económico. En efecto, las situaciones de crisis económica y financiera de un país sirven de motivación inmediata a las movilizaciones o al menos configuran un marco situacional favorable para su expansión.

En segundo lugar, aunque las movilizaciones regularmente no son armadas, como sí acontece en las de carácter insurreccional, tienen un claro sello de agitación social y, por lo mismo, hay un componente cada vez más creciente de violencia callejera que termina por desbordar a las fuerzas policiales. La convulsión social, al ser extendida y mantenerse en el tiempo, genera una abierta situación de ingobernabilidad.

En tercer lugar, las instituciones y los mecanismos de resolución de conflictos son sobrepasados. No resultan eficientes para enfrentar la situación con miras a neutralizarla y entran en una crisis de legitimidad. A medida que la situación se polariza, los mecanismos institucionales e incluso las mediaciones externas se agotan.

3 Camacho, Daniel y Menjívar, Rafael (1989): “Los movimientos populares en América Latina”. Ciudad de México: Editorial Siglo XXI, p. 15.

En cuarto lugar, las Fuerzas Armadas –que en otras coyunturas históricas habrían sido actores protagónicos a través del abandono de su no deliberación e intervención directa– asumen el rol de sujetos pasivos que no se salen de los cauces institucionales, lo que les permite adecuarse de manera fácil y oportuna a los nuevos escenarios una vez que el gobierno ha caído.

En quinto lugar, y esto resulta clave para entender el factor anterior, no hay quiebre institucional. El término o la caída del gobierno, cuando triunfan las movilizaciones sociales rupturistas, se hace bajo el revestimiento del procesalismo de la institucionalidad democrática. Por ejemplo, en Ecuador al Presidente Bucaram, como resultado de las movilizaciones, el Congreso Nacional lo declaró mentalmente inhábil para el cargo; en Perú a Fujimori, junto con rechazársele la renuncia, el Congreso declaró la vacancia presidencial; los demás presidentes que han sufridos los embates del ‘rupturismo social’ renunciaron y fueron reemplazados de acuerdo a la aplicación de las normas constitucionales de sucesión presidencial.

Con todo, hay experiencias donde las movilizaciones rupturistas no han logrado la caída del gobierno, pero su intensidad ha generado su aislamiento o la parálisis de su ímpetu transformador, como acontece con el llamado “caracazo” en Venezuela donde ocurren movilizaciones violentas en contra de las políticas económicas del segundo gobierno del Presidente Carlos Andrés Pérez en 1989 y que serán el antecedente inmediato del posterior levantamiento armado del entonces teniente coronel Hugo Chávez en 1992.

En sexto lugar, hay que considerar que la ausencia de quiebres de la institucionalidad democrática se debe a que las movilizaciones rupturistas configuran una situación de rebeldía que no tiene rasgos fundacionales. Tienen un propósito concreto y específico: terminar con una determinada situación económica o deshacerse de un gobernante, pero no sienten que tengan la misión de instalar un nuevo orden político. De allí que logrado su objetivo no hay mayores dificultades para aceptar la sucesión del gobierno por los cauces institucionales previstos en la Constitución. Las movilizaciones rupturistas expresan un consenso de término, es decir, la necesidad de poner fin al estado de cosas que rechazan, pero no expresan ningún consenso programático. El futuro es siempre incierto, no es previsto en medio de las protestas, sólo se busca el fin del gobierno en contra del que se reclama. En términos de construcción, el futuro comienza en la hora siguiente en que cae el gobierno y, por lo mismo, siempre será un salto al vacío. De allí que a los protagonistas de los ‘estallidos

sociales' les es aplicable el comentario que Jacques Ellul hiciera de las rebeliones trazando una analogía con los antiguos pueblos nómadas belicosos: *“pueden invadir ciudades, después no saben qué uso hacer de ellas. Entonces, saquean, queman, arrasan y continúan siendo nómadas, siguen acampando en sus tiendas a las puertas de las ciudades que acaban de conquistar”*⁴.

Finalmente, las movilizaciones sociales rupturistas dan paso, cuando tienen éxito, a gobiernos transicionales que completan el período presidencial abortado o permanecen en el poder hasta que se verifican las nuevas elecciones. Su tarea tampoco es fundacional, sino que consiste en manejar lo mejor posible la crisis heredada para relegitimar las instituciones. En este período sigue prevaleciendo la incertidumbre institucional, especialmente si la motivación de las movilizaciones ha sido de tipo económico. Las nuevas autoridades quedan bajo la presión de la rebeldía social y, por ende, condicionadas en el ejercicio de sus funciones. La discrecionalidad del presidente Eduardo Duhalde en Argentina entre los años 2001 y 2003 y la vacilación del presidente Carlos Mesa en Bolivia entre los años 2003 y 2005 se explican, en parte importante, por el entorno social y político en que llegaron a ejercer las funciones de gobierno.

Contexto situacional del rupturismo social

Por cierto, no toda movilización social, por radicales que sean sus demandas, constituye una expresión de ‘rupturismo social’. El elemento constitutivo de éste es la capacidad de esas movilizaciones de desbordar las instituciones. Una primera fase se expresa cuando las movilizaciones provocan una deficiente respuesta gubernativa en cuanto a recoger sus demandas y procesarlas por los cauces y recurriendo a los mecanismos institucionales, surgiendo entonces las primeras señales de desborde del sistema. En el seno del gobierno pueden evidenciarse también las primeras fracturas. En una segunda fase queda reflejado el bajo respaldo social del gobierno. No tanto en el orden general, sino con relación al conflicto que se plantea. Si frente a la resolución del conflicto generado por las movilizaciones sociales radicales, la población, expresada en términos de opinión pública, no apoya al gobierno o incluso rechaza sus comportamientos, éste va perdiendo legitimidad social en su capacidad de respuesta. Una tercera fase dice relación con la reproducción de la pérdida de credibilidad y de confianza del gobierno entre la población en el escenario político. Entonces el gobierno va quedando aislado e incluso con riesgo de di-

4 Ellul, Jacques (1973): “Autopsia de la Revolución”. Madrid: Unión Editorial, p. 17.

sociación en su coalición o apoyos políticos. Una cuarta fase de agudización de la crisis se plantea cuando el gobierno tiene ante sí una situación de convulsión que no puede controlar. Comienza a percibirse en la población y en los actores políticos que el gobierno no terminará su mandato, predominando, por consiguiente, la incertidumbre sobre la resolución del conflicto. El escenario se torna muy polarizado, siendo cada vez más difícil encontrar instancias de mediación para volver a encauzar el conflicto. Las fuerzas policiales llamadas a controlar el orden están totalmente desbordadas. Una quinta fase acontece cuando las Fuerzas Armadas –que no han mostrado interés por intervenir de forma directa– dan señales de distanciamiento del gobierno en crisis, lo cual incentiva aún más a los actores comprometidos con el rupturismo. La percepción por el gobierno de que ya no cuenta con el respaldo de quienes detentan la fuerza legítima del Estado es uno de los factores, junto a la escalada de violencia que caracteriza a las movilizaciones, que lo lleva finalmente a dimitir para salvar lo que queda de la frágil institucionalidad. Esta es la fase de la ingobernabilidad.

Las movilizaciones sociales rupturistas revelan la ineptitud del gobierno para responder al desafío de gobernar que es manejar de manera eficiente escenarios interactivos, procurando el equilibrio entre factores diversos y no pocas veces contrapuestos. La ingobernabilidad muchas veces adviene ante el claro déficit en la capacidad de conducir estas nuevas realidades.

El contexto en que se presenta el rupturismo social en América Latina a contar del promedio de la década de los noventa está caracterizado por dos factores que inciden en su potenciamiento: la desconfianza de la política y, en particular, de los partidos políticos, y escenarios de agudas crisis económicas.

a. La desconfianza hacia la política

En la última década, América Latina ha ido evidenciando de manera cada vez más clara una profunda crisis de la política, por más que ésta se reivindicó parcialmente luego del colapso de los regímenes autoritarios y la recuperación de la democracia en todo el subcontinente. Pero fue ésta una reivindicación frágil, pues no supo asumir oportuna y cabalmente el desafío de modernizarse y ser eficiente, prefiriendo en cambio retomar las antiguas prácticas del clientelismo político –que se caracteriza porque los grupos en el poder o con influencia en el Estado, distribuyen favores o cargos a cambio de apoyo político o electoral, al margen del interés general y de las políticas públicas– que

ya no se avienen con los formidables procesos de transformación económica que comenzaron a verificarse de manera extendida durante los años noventa.

Es inquietante como los partidos políticos no han logrado aquilatar que la democracia, para su funcionamiento, necesita de partidos sólidos como entidades mediadoras y canalizadoras de las inquietudes públicas de la población. En América Latina se percibe, en general, a los partidos políticos como negativos, como núcleos de luchas intestinas, incapaces de diseñar políticas consistentes y con inclinaciones hacia la corrupción. Esto ha ido consolidando, en varios países, un sentimiento contrario a los partidos, tanto en el nivel de las elites intelectuales como en el electorado en general. Esta percepción se ha ahondado en la medida que los partidos han optado por ser protagonistas de un proceso de ‘farandulización’ de la política, en cuanto han sido seducidos por la creciente importancia de los medios de comunicación en las sociedades modernas. En este contexto se han presentado, además, agudos problemas sociales, respecto de los cuales los partidos no han sido percibidos con la capacidad técnica para resolverlos, lo que termina por afectar la credibilidad de todas las instituciones políticas y sociales en la medida que ellas están a cargo, comúnmente, de militantes de partidos.

En efecto, en los inicios de la década pasada, antes que el ‘rupturismo social’ se visibilizara, ya se advertía: *“Las formas más miserables de pobreza presentan un grueso escollo a la eficiencia de las democracias latinoamericanas. Si al cabo del ejercicio de varios gobiernos democráticos los problemas sociales se mantuvieran o agudizaran (...) la adhesión a la democracia, tan masiva y extendida como la vemos hoy, podría ceder paso a un retorno hacia opciones autoritarias no necesariamente gestadas en el seno militar”*⁵. Con los años, esta advertencia se ha ido materializando de manera innegable.

En efecto, esta percepción negativa entre la población respecto de los partidos ha favorecido dos fenómenos. Primero, extendidas movilizaciones de protesta sin características ideológicas significativas que expresan más bien un estado de ánimo con mezcla de ira y frustración frente a la incapacidad para resolver desafíos complejos. Y segundo, el surgimiento de liderazgos populistas que se aprovechan del descontento ciudadano hacia la clase política y de las facilidades electorales de la democracia para acceder al gobierno y una vez

5 Jaraquemada, Jorge (1993): “La eficiencia como condición y desafío de la democracia”. Revista Política N°31, p. 98.

en él imponen estilos autoritarios de gobierno, como ha sucedido con las denominadas “*democracias delegativas*”⁶ que tienen repercusiones negativas para la gobernabilidad democrática, pues debilitan los mecanismos e instituciones de responsabilización política y de rendición de cuentas. Guillermo O’Donnell acuñó este término para referirse a algunos procesos democráticos en América Latina durante la década de los noventa y que, a su juicio, no lograron establecer democracias representativas, sino delegativas, es decir, institucionalmente débiles, con presidentes que llegan al poder a través de elecciones libres y competitivas, al margen de los partidos tradicionales, pero 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. Ejemplos serían, a nuestro juicio, los gobiernos de Menem en Argentina (1989-1998), Fujimori en Perú (1990-2000) y actualmente el de Chávez en Venezuela (1998-2009).

De esta manera, puede decirse que, en varios países de la región, a partir de su crisis de representatividad, los partidos han contribuido significativamente al debilitamiento de la democracia y credibilidad del sistema institucional.

b. Las crisis económicas

El ‘rupturismo social’ se expresa también y de manera importante en medio de escenarios de serias y agudas crisis económicas. Uno de los más graves problemas que se han derivado de la actual crisis económica es el fuerte cuestionamiento que sufre la economía abierta de libre mercado en cuanto estrategia de desarrollo viable en la región.

Hay que recordar que la década de los noventa comienza con la expansión del llamado Consenso de Washington, donde se admitía que el Estado sobredimensionado con presupuestos deficitarios era el responsable del atraso, del endeudamiento y de la pobreza y, por lo mismo, se hacía necesario rediseñar su tamaño y funciones, así como modernizarlo para hacerlo realmente eficiente en el cumplimiento de sus tareas. Parecía que América Latina se encaminaba en materia económica por una senda rectificatoria y fundacional a la vez, cuando en la primera mitad de los años noventa en varios de nuestros países –salvo Chile que los había antecedido casi por dos décadas– se llevaron a cabo

6 Véase O’Donnell, Guillermo (1994): “Delegative democracy”. *Journal of Democracy* Vol. 5 N°1: 55–69.

las reformas estructurales del Estado y de la economía. No obstante, las transformaciones elaboradas y aplicadas por equipos de técnicos -que no actuaban con los estrechos criterios del clientelismo político- sólo fueron parciales en la mayoría de las experiencias nacionales, por falta de compromiso y voluntad política de los gobernantes.

Esas insuficiencias hay que ubicarlas en varios lados. Algunas de ellas son de omisión. En algunas experiencias, aún siendo muy distintas entre sí, no hubo mayor preocupación por proyectar el sello transformador más allá del caudillo o líder que encabezaba el proceso. Ni Fujimori ni Menem tuvieron esa preocupación. El primero estaba más centrado en evitar que surgieran liderazgos competitivos entre sus seguidores y el segundo haciendo todo lo posible, por idéntica razón, para que la audaz reforma que había impulsado en Argentina no tuviera otros conductores que él mismo, todo lo cual no hizo sino catapultar dentro del peronismo la figura opaca de Eduardo Duhalde con más nostalgias del Estado interventor que con voluntad de profundizar la liberalización iniciada por Menem.

En otros casos el problema residió en que las transformaciones económicas fueron impulsadas, incluso con gran perseverancia, por quienes política y culturalmente habían sido tributarios de concepciones estatistas y que, por realismo político o por una particular visión del futuro, se decidieron a tener un punto de inflexión en sus propias trayectorias e impulsar un modelo diametralmente opuesto. Este es el mérito de Fernando Henrique Cardoso en Brasil, otrora autor de la llamada 'teoría de la dependencia', y de Víctor Paz Estenssoro en Bolivia, que en la década de los cincuenta había sido el gran nacionalizador de empresas. Sin embargo, queda la duda, hasta donde este oportuno cambio de dirección fue por adhesión valórica o simplemente una respuesta adecuada para enfrentar una determinada coyuntura de crisis.

En las últimas dos décadas ha sido recurrente ver cómo uno de los argumentos con que se sostienen las movilizaciones sociales es oponerse –incluso con violencia agitativa– a los organismos financieros internacionales a quienes se pretende responsabilizar por los males económicos de la región. Por ejemplo, durante la 'crisis de la deuda externa latinoamericana' que terminó por empujar el ocaso del Estado de Bienestar, se imputaba que *“la intervención del FMI en la política interna de los países deudores era insoportable y violaba la soberanía nacional de éstos; que sus diagnósticos erróneos y recetas inservibles no sólo no ayudaban a sanear la economía sino que incluso profundizaban la crisis; que se*

*imponían cargas insoportables a las clases postergadas perturbando la estabilidad interna de los deudores*⁷. Este y otros organismos financieros internacionales pasaron a ser una suerte de ‘chivos expiatorios’ esgrimidos por los propios gobiernos deudores para evitar asumir su responsabilidad en la gestación de la deuda, para cuyo servicio recurrían a las mismas entidades financieras internacionales durante las crisis. Muchas de esas imputaciones que entonces se hicieron al Fondo Monetario Internacional⁸ y a otras entidades no son tan distintas de las que ahora se les han formulado con ocasión de la ‘crisis subprime’ de 2008.

En conclusión, sin alternativas que signifiquen un correlato en el plano político del proyecto de transformación económica de libre mercado, no tiene mucho de extraño, en verdad, que en momentos de crisis de esta estrategia de desarrollo, quienes habían sido sus sostenedores instrumentales se diluyan y vuelvan a aparecer con fuerza las recetas del intervencionismo o del populismo estatal, con un atractivo lenguaje demoledor, pero con una absoluta incapacidad de articular e implementar salidas eficientes para el futuro. Su oferta se agota en la promesa de volver a caminar el sendero ya recorrido del dirigismo económico y de la intervención estatal que, se sabe, sólo conduce a la profundización de los problemas.

7 Körner, Peter, Maass, Gero, Siebold, Thomas y Tetzlaff, Rainer (1983): “El FMI: ¿gerente de crisis para el Tercer Mundo?”. Revista Nueva Sociedad N°67, p. 49.

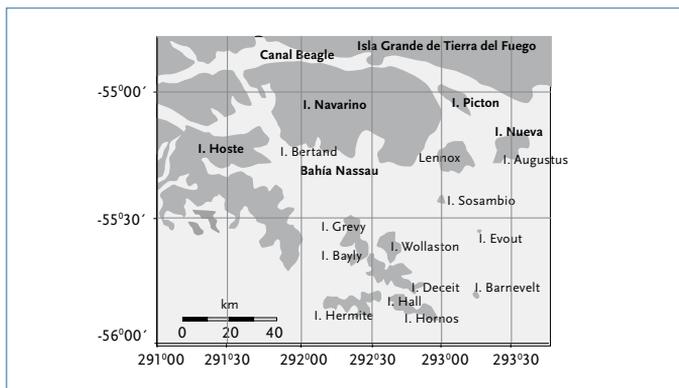
8 Véase Althaus, Karl (2003): “El Fondo Monetario Internacional, crisis económicas e interpretaciones políticas”. Documento de Trabajo, Facultad de Economía y Empresa, Universidad Diego Portales.

A 25 años del proceso de Mediación Papal por el diferendo austral entre Chile y Argentina

• 25 de noviembre de 2009 •

Por estos días se conmemoran 25 años de la culminación del proceso de Mediación Papal que vino a solucionar una controversia limítrofe entre Chile y Argentina por la delimitación fronteriza en el extremo sur de ambos países, específicamente en el Canal Beagle, que incluía tres pequeñas islas cuya posesión estuvo en discusión hasta el Laudo Arbitral de 1977, que Argentina declaró insanablemente nulo. La Mediación de Juan Pablo II evitó una guerra que de seguro habría causado un daño inconmensurable a ambos países y generado insospechados efectos sobre el resto de la región. La prolijidad y el rigor con que el equipo chileno llevó adelante las negociaciones debiera ser un ejemplo a tener en cuenta en actuales y futuras controversias internacionales.

La controversia que da origen a la Mediación Papal tiene su origen remoto en una diferencia de interpretación del Tratado de Límites suscrito entre Chile y Argentina en 1881, ya que ambos países entendían de distinta manera la norma que establecía el límite austral. La parte argentina estimaba que la demarcación material del límite no estaba clara, mientras que Chile sostenía que lo único que quedaba por dilucidar era la distribución de las islas e islotes que quedaban dentro del Canal Beagle y que habían sido omitidas en ese Tratado. Ambas naciones exploraron negociaciones directas hasta 1967, año en que el gobierno chileno recurrió en forma unilateral a Su Majestad británica, quien era el árbitro permanente entre ambas naciones de acuerdo a lo establecido en el Tratado de Arbitraje de 1902. En un comienzo Argentina rechazó esta gestión; sin embargo, en julio de 1971 se firmó el compromiso de arbitraje entre ambos países. La Corte Arbitral comunicó a las partes su decisión en mayo de 1977, acogiendo mayoritariamente los planteamientos de Chile, país que aceptó el Laudo, mientras que Argentina, después de varios meses de análisis, lo declaró insanablemente nulo, situación que dio origen a un período de fuertes tensiones y desencuentros entre ambas naciones.



Fuente:<http://uca.edu.ar/uca/common/grupo1/images/beagle.jpg>

En consecuencia, el proceso de Mediación Papal que culminó el año 1984 vino a solucionar un antiguo conflicto limítrofe entre Chile y Argentina, luego de la decisión unilateral del gobierno argentino de desconocer el Laudo Arbitral de S.M. británica que había zanjado la delimitación fronteriza en el extremo sur de ambos países, específicamente en el sector del Canal Beagle,

en el Cabo de Hornos, y que incluía tres islas pequeñas ubicadas en la zona. La Mediación trajo una solución pacífica a una controversia limítrofe que se venía planteando hacia más de setenta años y que por el año 1978 amenazó con desembocar en una guerra.

El desconocimiento del Laudo Arbitral

El 2 de mayo de 1977, el Tribunal Arbitral de S.M. británica daba a conocer el Laudo que fijaba una delimitación marítima en el Canal Beagle y que entregaba el pleno dominio del sector, incluidas las islas Lennox, Picton y Nueva al Estado de Chile y trazaba una línea media en el Canal, de acuerdo a lo estipulado en el Tratado de 1881 vigente entre Chile y Argentina. Este texto acogió en su totalidad el planteamiento chileno que había sido defendido en su oportunidad por el agente de Chile ante el Tribunal Arbitral, Embajador José Miguel Barros. El mismo día en que se notificó el fallo, el gobierno chileno declaró, de acuerdo con su tradición jurídica, que lo cumpliría fielmente. Argentina, por el contrario, señaló que daría a conocer su decisión dentro de los nueve meses fijados por la corte arbitral para su cumplimiento. La nación trasandina afirmaba que si bien reconocía sus obligaciones internacionales, éstas se entendían en el *“principio de que ningún compromiso obliga a cumplir aquello que afecte intereses vitales de la nación o que perjudique derechos de soberanía que no hayan sido expresamente sometidos a decisión de un Árbitro por ambas partes”*¹.

Durante el estudio del fallo por la parte argentina, el gobierno intentó llevar la discusión al plano político en coordinación con los medios de comunicación trasandinos. Chile, por su parte, intentaba mantener el diálogo en el plano jurídico con un fuerte apoyo de juristas y diplomáticos nacionales. A los pocos días de dado a conocer el fallo y en conocimiento de la posición argentina, el gobierno chileno invitó a su par a entablar conversaciones con el objeto de determinar con precisión y de conformidad a lo establecido en el Laudo el límite de las respectivas jurisdicciones marítimas, dejando además abierta la posibilidad de incluir otros temas. Por su parte, las autoridades argentinas, aceptando la idea de iniciar conversaciones, elaboraban una estrategia destinada a sacar el tema del ámbito jurídico para llevarlo al político, lo que la nación trasandina denominaba una fórmula “razonable y equitativa”, ya que si bien reconocían los argumentos jurídicos, sostenían que las relaciones entre países

¹ Videla Cienfuegos, Ernesto (2007): “La desconocida historia de la mediación Papal, diferendo austral Chile Argentina, 1977-1985. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 27

eran políticas y no jurídicas. Durante este tiempo en que Argentina se aboca al estudio del Laudo, las reuniones bilaterales se suceden y las autoridades de ambas partes hacen proposiciones cuyo objetivo es guiar las conversaciones hacia la satisfacción de sus aspiraciones. Chile busca mantener los argumentos en el plano jurídico y Argentina aboga por una solución política.

El 25 de enero de 1978, el gobierno argentino resolvió desconocer la sentencia arbitral declarándola unilateralmente como “*insanablemente nulo*”, lo que implicaba que Argentina no se sentía obligada a su cumplimiento “*ni reconocía la validez de ningún título que invocara la República de Chile sobre la base de dicho laudo*”². Este hecho causó sorpresa y molestia en Chile. Por el contrario, en Argentina la campaña comunicacional del gobierno del General Videla, destinada a restar validez jurídica al fallo y a exigir su nulidad, había dado resultado. A pesar de lo anterior, las gestiones diplomáticas continuaron, ya que ambos jefes de Estado habían acordado intentar una solución por la vía de la negociación directa. Chile había tratado, infructuosamente, de recurrir a la Corte Internacional de Justicia de La Haya de conformidad a lo establecido en el Tratado de Solución Judicial de Controversias que regía desde el año 1972. Argentina, por su parte, había invocado constantemente la vía de la negociación directa, cuyo fracaso constituía un requisito previo para recurrir a La Haya.

El deterioro de las relaciones bilaterales

Luego del desconocimiento del Laudo por Argentina, la tensión escaló al máximo y las relaciones bilaterales se deterioraron. En Chile hubo cambio de gabinete: salió el vicealmirante Patricio Carvajal y entraba Hernán Cubillos. Para enfrentar la crisis, el nuevo Canciller decidió formar una comisión asesora, integrada por miembros de la Cancillería, los jefes de Estado Mayor de las FF.AA., el Director de Fronteras y Límites y los juristas Julio Philippi, Helmut Brunner, Francisco Orrego y Ricardo Rivadeneira. La secretaría ejecutiva quedó radicada en la Dirección de Planificación, cuyo director era el entonces Coronel Ernesto Videla.

Ya con anterioridad se habían conformado las denominadas Comisiones de Distensión Uno y Dos, aceptadas por ambos países, y cuya misión era realizar prospecciones y exploraciones para avanzar en una forma de solución aceptable. La instauración de estas comisiones fue fruto de la denominada “diplomacia militar paralela” que encabezó el propio General Pinochet, con

² Videla Cienfuegos, Ernesto: op. cit., p. 89.

sorpresivos encuentros con su par argentino en Mendoza primero, y luego, en Puerto Montt. La primera de estas Comisiones fue presidida por el ex Ministro de Relaciones Exteriores, don Julio Phillipi y luego, la segunda comisión, por el jurista y profesor universitario, embajador Francisco Orrego Vicuña. Por la parte argentina actuaba el General Etcheverry. Ambas comisiones realizaron su trabajo mediante conversaciones alternativas en Buenos Aires y Santiago. Estos esfuerzos, aunque inútiles, continuaron durante los seis meses que se habían establecido como plazo para encontrar una solución. Durante este lapso las tensiones se hicieron cada vez más evidentes. Argentina movilizaba sus tropas y traspasaba constantemente el territorio que Chile consideraba nacional en virtud de lo establecido en el Laudo. Por otra parte, Chile sentía que actuaba de buena fe en las negociaciones y, por lo tanto, no entendía porque debía renunciar a algo que por derecho le correspondía. Argentina, por su parte, también estimaba que su actuar era legítimo ya que el desconocimiento del Laudo no le había implicado una condena de la comunidad internacional e insistía en que la solución a la contienda debía ser política y no jurídica.

La Conferencia Episcopal chilena procuraba abrir una instancia de diálogo con los Obispos argentinos sin mayor éxito. Entre las múltiples variantes que se manejaban para evitar el conflicto surgió de ambas partes la iniciativa de recurrir a la Santa Sede y solicitar su mediación para detener el conflicto. No obstante, hubo en Argentina sectores de las FF.AA. que eran contrarios a esta instancia. Esta iniciativa ya había sido planteada por la Iglesia chilena a la Cancillería, a través de una carta entregada al Presidente Pinochet por el Obispo de Osorno, Monseñor Maximiliano Valdés Subercaseaux. Paralelamente, la Cancillería chilena había iniciado contactos con El Vaticano; sin embargo, la muerte de Pablo VI y a los pocos días de ser electo de Juan Pablo I contribuyeron a alejar la esperanza de una mediación papal. Argentina no creía que Chile recurriría a El Vaticano por las dificultades que el país enfrentaba con la Iglesia Católica local y, a su vez, había iniciado contactos con la casa real española. Ambos países buscaban un posible mediador, sin embargo, Argentina pretendía alcanzar una solución y después presentarla al tercero para que la planteara como propia. Chile estimaba que lo anterior constituía una falta de respeto hacia el mediador y mostraba su disconformidad con la estrategia.

El 30 de octubre de 1978, dos días antes del término del plazo de las negociaciones de la segunda Comisión de Distensión, que presidía el Embajador Orrego, el Ministro de Relaciones Exteriores chileno, Hernán Cubillos, logra

reunirse con el Papa Juan Pablo II, a quien expone con detalle tanto la posición chilena como la argentina con miras al conflicto. El Sumo Pontífice le pide que lo mantenga informado sobre eventuales aumentos en las tensiones y le solicita que dicha información la haga a través del Nuncio en Santiago, Monseñor Angelo Sodano y el Secretario de Estado, Monseñor Agostino Casaroli. Al día siguiente, las negociaciones de la Comisión Dos se dieron por terminadas y se procedió a levantar el acta correspondiente. En ella se destacaría el fracaso de las reuniones en los puntos de fondo, pero aún reconociendo lo anterior, las partes se comprometían a buscar otros métodos pacíficos, lo que incluía la incorporación de un tercero. Bajo el clima bélico reinante entre ambos países, el énfasis en este punto del acta revestía trascendental importancia.

Al constatar el fracaso de las negociaciones, Chile evaluó la opción de invitar a Argentina a recurrir a la Corte de La Haya. Sin embargo, internamente se advirtió que esta opción era muy riesgosa, pues el gobierno argentino podía entender el hecho de que Chile planteara un recurso ante La Haya como un “Casus Belli”.

En tanto, no era un secreto que Argentina movilizaba sus tropas al Sur y convocaba a sus reservistas en gestos abiertamente belicistas. La situación fue cada vez elevando la tensión y en diciembre de 1978 se hablaba de un conflicto inevitable. Buenos Aires realizaba con la población civil ejercicios de “oscurecimiento” de la ciudad y habilitación de hospitales de emergencia ante un eventual ataque de las fuerzas chilenas. Chile en tanto agotaba los mecanismos del sistema jurídico interamericano y convocaba al Consejo de la OEA. Nada atenuaba el ánimo belicista argentino y el enfrentamiento parecía realmente inminente. En un desesperado esfuerzo por evitar el conflicto, EE.UU. envió al Secretario de Estado a Buenos Aires, pero su gestión también fracasó. Según lo señala en su libro “Historia secreta de la guerra que evitó el Papa” el periodista Bruno Passarelli: “*La guerra con Chile tenía fecha y hora exacta de comienzo: la Argentina cruzaría la frontera para ocupar las islas Nueva, Lennox y Picton, el viernes 22 de diciembre de 1978 a la hora 22*”.

La Mediación de la Santa Sede

El 21 de diciembre de 1978 el embajador chileno Héctor Riesle se reunió con el secretario de Estado de la Santa Sede, monseñor Agostino Casaroli, quien le manifestó la preocupación del Papa por la delicada situación que se vivía entre Argentina y Chile, y le ofreció formalmente la ayuda del Santo Padre, que propuso el envío de una misión a Santiago y a Buenos Aires para buscar un acuerdo.

Ambos gobiernos aceptaron. En forma paralela, Chile decidió, previa consulta a El Vaticano, invocar el Tratado de Asistencia Reciproca (TIAR) de la OEA, a fin de resguardarse en caso de que las gestiones del Santo Padre fracasaran.

El Cardenal Samoré llegó a Argentina el 26 de diciembre de 1978, acompañado del Consejero Diplomático, Monseñor Faustino Sainz y de Fiorello Cavalli, sacerdote jesuita encargado del escritorio de Chile en la Secretaría de Estado Vaticana. Después de pasar algunos días en Argentina formándose una opinión de la posición de dicho país, el Cardenal viajó a Chile para hacer lo mismo. Luego, tal como lo había anunciado, se trasladó a Montevideo. Las gestiones fueron beneficiosas en cuanto a que consiguieron bajar la presión de la guerra, pero costó mucho avanzar en el tema de fondo. Ambos gobiernos, después de serias reticencias de Argentina y superadas en último momento en Montevideo, pocas horas antes que el Cardenal Samoré regresara a Roma, firmaron el acta en que se reconocía como mediador del conflicto al Santo Padre a través de sus respectivos cancilleres, Hernán Cubillos de Chile y Washington Pastor de Argentina. Era el 8 de enero de 1979.

Entonces se preparó en Roma una Misión Especial presidida por el Embajador Enrique Bernstein y secundada por el Consejero Fernando Pérez, con residencia en la ciudad y apoyada por una Oficina de Mediación creada al efecto, la que estaría a cargo del Director de Planificación de la época, Coronel Ernesto Videla, y asesorada por un destacado grupo de juristas que trabajaría permanentemente desde Santiago, aunque viajando en forma periódica a Roma. Este grupo lo integraron los abogados Francisco Orrego, Julio Phillipi, Patricio Pozo, Osvaldo Muñoz, Patricio Prieto, Germán Carrasco de la Dirección de Fronteras y Límites, el Comandante Arturo Ayala y el Segundo Secretario Maximiliano Jarpa, quien había integrado las Comisiones de Distensión Uno y Dos. Se mantuvieron también la Agencia Arbitral de Ginebra presidida por Osvaldo Muñoz y secundada por Ignacio Cox y la asesoría de los juristas internacionales, el francés Prosper Weil y el inglés Ian Brownlie. En Roma reforzarían el equipo el Embajador ante la Santa Sede, Héctor Riesle y el Consejero de la Embajada, Jorge Iglesias. Más adelante se incorporó el Embajador Mariano Fontecilla, que acababa de asumir la Agregaduría de Negocios ante el Gobierno italiano y el Embajador Santiago Benadava, quien pasó a sustituir más adelante al Embajador Bernstein.

El Cardenal Samoré integró su equipo con el Consejero Faustino Sainz y el apoyo de un equipo de juristas vaticanos y de profesores de derecho internacional italianos cercanos a la Curia Romana.

Las negociaciones fueron largas y difíciles. Argentina cambió varias veces a su equipo negociador antes de que asumiera el General Etcheverry (el mismo que había demostrado particular dureza en la Comisión Dos) y se requirió de toda la sabiduría de la diplomacia vaticana para que las partes accedieran a ceder en algo sus posturas y llegar a una solución que fuera aceptada por todos. Paralelamente ambos gobiernos enfrentaban una serie de problemas de política interna, lo que implicó a los equipos negociadores un mayor esfuerzo para concentrarse de forma exclusiva en su tarea y no distraerse con la coyuntura propia de la época.

El 12 de diciembre de 1980 la Santa Sede hizo su primera propuesta, la que después de un par de días de análisis fue aceptada por Chile. En la época se desempeñaba como Ministro de Relaciones Exteriores el Embajador René Rojas Galdamez, quien viajó a Roma para llevar la respuesta de aceptación. Argentina, por el contrario, manifestó su insatisfacción. Las cosas se complicaron nuevamente y un incidente en el sector de Laguna del Desierto volvió a tensar las relaciones. El desaliento llevó a los negociadores chilenos a prospectar nuevamente el recurso de la Corte Internacional; sin embargo, el mundo entero fue sorprendido en abril de 1982 cuando las fuerzas armadas argentinas invadieron las Islas Malvinas, disputadas con Gran Bretaña. Por su parte, Chile temió que Argentina pudiera iniciar en paralelo una acción militar en contra de las islas del Canal Beagle.

Al asumir funciones como embajador permanente, Santiago Benadava trabajó en la reapertura del diálogo que se había visto enrarecido por la proposición de un Preámbulo que no satisfacía a Chile. La muerte del Cardenal Samoré y el reemplazo del titular de la Cancillería chilena por Miguel Schweitzer, llevaron a establecer contacto con dos de los más destacados negociadores argentinos, los profesores Barbieri y Listre, quienes se habían incorporado al grupo negociador argentino. Esta negociación, que transcurrió durante todo el verano europeo y que recibió el nombre de “Comisión B-B”, se entregó con fuerza y dedicación a elaborar una fórmula de solución. Por último, se logró un principio de entendimiento que más tarde dio base al acuerdo final que se firmaría en Roma algunos meses después. En Chile asumía la cartera de Relaciones Exteriores, Jaime del Valle.

Argentina, por su parte, había sufrido muchos cambios. Después de la derrota militar en la guerra por las Islas Malvinas, el gobierno militar había entregado el poder a los civiles y se habían organizado elecciones democráti-

cas, logrando el triunfo Raúl Alfonsín, quien nombró como nuevo Ministro de Relaciones Exteriores a Dante Caputo. La nueva situación interna en la nación trasandina facilitó la labor de las comisiones negociadoras, ya que los partidos políticos argentinos se mostraban favorables a una solución pacífica.

Las negociaciones para la redacción del texto no estuvieron exentas de dificultades y muchas veces se temió que éstas fracasaran; sin embargo, la constante entrega de los equipos negociadores permitió que finalmente las dudas y diferencias se fueran disipando. El Tratado de Paz entre Chile y Argentina se suscribió el 29 de noviembre de 1984 y obtuvo una rápida aprobación de las autoridades competentes.

Conclusión

“Mediación. Triunfo de la paz”, así lo denominó el diario La Nación de Argentina. Los grandes artífices de esta epopeya fueron, sin duda, el Papa Juan Pablo II y su representante personal, el Cardenal Samoré, así como todo el grupo de diplomáticos, profesionales y juristas –chilenos y argentinos- que contribuyeron con su esfuerzo y talento a concretar el Tratado que asegura hasta hoy la plena armonía y la cooperación recíproca de ambas naciones en un ambiente de paz.

La forma como se llevó adelante el proceso de mediación por Chile constituye un verdadero ejemplo de cómo nuestro país debiera enfrentar este tipo de temas: el equipo de primer nivel con que contaron las autoridades de la época, el compromiso por defender los intereses nacionales de cada uno de sus miembros, la capacidad para prevenir escenarios y enfrentar las situaciones de crisis, el grado de conocimiento no sólo de los aspectos jurídicos del proceso sino que de la situación interna que vivía la contraparte, la capacidad y rigurosidad para dar a conocer la posición chilena frente a la comunidad internacional lograron que el proceso terminara favorablemente para ambas partes. Todo en un contexto de grandes dificultades internas en que factores internacionales constituían una atractiva manera de descomprimir las dificultades.

Chile, sin duda, está en deuda con sus servidores públicos que estuvieron dispuestos a sacrificar mucho para evitar una guerra que, probablemente, nada bueno hubiera reportado a ambas naciones. Esperemos que su actuar constituya fuente de inspiración para los profesionales que deban asumir este tipo de desafíos en el futuro.

