



IDEAS & PROPUESTAS

2014 - 2015

IDEAS & PROPUESTAS

2014 - 2015

IDEAS & PROPUESTAS 2014-2015

I.S.B.N. 978-956-8771-11-9

Mayo de 2015, Fundación Jaime Guzmán

Inscripción N° 253.310

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

Editado por Editorial JGE Ltda.

Capullo 2240, Providencia. Santiago, Chile.

Impreso por Quad / Graphics Chile

Colaboradores

Claudio Arqueros V.

Jorge Barrera R.

Beatriz Corbo A.

Sebastián Figueroa M.

Jorge Jaraquemada R.

Héctor Mery R.

Santiago Orpis J.

Máximo Pavez C.

Julio Pertuzé S.

Guillermo Ramírez D.

Felipe Rössler H.

Javiera Soto R.

Manuel Uzal C.

Indice

7	Presentación
	Temas Político-Institucionales
11	Constitucionalidad del retiro de los proyectos de ley educacionales
20	Nueva Ley de Lobby: un avance en probidad y transparencia
33	Modificación del sistema electoral binominal ¿Cuánto le cuesta al país el aumento de los parlamentarios?
47	Reforma al Sistema Electoral: un proyecto inconstitucional
66	Chile ¿Presa de la ideología?
84	El voluntarismo de la Nueva Mayoría
96	Homenajes prohibidos por ley: un nuevo paso hacia el monopolio ideológico de izquierda
109	Delitos tributarios: Ministerio Público vs Servicio de Impuestos Internos ¿Quién tiene la razón?
	Temas Sociales y Económicos
120	Reforma tributaria ¿Quién paga la cuenta?
131	Ideología de género ¿Amenaza real al matrimonio y la familia?
146	Interventor estatal: un golpe a la autonomía de las universidades
158	A 100 días de Gobierno, Lo Bueno, Lo Malo y Lo Impresentable en Educación

- 176 AFP Estatal ¿Solución al aumento de las pensiones?
- 186 Propuesta reforma de Pensiones Fundación Jaime Guzmán
- 203 ¿Es conveniente legalizar la marihuana en Chile?
- 217 Modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
¿Qué rol deben tener las autoridades políticas en el SEIA?
- 233 ¿En qué va el proyecto de reforma educacional?
- 246 El debate sobre la eutanasia en Chile
- 263 Acuerdo De Vida En Pareja: comentarios y objeciones al
Proyecto de Ley en tramitación
- 272 Reformas laborales: ¿Hacia dónde se debe avanzar?

Temas Internacionales

- 290 Transparencia y rendición de cuentas: construyendo confianza
democrática en América Latina
- 303 La demanda marítima boliviana: de la Liga de Naciones
hasta La Haya.
- 312 América Latina: una mirada al panorama regional al
terminar el año.
- 321 La amenaza terrorista en un mundo globalizado
- 335 ¿Qué esperar de Latinoamérica el 2015?

Presentación

Este nuevo *Ideas & Propuestas* contiene 24 artículos que originalmente fueron publicados entre abril de 2014 y marzo de 2015. Su recopilación en este libro busca afianzar el desafío permanente de construir esa sociedad libre y justa que inspiraba a Jaime Guzmán Errázuriz, y cuyos principios y valores contribuyó a divulgar, con talento y convicción, pues estaba convencido de que era lo más conveniente para el bienestar de Chile y de su gente.

Este desafío cobra especial relevancia en las actuales y particulares circunstancias que vive nuestro país. Después de décadas de predominar un cierto consenso en favor de la libertad política y económica que estimuló un optimismo, tal vez desmesurado, de distanciarnos de la perenne fragilidad democrática, precariedad institucional y populismo que han caracterizado a América Latina, el último año hemos sufrido el arrollador embate del gobierno y la izquierda por impulsar reformas con un sesgo ideológico de fuerte injerencia estatal que pretenden reemplazar el modelo de desarrollo que hemos construido entre todos los chilenos y que ha llevado a nuestro país a ser internacionalmente reconocido.

Sin embargo, el reciente derrumbe de las adhesiones políticas y el alza de la desaprobación ciudadana a esas reformas, que inicialmente fueron percibidas como inocuas por gran parte de la población, nos demuestra que las personas ya no están dispuestas a renunciar a sus espacios cotidianos de libertad para permitir que el Estado los subrogue en sus decisiones. Las personas parecen sentirse cómodas habiéndose desembarazado de la presencia tutelar del Estado y desean conservar el poder que han adquirido para adoptar sus propias decisiones, pues son ellas quienes mejor saben cuáles son sus necesidades y la forma de satisfacerlas.

Para efectos prácticos, hemos agrupado los trabajos que se publican en este libro en tres grupos: temas político-institucionales, temas sociales y económicos, y temas internacionales. El propósito de cada *Ideas & Propuestas* es poner de relieve en la discusión pública los temas que estimamos de vital relevancia para el país, colocando énfasis en las acciones y políticas concretas que permitan hacer realidad esa sociedad libre y justa de la que hablaba Jaime Guzmán.

Jorge Jaraquemada R.
Director Ejecutivo
Fundación Jaime Guzmán

Temas Político - Institucionales

Constitucionalidad del retiro de los proyectos de ley educacionales

• 1 de abril de 2014 •

El gobierno ha anunciado el retiro de tres proyectos de ley –relacionados con educación– que fueron considerados clave por el gobierno anterior para mejorar la calidad de ésta. Más allá de cualquier consideración política, dicho acto adolece de serios reparos constitucionales, pues el retiro de proyectos de ley en trámite no está contemplado entre las facultades previstas por la Constitución para el poder ejecutivo.

I. Introducción

El lunes 24 de marzo el país se enteraba, a través del ministro vocero Álvaro Elizalde, del retiro de tres proyectos de ley presentados por la anterior administración en materia de educación.

Se trata de los proyectos sobre “*financiamiento de la educación superior*”, que buscaba transparentar información, evitar y sancionar los abusos y hacer cumplir la norma que prohíbe el lucro en las universidades; *la creación de la Superintendencia de Educación Superior*, que pretendía instalar una mayor equidad y calidad en la educación universitaria y en centros de formación técnica; y la *Agencia Nacional de Acreditación*, que eliminaba la Comisión Nacional de Acreditación, pasando a una Agencia Nacional que estará a cargo de la acreditación obligatoria de las instituciones de educación superior.

Según el Gobierno estas iniciativas contradicen los principios y pilares de la reforma educacional propuesta por la Presidenta Michelle Bachelet. Además, se ha señalado que los estándares regulatorios que establecen son insuficientes para mejorar la calidad de la educación en nuestro país.

El ministro Secretario General de Gobierno añadió, además, que los proyectos estaban concebidos bajo la visión de que la educación es un bien de consumo y no un derecho social. En ese sentido, los proyectos de ley retirados no estarían acordes con el nuevo modelo de educación que la reforma del nuevo gobierno quiere establecer.

Esta medida pareció un claro ejemplo de la política de la aplanadora o de la retroexcavadora¹ que en estos días ha adquirido tanta popularidad entre la opinión pública, y que desconoce una serie de acuerdos tomados entre el gobierno anterior y la entonces oposición.

1. En relación a la polémica surgida en los medios por los dichos del Senador Jaime Quintana, Presidente del PPD y vocero de la Nueva Mayoría: “Nosotros no vamos a pasar una aplanadora, vamos a poner aquí una retroexcavadora, porque hay que destruir los cimientos anquilosados del modelo neoliberal de la dictadura”. 25 de Marzo de 2014.

No obstante, al margen de la polémica, es interesante saber si existe en realidad esa atribución por parte del órgano Ejecutivo, y por lo tanto si se está en presencia de un acto a derecho.

II. Normas constitucionales

Las facultades especiales del Presidente de la República se encuentran en el artículo 32 de la Constitución Política. El primer número dispone que será una atribución especial “*concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas*”. Esta debe ser la norma rectora del tema que se analiza, pues no puede olvidarse que el Presidente de la República es un colegislador que concurre a la formación de las normas, pero no de cualquier manera, sino con arreglo a la Constitución. Llama la atención que el constituyente ni siquiera utiliza la expresión “de acuerdo a la Constitución y las leyes”, como es el caso del artículo 19 n°3 inciso 4 (sobre el derecho de defensa), el artículo 19 n° 7 letra b) (sobre derecho a la libertad personal), el artículo 19 n° 17 (sobre el derecho a acceder a cargos públicos), el artículo 24 inciso segundo (el mandato general de extensión de autoridad del Presidente de la República), y el artículo 27 (promesa o juramento del Presidente de la República).

En esta perspectiva, ¿A través de que mecanismos concurre el Presidente de la República a la formación de la ley? La Constitución establece:

- 1) **La facultad de iniciar la tramitación de un proyecto de ley** a través de un “mensaje Presidencial”: Artículo 65 de la Carta Fundamental.
- 2) **La facultad de iniciar exclusivamente proyectos de ley** a través de la institución de la “iniciativa exclusiva”, artículo 65 incisos tercero y cuarto.
- 3) **Facultad de insistencia** cuando un proyecto sea desechado “en general” en la Cámara de origen para que la Cámara revisora pueda aprobarlo en general y enviarlo a su vez a la cámara de origen para que se inicie su discusión (Artículo 69).

4) Facultad de insistencia en el caso de la comisión mixta, cuando este tipo de comisión no llegase a acuerdo, o si la Cámara de origen rechazare el proyecto de esa comisión mixta (Artículo 70). Además se encuentra la hipótesis del artículo 71 inciso segundo.

5) Facultad de presentar indicaciones, pues el artículo 69 de la Constitución dispone que “todo proyecto de ley puede ser objeto de adiciones correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado”.

6) Facultad y obligación de promulgar un proyecto de ley una vez que ha sido despachado del Congreso y cuando “lo apruebe también el Presidente” (Artículo 72).

7) Facultad de presentar observaciones: el llamado “Veto Presidencial” (Artículo 73).

8) Facultad de presentar urgencias al proyecto de ley, como mecanismo de control de la agenda legislativa según lo establece el artículo 74. Esta facultad debe ejercerse de acuerdo a lo prescrito en la ley orgánica constitucional relativa al Congreso.

9) Facultad de rechazar parcial o completamente un proyecto de reforma constitucional, de acuerdo al artículo 128 de la Constitución Política.

Como puede apreciarse, es claro que la Constitución detalla de diferentes formas la participación del Presidente de la República en la tramitación de un proyecto de ley, las cuales no incluyen, ni para el presidente como para diputados y senadores, la facultad de “retirar un proyecto de ley en tramitación”. La implicancia de esta omisión es decisiva teniendo a la vista

las normas sobre el principio de juridicidad establecido en los artículos números 6 y 7 de la carta fundamental².

En efecto, el artículo 6° dice:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Vale decir, los órganos del Estado deben someter su acción al orden jurídico objetivo e impersonal, de modo que cualquier trasgresión significa que sus actuaciones no son válidas. De ello se deriva que deben garantizar la existencia de un estado de derecho.

A continuación, el artículo 7 señala:

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

2. El principio de juridicidad constituye uno de los pilares fundamentales del derecho público chileno. Sobre éste se estructura el concepto de Estado de Derecho y ha sido definido por la doctrina como la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado, tanto en su ser como en su obrar, lo que garantiza una efectiva limitación del ejercicio del poder público.

Según la citada norma los integrantes de los órganos del Estado deben actuar dentro de su competencia o esfera de atribuciones legales que están expresamente establecidas en la Constitución, y sólo puede hacerse lo que ésta y las normas complementarias permiten. Además, dichas atribuciones sólo pueden ejercerse guardando las formalidades que las leyes prescriben. Por último, las normas ya citadas han dado origen al aforismo jurídico que señala que en derecho público sólo debe hacerse aquello para lo cual el gobernante se encuentra expresamente facultado.

En consecuencia ¿Cómo podría el presidente ejercer una supuesta atribución legislativa cuando el mismo texto constitucional señala la forma en que deben ejercerse las potestades públicas?

III. Normas orgánicas constitucionales

La ley orgánica constitucional del Congreso Nacional (ley 18.918) le destina el título segundo a las normas de tramitación interna de una ley. Las normas desarrollan los mecanismos que la Constitución enuncia (los cuales fueron detallados más arriba).

En cualquier caso, establece otros procedimientos legislativos que la Constitución no contempla y que están recaídos en los organismos que corresponden.

1) El archivo de un proyecto de ley. Aparece mencionado a propósito de la comisión mixta con ocasión de la declaración de admisibilidad (Artículo 15 inciso segundo).

2) Refundir dos o más proyectos de ley radicados en una Cámara, facultad que tiene la Sala de cualquiera de las Cámaras siempre que todos los proyectos se encuentren en el primer trámite constitucional y sus ideas matrices o fundamentales tengan entre sí relación directa (Artículo 17-A).

3) Las cámaras podrán encargar el examen de un proyecto de ley a dos o más comisiones unidas (Artículo 18).

4) Resolver las cuestiones de admisibilidad vinculadas a un proyecto de ley (Artículo 25).

Como puede verse, del examen de las facultades que se enuncian, no existe ni para el Congreso ni para el presidente la facultad de retirar un proyecto de ley.

IV. Normas de tipo reglamentario (Senado)

La última de las normas que queda por revisar es a nivel reglamentario. Como es evidente, este instrumento tiene por objeto regular todos los mecanismos de funcionamiento que no deben estar en la ley para un uso eficiente de la generación legislativa. El reglamento detalla todos los procedimientos legislativos, a saber:

- a. Período Legislativo
- b. Sesión de instalación
- c. Los comités del Senado
- d. La Presidencia
- e. El detalle de las comisiones permanentes y mixtas
- f. Los quórums para sesionar y tomar acuerdos
- g. La apertura, suspensión y término de la sesión
- h. Los tipos de sesiones
- i. La forma de despachar un proyecto de ley
- j. Tiempo de votaciones, incidentes y la forma de llevar los discursos
- k. La discusión en particular
- l. Procedimiento para las indicaciones
- m. Tramitación de los acuerdos, reapertura del debate y el archivo

En caso alguno se establece, en ninguna de las normas reglamentarias, la facultad de “retirar un proyecto de ley”.

V. La facultad de archivo

Quizás la institución que más se asemeja a una suerte de “retiro de tramitación” en el Congreso Nacional es el denominado “Archivo”. Esta institución, tiene una mención en la ley orgánica del Congreso, es desarrollada en el artículo 36 bis del Reglamento del Senado.

- 1) La sala puede aprobar el archivo de un proyecto de ley que “haya perdido su oportunidad”.
- 2) Transcurrido el plazo de dos años sin que la comisión se hubiere pronunciado sobre los asuntos sometidos a su conocimiento, éstos pasarán automáticamente al Archivo.

En cualquier caso, señala la norma, no se aplicará a los asuntos que ya hubieren sido aprobados por la Cámara de Diputados.

VI. Conclusiones

A pesar de que han existido algunos casos de retiro de algún proyecto de ley, por parte de parlamentarios, el sentido común indica que recurrir a una práctica no contemplada expresamente en la Constitución y las leyes –y por ende, inexistente e inconstitucional– es una señal preocupante.

Sostienen Bronfman, Cordero y Aldunate que “...es necesario subrayar que la construcción de la agenda legislativa es un proceso consensuado entre los parlamentarios y el Poder Ejecutivo, pese a la ventajosa posición jurídico-formal del Presidente de la República”³. El uso del término “consensuado” no es una palabra escogida improvisadamente o de modo descuidado por parte de los autores citados. Así, presentado un proyecto y admitido a trámite en términos favorables mediante su aprobación en comisiones o

3. Alan Bronfman V., Eduardo Cordero Q., Eduardo Aldunate L., “Derecho Parlamentario Chileno. Funciones y Atribuciones del Congreso Nacional”, pág. 192. Legal Publishing Thompson Reuters, Santiago, 2013.

en la sala de la cámara respectiva, no puede el Presidente de la República retirarlos a su antojo, o acudiendo a consideraciones ajenas al mérito del proceso constitucional de la formación de las leyes. Las prerrogativas del Ejecutivo en esta materia son sin duda grandes y vigorosas (por ejemplo, su iniciativa exclusiva en ciertas y determinadas materias, la calificación de las urgencias, la noción de las ideas matrices, el veto y otras), pero no existen por analogía ni son más que aquellas que expresamente le asignan la Constitución y las leyes.

Con mayor razón puede afirmarse lo anterior si se tiene en cuenta que los integrantes del Congreso Nacional, al igual que el Presidente de la República, han sido elegidos por mandato popular. Sólo el diálogo entre legisladores es la fórmula que en democracia debe seguirse para proponer, discutir y aprobar o desechar proyectos de ley. No hay lugar para que los programas de gobierno pesen más que la voluntad ciudadana, ni para que un poder del Estado pretenda erigirse en el director de lo que es competencia de otro, borrando así de un plumazo el consentimiento que, mediante una votación general o particular, cualquiera de las ramas del Congreso hubiere manifestado en comisiones o en sala. Defender la idea contraria es hacer que prevalezca la fuerza, cosa absolutamente contraria al principio de juricidad y al concepto de estado de derecho, que imperan en Chile.

Una visión institucional del Presidente de la República, con independencia de la identidad de la persona accidentalmente que se encuentre desempeñando ese cargo público, exige afirmar de modo categórico que es en el Congreso donde el Ejecutivo debe construir su agenda legislativa. Sustraerlo de esa sede, cuando en relación con un proyecto en trámite hubiere mediado una votación favorable en términos generales o particulares por alguna de las cámaras legislativas, no sólo no le está permitido a la más alta magistratura del país por la Constitución, la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional ni los reglamentos de las corporaciones que la integran, sino que constituye un principio de primacía de la fuerza por la sola vía de los hechos.

Nueva Ley de Lobby: un avance en probidad y transparencia

• 30 de abril de 2014 •

Recientemente se ha aprobado la llamada Ley de Lobby. De su articulado se desprende que la posibilidad de concurrir ante la autoridad pública y manifestar opiniones sobre una decisión adoptada o en vías de dictarse –ya sea actuando por cuenta propia o representando intereses ajenos– tiene justificación constitucional desde el ejercicio legítimo de las libertades de opinión, derecho de petición, derecho de asociarse, libertad económica y prohibición de discriminaciones arbitrarias.

I. Introducción

La instauración en la Carta Fundamental, a partir de las reformas de 2005, de los principios de probidad y transparencia entre las denominadas Bases de la Institucionalidad, ha acarreado consecuencias en nuestro orden jurídico que es necesario destacar de modo positivo. Una de ellas es la reciente Ley de Lobby aprobada en el Congreso Nacional.

La iniciativa en cuestión –cuyo contenido es el resultado de importantes consensos alcanzados principalmente en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados– debe entenderse inscrita en el contexto de un conjunto de reformas institucionales impulsadas por el gobierno del Presidente Piñera desde 2010, muchas de las cuales se orientan a fortalecer los principios de probidad¹ y de transparencia² muy ligados entre sí.

La necesidad de adoptar normas sobre lobby adopta dos respuestas tentativas, no necesariamente opuestas, pero que ha sido difícil conciliar. Para unos, es condición indispensable de la regulación que existan normas muy severas y un registro obligatorio de intermediarios o lobbyistas, de modo que sólo los que están inscritos en él pueden ejercer esa actividad. Sin ese registro, aducen, campeará el tráfico de influencias, prevalecerá la voz de los más poderosos y la vulnerabilidad de los agentes del poder público ante la presión de los particulares se hará manifiesta. El marco regulatorio debiera caracterizarse entonces por fijar reglas sobre acreditación de la industria, inscripción en un registro público sin la cual no puede haber una actividad lícita de intermediación, y establecimiento de códigos de conducta. Otros,

1. Cfr. Probidad en la Función Pública, Boletín 7616-07. En nuestro ordenamiento jurídico se entiende por Probidad no sólo un actuar honesto y honrado, sino también dicho concepto se encuentra ligado de modo indisoluble a las nociones de eficiencia, eficacia, legalidad y oportunidad en el actuar de la Administración.

2. Cfr. Modifica la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, Boletín 7686-07. El concepto de Publicidad o Transparencia está muy relacionado con el de probidad, por cuanto lo que pretende es conocer el contenido y las motivaciones de una decisión pública, existe para asegurar el correcto y honesto desempeño de la función pública.

en cambio, estiman que es válido preguntarse para qué existe el lobby, cuál es la finalidad que persigue, y si este propósito es en esencia ilegítimo, o no. La orientación de las reglas sobre el lobby debe mirar a que la comunidad esté en condiciones de acceder a información sobre quiénes son los que se reúnen con los llamados a adoptar las decisiones públicas, se encuentren o no inscritos en un registro público.

Existen muy buenas razones para escoger entre la primera y la segunda opción. Cada una tiene su propia fortaleza y mérito. Sin embargo, la ley recientemente aprobada enfocó el problema desde la perspectiva de un mejoramiento de la transparencia.

Hablar de lobby y formarse un juicio sobre cuáles debieran ser los criterios a seguir para su regulación jurídica, obliga a examinar la cuestión no sólo desde la perspectiva de los deberes y fines del Estado, sino también como una prerrogativa individual. Las personas, en su relación con la autoridad pública, tienen el derecho constitucional a formular peticiones, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos o convenientes³.

Miradas las cosas de este modo, no parece razonable que las leyes establezcan limitaciones o restricciones a este derecho, o impongan condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio⁴.

La posibilidad de concurrir ante la autoridad pública y manifestar opiniones sobre una decisión adoptada o en vías de dictarse, sea actuando por cuenta propia, sea como representante o en intermediación de intereses ajenos, mediando o no retribuciones económicas, tiene justificación constitucional desde el ejercicio legítimo de las libertades de opinión, derecho de petición, derecho de asociarse, libertad económica e interdicción de discriminaciones arbitrarias. El derecho de participar con igualdad de oportunidades en los asuntos públicos y la vida nacional no puede ser reservado a los entes que figuren en ese índice. La legislación debe favorecer y no obstaculizar la

3. Constitución Política, artículo 19 nro. 14°.

4. Constitución Política, artículo 19 nro. 26°.

libertad de individuos, empresas, entidades sin fines de lucro, organizaciones gremiales y sindicales, colegios profesionales, agrupaciones de estudiantes, universidades y centros de estudios públicos o privados, y de toda persona natural o jurídica, de manifestar las apreciaciones y puntos de vista que sean de su interés en el ámbito de las competencias de la autoridad pública llamada a decidir una cuestión cualquiera.

II. Un cambio en los términos de la discusión

Esta última fue la posición del gobierno del ex Presidente Piñera al asumir el mando. La nueva denominación del Proyecto (“Ley de Transparencia en la Actividad del Lobby y Gestiones que Representen Intereses Particulares”), es reveladora de ese cambio de actitud. Así, el ex Ministro Secretario General de la Presidencia, Cristián Larroulet, expuso las ideas esenciales de la indicación sustitutiva del proyecto que terminó aprobándose, las que pueden explicarse del modo siguiente:

- 1) Se define ampliamente el concepto de lobby –como se verá más adelante– pero se aclara que el ámbito de aplicación de la ley no se restringe sólo al lobby, sino a toda gestión que represente intereses particulares ante las autoridades públicas que se mencionan.
- 2) Se entiende que quedan comprendidas dentro de esta noción las audiencias orientadas a evitar que se adopten las decisiones y actos señalados en el proyecto.
- 3) Son sujetos pasivos de lobby los servidores públicos, en sentido amplio, a los cuales un grupo de personas que representen un interés particular puede dirigirse para efectuar una solicitud.
- 4) Se establece un mecanismo de transparencia para los entes públicos, en los que deberán constar las audiencias y reuniones sostenidas con las personas que realicen lobby y gestionen intereses particulares.

5) Se exige la publicación de esta información en el sitio web al que pertenece el sujeto pasivo respectivo.

6) Se contemplan sanciones para las autoridades o funcionarios que no registren la información a que están obligados o que lo hagan de manera inexacta o falsa.

Mucho se discutió sobre la conveniencia o no de un registro obligatorio de lobbyistas, donde debiera hacerse constar información relevante sobre su actividad, tal como su listado de clientes, destinatarios de su acción e información financiera propia. Para unos la supresión del registro dificultará enormemente la fiscalización efectiva por parte de la opinión pública de la identidad y actividades desarrolladas por quienes buscan influir, en forma directa y “reservada”, en las decisiones públicas en favor de sus intereses particulares o los de sus representados”⁵. Para otros un registro semejante era del todo inconveniente, pues “...la regulación del lobby además debe evitar la creación de mercados monopólicos. No puede la legislación entregar a una industria profesional, en forma exclusiva, o en apariencia exclusiva, el monopolio de la representación de intereses particulares, porque ello debilita el derecho de petición y la igualdad de armas en el proceso deliberativo...”⁶.

La supresión del registro público se compensó con un incremento sustantivo del número de autoridades o personas, sean funcionarios públicos en el estricto sentido de la palabra o no, obligadas a llevar una agenda pública de reuniones. De paso, genera una normativa en sintonía con la probidad y transparencia pública, compatible con el derecho de toda persona a formular peticiones a la autoridad, y sin transformarse por ello en una barrera de entrada que conceda un monopolio de difícil justificación en un ámbito tan delicado. Finalmente, cabe destacar que el proyecto se hace cargo del lobby a desplegar ante todo órgano estatal, sin que quede circunscrito a la sola

5. Mario Drago, profesor de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez. Cámara de Diputados. Informe de la Comisión ..., pág. 23 y 24.

6. Jorge Claissac, Director de Asesoría Política Legislativa del Centro Democracia y Comunidad (CDC). Cámara de Diputados. Informe de la Comisión ..., pág. 31 y 32.

esfera legislativa y parlamentaria, como ocurre en otras latitudes donde el diseño institucional da más preeminencia al Congreso.

III. Algunas definiciones del texto

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

3.1 Sujetos pasivos de Lobby

Las autoridades obligadas por ley a llevar un registro público de sus audiencias son las siguientes:

- 1) Los ministros, subsecretarios, jefes de servicios, los directores regionales de los servicios públicos, los intendentes y gobernadores, los secretarios regionales ministeriales y los embajadores;
- 2) Los jefes de gabinete de las personas individualizadas en el párrafo precedente, si los tuvieren; así como las personas que, en razón de su función o cargo, tengan atribuciones decisorias relevantes o influyan

decisivamente en quienes tengan dichas atribuciones, y reciban por ello regularmente una remuneración, cualquiera sea su forma de contratación;

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

- 1) En la Administración Regional y Comunal: los consejeros regionales, los alcaldes, los concejales, los secretarios ejecutivos de los consejos regionales, los directores de obras municipales y los secretarios municipales.
- 2) En la Contraloría General de la República: el Contralor General y el Subcontralor General.
- 3) En el Banco Central: el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros.
- 4) En las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública: los Comandantes en Jefe, el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, el General Director de Carabineros de Chile, el Jefe y Subjefe del Estado Mayor Conjunto y los encargados de las adquisiciones. En este último caso, anualmente y mediante resolución del jefe superior de la institución respectiva, se individualizarán los funcionarios que ocupen dicho cargo.
- 5) En el Congreso Nacional: los diputados, los senadores, el Secretario General y el Prosecretario de la Cámara de Diputados, el Secretario General y el Prosecretario Tesorero del Senado, y los asesores legislativos que indique anualmente cada parlamentario, en la forma y con el procedimiento que determine la Comisión de Ética y Transparencia Parlamentaria que corresponda.
- 6) En el Ministerio Público: el Fiscal Nacional y los fiscales regionales.
- 7) Los consejeros del Consejo de Defensa del Estado, del Consejo

Directivo del Servicio Electoral, del Consejo para la Transparencia, del Consejo de Alta Dirección Pública, del Consejo Nacional de Televisión, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, los integrantes de los Paneles de Expertos creados en la ley N° 19.940 y en la ley N° 20.378 y del Panel Técnico creado por la ley N° 20.410, sólo en lo que respecta al ejercicio de sus funciones. Asimismo, se considerarán sujetos pasivos de esta ley los integrantes de las Comisiones Evaluadoras formadas en el marco de la ley N° 19.886, sólo en lo que respecta al ejercicio de dichas funciones y mientras integren esas Comisiones.

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

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

3.2 Algunos ejemplos de lobby

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

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

rechazo de acuerdos, declaraciones o decisiones del Congreso Nacional o sus miembros, incluidas sus comisiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7) Las declaraciones efectuadas o las informaciones entregadas ante una comisión del Congreso Nacional, así como la presencia y participación verbal o escrita en alguna de ellas de profesionales de las entidades señaladas en el número precedente, lo que, sin embargo, deberá ser registrado por dichas comisiones.

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

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

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

11) Las presentaciones escritas agregadas a un expediente o intervenciones orales registradas en audiencia pública en un

procedimiento administrativo que admita la participación de los interesados o de terceros.

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

3.3 Contenido del registro de agenda pública

La agenda pública a divulgarse con periodicidad mensual deberá necesariamente contener las siguientes menciones:

1) Las audiencias y reuniones sostenidas y que tengan por objeto el lobby o la gestión de intereses particulares respecto de las decisiones que se señalan en el artículo 5º, con expresión particular de las siguientes circunstancias: La persona, organización o entidad con quien se sostuvo la audiencia o reunión; a nombre de quién se gestionan dichos intereses particulares; la individualización de los asistentes o personas presentes en la respectiva audiencia o reunión; si se percibe una remuneración por dichas gestiones; el lugar y fecha de su realización y la materia específica tratada.

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

2) Los viajes realizados por alguno de los sujetos pasivos establecidos

en esta ley, en el ejercicio de sus funciones, indicando su destino, objeto, costo total y la persona jurídica o natural que lo financió.

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

Toda la información y datos contenidos en el registro de audiencias deberá ser publicada y actualizada, al menos una vez al mes, en los sitios electrónicos a que hace referencia el artículo 7° de la ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. La ley impone deberes a las autoridades y también a los peticionarios de audiencia. Las personas que realicen lobby o gestiones de intereses particulares, de acuerdo a lo dispuesto en esta ley, estarán sujetas a las siguientes obligaciones:

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

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

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

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

La falsedad en esos datos se castigará con multa entre diez y cincuenta unidades tributarias mensuales. Habrá un registro público, al cual lobbyistas y gestores de intereses particulares quedarán agregados automáticamente y por el sólo ministerio de la ley, sin alzarse en una barrera de entrada

para formular peticiones a la autoridad por cada uno de los órganos e instituciones, conforme a lo reglamentado en el artículo 13 del texto que se aprobó.

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

IV. Conclusiones

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

- 1) El lobby no es per se una actividad sombría ni constituye tráfico de influencias. La necesidad de enfrentar la reglamentación de esta actividad con énfasis en un registro público obligatorio de intermediarios es que pone el foco en la actuación de los particulares, siempre que ejecuten esta tarea con habitualidad, y no en la autoridad llamada a adoptar decisiones.
- 2) Reservar esta actividad únicamente a los inscritos en ese registro resultaría inexplicable desde la perspectiva del legítimo recurso de la comunidad a plantear ante la autoridad los puntos de vista que se estiman apropiados para la defensa de sus intereses.
- 3) La norma aprobada hará públicas las aproximaciones de todo interesado a la autoridad, sea lobbyista o no. La publicidad de agendas pondrá incómodos a muchos que quisieran seguir cabildeando a sus anchas en un ambiente seguro y discreto para ellos, pero sin conocimiento del público al cual la autoridad debe responder.
- 4) Una regulación como la que se adoptó, en definitiva, guarda plena concordancia con la probidad y la transparencia, principios que constituyen medios para que el Estado cumpla su rol en servicio de la persona y promoviendo siempre el imperativo constitucional del bien común.

Modificación del sistema electoral binominal ¿Cuánto le cuesta al país el aumento de los parlamentarios?

• 6 de agosto de 2014 •

Se encuentra en el Congreso un proyecto de ley que modifica el sistema electoral binominal, por uno proporcional. El costo de hacerlo corresponde a más de noventa y tres mil millones de pesos cada cuatro años. ¿Es razonable en un país como Chile gastar esa cantidad de dinero con ese objetivo? ¿No hay otras necesidades mucho más prioritarias para la ciudadanía? El siguiente número de Ideas y Propuestas analiza en detalle el costo de la reforma electoral.

I. Introducción

Se encuentra en la comisión de constitución legislación y justicia de la Cámara de Diputados un proyecto de ley que modifica el sistema electoral binominal por uno proporcional. Este proyecto propone un aumento de parlamentarios, como medida para corregir la excesiva desigualdad geográfica que existe entre los distintos territorios electorales asociados con la cantidad de población en los mismos. En la actualidad existen 60 distritos para 120 Diputados. El proyecto propone una Cámara de 28 distritos con 155 Congresistas y un Senado de 15 circunscripciones, aumentando sus miembros de 38 a 50.

La Concertación ha insistido es que este aumento de parlamentarios no traerá mayor gasto en la finanzas públicas. Así lo dijo el Presidente de la Comisión de Constitución de la Cámara, Ricardo Rincón: *“vamos a trabajar, y nos parece bien y (al proyecto) lo vamos a respaldar así, con el mismo presupuesto que tiene el Congreso. Y será por tanto responsabilidad del Congreso Nacional el poder hacer las reasignaciones que sean necesarias para mantener el mismo presupuesto y no generar ningún gasto extra”*¹.

El Ministro Secretario General de Gobierno señaló a su vez que, *“me parece lamentable que la discusión sea sobre cuánto cuesta esta reforma y no sobre la calidad de la democracia, esa es una discusión secundaria. Hemos señalado que no van a haber recursos extras para financiar el aumento, pero los llamados a reasignar esos recursos son los parlamentarios y el Gobierno respeta su autonomía”*².

1. Miércoles 23 de abril de 2014 en “La Nación” <http://www.lanacion.cl/noticias/pais/politica/nueva-mayoria-garantiza-que-aumento-de-parlamentarios-no-costara-un-peso-mas-al-pais/2014-04-23/141414.html>.

2. Domingo 4 de mayo de 2014 en “El Mercurio” <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/05/04/658421/elizalde-y-video-por-reforma-vamos-a-seguir-informando-a-traves-de-distintos-medios.html>.

Finalmente es menester citar al Presidente de la Cámara de Diputados quien, además de insistir en que esta reforma no requiere recursos extras, dijo que el financiamiento se puede lograr “reasignando” el ítem de asignaciones parlamentarias: *“hay un conjunto de recursos que tienen que ver con las asignaciones parlamentarias, que son de todo el mundo conocidas. Esas asignaciones pueden ser reasignadas, redistribuidas, y de ese modo enfrentar eventualmente el mayor gasto que va a significar el aumento de Diputados y de Senadores en su caso”*³. **¿Es posible lo anterior?**

II. Más recursos por aumento de parlamentarios

2.1 Cámara de Diputados

El Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias⁴, determinó los siguientes montos para el año 2014. Se debe recordar, que por disposición constitucional, es equivalente a la de un Ministro de Estado⁵.

3. Martes 6 de mayo de 2014 en “El Mercurio” <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/05/06/658849/presidente-de-la-camara-reforma-al-binominal-no-necesita-recursos-extraordinarios.html>.

4. De acuerdo al artículo 66 de la Ley Orgánica del Congreso Nacional N° 18.918 se establece un Consejo Resolutivo de Asignaciones Parlamentarias el cual determinará, con cargo al presupuesto del Congreso Nacional y conforme a los principios que rigen la actividad parlamentaria, el monto, el destino, la reajustabilidad y los criterios de uso de los fondos públicos destinados por cada Cámara a financiar el ejercicio de la función parlamentaria. Para efectuar dicha labor, el Consejo oír a las Comisiones de Régimen Interior del Senado y de Régimen Interno de la Cámara de Diputados. Está compuesto por un ex Consejero del Banco Central; ex decano de una facultad de Administración, de Economía o de Derecho de cualquier universidad reconocida oficialmente por el Estado; un ex Diputado y un ex Senador que hubieren desempeñado el cargo por al menos 8 años y Un ex Ministro de Hacienda, o un ex Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, o un ex Director de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda.

5. Artículo 62. Los diputados y senadores percibirán como única renta una dieta equivalente a la remuneración de un Ministro de Estado incluidas todas las asignaciones que a éstos correspondan.

En el caso de los diputados asignaron los montos de la siguiente manera:

Ítem	Descripción	Monto máx. (mensual)
Dieta Parlamentaria	Sueldo (bruto) de los Diputados	\$8.605.477
Asignación personal de Apoyo	Personal de apoyo administrativo y de secretaría; asesores; profesional de apoyo	\$5.498.719
Asignación de Gastos Operacionales	Viáticos; amortización de vehículo; actividades distritales; caja chica.	\$5.393.254
Asignación de asesorías externas	Asignación para contratar personas naturales y jurídicas que se inscriban en el registro de asesorías externas.	\$2.179.093

Total al mes por diputado en pesos chilenos: 21.676.543.

Lo anterior no considera la asignación de movilización adicional (que son del orden de \$456.206 pesos mensuales para los parlamentarios de ciertos distritos) ni la de pasajes aéreos que consiste en una cantidad de tickets liberados para los parlamentarios de los distritos 1 al 9 (I hasta la IV región) y del 41 al 60 (VIII a XII Región).

De esta forma, un diputado le cuesta al Estado de Chile del orden de los \$21.600.000 mensuales. Esta cifra no considera montos por traslado o los dineros que se le entregan a los comités parlamentarios por lo que el costo podría ser aún mayor. Si esto se multiplica por los 120, obtenemos \$2.592 millones al mes, por la Cámara en su totalidad.

Total aprox. al mes por diputado	\$21.600.000
Total aprox. al mes por 120 diputados	\$2.592.000.000

Los recursos para el pago de las dietas de los parlamentarios y las asignaciones se enteran durante los 12 meses del año ya que el trabajo distrital y la sede del Congreso Nacional incluye, como gasto, el pago por feriados legales al personal, lo mismo que el arriendo del inmobiliario para el funcionamiento de las autoridades.

Total aprox. al año por diputado	\$259.200.000
Total aprox. al año por 120 diputados	\$31.104.000.000

En definitiva, sólo el funcionamiento de los 120 diputados le cuesta al Estado de Chile del orden de treinta un mil millones de pesos al año. Como ya se ha dicho, la reforma busca incorporar 35 más a la Cámara Baja. Si se mantiene el costo de cada uno de ellos más la dieta parlamentaria y las asignaciones se tendrían las siguientes cifras.

Total al mes por diputado	\$21.676.543
Total al mes por 35 diputados adicionales	\$758.679.005
Total al año por 35 diputados adicionales	\$9.104.148.060
Total gasto adicional por período parlamentario (4 años)	\$36.416.492.240

Total del aumento de recursos en la Cámara baja por 35 diputados adicionales con los costos actuales: \$36.416.592.240 por período parlamentario.

2.2 Senado

El caso de los senadores es similar, aunque con algunas diferencias. Para el año 2014 se aprobaron los siguientes montos sin considerar ítems como los

pasajes aéreos liberados, las asignaciones de dinero para los respectivos comités parlamentarios, y otros gastos menores:

Ítem	Descripción	Monto máx. (mensual)
Dieta Parlamentaria	Sueldo (bruto) de los Senadores	\$8.605.477
Asignación personal de apoyo	Personal de apoyo administrativo y de secretaría; asesores; profesional de apoyo	\$6.193.294
Asignación de Gastos Operacionales	Viáticos; amortización de vehículo; actividades distritales; caja chica.	\$8.080.000
Asignación de asesorías externas	Asignación para contratar personas naturales y jurídicas que se inscriban en el registro de asesorías externas.	\$2.941.775

Total al mes por senador: \$25.820.546.

Si se desglosa a nivel anual y en la perspectiva de la reforma, se obtiene el siguiente resultado:

Total al mes por senador	\$25.820.546
Total al mes por 12 senadores adicionales	\$309.846.552
Total al año por 12 senadores adicionales	\$3.718.158.624
Total gasto adicional por período parlamentario (4 años)	\$14.872.634.496

Total del aumento de recursos por 12 senadores adicionales con los costos actuales: \$14.872.634.496 por período parlamentario.

III. Aumento de costos para funcionamiento territorial

La reforma electoral tiene otro costo encubierto del cual no se ha dado cuenta a la opinión pública: los gastos operacionales para el trabajo territorial. En el caso de los diputados este monto es de \$5.393.000 mensuales, tal como mencionamos más arriba. Este trabajo está pensado para el actual distritaje, lo que implica el arriendo de oficinas y de equipo territorial.

Hay 4 distritos que se mantienen tal como están ahora, por lo tanto no habría cambio en el sentido del territorio electoral: los de las zonas extremas, vale decir, los distritos 1, 2, 59 y 60 (Arica, Iquique, Coyhaique y Magallanes).

Sin embargo, en el norte grande, el nuevo distrito 3° que antes agrupaba a las comunas de Calama, Ollagüe, San Pedro de Atacama, Tocopilla y María Elena, ahora quedaría también conformado por las ciudades de Antofagasta, Mejillones, Sierra Gorda y Taltal. En este sentido, entre las ciudades más grandes de cada uno de los ex distritos –Calama y Antofagasta– existen 288 kilómetros, y si antes el Diputado del antiguo 3° distrito necesitaba atender 5 comunas, ahora tendría que atender 9.

La circunstancia es aún más reveladora en el norte chico. En la actualidad, existen en la IV° Región de Coquimbo 3 distritos; el Distrito 7° (La Serena, Vicuña, La Higuera, Paihuano, Andacollo), el Distrito 8° (Coquimbo, Ovalle y Río Hurtado) y el Distrito 9° (Combarbalá, Punitaqui, Monte Patria, Illapel, Los Vilos, Canela y Salamanca).

Teniendo en cuenta que en la actualidad existen 6 diputados para los 3 distritos, el proyecto propone 7 para la región completa, esto es, para que cada uno atienda (si es que pretende hacerlo) 15 comunas, lo que implicaría mayor gasto no sólo en la asignación de combustible (de la Serena a Combarbalá hay 179 kilómetros, mientras que de la Serena a los Vilos, existe la no despreciable suma de 250 kilómetros), sino también en la cantidad de sedes y otros gastos asociados al trabajo territorial.

Por otro lado, en la Región Metropolitana, si un diputado del actual distrito 19 (comunas de Recoleta e Independencia) tiene 2 oficinas (una en cada

comuna), para que ese mismo parlamentario pueda cubrir territorialmente su distrito, necesitará considerar, además de las actuales comunas, las de Renca, Conchalí, Huechuraba, Lo Prado, Cerro Navia y Quinta Normal.

Otros ejemplos, son los actuales distritos 16 y 20. Estos serían fusionados en el nuevo distrito 8. El 16 agrupa las comunas de Tiltil, Colina, Lampa, Pudahuel y Quilicura. A ellas se les sumarían las comunas de Maipú, Estación Central y Cerrillos. Suponiendo que el actual diputado del distrito 16 tiene 3 sedes, es evidente que para cubrir la demanda necesitaría invertir más recursos.

En el Sur del país, uno de los distritos más extensos es el 42 que comprende las comunas de San Carlos, San Fabián, Ñiquén, San Nicolás, Ninhue, Quirihue, Cobquecura, Treguaco, Portezuelo, Coelemu, Ránquil, Quillón, Bulnes, Cabrero y Yumbel. Este distrito –que se extiende de cordillera a mar en la VIII Región– se fusionaría con el actual 41, compuesto por las comunas de Chillán, Coihueco, Pinto, San Ignacio, El Carmen, Pemuco, Yungay y Chillán Viejo. Este futuro distrito 19 elegiría a 5 diputados y cada uno necesitaría los recursos para poder cubrir estas 23 comunas. Es de sentido común que las cifras actuales no serían suficientes.

¿Cómo se podría valorizar el aumento de recursos en este ítem?

Como se vio más arriba, existen 5.393.000 pesos mensuales por diputado para gastos operacionales, lo que incluye personal de apoyo, arriendo de sedes y trabajo distrital en general. Teniendo en cuenta que la iniciativa junta los actuales distritos, habría que estimar un promedio de cuántos son los que se reúnen.

El proyecto establece 28 distritos de los cuales 4 mantienen el mismo territorio electoral, 16 se generan a partir de la fusión de dos de los actuales y en 8 se fusionan 3. Para hacer un cálculo conservador, asumamos que, por lo menos, se requerirán los recursos que hoy se asignan para 2 distritos, pues es algo que los diputados tarde o temprano van a requerir. Es importante señalar que un monto mayor resultaría de calcular cada distrito nuevo por separado, dado que sólo 4 mantienen territorio y 24 de los actuales se fusionan de a 3.

Se tiene, entonces, que cada autoridad podría requerir \$5.393.000 de pesos adicionales (pues la asignación como lo vimos más arriba ya contempla para cada uno de los 155 diputados un ítem de \$5.393.000).

Total al mes por diputado	\$5.393.254
Total al mes por 35 diputados adicionales	\$835.954.370
Total al año por 35 diputados adicionales	\$10.031.452.440
Total gasto adicional por período parlamentario (4 años)	\$40.125.809.760

Total de recursos en la Cámara baja por aumentar por lo menos el doble en la asignación de gastos operacionales a 155 diputados: \$40.125.809.760 por período parlamentario.

Para mantener cálculos conservadores se asumirá que este ítem no cambia en el Senado. Sin embargo, en estricto rigor, hay algunas circunscripciones que se fusionan, aumentando su territorio, lo que podría acarrear mayores gastos.

IV. Aumento de costos por cuota electoral

La Comisión aprobó una norma que agrega un artículo transitorio a la Ley 18.884, de límite y control de gasto electoral, prescribiendo así que en el caso de las mujeres candidatas a diputadas y a senadoras que hubieren sido proclamadas electas por el Tribunal Calificador de Elecciones, los Partidos Políticos a que ellas pertenecieren tendrán derecho a un monto de 500 UF, por cada una de ellas.

En la Cámara baja existen 19 diputadas. En el Senado hay en la actualidad 6 senadoras. Asumiendo que el mismo número de parlamentarias se reeligiera, situación que constituye un mínimo pues el proyecto de ley prevé mecanismos de cuota para que hayan más mujeres, el resultado es el siguiente, considerando el valor de la UF al 1º de agosto de \$24.063:

	En UF	En pesos
19 diputadas	9.500	228.598.500
6 senadoras	3.000	72.189.000
Total	12.500	300.787.500

Ahora bien, la ministra del SERNAM, durante su presentación ante la comisión de Constitución, señaló en cuánto se espera aumentar la representación de las mujeres en el Congreso Nacional. En la actualidad, éstas representan el 15,83% de la Cámara de Diputados y el 16,79% en el Senado. Por su parte, la participación de ellas en los parlamentos en América Latina es del 24,5% donde Chile se encuentra 9 puntos porcentuales bajo el promedio regional.

Si bien el gobierno no estimó cuántas se esperan que ingresen al parlamento, se hará una proyección considerando el promedio mencionado (24,5%) lo cual puede ser un cálculo conservador dado que la ley obliga que al menos el 40% de los candidatos sean mujeres:

24.5% de parlamentarias mujeres	En UF (500 UF por cada parlamentaria electa)	En pesos chilenos
38 diputadas (de 155)	19.000	457.197.000
12 senadoras (de 50)	6.000	144.378.000
Total	25.000	601.575.000

Total del aumento de recursos en la Cámara por el beneficio de las 500 UF por candidata a parlamentaria electa: \$601.575.000 por período parlamentario.

V. Aumento de costos por concepto de reembolso electoral

El artículo 15 de la Ley 19.884 sobre transparencia, control y límite de gasto electoral, establece que terminada la elección, cada candidato tendrá derecho

a un reembolso de 0,03 UF por voto obtenido. En la tramitación del proceso de reforma al sistema electoral se aprobó un nuevo artículo 3 transitorio que dice: “para las elecciones parlamentarias de 2017, 2021, 2025, y 2029, las candidatas a senadoras y diputadas recibirán un reembolso adicional de sus gastos electorales, de cargo fiscal, en conformidad al procedimiento dispuesto en el artículo 15 de esta ley, de 0,01 de Unidades de Fomento, por cada voto obtenido por cada candidata a diputada o senadora”. Esto significa que cada una obtendrá 0,04 UF por voto obtenido.

En las pasadas elecciones parlamentarias, se registraron 6.220.222 votos válidamente emitidos para la elección a diputado y 4.509.114 para la elección de senadores. En esa oportunidad, el reembolso fue el siguiente:

Elección	Reembolso según la ley por voto	Pesos por voto	Número de votos	Total a reembolsar
Senado	0,03	722	4.509.114	\$3.255.580.308
Cámara	0,03	722	6.220.222	\$4.491.000.284

Total en pesos por reembolso por concepto de gasto electoral en la última elección de parlamentarios: \$7.746.580.592.

Si asumimos que en la elección del 2017 votará la misma cantidad de personas que en el 2013 (supuesto conservador dado que, al haber más candidatos, probablemente votará más gente) se debiera considerar que, dado que el proyecto de ley establece que el 40% de las candidaturas sean representadas por mujeres, el 40% de esa votación debiera ser para ellas. ¿Cómo se habría comportado el reembolso si se hubiese aplicado a la elección pasada?

Elección 2017	Número de votos	Votación de hombres (60%)	Votación de mujeres (40%)
Senado	4.509.114	1.803.646	2.705.468
Cámara	6.220.222	2.488.089	3.732.133

Reembolso diputados	En UF	En pesos
Hombres (0.03 UF por voto)	111.964 UF	2.694.189.636
Mujeres (0.04 UF por voto)	99.524 UF	2.394.835.232
Total	211.488 UF	5.089.024.866

Reembolso senadores	En UF	En pesos
Hombres (0.03 UF por voto)	81.164 UF	1.953.050.583
Mujeres (0.04 UF por voto)	72.146 UF	1.736.044.963
Total	153.310 UF	3.689.095.546

En total, el reembolso entre diputados y senadores es de: \$8.778.120.414.

Entonces, la diferencia entre la aplicación del proyecto de ley y el reembolso efectuado para la elección 2013 es de \$1.031.539.822.

VI. Conclusiones

De acuerdo a lo analizado en el documento, el costo por período parlamentario es el siguiente:

Gasto directo por aumento de diputados	\$36.416.592.240
Gasto directo por aumento de senadores	\$14.872.634.496
Aumento de gastos operacionales	\$40.125.809.760
Pago de 500 UF por parlamentaria electa	\$601.575.000
Mayor reembolso por gasto electoral	\$1.031.539.822
Aumento Gasto Total por período parlamentario	\$93.048.151.318

Este aumento del gasto no considera la habilitación de nuevas oficinas, contratación de personal adicional en el Congreso para su mantención, asignaciones por combustible, por pasajes aéreos, etc. De este modo, es

posible afirmar que el aumento de parlamentarios propuesto por el gobierno implicará un gasto adicional para el fisco de al menos 93 mil millones de pesos por período parlamentario.

Como se ha mencionado, la Nueva Mayoría ha sostenido que redistribuirá los mismos ingresos entre más parlamentarios. Si se considera solamente el gasto directo por aumento de diputados, cada uno pasará de costar \$21.676.543 mensuales a \$16.781.840. La diferencia es, pues, de \$4.894.703.

En economía se habla de costo alternativo, refiriéndose a aquello de lo que un agente se priva o renuncia cuando hace una elección o toma una decisión. A continuación algunos casos concretos de lo que representa la cantidad total del dinero que se requeriría para esta reforma.

En materia de educación se triplicarían los sueldos de los buenos profesores. Un docente municipal actualmente recibe \$ 485.980 (por 44 horas). Si se quisiera, por ejemplo, incentivar a los maestros destacados habría que considerar que el año 2013, 2.527 profesionales fueron evaluados de esta forma. Con los recursos de la reforma electoral se podría aumentar el pago de los profesores destacados en \$767.000, llegando a un salario mensual de \$1.252.980, esto es casi el triple, premiando de esta forma a los buenos docentes. En esta misma materia, el Subsidio del Estado al Crédito con Aval del Estado, hoy beneficia a 365.000 estudiantes, y su costo es de 22 millones de dólares al año. Con estos recursos se podría duplicar el número de beneficiarios de CAE cada año, pudiendo entregar el beneficio a cerca de 700.000 alumnos.

En materia de salud, la construcción de un hospital de 200 camas cuesta alrededor de 30 mil millones de pesos. Con los montos que esta iniciativa contempla para un período parlamentario de 4 años podría iniciarse la construcción de 3 hospitales con 600 nuevas camas. Un consultorio, en cambio, costaría 2 mil millones de pesos y atienden a 20.000 personas promedio. Con los recursos de la reforma electoral podría iniciarse la construcción de 46 consultorios en todo el país beneficiando directamente a 930.000 habitantes. Finalmente, en Chile formar un médico especialista cuesta setenta millones de pesos. Con los dineros mencionados podrían formarse 1.329 profesionales adicionales.

Ahora bien, algunos parlamentarios han manifestado su intención de bajarse la dieta para no lesionar –con el menor ingreso– su labor parlamentaria. Es decir, no están dispuestos a reducir el número de asesores o su presencia en los distritos. Si esto se hiciera realidad, cada uno pasaría de recibir, de una dieta bruta de \$8.605.477, a otra de \$3.710.774. Y esto sólo considerando los mayores gastos directos. No parece razonable esperar que los diputados hagan tal cosa. Por tanto, si no se aumenta el gasto fiscal, las autoridades no tendrían más remedio que, entre otras cosas, prescindir de sus asesores; lo que finalmente redundará en una labor legislativa menos profesional y con una menor cantidad de estudios.

La pregunta que el país debe responder es ¿Vale la pena gastar \$93.048.151.318 cada cuatro años, sólo para modificar el sistema electoral? No parece razonable. En un país como Chile, en vías de desarrollo y con tantas carencias todavía sin atender, parece un despropósito priorizar los intereses políticos en desmedro de las necesidades concretas de la gente. La clase política ya ha sido puesta en tela de juicio y bajo esta premisa no se hace necesario agregar otro motivo más a la notoria desafección que la ciudadanía ha manifestado ante sus representantes.

Reforma al Sistema Electoral: un proyecto inconstitucional

• 10 de septiembre de 2014 •

Se encuentra en tramitación el proyecto de ley que busca sustituir el sistema electoral binominal por uno proporcional. El proyecto crea 28 distritos de 155 parlamentarios en vez de los 120 parlamentarios en 60 distritos actuales. Para el diseño de los nuevos distritos se apela a la igualdad del voto como principio fundamental. Sin perjuicio de lo anterior, la asignación de escaños entre los 28 nuevos distritos vulnera la dimensión de este principio consagrado en los artículos 15, 19 N°2 y 1° inciso 5° de la Constitución, ya que se advierten significativas diferencias entre los distintos territorios electorales en el número de electores y habitantes por diputado que se erigen como una flagrante arbitrariedad.

I. Introducción

El Ejecutivo ha ingresado un proyecto de ley cuyo objetivo es sustituir el sistema electoral binominal por uno proporcional y fortalecer la representatividad del Congreso Nacional (Boletín 9326-07). Éste debe iniciar su segundo trámite constitucional en la comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado. La iniciativa realiza modificaciones a tres cuerpos legales, a saber: La ley 18.700 de votaciones populares y escrutinios; la ley 18.603 de partidos políticos; y la ley 19.884 sobre transparencia, límite y control de gasto electoral.

En el primer trámite constitucional, llevado a cabo tanto en la Cámara de Diputados como en las comisiones de Constitución, Legislación y Justicia, y en la Comisión de Hacienda, y luego de finalizar dichas instancias legislativas, se pueden observar que existen vicios de inconstitucionalidad formal y material en, al menos, tres materias importantes: no contempla el gasto por concepto de asignaciones parlamentarias a los diputados y senadores que se adicionan; se renuevan indicaciones que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara consideró inadmisibles por apartarse de las ideas matrices; y además existe arbitrariedad en el número de cupos de diputados de acuerdo a los nuevos distritos que propone el proyecto de ley.

El presente documento tiene por objeto profundizar este tercer punto, buscando realizar un análisis pormenorizado de las arbitrariedades en las que incurre el diseño de la asignación de escaños rompiendo por completo con el mandato que el constituyente establece al legislador en materia de igualdad del voto.

II. La Igualdad del voto

La Constitución de 1980 entregó al legislador orgánico constitucional la competencia para definir el sistema electoral aplicable a las elecciones parlamentarias¹. En este sentido, se apartó de la Constitución de 1925 que

1. En STC Rol N°67 de 12 de mayo de 1987 se afirmó que “resulta, entonces, que la Constitución en sus artículos 18, 43 y 45, dejó entregado al legislador de la ley orgánica constitucional respectiva la determinación del sistema electoral, por lo que carece de todo fundamento sostener que el proyecto infringe la Carta Fundamental”.

establecía que en estas elecciones se emplearían un procedimiento que diera por resultado una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y de los partidos políticos². Lo anterior se ve reforzado por las reformas constitucionales introducidas los años 2005 y 2014 a través de las leyes N°20.050 y N°20.725³. En consecuencia, en esta materia es aplicable la libertad de configuración del legislador, quien es el llamado a evaluar la conveniencia política del número de representantes, las distintas fórmulas de asignación de escaños, la definición de los territorios electorales, entre otros aspectos relacionados con el sistema de elección de los diputados y senadores. Sin embargo, la deliberación y decisión política del legislador debe desarrollarse dentro del marco establecido por la Constitución.

El artículo 15 establece las características que debe contener el sufragio en las votaciones populares y que establecen un marco irrenunciable al legislador a quien está encomendada la regulación del sistema electoral. Dicha norma prescribe que el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario. En consecuencia, el legislador orgánico tiene como límite respetar el principio de igualdad del voto, el que además se fundamenta en la igualdad ante la ley (artículo 19 N°2) y en el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (artículo 1° inciso 5). El principio de la igualdad de voto implica no sólo que todos electores dispongan de la misma cantidad de votos (uno en nuestro caso), sino que también que para la elección de representantes y cuerpos colegiados por diferentes territorios, el número de votos necesarios para la elección de un representante sea similar. Si no existiera esta garantía *“la regulación electoral podría asignar idéntica representación parlamentaria a territorios con población dispar y, por esta vía, menoscabar el valor sustantivo de un voto que en lo formal es igual”*⁴.

2. La Constitución de 1925 establecía en su artículo 25: “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”.

3. Se eliminan las referencias al número de senadores que se eligen en cada circunscripción y al número total de integrantes de la Cámara de Diputados.

4. BRONFMAN (2013) pág. 369.

Lo anterior se puede lograr de dos formas: La primera, con territorios donde todos ellos elijan el mismo número de representantes, como en el sistema binominal actual, pero con la condición de que los territorios sean similares en el número de electores y con un procedimiento para corregir las diferencias naturales que se producen con el tiempo, condiciones que el sistema binominal vigente no cumple. La segunda, es considerar un número variable de cupos por territorio asignándolos en función de la proporción de los electores que cada uno tiene. Ello significa igualar el número de electores, opción por la que parecería haber optado el proyecto del gobierno. La democracia representativa se funda en la igualdad política, por lo que la afectación de la igualdad del voto, en el sentido que el sufragio de unos vale más que el de otros al momento de asignar los escaños, impacta en la legitimidad y confianza en las instituciones democráticas. Así, *“si la configuración de los territorios electorales se aleja del principio una persona un voto se socavan las bases de legitimidad de la democracia representativa en la misma proporción en que se tolera dicho alejamiento”*⁵.

En el mensaje presidencial del proyecto de reforma del sistema electoral se declara expresamente que *“la diferencia de valor del voto en Chile, según el lugar donde se emite, es demasiado alta y obstaculiza la igualdad del voto. No se puede emprender una reforma sin reducir significativamente esta desigualdad inaceptable en cualquier democracia”*. En consecuencia, el incremento del número de diputados y senadores se fundamenta en el *“esfuerzo de igualación del valor del voto (...) para no verse obligados al imposible de disminuir la representación de algunos territorios escasamente poblados”*⁶. De esta forma, la igualdad del voto sería uno de los principios rectores de la reforma al sistema electoral, por lo que se esperaría que el número de electores por escaño –considerando los 35 adicionales que se proponen– sea similar en cada uno de los nuevos territorios electorales.

5. BRONFMAN (2013) pág. 388.

6. Boletín N° 9326-07.

III. Igualdad ante la ley

El reconocimiento del principio de igualdad del voto no se traduce necesariamente en una correspondencia matemática absoluta entre el número de electores y escaños. Las diferencias son admisibles en la medida en exista un criterio razonable para establecerlas. Si bien se trata de una decisión de mérito que corresponde al legislador, ello no lo releva de la obligación de invocar una justificación razonable para dicha distinción. En este sentido, el núcleo fundamental se encuentra en el artículo 19 N° 2 de la carta fundamental. Esta garantía justamente es una igualdad “en la ley” pues se constituye en un mandato para el legislador al momento de diseñar las normas jurídicas. En palabras del Tribunal Constitucional, *“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición. Así, se ha concluido que la razonabilidad es el cartabón o estándar de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”*⁷.

El Tribunal Constitucional, ha señalado que la garantía de la igualdad jurídica no obsta a que la legislación contemple ciertas diferencias, en la medida en que *“la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”*⁸. Si bien queda sentado que el legislador en el ejercicio de sus atribuciones puede establecer regímenes diferenciados, ello no puede revestir el carácter de arbitrarios, para lo cual se debe *“analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación”*⁹.

7. STC Rol N° 1254-08 de 15 de octubre de 2008.

8. STC Rol N° 755-07 de 31 de marzo de 2008.

9. STC Rol N° 755-07 de 31 de marzo de 2008.

Por lo tanto, si bien el estándar no es la igualdad absoluta, lo que es rechazado por el constituyente es desigualdad basada en la arbitrariedad. De esta forma, este organismo ha dicho que las distinciones “*no podrán ser arbitrarias ni indebidas, por lo que deben fundamentarse en presupuestos razonables y objetivos y su finalidad como sus consecuencias deben ser adecuadas, necesarias, proporcionadas*”¹⁰. Así, “*lo que la Constitución prohíbe no es hacer diferencias, sino hacer diferencias arbitrarias. No se prohíbe dar trato igual a situaciones diferentes, sino hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación*”¹¹.

En definitiva, el análisis de constitucionalidad de la nueva propuesta debe hacerse bajo la lupa de la arbitrariedad. El Tribunal Constitucional ha sido claro y categórico cuando dice que “*por discriminación arbitraria ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. Por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común*”¹².

En concordancia con lo anterior, cabe hacer referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°67 de 14 de marzo de 1989, en la que se pronunció respecto de la constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba la ley orgánica constitucional sobre votaciones populares y escrutinios. En el contexto de este control obligatorio, un grupo de profesores de Derecho Público¹³ objetó la constitucionalidad de las normas relativas a la determinación de los distritos electorales fundando su alegación precisamente en la infracción del principio de igualdad del voto. Si bien se rechazó este reparo de constitucionalidad, de sus razonamientos se desprende que en la determinación de los territorios electorales, las excepciones a la igualdad del voto deben estar fundadas en algún criterio razonable que justifique dicha distinción, así el organismo consideró que en

10. STC Rol N° 1469-09 de 4 de noviembre de 2009.

11. STC Rol N° 807-07 de 4 de octubre de 2007.

12. STC Rol N° 811-07 de 31 de enero de 2008.

13. Carlos Andrade, Francisco Cumplido, Humberto Nogueira, Jorge Precht, Germán Urzúa y Mario Verdugo.

este caso el legislador “*se inspiró, sin duda, en los principios de regionalización y desconcentración del poder consagrados en la Carta Fundamental; y prueba de ello es que en el artículo 45, referente al Senado, estableció que éste se integrará con miembros elegidos en votación directa por cada una de las trece regiones del país, correspondiéndole a cada región elegir dos senadores en la forma que determine la ley orgánica constitucional respectiva. Y nadie puede olvidar las múltiples diferencias que existen entre las regiones como, asimismo, las características que son propias de cada una de ellas*”. Asimismo, agrega que “*el legislador ha tenido libertad para considerar factores de carácter geográfico, territorial, poblacional, socioeconómicos, estratégicos, etc.*”¹⁴.

Respecto a la elección de senadores, la posible distinción que se realice a través del sistema electoral tiene como fuente la misma Constitución, ya que el artículo 49 establece que éste “*se compone de miembros elegidos en votación directa por circunscripciones senatoriales, en consideración a las regiones del país, cada una de las cuales constituirá, a lo menos, una circunscripción*”. Así, es posible romper la estricta proporción entre electores y escaños con el objeto de asegurar la representación regional. En el mensaje presidencial del proyecto de reforma del sistema electoral, se aborda expresamente esta materia, sentándose los criterios que justifican romper la estricta proporción entre el número de electores y votantes en cada territorio. Así, y en consistencia con el artículo 49 recién citado, se plantea que en “*el caso del Senado, el criterio básico es el equilibrio entre los distintos territorios*”¹⁵. En cuanto a la Cámara de Diputados, tras afirmar que el principio rector será la igualdad en el voto de todos los chilenos, se agrega que dicho principio no será aplicado en términos absolutos, ya que “*el proyecto propone conciliar el principio de igualdad de voto con el propósito de no castigar en demasía la representación política de las zonas extremas del territorio*”¹⁶.

En consecuencia, respecto de la elección de diputados, la regla general debiera ser la aplicación del principio de igualdad del voto, de manera de que exista un número similar de electores respecto de cada uno de los

14. STC Rol N° 67 de 14 de marzo de 1989.

15. Boletín N° 9326-07.

16. Boletín N° 9326-07.

escaños, regla que se relativizaría en el caso de las zonas extremas del país. El diseño de la asignación de cupos, por tanto, debe estar establecido de manera tal que respete el criterio de la razonabilidad y la no arbitrariedad. En otras palabras, que exista un criterio que obedezca a fundamentos lógico y que no contradiga la razón. Allá donde no hay explicación racional existe el capricho y, por ende, la arbitrariedad. Donde hay arbitrariedad, se violenta la Constitución.

IV. Análisis pormenorizado de la desigualdad del voto en el proyecto de ley

En el caso de la elección de diputados, el proyecto de reforma al sistema electoral crea 28 nuevos distritos a los que asigna entre 3 y 8 escaños (artículo 179 nuevo de la Ley 18.700 de Votaciones Populares y Escrutinios). Pese a que en el mensaje se afirma que *“el número variables de diputados se determina en atención al número de electores, propendiendo al mayor logro posible del principio de igualdad del voto”*¹⁷, es posible advertir significativas diferencias en el número de electores por diputado, las que no se fundan en razones geopolíticas ni de integración nacional.

Algunas de estas diferencias, se producen en relación a las zonas extremas del país de baja densidad poblacional. De esta forma, en el nuevo distrito 13 son necesarios 117.187 electores para elegir un diputado, ello significa 3,88 veces más votantes que en el distrito 27 donde son necesarios 30.179. Incluso, puede ser discutible desde una perspectiva política el nivel de desviación tolerable, esta diferencia se inserta en un criterio razonable y que fue expresamente declarado en el mensaje presidencial. El problema se presenta cuando, aún excluyendo los territorios electorales de menos de 200.000 que corresponde a las regiones extremas, persiste una relación electores y escaños de hasta 2,6 veces entre distritos extremos. Asimismo, pese a que en el mensaje se afirma que el incremento de parlamentarios tiene por objetivo avanzar en la igualdad del voto, no se aprovecha efectivamente este fuerte aumento para corregir la actual situación de desigualdad diagnosticada.

17. Boletín N° 9326-07.

En el siguiente cuadro se analiza la relación entre el número de electores y representantes en cada uno de los nuevos distritos propuestos en el proyecto de reforma al sistema electoral:

Nuevo Distrito	Región	Distritos Antiguos	Territorio*	Nº Diputados	Electores 2013	Electores Por Dip.	Veces sobre distrito promedio
8	RM	16 y 20	Pudahuel, Maipú	8	924.049	115.506	1,319
10	RM	21,22 y 25	Santiago, Providencia, San Joaquín	8	908.487	113.561	1,297
9	RM	17, 18 y 19	Conchalí, Recoleta, Cerro Navia	7	810.901	115.843	1,323
12	RM	26 y 29	La Florida, Puente Alto	7	790.029	112.861	1,289
7	V	13, 14 y 15	V Región Costa	8	760.668	95.084	1,086
20	VIII	43, 44 y 45	VIII Región Centro	8	744.588	93.074	1,063
6	V	10, 11 y 12	V Región Cordillera	8	712.383	89.084	1,017
14	RM	30 y 31	San Bernardo, Melipilla	6	663.878	110.646	1,264
11	RM	23 y 24	Las Condes, Peñalolén	6	643.632	107.272	1,225
13	RM	27 y 28	La Cisterna, San Miguel	5	585.936	117.187	1,338
23	IX	50, 51 y 52	IX Región Sur	7	543.614	77.659	0,887
5	IV	7, 8 y 9	IV Región	7	538.805	76.972	0,879
17	VII	36, 37 y 38	VII Región Norte	7	527.595	75.371	0,861
21	VIII	46 y 47	VII Región Sur	5	458.758	91.752	1,048
19	VIII	41 y 42	VII Región Norte (Ñuble)	5	435.622	87.124	0,995

*: En La RM se detallan las comunas principales de los actuales distritos

Continúa en la próxima página.

Nuevo Distrito	Región	Distritos Antiguos	Territorio*	Nº Diputados	Electores 2013	Electores Por Dip.	Veces sobre distrito promedio
3	II	3 y 4	II Región	5	419.001	83.800	0,957
15	VI	32 y 33	VI Región Norte	5	399.980	79.996	0,914
26	X	57 y 58	X Región Sur	5	375.902	75.180	0,859
24	XIV	53 y 54	XIV Región	5	324.037	64.807	0,740
16	VI	34 y 35	VI Región Sur	4	299.614	74.904	0,855
25	X	55 y 56	X Región Norte	4	293.216	73.304	0,837
18	VII	39 y 40	VII Región Sur	4	281.933	70.483	0,805
22	IX	48 y 49	IX Región Norte	4	268.864	67.216	0,768
2	I	2	I Región	3	222.024	74.008	0,845
4	III	5 y 6	III Región	5	221.606	44.321	0,506
1	XV	1	XV Región	3	173.855	57.952	0,662
28	XII	60	XII Región	3	153.628	51.209	0,585
27	XI	59	XI Región	3	90.538	30.179	0,345
Total				155	13.573.143	87.569	

*: En La RM se detallan las comunas principales de los actuales distritos

De esta forma, es posible identificar los siguientes casos en los que se infringe gravemente el principio de igualdad del voto, sin que se observe un criterio razonable que justifique estas diferencias que redundan en el menoscabo del valor sustantivo del sufragio de los electores de determinados territorios.

a) El nuevo distrito 2 de la I región elegiría a tres diputados teniendo más electores (222.024¹⁸) que el nuevo distrito 4 de la III región (221.606) que elegiría a cinco. En ambos casos, hay un aumento de un diputado respecto de lo que tenían los territorios electorales que dan origen a los nuevos distritos. Claramente el incremento no se distribuye priorizando el principio de la igualdad del voto.

b) Los nuevos distritos 16, 18, 22 y 25 que corresponden a las regiones VI Sur (299.216 votantes), VII Sur (281.933), IX Norte (268.864) y X

18. Las cifras de electores corresponden al último padrón electoral definitivo elaborado por el Servicio Electoral para las elecciones presidenciales y parlamentarias del año 2013.

Norte (293.216 electores), elegirían a cuatro diputados cada uno, teniendo en todo los casos más electores que el nuevo distrito 4 de la III región (221.606 electores) que tendría a cinco y cuyo incremento no respeta la igualdad del voto.

c) Los nuevos distritos 9 (Conchalí, Recoleta y Cerro Navia con 810.901 electores) y 12 (La Florida y Puente Alto con 790.029) de la Región Metropolitana votarían a siete diputados, teniendo más votantes que los nuevos distritos 6 (V Región Cordillera con 712.383), 7 (V Región Costa con 760.668) y 20 (VIII Región Centro con 744.588) que elegirían a ocho diputados.

Los nuevos distritos 11 (Las Condes y Peñalolén con 643.632) y 14 (San Bernardo y Melipilla con 663.878) de la Región Metropolitana tendrían a seis diputados, teniendo más electores que los nuevos distritos 5 (IV Región con 538.805), 17 (VII Región Norte con 527.595) y 23 (IX Región Sur con 543.614) que elegirían a siete diputados.

El nuevo distrito 13 (La Cisterna y San Miguel con 585.936 electores) de la RM votarían a cinco diputados, teniendo más votantes que los nuevos distritos 5 (IV Región con 538.805), 17 (VII Región Norte con 527.595) y 23 (IX Región Sur 543.614) que tendrían a siete diputados.

En todos estos casos los nuevos distritos tienen un aumento en el número de diputados respecto de lo que tenían los territorios electorales que dan origen a los nuevos distritos, sin embargo, el incremento no se distribuye priorizando el principio de la igualdad del voto.

El análisis precedente se ha realizado sobre la base de los electores de cada nuevo distrito, en el entendido que el cumplimiento del voto igualitario debe valorarse respecto de las personas que efectivamente gozan del derecho a sufragio. Sin embargo, algunos han sostenido que el número de escaños debe determinarse en relación al número de habitantes, ya que los parlamentarios son representantes de toda la población que vive en el territorio respectivo.

Existen, a nuestro juicio, razones de índole sustantiva y práctica para evaluar la igualdad del voto en relación al número de electores de cada distrito. En efecto, el principio de igualdad del voto se consagra en el artículo 15 de la Constitución a propósito del derecho a sufragio del que gozan los ciudadanos y extranjeros que cumplen los requisitos establecidos en los artículos 13 y 14 de la Constitución. Asimismo, en virtud de la reforma constitucional introducida a través de la ley N° 20.337, se impone al Servicio Electoral la obligación de llevar un sistema de registro electoral, al que se incorporan, por el solo ministerio de la ley, quienes cumplen los requisitos constitucionales. En consecuencia, todas las personas habilitadas para ejercer su derecho a sufragio se encuentran registradas como votantes en padrones que en conformidad a la ley N° 18.556 se auditan, son públicos y reclamables ante los Tribunales Electorales Regionales.

Si bien en teoría la diferencia entre electores y habitantes no debería ser significativa para establecer proporcionalidad entre los territorios, ya que es poco probable que se produzcan cambios demográficos con singular diferencia entre ellos, la información es considerablemente más confiable, certera, actualizada y regular que los censos de población, que siempre terminan estimando a un porcentaje a la población del territorio. El último padrón electoral correspondiente a la elección presidencial y parlamentaria del año 2013 tenía 13.573.143 electores, identificados con su nombre, RUT y lugar de votación. Por su parte, el último censo data del año 2002, es antiguo y no recoge la movilidad de población entre zonas de los últimos 12 años.

Con todo, si se analiza la igualdad del voto en base a población, se incrementan algunas diferencias respecto a distritos correspondientes a zonas extremas del país. Así, en el nuevo distrito 12 son necesarios 154.088 habitantes para elegir un diputado, ello significa cinco veces más que en el distrito 27 donde son necesarios 30.497 personas. En el siguiente cuadro se revisa la relación entre el número de población y escaños en cada uno de los nuevos distritos propuestos en el proyecto de reforma al sistema electoral:

Nuevo Distrito	Región	Distritos Antiguos	Territorio*	Nº Diputados	Electores 2013	Electores Por Dip.	Electores 2013
8	RM	16 y 20	Pudahuel, Maipú	8	1.125.659	140.707	1,443
12	RM	26 y 29	La Florida, Puente Alto	7	1.078.615	154.088	1,580
9	RM	17, 18 y 19	Conchalí, Recoleta	7	911.183	130.169	1,335
20	VIII	43, 44 y 45	VIII Región Centro	8	863.800	107.975	1,107
10	RM	21, 22 y 25	Santiago, Providencia, San Joaquín	8	827.857	103.482	1,061
6	V	10, 11 y 12	V Región Cordillera	8	781.774	97.722	1,002
7	V	13, 14 y 15	V Región Costa	8	758.078	94.760	0,927
14	RM	30 y 31	San Bernardo, Melipilla	6	737.058	122.843	1,260
11	RM	23 y 24	Las Condes, Peñalolén	6	718.963	119.827	1,229
13	RM	27 y 28	La Cisterna, San Miguel	5	661.850	132.370	1,357
5	IV	7,8 y 9	IV Región	7	603.210	86.173	1,257
17	VII	36, 37 y 38	VII Región Norte	7	597.019	85.288	0,884
23	IX	50, 51 y 52	IX Región Sur	7	588.537	84.077	0,862
21	VIII	46 y 47	VIII Región Sur	5	513.879	102.776	1,054
3	II	3 y 4	II Región	5	493.984	98.797	1,013
19	VIII	41 y 42	VIII Región Norte (Ñuble)	5	483.883	96.777	0,992
15	VI	32 y 33	VI Región Norte	5	450.702	90.140	0,924
26	X	57 y 58	X Región Sur	5	400.688	80.138	0,822
24	XIV	53 y 54	XIV Región	5	356.396	71.279	0,731
16	VI	34 y 35	VI Región Sur	4	329.925	82.481	0,846
25	X	55 y 56	X Región Norte	4	316.051	79.013	0,810
18	VII	39 y 40	VII Región Sur	4	311.078	77.770	0,797
22	IX	48 y 49	IX Región Norte	4	280.998	70.250	0,720
4	III	5 y 6	III Región	5	254.336	50.867	0,522
2	I	2	I Región	3	238.950	79.650	0,817
1	XV	1	XV Región	3	189.644	63.215	0,648
28	XII	60	XII Región	3	150.826	50.275	0,516
27	XI	59	XI Región	3	91.492	30.497	0,313
Total				155	15.116.435	97.525	

∴: En La RM se detallan las comunas principales de los actuales distritos

De esta forma, es posible identificar los mismos casos en que se infringe el principio de igualdad del voto al considerar habitantes, sin que se observe un criterio razonable que justifique estas diferencias:

a) El nuevo distrito 2 de la I región elegiría a tres diputados teniendo similar número de habitantes (238.950¹⁹) que el nuevo distrito 4 de la III región (254.336) que votaría a cinco diputados. En ambos casos hay un aumento de un diputado respecto de lo que tenían los territorios electorales que dan origen a los nuevos distritos. Claramente el incremento no se distribuye priorizando el principio de la igualdad del voto.

b) Los nuevos distritos 16, 18, 22 y 25 que corresponden a las regiones VI Sur (329.925 habitantes), VII Sur (311.078), IX Norte (280.998) y X Norte (316.051), tendrían a cuatro diputados cada uno, teniendo en todo los casos más habitantes que el nuevo distrito 4 de la III región (254.336) que elegiría a cinco y cuyo incremento no respeta la igualdad del voto.

c) Los nuevos distritos 9 (Conchalí, Recoleta y Cerro Navia con 911.183) y 12 (La Florida y Puente Alto con 1.078.615) de la Región Metropolitana votarían a siete diputados, teniendo más habitantes que los nuevos distritos 6 (V Región Cordillera con 781.774), 7 (V Región Costa con 758.078), 20 (VIII Región Centro con 863.800) y 10 (Santiago, Providencia y San Joaquín con 827.857), que elegirían a ocho.

Los nuevos distritos 11 (Las Condes y Peñalolén con 718.963 habitantes) y 14 (San Bernardo y Melipilla con 737.058) de la Región Metropolitana tendrían a seis diputados, teniendo más habitantes que los nuevos distritos 5 (IV Región con 603.210), 17 (VII Región Norte con 597.019) y 23 (IX Región Sur con 588.537) que votarían a siete diputados.

19. Las cifras corresponden al último Censo de población del año 2002.

El nuevo distrito 13 (La Cisterna y San Miguel con 661.850) de la RM elegirían a cinco diputados, teniendo más habitantes que los nuevos distritos 5 (IV región con 603.210), 17 (VII Región Norte con 597.019) y 23 (IX Región Sur 588.537) que votarían a siete diputados.

En todos estos casos los nuevos distritos tienen un aumento en el número de diputados respecto de lo que tenían los territorios electorales que dan origen a los nuevos distritos, sin embargo, el incremento no se distribuye priorizando el principio de la igualdad del voto.

Las diferencias anotadas en la distribución de los 155 escaños, tanto en relación a los electores como a los habitantes, son claras, adolecen de una innegable gravedad y no se justifican en los criterios de distinción declarados en el proyecto de ley. En efecto, estas diferencias no obedecen a evitar reducir en términos absolutos la representación actual de los distintos territorios ni a razones geopolíticas y de integración respecto de las zonas extremas. Tampoco afectan exclusivamente a la Región Metropolitana debido a su gran población, ya que se producen también entre regiones distintas a la metropolitana. El problema se genera especialmente en la asignación de los nuevos escaños en los que aumenta la Cámara de Diputados, la que se hace en base a criterios arbitrarios y en abierta contradicción a los principios que se señalan en el propio mensaje presidencial y al precepto constitucional del voto igualitario.

El cuadro a continuación resume las inconsistencias antes señaladas:

Distritos que eligen 3 versus los que eligen 5 diputados								
Nuevo Distrito	Distritos Antiguos	Territorio*	Nº Diputados	Electores 2013	Electores Por Dip.	Habitantes Censo 2002	Habitantes por Dip	Nuevos Dip.
2	2	I Región	3	222.024	74.008	238.950	79.650	1
4	5 y 6	III Región	5	221.606	44.321	254.336	50.867	1

Distritos que eligen 4 versus los que eligen 5 diputados								
Nuevo Distrito	Distritos Antiguos	Territorio*	N° Diputados	Electores 2013	Electores Por Dip.	Habitantes Censo 2002	Habitantes por Dip	Nuevos Dip.
16	34 y 35	VI Región Sur	4	229.614	74.904	329.925	82.481	0
18	39 y 40	VII Región Sur	4	281.933	70.483	311.078	77.770	0
22	48 y 49	IX Región Norte	4	268.864	67.216	280.998	70.250	0
25	55 y 56	X Región Norte	4	293.216	73.304	316.051	79.013	0
4	5 y 6	III Región	5	221.606	44.321	254.336	50.867	1

Distritos que eligen 7 versus los que eligen 8 diputados								
Nuevo Distrito	Distritos Antiguos	Territorio*	N° Diputados	Electores 2013	Electores Por Dip.	Habitantes Censo 2002	Habitantes por Dip	Nuevos Dip.
9	17, 18 y 19	Conchalí, Recoleta, Cerro Navía	7	810.901	115.843	911.183	130.169	1
12	26 y 29	La Florida, Puente Alto	7	790.029	112.861	1.078.615	154.088	3
6	10, 11 y 12	V Región Cordillera	8	712.383	89.048	781.774	97.722	2
7	13, 14 y 15	V Región Costa	8	760.568	95.084	758.078	94.760	2
20	13, 14 y 15	VIII Región Centro	8	744.588	93.074	863.800	107.975	2

Distritos que eligen 6 versus los que eligen 7 diputados								
Nuevo Distrito	Distritos Antiguos	Territorio*	N° Diputados	Electores 2013	Electores Por Dip.	Habitantes Censo 2002	Habitantes por Dip	Nuevos Dip.
11	23 y 24	Las Condes, Peñalolén	6	643.632	107.272	718.963	119.827	2
14	30 y 31	San Bernardo, Melipilla	6	663.878	110.646	737.058	122.843	2
5	7, 8 y 9	IV Región	7	538.805	76.972	603.210	86.173	1
17	36, 37 y 38	VII Región Norte	7	527.595	75.371	597.019	85.288	1
23	50, 51 y 52	IX Región Sur	7	543.614	77.659	588.537	84.077	1

Distritos que eligen 6 versus los que eligen 7 diputados								
Nuevo Distrito	Distritos Antiguos	Territorio*	Nº Diputados	Electores 2013	Electores Por Dip.	Habitantes Censo 2002	Habitantes por Dip	Nuevos Dip.
13	27 y 28	La Cisterna, San Miguel	5	585.936	117.187	661.850	132.370	1
5	7, 8 y 9	IV Región	7	538.805	76.972	603.210	86.173	1
17	36, 37 y 38	VII Región Norte	7	527.595	75.371	597.019	85.288	1
23	50, 51 y 52	IX Región Sur	7	543.614	77.659	588.537	84.077	1

V. Disposiciones inconstitucionales del proyecto de ley

Respecto a una eventual presentación ante el Tribunal Constitucional en el contexto del control obligatorio de constitucionalidad al que debe someterse el proyecto de reforma al sistema electoral, cabe tener presente lo siguiente: La infracción a los artículos 15, 19 N°2 y 1° inciso 5 de la Constitución se produce en la asignación de escaños a cada distrito electoral que se realiza en el nuevo artículo 179 de la ley N°18.700. En dicha disposición se definen las comunas que conforman los nuevos distritos y se asigna el número de diputados que serán elegidos en el respectivo territorio.

La asignación de diputados a cada territorio que se realiza en el nuevo artículo 179 es de carácter temporal, ya que en virtud del nuevo artículo 179 bis el Consejo Directivo del Servicio Electoral debe actualizar cada 10 años la asignación de los 155 escaños de diputados entre los 28 distritos, aplicando para estos efectos una fórmula o algoritmo matemático proporcional²⁰ en base a los datos de habitantes de los censos, con mínimos y máximos, conforme a las reglas establecidas en la misma disposición. En virtud del artículo 25 transitorio que se introduce a la ley N°18.700, esta facultad del Consejo Directivo del Servicio Electoral se ejercerá por primera vez el año subsiguiente al del censo de 2022 (para las elecciones del 2025).

20. El algoritmo matemático corresponde a denominado Método de D'Hondt o de Cifra Repartidora.

En consecuencia, si el Tribunal Constitucional acogiera la inconstitucionalidad de aquellas partes del nuevo artículo 179 en que se asigna el número de diputados que elegirá cada distrito y del artículo 25 transitorio, el texto legal promulgado mantendría la disposición permanente de asignación de parlamentarios contenida en el artículo 179 bis, la que empezaría a regir de inmediato, salvo que el Congreso aprobara una nueva modificación a la ley con una asignación transitoria que se respete el principio de igualdad del voto.

VI. Conclusiones

En el mensaje del proyecto de reforma al sistema electoral aplicable a la elección de parlamentarios se aborda la igualdad del voto como uno de los principales objetivos que inspira la reforma, como el principio de representación de la Cámara de Diputados y como fundamento del incremento del número de parlamentarios que se propone. Sin perjuicio de lo anterior, la asignación de escaños entre los 28 nuevos distritos que se realiza en el nuevo artículo 179 de ley N°18.700, vulnera la dimensión sustantiva del principio de la igualdad del voto consagrado en los artículos 15, 19 N°2 y 1° inciso 5° de la Constitución, ya que se advierten significativas diferencias entre los distintos territorios electorales en el número de electores y habitantes por diputado.

El reconocimiento del principio de la igualdad del voto no obsta a que el legislador pueda establecer ciertas diferencias en la medida en que exista una justificación razonable para dicha distinción. En el proyecto de ley se hace referencia a diversas consideraciones que pueden sintetizarse en asegurar la representación e integración de las zonas de baja densidad poblacional.

Pese a lo anterior, las diferencias no se circunscriben a una sobre representación de las zonas extremas y una sub representación de los centros urbanos del país, sino que se producen entre regiones que no se encuentran en estas situaciones, sin que se observe un criterio razonable que justifique estas diferencias que redundan en el menoscabo del

valor sustantivo del voto de los electores de determinados territorios electorales. En consecuencia, las diferencias en la asignación de escaños entre los distritos constituyen una discriminación arbitraria, que además infringe el principio de la igualdad del voto, con el consecuente perjuicio a la calidad de la democracia representativa y a la legitimidad de las instituciones políticas.

Chile ¿Presas de la ideología?

• 24 de septiembre de 2014 •

¿Por qué la cotización de salud podría no ser propiedad de cada cotizante? ¿Es posible entregar una píldora potencialmente abortiva a una menor de edad sin el consentimiento de los padres? ¿Es el Estado el educador por excelencia? ¿Podría llegar a considerarse el lucro un delito? ¿Es posible elegir ser hombre o mujer con independencia de la propia identidad sexual? ¿Podría no ser terrorismo la colocación de bombas en lugares públicos; o ser éste delito exclusivo de los Estados? ¿Está siendo Chile, presa de la ideología?. En el presente Ideas y Propuestas reflexionaremos sobre las inquietudes mencionadas.

I. Introducción

Se ha venido repitiendo en diferentes medios y por diferentes actores políticos y sociales, que en Chile se ha instalado una fuerte ideologización del debate público.

“En Chile se ha reactivado el debate sobre las ideas. En buena hora: es la única manera de mostrar la superioridad de un orden social libre sobre los proyectos de corte socializante. En educación y en tributos, en energía y en familia -entre muchos otros- se está haciendo más explícita la confrontación entre libertad responsable y controlismo centralizado”¹.

Hay intentos de ver la realidad no como es, sino como dictan las ideologías, tan en retirada en otras latitudes y tan presentes en la nuestra. Ideologías que muchas veces no partiendo de los verdaderos fundamentos, no conducen a un verdadero fin. Ideologías que nos hacen perder los ricos matices que adornan nuestra realidad nacional y que intentan imponerse como verdades excluyentes. Ideologías en ámbitos económicos -de distintos signos-, en ámbitos culturales, que no dan lugar a la pluralidad de visiones propia de una diversidad; ideologías en materias educacionales, que pretenden imponer un modelo o forma de llevar adelante la formación de nuestra juventud, etc².

“Durante estos cuatro meses de gobierno, hemos constatado que estamos ante un dramático avance del Estado, una fuerte desconfianza hacia las decisiones individuales y restricción explícita de la libertad de las personas en todos los ámbitos, lo que ha generado una polarización de ideas, que no veíamos hace décadas en el mundo político, y una inminente necesidad de los partidos de evaluar la forma en que enfrentarán a la ciudadanía de cara al futuro”³.

1. Gonzalo Rojas. Cuando se odia. 03 de septiembre 2014. A3 El Mercurio

2. Monseñor Juan Ignacio González E. Obispo de San Bernardo. La Patria. Columna de opinión pág. A 2. El Mercurio. 18.09.2014.

3. Ernesto Silva. Activación social por la libertad. Sábado 26 de julio de 2014. A 2 El Mercurio.

“El Gobierno de la Nueva Mayoría está impulsando profundas reformas en el campo educacional, tributario, constitucional y laboral [...] Estas reformas, de diversa naturaleza, tienen en su génesis y ADN una concepción ideológica del tipo de sociedad que los sectores de izquierda, dominante en el actual gobierno, parecen querer imponer”⁴.

¿Se está en presencia de un debate sobre-ideologizado? El presente texto pretende hacer un breve análisis de lo que es una ideología, con especial énfasis en la que, hoy por hoy, parece tener un papel hegemónico: el socialismo liberal. Luego, se hará un repaso de los contenidos principales del debate político reciente para determinar si el debate actual está siendo o no monopolizado por criterios ideológicos.

II. ¿Qué es una ideología?

Se entiende comúnmente por ideología aquel sistema de ideas, creencias y juicios de valor que, partiendo de un reduccionismo de la realidad social o de la persona⁵ busca cambiar toda esa realidad y conquistar el poder, transformando los modos de vida de los ciudadanos. Se vende con consignas novedosas y mensajes emotivos que buscan uniformar las principales fuentes formadoras del criterio de las personas, para tomar el control cultural y político.

El reduccionismo ideológico juzga la realidad hasta en los más mínimos detalles y busca adecuarla a sus postulados (la utopía). Por eso se ha dicho que “una vez establecido el punto de partida, las experiencias no pueden volver a contrariar el pensamiento ideológico, como tampoco éste puede aprender nada de la realidad. Y es que la ideologización se emancipa de la realidad que percibimos a través de nuestros sentidos, para afirmar la

4. “¿En qué país queremos vivir?” Domingo, 29 de junio de 2014. A 2 El Mercurio.

5. La libertad (liberalismo); el dominio de una clase social sobre otra (Marxismo); o el de una raza sobre las demás (Nacional socialismo) o del sexo o de un género sobre el otro (el feminismo o la ideología del género).

existencia de una realidad “más verdadera”, que se oculta tras las cosas sensibles (y) las gobierna desde su escondite⁶.

Dado lo anterior, una característica propia de la ideología es la permanente denuncia de la realidad, que está lejos de ser lo que ella pretende que sea. Esa denuncia, generalmente política y social, se desliza por todos los canales de expresión humana: la propia política; los discursos académicos; los grupos de presión (actualmente llamados movimientos sociales); etc. “Por ello, nunca un fracaso momentáneo de la acción inspirada en la ideología va a ser considerada como signo de la falsedad de ésta. La verdad y la bondad del modelo están fuera de discusión, pues se identifican con su absoluta coherencia interna. En consecuencia dicho fracaso no puede enfriar el entusiasmo del que se identifica con la ideología, pues sólo prueba que las condiciones objetivas de la materia –la sociedad y sus miembros– no eran aún las adecuadas para recibir la forma redentora”⁷.

Por eso, hay quienes creen que toda ideología es podría catalogarse como una fe social, porque busca una adhesión intelectual y un compromiso vital, por sobre un análisis racional de sus postulados. Para conseguir esta adhesión, suele revestirse de una autoridad dogmática en su formulación y presentarse como una causa por la que vale la pena entregar la vida. Con razón decía Edmund Burke caracterizando el pensamiento ideológico o revolucionario, que éste consiste en buena medida en un obsesionarse por realizar una utopía, un régimen pretendidamente ideal, lo que los lleva –al chocar necesariamente éste con la realidad– a odiar el mundo que los rodea y así, concluye, “por odiar demasiado a los vicios terminan por amar muy poco a los hombres”⁹.

6. Moreno, Fernando, “El utopismo totalitario en la ideología”, en *Ideologías y Totalitarismos*, Universitaria y Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, Santiago, Chile, 1988, pág. 82.

7. Widow, Juan Antonio. “Ideologías y totalitarismos”, en op. Cit. pág. 31.

8. Rojas, Gonzalo. “Ideología y trabajo universitario”, en op. Cit. pág. 185.

9. Brahm, Enrique. “Los paradigmas totalitarios”, en op. Cit. pág. 61.

III. El socialismo liberal. La principal amenaza ideológica del presente

El socialismo es un sistema de ideas que, arrancando de una concepción antropológica materialista –pues niega la naturaleza espiritual y trascendente del ser humano– y una inspiración política colectivista –el colectivo (representada por el estado) es más importante que las personas– concibe como finalidad suprema de la sociedad humana el goce igualitario de los bienes y la riqueza. Este afán igualitarista, defendido bajo el concepto de equidad, pone énfasis en la planificación centralizada de la economía y de los llamados derechos sociales (salud, educación y previsión, entre otros) concentrando su producción y distribución en manos del estado. De esta forma los derechos y libertades personales tienen carácter derivado y subordinado al progreso de la sociedad.

El materialismo y colectivismo germinal de la ideología socialista tiene algunas consecuencias:

3.1 Una sostenida pérdida de la libertad

Si el hombre es para la sociedad y no al revés, entonces el fin último de todos es la perfección de la sociedad, que pasa a ser un fin en sí misma. De ahí que uno de los slogans más recurrentes de la ideología socialista consista en tachar de “injusto” al “sistema” (institucional, político, económico, educativo, etc.) pero no a personas o agentes económicos determinados.

3.2 Sospecha permanente de cualquier participación privada en bienes de producción o servicios

Se alega sobre la mala distribución de la riqueza donde pocos concentran la mayor cantidad de riqueza y la inmensa mayoría de la población vive en la escasez. Con ello se asume la redistribución de ingresos como único factor de superación de la pobreza y se mira mal a todo negocio lucrativo que genere recursos. No es casual otro de los recientes slogans: “No al lucro”.

3.3 Afán de igualitarismo

Se convierte en prioritario el logro de resultados homogéneos para todos y se justifica la expropiación o la restricción de libertad a los más dotados. Buena muestra de ello sería las reformas al sistema educativo, a propósito de la cual se ha dicho expresamente –por parte de una autoridad– que el punto de partida es la nivelación hacia abajo para evitar nefastas diferencias por arriba¹⁰.

En el fondo, el error del socialismo es de carácter antropológico, porque considera a la persona como un simple elemento y una molécula del organismo social, de manera que el bien del individuo se subordina al funcionamiento del mecanismo económico-social. Además, al no tener sentido de trascendencia, entiende la libertad como mera autonomía y capacidad para auto-determinarse sin sujetarse a una moral heterónoma y sin más límites que la vaga causal de “los daños a terceros” o “la libertad de los demás”. Es en este punto donde se produce la conexión con la ideología liberal, por lo que no puede sorprender que el resultado de esta amalgama ideológica –en materia de políticas públicas– sea la liberalización de materias relacionadas con la familia o la vida, al mismo tiempo que se limitan de derechos y garantías económicas y sociales. Parte de este proyecto pasa por crear un estado de bienestar lo más amplio posible. Así lo comprueba la experiencia europea y el debate en Chile donde, por ejemplo, ya se estudian modificaciones profundas a los sistemas de salud privada¹¹ y previsional¹².

Un elemento clásico de la inspiración marxista del socialismo es la lucha de clases. Tradicionalmente se la ha entendido como el motor de la historia, porque el conflicto entre clases sociales habría sido el germen de las diferentes sociedades. En efecto, según el marxismo, las clases sociales surgen por las relaciones de producción, vale decir, por la forma en que los

10. Es la conocida analogía de los patines que será explicada más adelante.

11. Véase http://www.senado.cl/comision-presidencial-para-la-reforma-a-las-isapres-se-debe-resguardar-el-derecho-a-la-salud-e-impedir-abusos/prontus_senado/2014-04-17/120239.html#vtxt_cuerpo_To

12. Véase www.comisionpensiones.cl

hombres producen mercancías. En la práctica, la división del trabajo hace que aquellos que desarrollan una misma actividad constituyen una clase que, en el fondo, se determina por el lugar que ocupan en el proceso de producción de la riqueza. Unos producen y otros se apropian de una porción de lo producido. De esa relación no cabe esperar sino el antagonismo y la hostilidad entre explotados y explotadores.

Aunque el socialismo ha vivido un proceso de renovación interna, es posible todavía observar, en el discurso político, los resabios de esta teoría. Es verdad que ya nadie piensa en una revolución violenta para hacerse del poder y llevar a cabo una dictadura del proletariado, pero ello no significa que esta forma de ver la realidad esté obsoleta. Al contrario, el discurso socialista se basa en la defensa de unos –los más débiles, los pobres, los trabajadores o como quiera llamárseles– frente a los abusos de otros: los empresarios, los ricos, la derecha, o cualquier grupo que pueda ubicarse, según la ideología socialista, en las antípodas de la justicia social.

Ello explica que ya el año 2006, los dirigentes políticos Edgardo Boeninger (DC), Jorge Schaulsohn (PPD) y Gonzalo Martner (PS), señalaron que todos los partidos políticos de la Concertación (la mayoría de ellos de inspiración socialista) financiaban sus campañas políticas a través de fondos fiscales. En efecto, Boeninger señaló que desde el comienzo en la Concertación se pensó que, así como el dinero privado favorecía fundamentalmente a los partidos de derecha, no sería ilegítimo recibir financiamiento público a través de los recursos estatales para los programas sociales, y Schaulsohn confirmó la existencia de estas prácticas, calificándolas como la “ideología de la corrupción”. ¿Por qué usa la palabra ideología? Porque se debía dar un sustento racional y ético que legitimara la utilización de los recursos públicos para fines políticos. Textualmente señaló: “Los hechos tienden a ser justificados a través de la idea de que se libra una lucha entre las fuerzas del “bien” (nosotros, por supuesto) y del “mal” (la oposición), y que si éstas llegaran a controlar el Poder Ejecutivo se produciría una especie de dictadura de los grupos económicos, que las apoyan. Entonces, conjurar “esta desgracia que podría caer sobre los destinos de Chile” justifica que la Concertación, que en teoría no tiene acceso a esos recursos privados, use los recursos públicos para nivelar el campo de juego y competir con

igualdad”¹³.

Como puede verse, la lógica simplista y emocional que divide entre “buenos” versus “malos” hacía pensar que el eventual triunfo de los partidos de “derecha” generaría, necesariamente, una dictadura económica que hacía lícito el ejercicio de ciertas formas de corrupción ¿Por qué? Porque el ideal (utópico) de la igualdad para todos no podía ser amagado por aquellos que se oponen al pensamiento ideológico en comento. Es palpable la pretensión de adecuar la realidad a una determinada forma de concebir la sociedad que llega, incluso, a justificar prácticas como las que fueron denunciadas en su momento. Por eso se ha dicho que la ideologización se emancipa de la realidad para afirmar la existencia de una “verdad” superior que las gobierna desde el escondite de las consignas de turno.

IV. ¿Es posible hablar en Chile de una arremetida ideológica?

4.1 El debate ideológico en salud

Dos temas, relacionados entre sí, han desatado la polémica en materia de salud durante las últimas semanas: la naturaleza del 7% de cotización obligatoria por parte de los ciudadanos y el plan de reforma al sistema de Isapres.

Sobre lo primero, la directora del Fondo Nacional de Salud (Fonasa), Jeanette Vega, señaló: “El 7% no es propiedad de las personas; es un impuesto específico a la seguridad social y debe ser tratado como tal”. En su opinión, a partir del principio de que la cotización obligatoria de salud no es un ahorro individual, propone la creación de un fondo único que reúna los 7% de todos los chilenos y que estos recursos se redistribuyan de manera solidaria.

13. Véase La entrevista que le costó la expulsión del PPD a Jorge Schaulsohn. El Mercurio. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2006/12/27/240263/la-entrevista-que-le-costó-la-expulsion-del-ppd-a-jorge-schaulsohn.html>

Aunque hay abundantes argumentos para sostener que esa cotización es de propiedad de las personas, puede apreciarse que en esta materia hay una fuerte intromisión estatal de contenido ideológico. Si la cotización de salud corresponde jurídicamente a un impuesto, entonces el titular y dueño de ese dinero es el estado, quedando la ciudadanía en la potencial imposibilidad de elegir el sistema de salud que más le beneficie, o que hacerlo sea mucho más oneroso de lo que es hoy. No es para nadie desconocido que los principales problemas de calidad en la atención sanitaria se dan en el sector público del cual, mucha gente, es verdaderamente un rehén. ¿Por qué limitar el derecho de las personas a elegir un servicio según sus posibilidades? Considerar el 7% como un impuesto constituye una vulneración del derecho de propiedad y, consecuentemente, una pérdida de libertad en una materia tan opinable como la prestación de un servicio.

En esta misma línea, está en funcionamiento una comisión presidencial de Salud parece centrada en diseñar un sistema único de salud, financiado con las cotizaciones de todos los chilenos, con un plan garantizado y único para todos los usuarios. De esta forma las Isapres podrían limitarse a ofrecer coberturas complementarias. Para el 20% de los chilenos que se atienden en el sistema privado de salud, este sería un golpe mayor, pues la expropiación del todo o parte de su cotización les significaría de hecho un impuesto adicional, por sobre el cual tendrían que pagar por atención privada si no quisieren someterse a las conocidas deficiencias del sistema estatal.

Por lo visto, el afán igualitarista y el monopolio del estado como agente “emparejador” de la cancha –consigna nuclear de la ideología socialista– quedan de manifiesto en el debate en salud.

4.2 El debate ideológico en materia de familia

En materia valórica, la discusión en torno a la teoría del género ha copado la agenda pública. Se encuentran en tramitación dos proyectos: uno reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. El objetivo del

proyecto es reconocer y dar protección al derecho a la identidad de género de las personas. Para ello propone establecer una regulación que permita a toda persona obtener, por una sola vez, la rectificación de su partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil e Identificación, cuando no coincidan –se señala en el informe– con su verdadera identidad de género, en conformidad con las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales en materia de igualdad y no discriminación.

El segundo es el que crea el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, que tendría la tarea de desarrollar normas e instrumentos en contra de la discriminación y a favor de la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres (Gobierno de Chile, 2014).

Ambos proyectos de ley están inspirados en la ideología de género, que establece que las diferencias entre hombres y mujeres no tienen fundamento natural sino han sido construidas culturalmente, introduciría cambios culturales en la familia, vida y sexualidad; se legalizaría el aborto y se aceptarían los matrimonios del mismo sexo y la adopción de hijos por parte de estas, creando conceptos no reconocidos jurídicamente dentro de la legislación chilena (Boletín N° 9287-06-1, 2014). Vale decir, si se acepta la definición de género –“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”¹⁴– se estaría en presencia de la más palmaria negación de la realidad, pues significaría que ser hombre o mujer depende más de una decisión, que de la identidad genética (XX o XY) que a su vez determina una identidad gonádica y morfológica diferente. Admitir en nuestra legislación dicha corriente ideológica permitirá una serie de nuevas regulaciones absolutamente ajenas a la tradición cultural del país¹⁵, pues sus postulados socavan los pilares sobre los que se estructura la familia y la sociedad. Eliminado o tergiversado el concepto de naturaleza humana –constituida a partir de su cuerpo que, a su vez, está modalizado sexualmente como hombre o mujer– queda relativizado el concepto

14. Véase I&P Ideología de género ¿Amenaza real al matrimonio y la familia?. N° 147. En <http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/1-y-P-n%C2%BA149-web.pdf>

de familia que surge a partir de esa modalización sexualmente diversa y complementaria, con fin de unión y fecundidad.

Otra señales también dan cuenta de una posible arremetida ideológica. Por ejemplo, el voto de Chile en contra de una resolución de la ONU que reconocía la trascendencia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y su derecho a la protección por parte del Estado y de la sociedad. La resolución se justificaba dada la relevante tarea que le concierne en el desarrollo de los niños, en cuanto a que la familia tiene la responsabilidad primaria por los mismos, y el ambiente que en ella se dé incide en el forjamiento de su personalidad (...) “Sorprende, entonces, que haya sido aprobada con 14 votos en contra, y que uno de ellos haya sido el de nuestro país”¹⁵.

Una vez más aparece el afán igualitario, tanto en aquellos elementos naturales que diferencian esencialmente a hombres y mujeres, como en la familia, sociedad igualmente natural y elemento esencial de la sociedad.

4.3 El debate ideológico en educación

Otro de los proyectos de reforma que más polémica ha causado durante el presente año 2014 ha sido la reforma educacional. La Comisión de Educación de la Cámara de Diputados de Chile aprobó en general –con ocho votos a favor y cinco en contra– el proyecto de ley que busca terminar con el copago, la selección y el lucro, los tres ejes fundamentales de la reforma educacional impulsada por la Presidenta Michelle Bachelet. Al final de la jornada uno de los diputados que se opuso a la aprobación del proyecto señaló: “ hoy es un mal día para la educación en Chile, porque la

15. Uniones de hecho, matrimonio homosexual y adopción por parte de uniones homosexuales.

16. Domínguez, Carmen. Una votación inexplicable. El Mercurio, A 2. Miércoles 09 de julio de 2014.

pura ideología, el puro gustillo ideológico termina con la aprobación de un proyecto que nada tiene que ver con calidad”¹⁷.

En efecto, según la izquierda la lógica del mercado habría acarreado una drástica disminución de recursos y facultades del estado, lo cual le ha impedido educar adecuadamente. El problema de fondo sería el modelo educativo cuyo soporte jurídico es la Constitución Política. Es en la carta fundamental donde se identificaría educación con mercado, fundamentalmente porque se le asigna al estado un rol meramente subsidiario. Este principio también se plasma en la Ley Orgánica Constitucional de educación (LOCE) que, aunque fue reemplazada por la actual Ley General de Educación (LEGE), no habría sido adecuadamente sustituido para transformar la educación chilena.

Sólo este tipo de concepción podría explicar el enorme consenso, de todas las candidaturas de izquierda durante la última elección presidencial, en torno a la idea madre que inspira todas sus propuestas: el reconocimiento de la educación como un derecho social¹⁸, que exige al estado otorgar garantías explícitas respecto de acceso, calidad y financiamiento. Ello sería fundamental para una sociedad más justa y democrática. En consecuencia, se sostiene, debe fortalecerse el rol del Estado como fiscalizador del sistema, pero sobre todo como educador, para lograr la cohesión, integración e inclusión social¹⁹. De ahí la finalidad de poner fin al copago y al lucro. Nada tendría que ver, para esta mentalidad, que los privados puedan hacer mejor gestión económica y entregar un mejor servicio educativo. La diferencia está, simplemente, en la supuesta relegación de la que habría sido víctima el estado como ente educador.

17. <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/educacion/comision-aprobo-ejes-fundamentales-de-la-reforma-educacional/2014-08-19/204647.html>

18. “La educación es un derecho fundamental garantizado por el Estado.” (Programa Marco Enríquez Ominami pág. 2); La educación es un derecho social [...] asegurado por el estado que asegura la calidad, mediante garantías explícitas y exigibles a ciudadanos y ciudadanas (Programa presidencial Michelle Bachellet pág. 17).

19. Programa presidencial de Michelle Bachellet. Reformas de Fondo: R. Educacional. Pág. 17.

Como puede verse, la iniciativa privada está fuertemente amenazada porque se identifica, erróneamente, financiamiento compartido con lucro. Es más, recientemente un par de diputados oficialistas²⁰ han propuesto una indicación al proyecto en comento que tipifica el lucro como delito. En efecto, “Todo lo que no sea reinvertir en el proyecto educativo para su calidad, remuneraciones y que sea un excedente no utilizado para el propósito educativo tiene que ser tipificado como delito”, dijo la diputada Vallejo.

Como ha señalado Héctor Soto: “En el caso de la educación, actualmente en debate, el ideologismo dicta que lucro y calidad son incompatibles. Esto es tan absurdo como plantear que lucro y calidad son indisociables. Así como hay un montón de casos –algunos realmente épicos- que prueban que lo primero es falso, así también hay otro montón de casos que hacen ver que lo segundo tampoco es cierto. Lo que procede entonces es distinguir, premiando la calidad donde la hay y castigándola, exigiéndola o asegurándola donde no la hay”²¹.

¿Acaso no es evidente que educar tiene costos asociados?; ¿No es legítimo que las familias busquen mejorar ese servicio con recursos adicionales libremente aportados por ellas? Una vez más la consigna parece imponerse a la realidad, hasta el punto de, ni siquiera, permitir disponer de lo que es propio.

Los tres ejes de la reforma, ya indicados, son elementos claves de modelos económicos y sociales ya fracasados en otras épocas y lugares. La inspiración socialista que hay detrás de las principales medidas propuestas por los candidatos en materia de educación es indisimulable. Tal vez, la frase que mejor demuestra lo anterior es que pronunciara el Ministro de educación, Nicolás Eyzaguirre en una entrevista televisiva: “*Voy a hacer una metáfora, que son siempre peligrosas en esto (...) Lo que tenemos actualmente es en una cancha enlozada un competidor corriendo con patines de alta velocidad y otro*

20. La Diputada comunista Camila Vallejo y el independiente Giorgio Jackson.

21. Soto, Héctor. Momento de negación. La Tercera. Domingo 03 de noviembre de 2014.

*descalzo. El descalzo es la educación pública. Entonces me dicen, ¿por qué no entrenas más y le das más comida al que va descalzo? Primero tengo que bajar al otro de los patines*²².

4.4 El debate ideológico en relación con el derecho a la vida

A mediados de julio del presente año se instaló, una vez más, la polémica por la entrega de anticoncepción de emergencia a menores de edad sin el consentimiento de los padres. La prensa informaba que, según las autoridades de salud, este punto estaba zanjado ahora, con la actualización de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que el Ministerio de Salud sometía a consulta pública²³. El documento establece la provisión de métodos anticonceptivos y de la “píldora del día después” a toda la población según la Ley 20.418, de 2010, que dispone que “en aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar, posteriormente, al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale”.

El texto señala que “no existe impedimento legal para la prestación de servicios de regulación de fertilidad a las y los adolescentes, ni para condicionar esta atención de salud a la aprobación de los padres. Es obligación funcionaria de los prestadores asegurar y satisfacer las prestaciones de salud a las que toda/o adolescente tiene derecho”.

Para los asesores del Ministerio de Salud en la actualización de la norma, “se asume una madurez progresiva. Una chica de 12 años que va con su pareja, que puede ser adolescente, y pide un anticonceptivo, es distinta a otra de la misma edad que está siendo violentada por un adulto contra su consentimiento y que no ha iniciado su vida sexual. La evaluación debe distinguir ambas situaciones, pero la anticoncepción tiene que entregarse

22. El comentario también se recogió en la prensa escrita. La Tercera 15 de junio de 2014.

23. <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/07/680-586956-9-salud-valida-uso-de-la-pildora-del-dia-despues-en-menores-de-14-anos.shtml> 22. Véase art. 363 del Código Penal.

siempre que se solicite, pues es un derecho. Según las autoridades, esto último queda explicitado en los protocolos legales para casos de menores de 14 años que tienen parejas adolescentes, por lo que, se detalla, no se puede presumir la existencia de delito por la mera solicitud del anticonceptivo.

Lo anterior es una manifiesta inconsistencia. En efecto, la ley penal chilena señala que el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra ninguna de las circunstancias que constituyen el delito de violación en mayores de catorce años²⁴. Eso significa que hay delito cuando la víctima es menor de 14 años, aunque no haya habido fuerza o intimidación; o la víctima se halla privada de sentido; cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse; o cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

En consecuencia, el personal sanitario que entregue este medio anticonceptivo (o abortivo) a menores de 14 años sin poner en conocimiento de ese hecho a los padres de la menor, podría estar encubriendo un delito. Lo mismo pasa con el delito de estupro que consiste en el acceso carnal a mayores de 14 y menores de 18 años cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, que no sea constitutiva de enajenación o trastorno; o cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral; o cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima; o finalmente, cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual²⁵.

Tan delicada es la integridad sexual de los menores de edad que el código penal contempla como delito algunas acciones de connotación sexual que no necesariamente implique contacto corporal con ella²⁶. Por lo tanto, si el legislador ha querido preservar la integridad de los menores de edad, considerando delito, incluso, el obligarlos a presenciar o ejecutar

24. Véase art. 362 del Código Penal.

25. Véase art. 363 del código Penal.

26. Véase artículo 366 quáter del Código Penal.

acciones de significación sexual –que no impliquen acceso carnal– para la excitación propia o de terceros, cuánto más delicadas pueden ser las relaciones sexuales que éstos puedan tener –o ser obligados a tener– y los mecanismos anticonceptivos o anti-implantatorios que puedan procurarles secreto o impunidad.

Una vez más queda de manifiesto la inspiración ideológica de la medida en comento. La liberalización sexual, promovida por la ideología del género, aparece en un sitial más importante que el derecho a la integridad física y psicológica de las personas²⁷ (especialmente si son menores de edad), y también por sobre el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos²⁸.

4.5 El debate ideológico en el combate al terrorismo

El 08 de septiembre a las 14.05 hrs. estalló una bomba en el Sub Centro de la estación de metro Escuela militar. Como resultado diez personas resultaron heridas, dos de ellos de gravedad. Ese hecho fue el inicio de uno de los debates más ideologizados de los últimos días: la calificación de lo que es terrorismo y la mejor forma de combatir ese flagelo.

Pese a la inestabilidad vivida desde hace años en la Araucanía y a una seguidilla de atentados en otros lugares del país, el gobierno renunció, desde un comienzo, a aplicar la ley antiterrorista. Un medio local señalaba que eso “sólo es explicable por razones ideológicas”²⁹. Más tarde, y ante la escala de atentados de diferente magnitud, el Gobierno anunció que la renuncia a aplicar esa normativa era válida sólo en la región de la Araucanía, donde el acto de quemar vivo a un matrimonio en su casa, sólo fue calificado como un delito común.

Por otro lado, en el poder legislativo tanto el Partido Comunista como un diputado socialista llegaron a señalar que el terrorismo no puede ser

27. Véase art. 19 número 1 de la C.P.R.

28. Véase art. 19 número 10 de la C. P. R.

29. El Mercurio. Editorial. 09.09.2014.

cometido sino por agentes del Estado. En virtud de esa tesis, el atentado del metro o el asesinato del senador Jaime Guzmán, hace ya veintitrés años, no serían actos terroristas.

Finalmente, el poder judicial parece no estar exento de esta ideologización del debate. En junio de 2012 se absolvió a todos los imputados por los delitos de colocación de artefactos explosivos (más de treinta) en el llamado “caso bombas”; y los mismo ocurrió con el caso Pitronello, un joven al que le estalla en las manos una bomba que colocaba en una sucursal bancaria cuyo acción fue catalogada como protesta social.

V. Conclusiones

A propósito de la reforma educacional Héctor Soto señalaba en una columna en el diario La Tercera: “No es cierto entonces que sea mayor calidad lo que se está buscando. El gobierno no lo dice pero lo que en realidad quiere es sacar a los privados del sector y darle mayor protagonismo al Estado (...) Como opción ideológica, no cabe duda que puede ser legítima. Gran parte de la izquierda considera que la provisión estatal de bienes públicos en campos como la educación, la salud, la previsión, el bienestar e incluso la vivienda es preferible a la que pueda ofrecer el sector privado. No sólo eso: también reacciona irritada cuando le acusan de ideologismo. Su réplica es que todo es ideológico, lo cual claramente es una estupidez porque –más allá del signo o los sesgos que tengan las ideologías- la realidad también existe. Uno puede ver de la realidad lo que quiera ver, o puede verla como le plazca, pero hay algo que se llama experiencia y si la experiencia dice que algo no funciona, entonces sólo la obstinación (que es la materia prima de la cual está hecho el ideologismo) puede justificar seguir atado a formas de pensar que son erróneas”³⁰.

El debate sobre el 7% de salud y la eventual reforma del sistema de Isapres –por un lado– y la reforma educacional –por otro– constituyen un intento

30. Soto, Héctor. Momento de negación. La Tercera. Domingo 03 de noviembre de 2014.

indisimulado por limitar la libertad de las personas, y ampliar el ámbito de influencia del estado, buscando un igualitarismo artificial. El modelo educativo, de salud y de previsión otorgadas por privados, que en la década de los ochenta constituyó una verdadera revolución y que fue la base del despegue económico del país, hoy se ven fuertemente amenazado por algunas ideas de corte socialista. Entre ellas, que ambos servicios deben ser considerados un derecho social y, como tal, asegurado para todos y en igualdad de condiciones, aunque eso signifique un perjuicio objetivo para algunos. De nada sirve que, tanto la experiencia histórica del país, como también la internacional, señalen que los sistemas de servicio provistos por el estado no funcionan bien por ese sólo hecho y que la preeminencia del estado conlleva el peligro cierto de un clientelismo permanente usando las prestaciones estatales.

Por otro lado, los proyectos sobre el derecho a la identidad de género; el el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género; y la entrega de la píldora del día después son un intento de determinar, hegemónicamente, lo que es ser hombre y mujer; de limitar el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos; y de redefinir el derecho de familia fundado precisamente sobre la modalización sexual, diversa y complementaria, de la naturaleza humana. Esta redefinición de lo que es ser persona corresponde a un típico criterio de la ideología liberal: entender la libertad como autonomía absoluta, independiente de todo criterio normativo propio de la naturaleza humana.

Finalmente, el combate al terrorismo, ha llevado al debate al límite de la ideologización. Sostener que la colocación de artefactos explosivos en la vía pública no es una acción terrorista; o que este tipo de delitos sólo se pueden cometer por agentes estatales; o que la ley antiterrorista es ilegítima por tener su origen el gobierno militar (pese a las numerosas modificaciones hechas en plena democracia) hacen constatar, no sólo la enorme distancia que a veces puede haber entre la realidad y la utopía, sino además que Chile, indudablemente, está siendo presa de la ideología.

El voluntarismo de la Nueva Mayoría

• 3 de diciembre de 2014 •

Se viene sosteniendo, desde sectores de la Nueva Mayoría, que Chile se ha izquierdizado. Desde las últimas elecciones municipales, pasando por la presidencial del 2013, el país habría dado un giro hacia políticas que se alejan de lo que se ha denominado “el modelo”. Fundado en esa convicción el gobierno ha insistido en una serie de reformas que encarnan los elementos más esenciales del socialismo. ¿Es verdad que Chile se ha izquierdizado? El presente trabajo pretende demostrar lo contrario, develando otra realidad: Lo que la Nueva Mayoría asume como signo de los tiempos, no es más que una elevada dosis de voluntarismo.

I. Introducción

El gobierno ha intentado convencer a la ciudadanía que a partir de la famosa frase: “Chile cambió”, se habría iniciado un nuevo ciclo político en nuestro país que daría cuenta de un cambio en la ciudadanía.

Lo anterior, debiera dar paso, a la vez, a un nuevo modelo económico y social en virtud de que, precisamente, el giro que dio la población sería inverso –y de rechazo– hacia dónde y cómo ha venido avanzando Chile en las últimas décadas, es decir, contrario al actual sistema.

¿Es posible afirmar que estamos ante un nuevo ciclo?

Los diferentes acontecimientos políticos del 2011, particularmente las demandas universitarias, condujeron a la entonces oposición, particularmente al eje izquierdizado de la ex Concertación, a interpretar en los nuevos movimientos sociales una especie de re-emergencia de un programa que mantendría un común anhelo de transformación social y naturalización de una agenda de reformas desde una óptica ideológica izquierdista.

II. Diagnóstico

Todo ello se traduciría en una adherencia concreta de la ciudadanía en las elecciones presidenciales y parlamentarias pasadas a las ideas clásicas de las izquierdas. Así surgieron algunas opiniones –incluso libros– sobre el supuesto cambio que se estaría viviendo en Chile. Fue el mismo presidente Frei, quien en su momento señaló que el país estaba “al borde de la ingobernabilidad”; el sociólogo Alberto Mayol escribió un libro ese año titulado “El derrumbe del modelo”; F. Atria, A. Joignant, J. Benavente, J. Couso publicaron “El otro modelo”.

Dicho diagnóstico, parece un tanto equivocado y precario, por varios motivos que, finalmente, demuestran desconocer que la sociedad no está más ideologizada, ni polarizada, ni politizada, como se ha tratado de hacer creer. Esto se demuestra principalmente por las siguientes razones:

- a) La baja participación ciudadana en las últimas elecciones (Aylwin fue electo con más de 45% de personas en edad de votar, Bachelet en cambio fue electa con cerca del 25%).
- b) Falta o escasa adherencia a los partidos políticos (la identificación con los partidos rodea el 20%, Encuesta UDP 2013).
- c) La forma en que los chilenos votan y eligen a sus representantes. El parlamento está conformado por los partidos tradicionales en más de un 90%.
- d) Transversalmente los chilenos quieren más subsidios, pero no un Estado controlador (véase gráfico 1). Lo anterior, no es concordante con la idea de que el país se haya izquierdizado ni que sea patrimonio del programa de la Nueva Mayoría la demanda por más Estado.
- e) Los índices de satisfacción son altos (véase gráfico 2).

Gráfico 1: Se justifica demandar subsidios y beneficios del Estado: "Siempre y Casi Siempre"

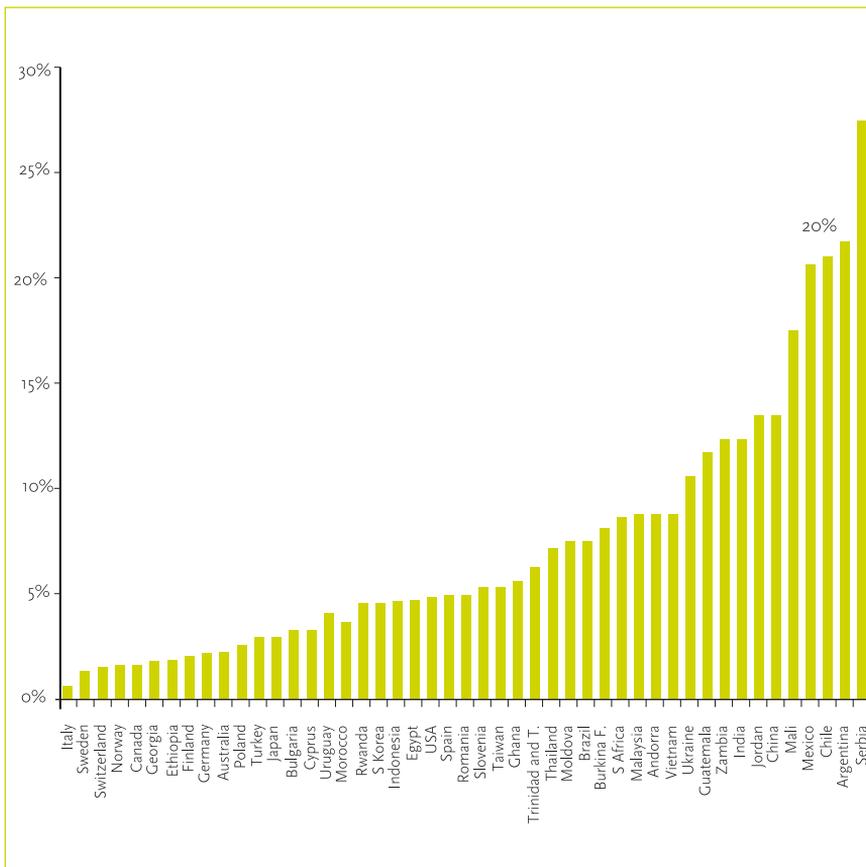
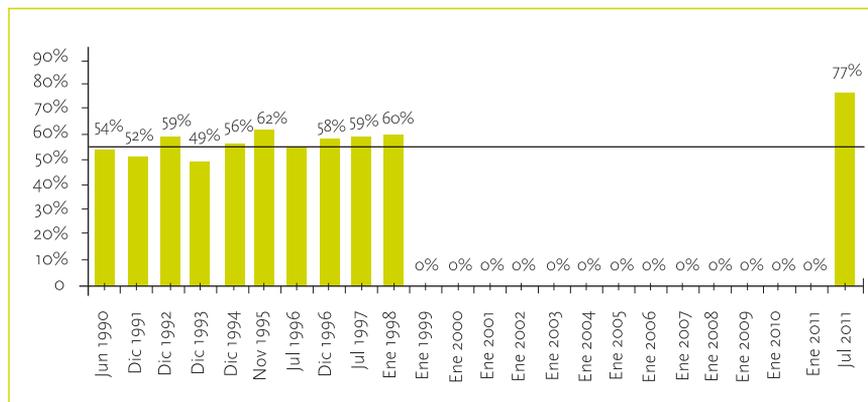


Gráfico 2: Satisfacción con la Vida (Muy Satisfecho y Satisfecho)



Sin embargo, se ha insistido en que la ciudadanía ya habría votado por este programa y, por tanto, el nuevo ciclo incluiría un cambio en la forma de hacer política (se acabaría la democracia de los acuerdos) y, fruto de ese nuevo ciclo, se hace necesario ir en la búsqueda de un nuevo modelo, porque el actual habría fracasado.

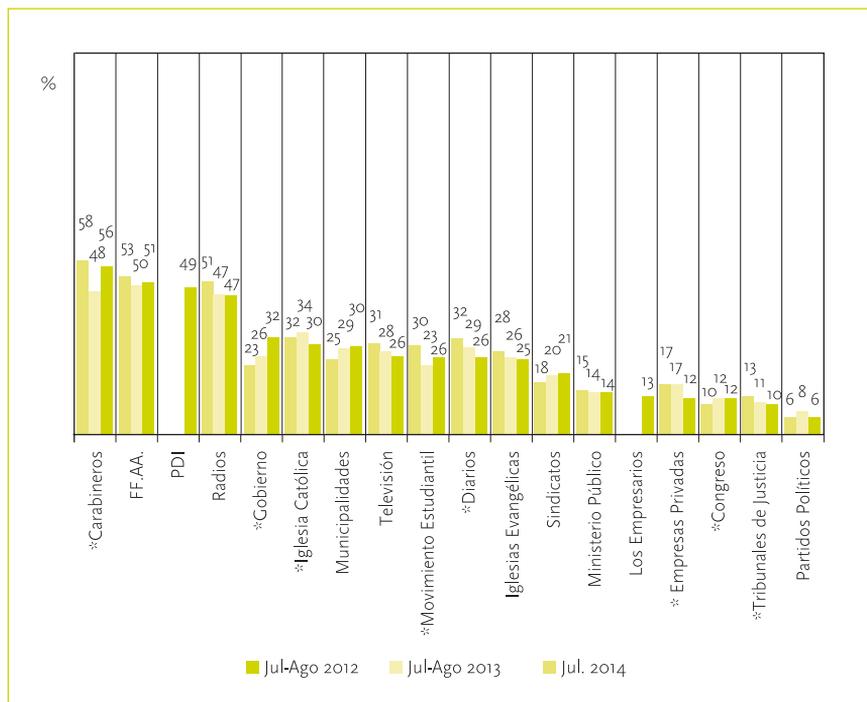
Este diagnóstico, no obstante, muestra un grave problema que se ha gestado en el gobierno: su voluntarismo. El Ejecutivo y la Nueva Mayoría han convertido sus deseos en algo supuestamente deseable por la gran mayoría de la sociedad. Sólo en ese contexto se explica que la Presidenta Bachelet y sus ministros omitan las críticas que provienen de la ciudadanía y no den tregua al ambiente que se vive.

Muestra de estos errores y voluntarismos es el espacio que se ha abierto para la irrupción de figuras como Ricardo Lagos. En tiempos de incertidumbre, las personas buscan seguridad y moderación. Bachelet no transmite ninguna de estas características, ya sea porque no tiene claridad en las prioridades, o bien porque a pesar de las señales que la opinión pública ha dado respecto de sus proyectos, la presidenta insiste en plantear reformas que son equivocadas en contenidos y en urgencias. Por esto mismo es que la crisis del gobierno es política, y no sólo por mal manejo

del Ministro Peñailillo, sino además porque la lectura que han hecho de la realidad del país es incorrecta y las implicancias de ese error son peores. Entonces, ya no basta con responder a las críticas con el consabido “pero es que todo esto está en el programa”. La contingencia dinámica obliga a actualizar su discurso.

En consecuencia, lo que se observa es un diagnóstico errado. Si bien el chileno es desconfiado y manifiesta poca credibilidad hacia el mundo político (véase gráfico 3), esto no significa que quiera cambiar el modelo económico-político, ni que el país se haya izquierdizado. La Nueva Mayoría piensa que su salida del gobierno fue por haber mantenido el modelo, cuando en realidad perdieron el poder porque se convirtieron en una coalición fragmentada y sin norte ni capacidad de solucionar los problemas de la ciudadanía.

Gráfico 3: “A continuación le voy a leer los nombres de algunas instituciones. De acuerdo con las alternativas de la tarjeta, ¿Cuánta confianza tiene Ud. en cada una de ellas?”



Fuente: CEP, Encuestas Nacionales.

Sin embargo, la coalición gobernante insiste en tratar de avanzar hacia un modelo distinto. Esto se expresa, al menos en las tres principales reformas que ha enviado el gobierno al Congreso.

III. Reforma tributaria

Por ejemplo, en este caso, se señalaba que era necesaria la reforma propuesta por el gobierno porque nuestro modelo actual era inequitativo, y había que disminuir la desigualdad que generaban las 4.500 familias que se llevaban la mayor cantidad de riquezas.

El video que se lanzó desde el gobierno traía consigo un lenguaje odioso que trató de convencer a la ciudadanía que quienes la criticaban “eran los poderosos de siempre”, creando así desde el oficialismo un ánimo confrontacional (como la vieja lucha de clases) con el mundo empresarial.

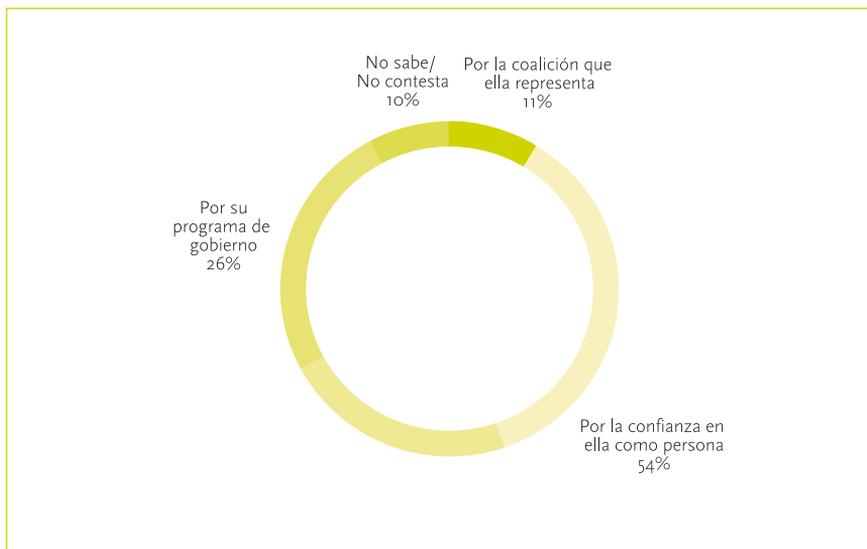
Es más, no debiera olvidarse que desde la izquierda se hicieron todos los esfuerzos por darle al lucro una connotación inmoral. No obstante, lo más evidente en cuanto al voluntarismo de la Nueva Mayoría fueron las palabras del senador Quintana que develaron la voluntad de aplicar una retroexcavadora contra el modelo.

La obstinación en sacar adelante la reforma tributaria se justificaría, en último término, en que la gente ya había votado a favor de “ésta” reforma, y por tanto, se impulsará su aprobación para cumplir con dicho compromiso. Concluir aquello, supone que las personas habrían dado –al momento de votar– un cheque en blanco a este proyecto y a cualquier otro que impulse el ejecutivo, cuestión que en rigor resulta, al menos, temerario. Es una minoría la que señala que votó por el programa de gobierno de M. Bachelet.

De hecho, la irrupción de las diferentes organizaciones PYMES surgidas espontáneamente, junto con las críticas de expertos en economía de distintos sectores, y las diferencias que dentro de la misma ex Concertación surgieron respecto del proyecto, obligaron al gobierno –aun cuando tenía los votos en el congreso para aprobar la reforma– a generar cambios y buscar acuerdos.

En ese contexto, resulta falaz el silogismo que supone que la mayoría obtenida por Bachelet justifica la aprobación de estas medidas (véase gráfico 4).

Gráfico 4: “¿Por qué cree usted que la gente escogió a Michelle Bachelet como Presidenta de Chile?”.



IV. Reforma al sistema electoral

Bajo la misma justificación, es decir, una supuesta necesidad de cambiar el modelo ante el surgimiento de un nuevo ciclo expresado como efecto de una demanda ciudadana, el gobierno presentó otro proyecto refundacional: el cambio al sistema binominal.

La justificación esgrimida es que el binominal no da para más; que Chile cambió, y que por lo mismo, se habría iniciado un nuevo ciclo político en el país, y es deber del gobierno canalizar ese cambio a través de ésta y otras reformas.

Entonces, la pregunta que surge es ¿en qué cambió Chile como para hablar de un “necesario” cambio al sistema electoral? La respuesta ya se adelantó al inicio de este trabajo: dicho cambio consiste en una ciudadanía más

politizada, frente a la cual se hace necesario incluir nuevas fuerzas políticas en el parlamento y corregir la falta de representación (aun cuando un sistema proporcional puede llegar a ser mucho menos representativo). Si no se realizara este cambio, los llamados “movimientos sociales” podrían convertirse en los principales actores.

Estos argumentos, sin embargo, no son convincentes porque no se ajustan a la realidad. Y es que, como hemos demostrado, no es verdad que hoy nuestra población esté más politizada, todo lo contrario. La baja participación ciudadana en las diferentes elecciones, o el desinterés generalizado por pertenecer a un partido político dan cuenta de esta situación. Dicho fenómeno es propio de las sociedades emergentes similares a nuestra realidad.

Por eso, menos participación e ideologización ciudadana no puede devenir en más proporcionalidad y número de parlamentarios, como pretende el proyecto.

Asimismo, no es correcto señalar que los movimientos sociales terminarán desplazando la política institucional si no se cambia el sistema electoral. Al contrario, pues, desde el momento en que los principales representantes de los “movimientos sociales” se insertaron en la institucionalidad al convertirse en diputados, queda demostrado que la inclusión se puede alcanzar con binominal o sin binominal.

Ante todos estos argumentos, es dable preguntarse ¿Por qué entonces se aprueba una reforma como ésta? La respuesta es sencilla: porque con la mayoría requerida, se dio como nunca antes la oportunidad de confeccionar un sistema electoral que permitiese a la izquierda solucionar sus problemas de cupos y fragmentación.

V. Reforma educacional

En este caso, se hace evidente la intención de querer eliminar el aporte que hacen los privados, así como también la libertad de los padres de elegir la educación de sus hijos. Sólo así se entiende que, aun cuando la mayoría

de los padres elije la educación particular subvencionada y que el 90% de los sostenedores privados sean dueños de un solo colegio, el gobierno decida congelar la creación de nuevos establecimientos particulares subvencionados, y que algunos hayan satanizado el rol del sostenedor.

Sin hacer ninguna mención a mejorar la calidad, el gobierno puso su foco en el lucro como si este fuese el origen de la mala calidad y la segregación, cuando en realidad 6 de cada 10 colegios con fines de lucro son gratuitos, y la mensualidad promedio de ellos es de \$16.400.

Entonces, los fundamentos para cambiar nuestro modelo educativo escolar se encuentran en una ideología que cree que sólo el Estado puede provenir bienes públicos, y que todos debiésemos igualitariamente educarnos a su voluntad. Pues, con esta reforma, todo sostenedor deja de ser el promotor de un determinado proyecto educativo, y pasa a ser un mero administrador de recursos públicos.

VI. Conclusiones

A los ejemplos y argumentos ya expuestos, se pueden sumar varias cosas más, como la intención de algunos sectores de izquierda (PC, hoy parte del gobierno) de eliminar nuestro sistema de pensiones, o las palabras de la directora de FONASA que señaló que era necesario avanzar hacia un sistema público de salud. No podría olvidarse la idea de una asamblea constituyente que algunos sectores han venido impulsando con el objeto de cambiar la actual Constitución, que por lo demás lleva la firma del presidente Lagos.

De este modo, queda demostrado que esta intención por parte de un sector de la izquierda y la Nueva Mayoría de cambiar el modelo es efectiva, pero no refleja la voluntad ciudadana. Por el contrario, no representa más que un mero voluntarismo. Los índices del PIB per cápita demuestran que ha sido este modelo el que ha sacado al país adelante y le ha mejorado la vida a la gran mayoría de las personas reduciendo como nunca antes la pobreza y la extrema pobreza, cuestión que se expresa además en que las personas se declaran felices.

Entonces, cabe preguntarse por qué se trata de convencer que la ciudadanía giró hacia la izquierda, y por qué se intenta vender un nuevo modelo a partir de un supuesto nuevo ciclo. Las razones son varias. Lo primero es que hubo errores, por parte de la Alianza, en la defensa de sus ideas, sobre todo durante el gobierno pasado. Además, muchos observadores coinciden en que se elevaron demasiado las expectativas ante la llegada de la derecha al poder después de cincuenta años fuera de él.

Por otro lado, se ha confundido la desconfianza de los chilenos, que se expresa también hacia el mundo político, con la legitimidad de la institucionalidad y del modelo. La Nueva Mayoría hizo un diagnóstico equivocado de lo que ha ocurrido en Chile, desconociendo que las nuevas demandas tienen que ver con las exigencias de un país que ha mejorado y que pide mejor gestión. Así también, hay una parte de la población que siendo más vulnerable pide más bien una inclusión al modelo.

Finalmente, hay que señalar que la Presidenta Bachelet, como conductora de la Nueva Mayoría, parece hoy estar más preocupada de legitimarse ante la izquierda que frente a la ciudadanía, ya que es la primera la que más problemas le podría ocasionar, teniendo en consideración que la Alianza es hoy minoría en el Congreso.

En rigor, la idea del Nuevo Ciclo y de la necesidad de un nuevo modelo es más bien un voluntarismo que una demanda ciudadana. Es la oportunidad que encontró una parte de la izquierda para despertar sus ideas clásicas y cautivar así a la ciudadanía con el objeto de terminar (pasar retroexcavadora han dicho algunos) con la institucionalidad chilena que tanta molestia les causa porque se sustenta en la libertad y el efectivo progreso para todos.

Homenajes prohibidos por ley: un nuevo paso hacia el monopolio ideológico de izquierda

• 31 de diciembre de 2014 •

Se encuentra en tramitación un proyecto de ley, por el cual se prohíbe todo intento de homenaje hacia el gobierno militar o las personas que colaboraron en él. Dicha prohibición, va mucho más allá de evitar el reconocimiento a un gobierno o al acontecimiento histórico que lo originó. Lo que se pretende es deslegitimar un proyecto político; una concepción de la persona y una idea de la sociedad, asumida por toda una coalición política democrática y con vocación de gobierno. Avanzar en este camino constituiría un paso más hacia el inaceptable monopolio ideológico de izquierda.

I. Introducción

Se encuentra en tramitación un proyecto de ley, presentado por la diputada Karol Cariola, por el cual se prohíbe todo intento de homenaje hacia el gobierno militar o las personas que colaboraron en él. La iniciativa se fundamenta en que el 11 de septiembre de 1973, se habría producido uno de los hechos más negros de la historia de Chile. “Mediante un acto de sedición, un grupo de las Fuerzas Armadas encabezado por Augusto Pinochet Ugarte, entonces Comandante en Jefe del Ejército, perpetró un golpe militar que puso fin al gobierno legítimo del Presidente Constitucional Salvador Allende Gossens. A raíz de esto, y durante 17 años, Chile vivió una cruenta dictadura cívico-militar que exilió, torturó, secuestró, asesinó e hizo desaparecer a miles de compatriotas”¹.

Para la diputada patrocinante estos hechos –y sus perpetradores, instigadores o colaboradores– merecen ser recordados en su justa dimensión, sin que respecto de ellos pueda invocarse ningún tipo de apología ni exaltación heroica, pues la mayoría de los sectores políticos ha condenado la comisión de estos delitos y “la actividad sediciosa desarrollada por las Fuerzas Armadas y la Junta Militar en razón del golpe militar”². Esta sería la principal razón de la necesidad de aprobar una Ley de Memoria Histórica que impida defender la obra del gobierno militar.

El proyecto en cuestión tiene, además, efecto retroactivo, vale decir, de aprobarse exigiría, por ejemplo, derribar monumentos como la estatua a José Toribio Merino en el frontis del Museo Naval; cambiar el nombre a la carretera Austral ‘Augusto Pinochet’; o a varias calles que llevan el nombre de colaboradores de dicho gobierno. Incluso, debería cambiarse el nombre de la calle Jaime Guzmán o clausurar su memorial.

1. Véase boletín 9746-17. Antecedentes. Pág. 1.

2. Ídem.

El presente trabajo tiene por objeto dar las razones por la cuales sería inaceptable la aprobación de una iniciativa como la propuesta. Ella no sólo parte de un análisis histórico deformado, sino además, vulnera garantías esenciales y pretende deslegitimar a todo un proyecto político tan legítimo, como democrático.

II. Negación histórica. La verdad del 11 de septiembre de 1973

El proyecto de ley comienza de la siguiente manera “El día 11 de septiembre de 1973, aconteció uno de los hechos más negros de la historia de nuestro país. Mediante un acto de sedición, un grupo de las Fuerzas Armadas encabezado por Augusto Pinochet Ugarte, entonces Comandante en Jefe del Ejército, perpetró un golpe militar que puso fin al gobierno legítimo del Presidente Constitucional Salvador Allende Gossens”. Del texto parece concluirse que el gobierno de Salvador Allende transitaba con absoluta normalidad institucional, hasta que, de pronto, se vio atacado por una montonera militar que le arrebató el poder sin justificación alguna ¿Es eso real? No lo es.

La inevitable intervención militar ocurrió porque la ideología de izquierda que hoy profesa un importante sector del gobierno de la Nueva Mayoría, defendía y aplicaba hace 40 años la vía armada como acción política legítima, al punto de hacer caer a Chile en una crisis insostenible. Es innegable que el gobierno de la Unidad Popular, sobre la base de una ideología del odio y de la lucha de clases, tenía como objetivo instalar una dictadura marxista igual como aquellas que hoy muchos dirigentes de izquierda admiran y sueñan para el país. La vía democrática fue sólo un medio para lograr tomarse el poder completo; el mismo presidente Allende no tenía pudor en reconocerlo, como consta en la declaración de los dirigentes del Partido Socialista (El Mercurio 28/2/1967), la entrevista a R. Debray (Punto Final 16/3/1971) o su primer mensaje al Congreso Pleno en 1971.

Ahí están los fallos judiciales sin cumplir por órdenes del gobierno, junto con la toma ilegítima de predios y empresas; ahí está la declaración del mismo Allende, sobre el estatuto de garantías constitucionales, en el sentido de

ser sólo “una necesidad táctica; porque en ese momento lo importante era tomar el gobierno”³; ahí está la declaración del PS en el congreso de Chillán de 1967 en la que defendía la vía armada como herramienta legítima para llegar al poder; y los resquicios legales con los que se vulneró el ordenamiento jurídico vigente; ahí están las expropiaciones ilegales de más del 60% de las tierras y de innumerables industrias ahogadas por las tomas sindicales ilegítimas. La historia registra el clima de odio y violencia política reflejada en homicidios, como el de Edmundo Pérez Zújovic, ex Ministro del Interior de Eduardo Frei; o el discurso de despedida de Fidel Castro en Chile cuando impulsa al gobierno de Allende a iniciar la vía armada contra el poder burgués. Tampoco se puede olvidar los gabinetes militares: un intento desesperado de involucrar y manipular a los uniformados en el proyecto político totalitario; y la puesta en marcha de la Escuela Nacional Unificada (ENU) que implicaba que la educación debía servir al socialismo y para lograr aquello, se debía abolir la educación privada. Finalmente, no pueden pasarse por alto declaraciones como las de Andrés Pascal llamando a “combatir en todos los terrenos”⁴, o la del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), señalando que “la lucha de clases en Chile tomará la forma de guerra civil abierta”⁵.

Por estas razones, el 22 de agosto la Cámara de Diputados declara que el gobierno de Allende es inconstitucional e ilegítimo. El país se encontraba en una profunda crisis social, fomentada y agravada por dos elementos clave: la violencia de los distintos sectores civiles armados (considerando grupos guerrilleros compuestos por varias fracciones de la izquierda) y una situación de desorden y desobediencia, dada la cantidad de fallos judiciales que no se cumplían por órdenes del gobierno. La guerra civil, por tanto, parecía inminente. En ese marco, la intervención militar derrocó un gobierno que ya era ilegítimo, porque vulneró la institucionalidad, atropelló diversas garantías fundamentales de la ciudadanía y sembró un clima de odio y de violencia política que llevó al país al borde de la guerra civil.

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

4. Cfr. Farías Víctor, La izquierda Chilena, VI, 4.948.

5. Cfr. Farías Op. Cit., VI, 4.913, 4.920, y 4.925.

III. Vulneración a la libertad de expresión

La Constitución Política de la República consagra en su artículo 19, número 12 “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”⁶.

Dentro de las clasificaciones de los derechos fundamentales la libertad de expresión o de opinión se ubica en las llamadas garantías del pensamiento libre, pues éste es el bien jurídico protegido. En las actas constitucionales se definió como la facultad de toda persona para exteriorizar por cualquier medio, sin coacción, lo que piensa o cree.” Como dice el profesor Evans de la Cuadra “hablar, opinar, expresarse, dar a conocer a otros lo que se piensa, recibir las ideas de otros, son aspectos esenciales del complejo proceso de convivencia y entendimiento colectivos”⁷. La razón de este derecho radica en la propia naturaleza social del ser humano, y forma parte de esta garantía, el derecho a informar y a ser informado, sin censura previa, lo cual es la esencia de la garantía. En consecuencia, “ninguna autoridad puede decidir, anticipadamente, sobre qué puede opinarse y qué no y cuáles manifestaciones del intelecto humano pueden ser conocidas y esparcidas en el medio social y a cuáles les está vedado este proceso”⁸.

Ahora bien, como es lógico, este derecho debe estar en equilibrio con otros derechos correlativos. En consecuencia, el constituyente estableció el criterio de la responsabilidad que consiste en responder por los eventuales delitos que se cometan en la expresión de las ideas. La regulación de esta materia fue entregada a una ley especial (de quórum calificado) y por lo tanto el encargo es restringido. Vale decir, la tipificación de delitos debe responder a reales requerimientos para el bien general, y esto se produce cuando se vulneran bienes jurídicos muy preciados por la comunidad, respecto de los

6. Véase C.P. R. Art. 19 N° 12.

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

8. Véase Evans de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Editorial Jurídica de Chile. Tercera edición 2004. Tomo II pág. 15.

cuales no haya controversia y sean absolutamente razonables de prohibir. De no ser este el caso –como parece serlo el proyecto de ley que se comenta, pues prohíbe elogiar la acción de un gobierno que terminó con el 45% de aprobación popular– “se estará borrando con la ley un derecho garantizado por la Constitución, la que pasa, así, a ser un texto meramente discursivo”⁹.

Finalmente, la propia Constitución señala en su artículo 19 número 26 que las leyes que complementen o limiten las libertades públicas no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio¹⁰. A la luz de lo visto, parece evidente que el proyecto de la diputada Cariola vulnera esencialmente la garantía que protege la libertad de expresión.

IV. Vulneración de los principios más elementales de la democracia

Luego del término de los regímenes totalitarios, la democracia surgió como el sistema político más adecuado para el logro del bien común. En efecto, la dispersión y control del poder, sumados a la alternancia en éste ofrecen una adecuada garantía de protección a la libertad individual –y con ello al necesario pluralismo social– y al respeto de los derechos fundamentales.

Norberto Bobbio ha definido la democracia como “el conjunto de reglas que permiten tomar decisiones que se refieren a una colectividad, con el mayor consenso posible de las personas a las que estas decisiones se aplicarán”. A partir de esta definición, que denomina mínima, considera que el único modo de garantizar los derechos a la libertad, a la participación política y a ejercer los derechos propios de la democracia, es la protección de los derechos a la libertad¹¹, entre los cuales están: el derecho a la libertad religiosa; a la libertad de opinión, esto es, el disenso; a la libertad de imprenta; a la libertad de reunión; y el derecho de asociación. De este último

9. Véase Evans Op. Cit. Pág. 20.

10. Véase Evans Op. Cit. Pág. 21.

11. Bobbio Norberto. Democracia y pluralismo Pág. 129. En http://www.revistacienciapolitica.cl/rcp/wp-content/uploads/2013/08/06_vol_o8_1_2.pdf.

nace, precisamente el pluralismo, porque en una sociedad avanzada son más sujetos políticos los organismos (sindicatos, partidos políticos) que los aislados. Luego, cuando se habla de democracia pluralista se habla de una no tanto de muchos individuos, como de muchos grupos. Finalmente, para que existan es necesario que éstos puedan ejercer su actividad en el ámbito social y político¹².

Por lo tanto, para que haya verdadera democracia, según este autor que nadie podría calificar “de derecha”, deben existir muchos grupos que protejan intereses diversos. Lo contrario, es la antítesis de la democracia: el totalitarismo.

Ahora bien, si la regla de la democracia es sobre la base de la cual se decide por mayoría; existe el riesgo de que ésta pueda transformarse en tiránica, si no reconoce los derechos de la minoría, esto es, si no reconoce que hay derechos fundamentales que deben ser respetados por todos, hasta por la propia mayoría. En este sentido, “nadie debe ser objeto de dominio ni convertirse en un ser subyugado por otro. Cada cual debe aportar su voluntad al conjunto de la acción política. Sólo como cogestores podemos ser ciudadanos realmente libres”¹³.

En consecuencia, lo que al Estado le corresponde en un régimen democrático es ordenar la convivencia de los ciudadanos para que puedan llevar una vida digna. Por eso es fundamental la protección de los derechos fundamentales, sobre todo el de expresión y asociación. No es deber del Estado la felicidad acabada de los hombres ni convertir la sociedad en una civilización perfecta. Tampoco lo es definir en todos los ámbitos lo que es bueno y lo que es malo, atribuyéndose, en materia legislativa, la potestad de prohibir todo lo que se considere erróneo o vicioso. Tratándose de la tipificación de delitos, la ley sólo puede prohibir aquellas conductas graves, que causan un perjuicio a los demás; aquellos sin cuya prohibición la sociedad no pueda mantenerse. Finalmente, aun cuando existen vicios

12. Bobbio. Pág. 133-134.

13. Ratzinger, Joseph. Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista. Editorial Rialp. 1995 pág. 82.

objetivos que pueden provocar algún grado de perjuicio social, no es razonable prohibirlos si esa restricción pudiera provocar males mayores¹⁴.

Así, por ejemplo, si se aceptara el principio de que pueden prohibirse manifestaciones públicas de apoyo a determinadas causas cuando éstas afecten el sentir de parte importante de la ciudadanía, podría impedirse la marcha anual por el orgullo gay o el llamado “asado hereje” que la Fundación Sociedad Atea organiza en Viernes Santo. En consecuencia, no corresponde atribuirse el derecho a tipificar como delito actos que, por no afectar ningún derecho humano –como homenajear, reconocer o adherir a causas, personas o procesos históricos determinados– sólo son susceptibles de juicio moral, pero no jurídico.

El proyecto de ley en cuestión señala que se entiende por homenaje “todo objeto o actividad que comprenda tanto actos de honor, apología o alabanza, como de negacionismo y justificación respecto del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, de sus perpetradores y colaboradores, tanto civiles como militares, de la Junta Militar impuesta desde el golpe de Estado, sus miembros originarios y reemplazantes, sus colaboradores y su obra, y de los crímenes y delitos de lesa humanidad que hayan sido cometidos por oficiales, subalternos y funcionarios de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, sean militares o civiles o por personas o instituciones que hubieren actuado por el Estado en cualquiera de sus formas, o desde cualquier cargo de gobierno hasta el día 11 de marzo de 1990”¹⁵.

Como puede apreciarse la definición es tan amplia que cabría dentro de ella el reconocimiento a la labor de cualquier funcionario civil que haya participado en el Gobierno Militar. Entre ellos, todos los funcionarios públicos que, independiente de su pensamiento político, continuaron trabajando en el Estado; o los funcionarios que se desempeñaron en cargos políticos y lograron objetivos tan relevantes, como el acuerdo del Tratado de Paz y Amistad con Argentina; o aquellos que sentaron las bases de una

14. Véase Massini Correas, Carlos. Iusnaturalismo, liberalismo y comunitarismo. Revista Humanitas N° 18. <http://www.humanitas.cl/html/biblioteca/articulos/doo43.html>.

15. Véase boletín N° 9746-17. Art. 2°.

economía libre y abierta al mundo reconocida y alabada, tanto en Chile como en el extranjero; o los que idearon las medidas tendientes a la focalización del gasto social que permitió destinar los fondos con que cuenta el Estado a una efectiva reducción de la pobreza. Los ejemplos podrían multiplicarse.

En el caso específico de Jaime Guzmán, uno de los principales colaboradores del gobierno de la Fuerzas Armadas y de Orden, si bien siempre defendió la justificación del origen del gobierno militar (generada por la profunda crisis social que existía en el país) nunca estuvo, siquiera cerca, de apoyar violaciones a los derechos humanos. Por el contrario, siempre las condenó, al punto de ganarse el odio incluso del hoy condenado Manuel Contreras. Es más, el principal motivo de la colaboración de Guzmán con el gobierno de las Fuerzas Armadas era, como él mismo lo señaló, que luego de una larga reflexión ante su conciencia y Dios, concluyó que su “deber moral era permanecer en el gobierno para colaborar al proceso de normalización y de institucionalización que permitiera superar los excesos en materia de derechos humanos y contribuir a que el régimen culminara en una plena democracia, como en 1973 se lo propusieron las Fuerzas Armadas”. En sus propias palabras, “el desenlace demuestra que [Jaime] no estaba equivocado”. (*Jaime Guzmán: La otra visión*. *El Mercurio, Santiago, 10 de marzo de 1991*).

Finalmente, Jaime Guzmán siempre fue enfático en condenar y rechazar todo tipo de violación a los derechos fundamentales de las personas. Él mismo decía claramente: “Por definición, estoy en contra de todo exceso en materia de derechos humanos (...) y no justifico ninguno de los que se hayan producido” (*Revista Cosas, Santiago, 11 de julio de 1985*). Y es que más allá de quienes hayan causado la crisis social durante el gobierno de Allende, Guzmán entendía que ningún abuso a la dignidad de las personas podía ser nunca justificado. El propio Jaime señalaba: “Ser parte de un gobierno no implica considerar que todo está bien” (*Cosas, Santiago, 11 de julio de 1985*).

Se ha puesto el ejemplo de Jaime Guzmán, no sólo por ser uno de los principales colaboradores del gobierno militar, sino también porque su proyecto político busca ser preservado por la Fundación que lleva su nombre. No obstante, lo que se ha señalado de él podría ser compartido

por una enorme cantidad de personas que, con espíritu de patriotismo y generosidad entregaron sus esfuerzos en la causa del restablecimiento de la democracia en Chile. En consecuencia, resulta gravísimo e injusto tratar de endosarles a ellos o al proyecto de abrazan, una falsa vinculación con las violaciones a los derechos humanos.

V. La vinculación de este proyecto con el derogado artículo 8° de la Constitución

Uno de los artículos más controvertidos de la Constitución original de 1980, era el octavo. Éste se refería a la proscripción de partidos e ideologías antidemocráticas, señalando en sus dos primeros incisos:

“Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundado en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la república.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o las actividades de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales”.

En los siguientes incisos se señala la jurisdicción del Tribunal Constitucional en la materia y las sanciones respectivas.

Lo que el artículo sancionaba no eran doctrinas específicas, sino un acto determinado: la propagación de aquellas ideologías da carácter totalitario. Además, según la Comisión Ortúzar lo que debía entenderse por “propagación” no era cualquier acto de difusión de esas doctrinas, sino aquellos realizados con ánimo proselitista o de captar adeptos y no alcanza el análisis científico o académico, ni la sustentación de una idea con fines o alcances distintos a los que engloba el verbo propagar¹⁶.

16. Actas Oficiales de la Comisión de Estudio. Sesión 406, pág. 3324. Citado Por Rivera, Teodoro. Alcances y finalidad del art. 89 de la Constitución Política del 80. Pág. 267.

Por otro lado, al usar el término “doctrina” se acotaba todavía más el precepto constitucional “ya que se refiere sólo a un conjunto racional de ideas concatenadas o, como señala el Diccionario de la Real Academia, a la “enseñanza que se da para la instrucción de alguno; ciencia o sabiduría; u opinión de uno o varios autores en cualquiera materia”¹⁷”. En consecuencia, “No quedan comprendidas en la denominación doctrinas, la mera crítica, la simple opinión en una entrevista, en una reunión social, en una conferencia, en la cátedra, y de manera incidental, ni tampoco la propagación de las doctrinas a que alude el art. 8 inc.1 de la CPE realizada con otros fines que los que sean para captar adeptos. Todas estas expresiones externas del pensamiento caen dentro de la esfera de la libertad de opinión y de emitir opinión consagrada en el art. 19 Nos. 6 y 12 de la Constitución”¹⁸.

En conclusión, lo que el artículo 8° de la Constitución del 80 proscribía, era la propagación proselitista de doctrinas totalitarias, y no cualquier acto de difusión—como puede ser un homenaje—de hechos, actos o acontecimientos históricos, como lo es el origen y desarrollo de un determinado gobierno.

No obstante estas salvedades, el artículo 8° fue absolutamente rechazado por los partidos que constituían la oposición al gobierno militar y derogado en la reforma constitucional de 1989. Sobre su contenido El Grupo de Estudios Constitucionales ve en esta disposición la consagración del denominado “delito de opinión” al castigar cualquier acto tendiente a difundir concepciones ideológicas que pudieran ser contrarias a las que se encuentran explícitamente consagradas en él¹⁹. El también llamado grupo de los 24 señaló que “este artículo —entre otros— rechaza el pluralismo ideológico propio de una verdadera democracia [...] De este modo, a pretexto de “proteger la democracia” de algunos de sus eventuales enemigos, se suprime la democracia al desconocer la igualdad de derecho de todas las personas. De este modo, también se divide a los chilenos entre algunos de

17. Bobbio Norberto. Democracia y pluralismo Pág. 129. En http://www.revistacienciapolitica.cl/rcp/wp-content/uploads/2013/08/06_vol_08_1_2.pdf.

18. Bobbio. Pág. 133-134.

19. Ratzinger, Joseph. Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista. Editorial Rialp. 1995 pág. 82.

primera clase, con derechos políticos, y otros de segunda clase, privados de esos y otros derechos”²⁰.

Por otro lado, dada su redacción y fines muchos lo consideraban manifiestamente ilegítimo. “Es difícilmente cuestionable la falta de legitimidad de ésta. Ningún adherente a ideologías de índole marxista podría consentir en la aprobación o aplicación de dicha norma. De la misma manera, ninguna persona que crea en el pluralismo político como la única manera de garantizar el desenvolvimiento de una democracia moderna podría consentir en la aprobación o aplicación de dicha norma”²¹.

Pues bien, si se comparan ambos artículos, el tipo sancionado en el proyecto de ley de la diputada Cariola es muchísimo más amplio, tanto en el objeto del acto que se sancionan (todo objeto o actividad que comprenda tanto actos de honor, apología o alabanza) como en la materia sobre la cual versan esos actos de homenaje (El gobierno militar, sus miembros originarios y reemplazantes, sus colaboradores y su obra). En consecuencia, si fuese cierto que el artículo 8° de la Constitución del ochenta sancionaba el delito de opinión; rechazaba el pluralismo ideológico; suprimía la democracia; dividía a los chilenos en primera y segunda clase, otorgándole ciertos derechos a unos y negándoselos a otros; y en consecuencia era ilegítimo, no podría decirse algo distinto del “proyecto de ley que prohíbe el homenaje y/o exaltación de la dictadura cívico-militar”.

VI. Conclusiones: el verdadero fin de esta iniciativa

¿Es el gobierno militar o la figura de Pinochet el último fin de este tipo de iniciativas? Sería ingenuo creerlo. Como dice el proyecto de ley, se trata de deslegitimar la obra y quienes la llevaron a cabo, especialmente sus colaboradores civiles. No se trata, por lo tanto, sólo del establecimiento de

20. Véase Massini Correas, Carlos. Iusnaturalismo, liberalismo y comunitarismo. Revista Humanitas N° 18. <http://www.humanitas.cl/html/biblioteca/articulos/doo043.html>.

21. León, Mauricio. “¿Facticidad o Validez? La Constitución Política de 1980 a la luz de la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho U. de Chile. Diciembre 2008. Pág. 67.

una Ley de Memoria Histórica, sino de censurar y deslegitimar un completo proyecto político, institucional y social cuyas bases se comenzaron a sentar durante el gobierno militar.

Las bases de ese proyecto son: el fortalecimiento del estado de derecho; la consagración de los derechos del hombre (anteriores y superiores a los del Estado); el fortalecimiento de la familia matrimonial como núcleo fundamental de la sociedad; el reconocimiento de garantías individuales y sociales; el principio de la subsidiariedad, y el reconocimiento de la propiedad privada y de la libre iniciativa en el campo económico, entre otras. Todas ellas se consagraron en la Constitución de 1980 que, además, estableció el camino del restablecimiento de la democracia.

Cualquier observador imparcial podría darse cuenta de que el principal objetivo del gobierno de la Nueva Mayoría es socavar, precisamente, estos fundamentos. La alusión de un influyente senador oficialista a la retroexcavadora, es una gráfica expresión de lo que representan los principales proyectos de reforma del actual gobierno: estatización y control de la educación²², del sistema previsional y de la salud; debilitamiento de la familia matrimonial; y el ahogo de la iniciativa privada, mediante el aumento de la carga tributaria y una creciente rigidez del mercado laboral. Todo lo anterior, además, en medio de un profundo cuestionamiento de la Carta Fundamental.

Como parece haber quedado de manifiesto, la prohibición de homenajear el gobierno militar, va mucho más allá de evitar el reconocimiento a una persona, un gobierno o un acontecimiento histórico. Lo que se pretende es deslegitimar un proyecto político; una concepción de la persona y una idea de la sociedad, asumida por toda una coalición política democrática y con vocación de gobierno. Avanzar en este camino constituiría un paso más hacia el inaceptable monopolio ideológico de izquierda.

22. El sólo ejemplo de la reforma educacional es elocuente. La demonización del lucro es negar la posibilidad de obtener una legítima ganancia por un trabajo o servicio específico; la prohibición del copago es negar el uso y eventual ganancia en beneficio de la persona y su familia; y la imposibilidad de selección es la consagración del igualitarismo socialista que atenta contra la libertad y dignidad de la persona, y cierra el círculo de la estatización socialista.

Delitos tributarios: Ministerio Público vs Servicio de Impuestos Internos ¿Quién tiene la razón?

• 25 de marzo de 2015 •

Se ha producido una controversia jurídica en cuanto a quién le corresponde ejercer la acción penal en materia de delitos tributarios. De la lectura coherente de las normas constitucionales y legales que rigen la materia, parece indudable que es al SII, excluyendo a cualquier otro órgano del Estado, a quien le corresponde ejercer la acción penal e iniciar el proceso. Esta afirmación guarda concordancia plena con el principio de legalidad y de distribución de competencias estatuidos en la Constitución.

I. Tensiones interpretativas

Ante una aparente diferencia de opiniones entre el Ministerio Público y el Servicio de Impuestos Internos y a través de una carta a un matutino, el ex Fiscal Nacional y destacado profesor universitario don Guillermo Piedrabuena Richard ha impugnado la posibilidad de que el criterio del Servicio de Impuestos Internos pueda imponerse al del Ministerio Público cuando se trata de la investigación de delitos tributarios. Citando como principal fundamentos algunas opiniones vertidas durante el trámite de reforma constitucional destinada a introducir en Chile el Ministerio Público, el profesor Piedrabuena sostiene que en la historia fidedigna del establecimiento de la ley que reformó la Carta Fundamental existen ciertas referencias que “hacen dudar que el Servicio de Impuestos Internos pueda decidir cuándo se investiga un delito tributario, pasando a llevar la opinión del Ministerio Público. Si bien tiene una norma legal que lo respalda permitiéndole en forma exclusiva decidir si se investiga o no un delito tributario –el Art. 162 del Código Tributario– existe una disposición constitucional de superior jerarquía, la del Art. 83 de la Constitución Política, que le otorga al Ministerio Público una facultad exclusiva y excluyente que primaría sobre facultades consagradas en disposiciones legales de inferior jerarquía”. Vale decir, se habría producido una derogación tácita de las citadas normas legales.

La controversia queda centrada, para Piedrabuena, en la subsistencia jurídica de disposiciones orgánicas y procesales de la ley tributaria sobre el inicio de una pesquisa penal, o la posible derogación orgánica de tales preceptos, por advenir en el tiempo una norma de mayor jerarquía que se contradice con las reglas citadas.

Aunque la interrogante es plausible, parece carecer de fundamento. Es más, la sola enunciación de la pregunta pone en situación de comparar afirmaciones enteramente distintas, puesto que una cosa es contar con legitimación activa para llevar a cabo una investigación criminal, o instar por su inicio, y otra muy diferente es dirigirla en exclusiva. Nadie duda acerca

1. Duda Constitucional: “Carta al director. Diario el Mercurio 18 de marzo de 2015”.

de la competencia exclusiva de la Fiscalía para llevar a cabo la investigación en delitos que no sean de acción penal privada, sin perjuicio de lo cual cabe poner atención en la potestad que la ley ha dado a otros órganos o servicios públicos para que la pesquisa sea iniciada. Hay buenas razones para sostener que la ley puede adjudicar a cualquier órgano o servicio del Estado la potestad de poner en marcha una investigación penal, sin que el Ministerio Público quede habilitado para ejecutar actuación alguna cuando falte ese esencial requisito. La situación que motiva la carta de Piedrabuena hace difícil controvertir que el artículo 7° letra g) de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos conserva su plena vigencia. Por lo demás, su contenido de ningún modo pugna con los preceptos constitucionales y legales que dan al Ministerio Público las atribuciones para dirigir la investigación. Según la norma legal orgánica citada, corresponde al Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos decidir si ejercerá la acción penal por las infracciones sancionadas con multa y pena corporal, y, de resolver ejercerla, determinar si formulará denuncia o interpondrá querrela, por sí o por mandatario, o, de estimarlo necesario, requerir la intervención del Consejo de Defensa del Estado.

Cuesta advertir, por lo tanto, dónde está la contradicción entre la Constitución y la ley y dónde está la fuente de la duda.

Por otra parte, el sentido y propósito de la norma constitucional introducida en 1997 parecen manifestarse con claridad meridiana: pugnaría con una investigación y procedimiento racional y justo el enjuiciamiento simultáneo, en sede administrativa y por la vía penal, de los mismos hechos por parte de diversos órganos del Estado. El imperativo del *ne bis in ídem*, en lo procesal, no queda circunscrito únicamente a la imposibilidad de ser juzgado dos veces por el mismo delito, sino que se alza como un límite razonable para el Estado frente la persona que, ante los mismos hechos, se encontrara en posición de defenderse de cargos criminales y administrativos. Por tanto, no cabe duda que los órganos o servicios del Estado que, sin ser el Ministerio Público, pretendan transformarse en investigadores de delitos, se transformarían en “comisiones especiales” de aquellas que la Constitución prohíbe en términos rotundos.

Por otra parte, no cabe duda que de la lectura coherente del último inciso del artículo 111 del Código Procesal Penal más lo dispuesto en el artículo 7° letra g) de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, se puede extraer una conclusión cierta: es sólo a esa repartición pública y a ningún otro órgano del Estado, a quien le corresponde ejercer la acción penal e iniciar el proceso. Esta afirmación, por lo demás, guarda concordancia plena con el principio de legalidad y de distribución de competencias estatuido por los artículos 6° y 7° de la Constitución. No puede, por lo tanto, el Ministerio Público, iniciar por sí mismo una investigación criminal mientras otro órgano habilitado exclusivamente por la ley no formule denuncia o querrela. Ni la ley se lo permite, ni tiene sentido que tal facultad – que siempre debe ser explícita y nunca deducirse – se le pudiere conceder cuando la ley orgánica del Servicio de Impuestos Internos dice tan claramente una cosa tan distinta a la sostenida por el señor ex Fiscal Nacional.

II. Una facultad que no existe

Sorprende que haya una contradicción tan grande entre la ley y las instrucciones generales, hoy vigentes, dadas por la Fiscalía Nacional del Ministerio Público en una materia en la cual la voluntad del legislador es tan manifiesta. En efecto, de la norma de la ley orgánica del Servicio que hemos transcrito y de los artículos 77 (*“Los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley”*) y 172 del Código Procesal Penal (*“La investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela”*) puede concluirse con certeza que el único sujeto legalmente habilitado para ejercer la acción penal en materia tributaria es el Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos. Empero, en virtud de lo razonado en el numeral I. del oficio FN 60/2014 del 23 de enero de 2014, instrucciones generales del Fiscal Nacional sobre la etapa de la investigación y la forma de su inicio, en las que se prescribe que *“... los fiscales del Ministerio Público deberán dar inicio formalmente a una investigación criminal cada vez que, de cualquier modo, llegue a ellos noticia de algún hecho que pudiese revestir caracteres de delito y respecto del cual no se hubiere iniciado una investigación penal”*. No resulta posible conciliar esta instrucción administrativa de alcance

puramente interno con la facultad que la ley otorga nominativamente y en exclusividad al Director Nacional de Impuestos Internos. Es manifiesto que las palabras de que se vale el oficio (“*de cualquier modo*”) no guardan concordancia alguna con el mandato legal expreso, y que pareciera que el oficio del Fiscal Nacional deja abierta una puerta que, para el legislador, sólo puede ser abierta por otro funcionario del Estado.

Tanta ambigüedad no es aceptable. Más acorde a la juridicidad parece ser el contenido del oficio 060/2009, sobre Instrucción General que Imparte Criterios de Actuación en Delitos Económicos, de fecha 30 de enero del 2009. Su numeral 8° dispone que “por tratarse de un delito de acción penal pública previa instancia particular, se requiere la presentación de denuncia o querrela del Servicio, o bien, de una querrela por parte del Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director del SII”. Debe destacarse como cuestión crucial que, apartándose de una lectura demasiado afincada en la letra del Código y dándose por aludida de la existencia de otros estatutos legales, la Fiscalía Nacional ha reconocido que los delitos tributarios caben en la categoría de aquellos que la ley llama de previa instancia particular. Solo así podemos entender que el citado instructivo vaya más allá y concluya que “ ... (En) ese sentido, es importante tener presente que el inciso segundo del artículo 162 atribuye participación sólo al Director del SII, por sí o por medio de mandatario, cuando la denuncia o querrela fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, cuando éste presente la querrela, de manera que no cabe la intervención conjunta de ambos organismos, ni en la investigación ni el el proceso penal”.

III. Las claves para entender el rol y la autonomía del Ministerio Público

La autonomía del Ministerio Público es un imperativo constitucional, orgánico y funcional. Nadie discute lo anterior. De hecho así se manifestó desde un principio en el debate legislativo, indicándose que el nuevo sistema criminal se sustentaba en las siguientes premisas:

3.1. Separar las funciones de investigar y la de juzgar, entregando a órganos distintos cada una de estas funciones

En el sistema anterior se entregaba a una misma persona –el juez– las funciones de investigar, acusar y sentenciar. En el nuevo sistema, en cambio, la función de investigar se entregaría a un órgano nuevo denominado Ministerio Público, encargado, por ende de la persecución penal pública a efectos de conducir y dirigir la investigación penal, dirigir y coordinar la labor de los organismos policiales, y posteriormente formular y sustentar la acusación ante los tribunales del crimen.

3.2. Reemplazar el sistema inquisitorio por uno adversarial

Si en el proceso penal antiguo el mismo juez investigaba, también él sometía a proceso y fallaba las causas penales. Con la creación del Ministerio Público, se buscó que el juez se reservara la función de juzgar y fallar, y el Ministerio Público litigara a través de los fiscales, representando los derechos de la víctima del delito. Eventualmente podrá haber también un abogado querellante representando los intereses de la víctima⁷².

3.3. Independencia respecto a los otros órganos del Estado

En algunos países la función del Ministerio Público queda alojada dentro del Ministerio del Interior, algunos dentro del Poder Judicial y otros a través de la figura del Ombudsman. La experiencia chilena se distanció de todos ellos, consagrando a este órgano una autonomía a nivel constitucional y orgánica dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Esto significa, según el mensaje, que no depende de ninguno de los poderes del Estado, pues, si bien se le inserta en el capítulo relativo al Poder Judicial, se deja establecido que la Corte Suprema no ejercerá sobre él superintendencia directiva, correccional ni económica. El Ministerio Público será titular de la acción penal pública.

2. Ídem.

Pero entonces ¿Cuál es el límite de la autonomía del Ministerio Público?

Se entiende por autonomía la potestad para dirigirse a sí mismo, sin intervención de terceros. Esto significa que goza de libertad en el cumplimiento de sus funciones y que puede hacer cumplir las decisiones adoptadas. El contrapeso a esta autonomía está dado por los mecanismos de control y la responsabilidad de los fiscales. Esta independencia es consubstancial a las funciones investigadoras que se otorgan al Ministerio Público y por eso queda excluido del control de la Corte Suprema³.

Por lo tanto, el concepto de autonomía no significa dejar que este organismo actúe como quiera, sino que busca hacer la diferencia con aquellos órganos y organismos que dependen jerárquicamente de alguno de los poderes del Estado.

A mayor abundamiento, la historia de la reforma constitucional dejó constancia que el actuar de los fiscales no se encuentra analogado, por ejemplo, al actuar autónomo de los jueces. En efecto, cada juez ejerce en plenitud la función jurisdiccional del Estado, sin otro límite que el de su competencia legal, y gozan de inamovilidad mientras tengan buen comportamiento y no cumplan 75 años de edad. En el caso de los fiscales adjuntos, éstos gozan de una independencia relativa, en el sentido de que ellos determinarán la dirección y la estrategia de las investigaciones y el contenido de las acusaciones a su cargo. Sin embargo, ello no obsta a que dependan del respectivo fiscal regional, pues es necesario racionalizar el uso de los recursos en caso de conducir temas de especial notoriedad, o que requieran la dedicación de más de un fiscal, en razón de la complejidad de los mismos o de las calidades de las personas involucradas⁴. “Extrapolar el paradigma del poder judicial al Ministerio Público dejaría al Fiscal Nacional y a los fiscales regionales sin otras funciones que las administrativas”⁵.

3. 1º Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, 08-04-1997, pág. 31.

4. Ídem.

5. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de reforma constitucional que crea el Ministerio Público. Pág. 13.

De todo lo dicho no puede aducirse que, a pretexto de la autonomía constitucional, al Ministerio Público se sienta libre de iniciar investigaciones penales sin la previa denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos.

IV. Inicio de la acción penal e investigación de los delitos tributarios: ¿A quién corresponde cada materia?

¿Por qué sólo el SII puede iniciar la acción penal? El sentido de la norma es impedir el doble juzgamiento de eventuales delitos en sede administrativa y penal tributaria, así como evitar una acción persecutoria entre particulares, o de órganos y servicios públicos que persigan injustificadamente a los contribuyentes. Es por eso que el SII, y particularmente en el jefe superior del servicio, recae el poder de decidir la acción penal o de no hacerlo. En el segundo caso, podría ordenar la aplicación de la sanción pecuniaria que acarrea el delito conforme al procedimiento del artículo 161 del Código Tributario (notifica acta de denuncia); u ordenar el cobro civil de los impuestos que se adeudaren. Finalmente, y como es obvio, si no existe mérito en el proceso de recopilación de antecedentes, ordenar archivo.

Tratándose de la primera alternativa –hacer una denuncia o interponer una querrela– cabe hacer presente que una cosa es la legitimación activa para decidir si se inicia una investigación o instar por su inicio, y otra muy diferente es dirigirla en exclusiva. En efecto, una vez que se detecta un caso hipotéticamente delictivo y se recopilan los antecedentes, el SII decide el camino a seguir. No obstante, en la práctica, muchas veces ello se produce habiéndose coordinado, por ejemplo, con la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado (ULDDECO). Una vez que el Servicio se querrela o interpone la denuncia la investigación recae, de manera exclusiva en el Ministerio Público, pudiendo el SII participar en diligencias que soliciten los fiscales o emitir informes periciales que apoyan la labor del fiscal del Ministerio Público. Lo que pugnaría con una investigación y procedimiento racionales y justos es el enjuiciamiento simultáneo de los mismos hechos por parte de diversos órganos del Estado.

Por lo demás, el artículo 111 del Código Procesal Penal que dispone que

“Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes”.

De todo lo ya señalado cabe repetir, entonces, que es al Servicio de Impuestos Internos, particularmente a su jefe superior –y a ningún otro órgano del Estado– a quien le corresponde ejercer la acción penal e iniciar el proceso. Esta afirmación, por lo demás, guarda concordancia plena con el principio de legalidad y de distribución de competencias estatuido por los artículos 6° y 7° de la Constitución.

No puede, por lo tanto, el Ministerio Público, iniciar por sí mismo una investigación criminal mientras el órgano habilitado exclusivamente por la ley no formule denuncia o querrela.

Aceptar una conclusión contraria encontrándose vigente la norma de la Ley Orgánica del Servicio tantas veces comentada es abrir una puerta que, mientras la ley no cambie, sólo puede ser abierta por el dueño de la llave: el Servicio de Impuestos Internos. Es a éste, y sólo a éste, a quien cabe, en el ejercicio de sus potestades y sin interferencia de otros órganos estatales, por muy autónomos que sean, adoptar esa decisión.

Temas Sociales y Económicos

Reforma tributaria ¿Quién paga la cuenta?

• 16 de abril de 2014 •

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

I. Introducción

El gobierno ha anunciado una reforma tributaria que pretende recaudar más de U\$8.000M, equivalente a 3 puntos del PIB. La justificación de este polémico proyecto radicaría en que Chile necesita hacer importantes transformaciones en algunas áreas para alcanzar el desarrollo, y la Reforma Tributaria es el medio indispensable para hacer esas transformaciones, pues proporcionará ingresos permanentes que permitirán garantizar la sustentabilidad fiscal de los gastos estables involucrados en implementar esta política pública.

Se argumenta, además, que la finalidad de esos fondos es mejorar la educación y luchar contra la desigualdad. Por lo mismo, es una reforma pensada para que los ricos paguen más, porque lo que se sube es el impuesto a las empresas, ya sea vía mayor tasa o vía eliminación del FUT.

La argumentación contraria, en cambio, ha estado centrada en que esta reforma trae consigo costos altos para la sociedad, en términos de crecimiento, eficiencia, justicia y libertad individual. No obstante lo anterior ¿Cómo percibe la gente esta discusión?

De acuerdo a un estudio publicado el día lunes 7 de abril de 2014¹, el 57% de los chilenos NO está dispuesto a pagar más impuestos, mientras que sólo el 38% afirma que sí lo estaría. Paradójicamente, el 52% está de acuerdo con la reforma tributaria². ¿Qué quiere decir lo anterior? que las personas creen que con la reforma serán otros –y no ellos– los que pagarán más.

Esto podría confirmarse con otro dato que entrega el mismo estudio: el 47% de los encuestados afirma que sabe poco o nada de la Reforma Tributaria, 24% sabe algo y 26% sabe mucho o bastante. Es decir, la mitad confiesa

1. Encuesta CADEM Plaza Pública.

2. Luego de una semana de debate, la percepción ha empezado a cambiar. La misma encuesta, pero ahora del día lunes 14 de abril, muestra que la aprobación a la reforma cayó a un 45%, lo que es una disminución estadísticamente significativa.

saber muy poco o nada del tema político que ha acaparado la atención de los medios durante las últimas dos semanas.

En cuanto a los efectos de la reforma, el 40% cree que frenará el crecimiento y la inversión, mientras que el 48% cree que no afectará.

El gobierno ha logrado instalar que la mayor carga tributaria no afectará a las personas lo cual explica la aprobación a la reforma. La Nueva Mayoría está en un buen pie político para sacar esta iniciativa adelante y no le conviene que se profundice demasiado en los efectos de estas medidas.

Con todo lo dicho ¿Es cierto que son sólo los ricos los que pagarán esta mayor recaudación tributaria? La verdad es que esta mayor carga se repartirá entre muchos, no sólo entre los grandes empresarios como se ha intentado instalar comunicacionalmente por el oficialismo.

II. Cómo y a quién afecta la reforma tributaria

2.1 Empresas pequeñas

En Chile hay 800 mil empresas pequeñas que concentran 2.3 millones de trabajadores. Éstas representan el 9% de las ventas. Entre los beneficios tributarios que ofrece la actual ley, 57 mil están sujetas al artículo 14bis (Régimen de tributación simplificada), 85 mil al artículo 14quáter (Exención del impuesto de 1ª categoría) y sólo el 12% al 14ter (Régimen de tributación simplificada para las PYMES). Finalmente, 295 mil de estas empresas tienen el 38% del FUT.

El proyecto de reforma tributaria deroga los artículos 14 bis y 14 quáter por lo que las empresas acogidas a estos beneficios (142.000 empresas) pagarán más impuestos. Por otro lado, si sólo el 12% de las empresas se acogen al 14ter (pensado precisamente para las PYMES) es porque el sistema no es tan bueno. Adicionalmente, algunas empresas del 14bis no podrán acogerse al 14ter ya que, por ejemplo, no admite sociedades profesionales.

En lo que respecta a la eliminación del FUT, ésta perjudicará a las 800 mil pequeñas empresas, ya que ellas se financian fundamentalmente con la reinversión de sus utilidades. Algunos expositores en la Comisión de Hacienda de la Cámara han afirmado que el FUT ha presentado problemas, particularmente porque hay vacíos para abuso. El proyecto en vez de cerrar estos espacios, elimina el FUT y no se hace cargo de las dificultades.

Por otro lado, pocos han pensado que El Fondo Común Municipal está compuesto en un 65% por los aportes de las comunas de Santiago, Providencia, Las Condes y Vitacura. Estas comunas aportan a este fondo con dinero proveniente del pago de patentes. La eliminación del FUT hará desaparecer miles de sociedades de inversión que pagan patentes; y si subsisten, su capital se reducirá al menos en un 10% por las retenciones que hará el Estado. Así, el Fondo Común Municipal tendrá menos recursos afectando a las comunas más pobres que dependen de él. Frutillar, por ejemplo, depende en un 49% de este fondo.

Asimismo, las empresas que se encuentran en vías de crecimiento son el motor de Chile. No importa si son grandes empresas que quieren saltar a competir en un mundo globalizado, medianas que quieren emerger en Chile o emprendimientos que intentan abrirse camino entre la competencia. Las empresas crecientes son más de 40 mil, generan 6 millones de empleos y representan el 85% de las ventas³.

Para crecer, las empresas necesitan invertir. La eliminación del FUT implica que por cada \$100 pesos de utilidad tendrán \$65 para invertir en vez de los \$80 de hoy. Esto significa que la proporción del monto invertido que proviene del endeudamiento deberá crecer. Vale decir, con la eliminación del FUT las empresas contarán con menos recursos, debiendo endeudarse. Este modelo favorece a las grandes empresas que tienen mayor acceso al crédito y perjudica a las más pequeñas que no lo tienen.

Se ha esgrimido, por parte del gobierno, el argumento de que el acceso a crédito hoy es muy distinto que cuando se implementó el FUT, y que

3. Dato proporcionado por Bernardo Fontaine en la Comisión de Hacienda de la Cámara.

por tanto mantenerlo no se justifica. Sobre esto habría que responder con una simple mirada a las leyes de oferta y demanda: si la demanda por el crédito sube, la liquidez de los bancos disminuye y las tasas de los créditos aumenta. Es decir, se está asumiendo que los actuales costos de los créditos se mantendrán, lo que evidentemente es falso.

Además, empresas crecientes más endeudadas producen inestabilidad económica, baja en la inversión y, por tanto, disminución del empleo.

Por último, el proyecto contempla como modo de compensación la depreciación instantánea, pero este beneficio no resulta demasiado útil para estas empresas ya que las PYMES deprecian muy rápido vía leasing y muchas de ellas son de servicios, sin maquinarias.

Sobre esta medida, además, es interesante observar que ella se plantea como compensación a los efectos de la eliminación del FUT. Vale decir, el mismo gobierno acepta implícitamente que el alza al impuesto, a las empresas y la eliminación del FUT afectará la inversión y el empleo.

Finalmente, uno de los efectos de la depreciación acelerada, será que las empresas comprarán más máquinas y contratarán menos trabajadores. El único incentivo a la inversión de todo el proyecto generará desempleo, porque su uso impulsa la inversión en activos fijos y no en los trabajadores, como debiera ocurrir en una economía como la chilena. Por lo demás, ¿Qué deprecian las empresas del área de los servicios, o las Pymes, como almacenes o cualquiera que no requiera de mayores activos fijos?

2.2 Sociedades profesionales independientes

Estas son las sociedades de abogados, arquitectos, médicos, publicistas, asesores, psicólogos, las fundaciones de beneficencia por los ingresos que obtengan fuera de donaciones, dentistas, etc.

Con la reforma, van a pagar hasta 35% de impuestos personales por todas las utilidades que ganen sus sociedades. Hoy pagan impuestos personales por las utilidades que retiran, pero las que reinvierten, las que dejan en sus

sociedades, pagan 20%. A futuro ellos van a pagar impuestos aunque no retiren de la empresa. Surgen, entonces, las preguntas obvias ¿de dónde van a sacar el dinero? ¿Cómo van a desarrollarse?

Relacionado con lo anterior, han causado polémica las medidas llamadas anti evasión y elusión. Así, por ejemplo, se permitirá al SII rechazar las ventajas tributarias obtenidas mediante planificaciones elusivas y sancionar a los contribuyentes y asesores tributarios que hayan participado en su diseño. Además, se faculta al Servicio para acceder a información de la Superintendencia de Valores y Seguros, la Comisión Chilena del Cobre y los Conservadores de Minas, entre otros, y obtener información de compras pagadas con tarjetas de crédito y débito. Finalmente, las compras con factura que realizan las empresas en supermercados y comercios similares se incluirán dentro de los gastos rechazados, cuya multa sube de 35% a 40%.

Lo anterior es muy delicado. El hecho de que algunos contribuyentes cometan fraudes o que algunas compras en supermercados no sean gastos de la empresa, no justifica el otorgamiento de facultades discrecionales o que se limite la posibilidad para que un empresario pueda comprar en un supermercado. Probablemente miles de pymes dedicadas al rubro alimentación o empresas que tienen casinos para su personal o faenas mineras y agrícolas tendrán serios problemas. Estos súper poderes transforman al Servicio de Impuestos Internos en una especie de Gestapo.

Es evidente la necesidad de combatir la evasión, pero dejar fiscalizadores con súper poderes, capaces de decidir hasta las motivaciones que tuvieron las personas o considerar adecuadas o no los términos de una actuación económica sin criterios objetivos, generan incertidumbre sobre las verdaderas reglas del juego y puede pavimentar el camino a la corrupción y la arbitrariedad.

Es importante aclarar, que la falta de certeza jurídica en materia impositiva se traduce en falta económica, siendo un enorme desincentivo a la inversión.

2.3 Sociedades de inversión

Las sociedades de inversión son, al final de cuentas, sociedades de ahorro. Macroeconómicamente hablando el ahorro nacional es la inversión, sea el ahorro público o privado.

Los grandes empresarios tienen sociedades de inversión, pero también empleados y profesionales independientes. Como resulta evidente, ellos pierden con la reforma, porque en la actualidad, mientras sus ahorros permanezcan en la sociedad, pagan el 20% (y no sus tasas de impuestos personales que son más altas). Con la reforma pagarán tasas de hasta 35% igual que la de sus sueldos.

Los empleados, quienes gestionan sus ahorros vía sociedades de inversión, ya pagaron altos impuestos por sus remuneraciones, destinando los ahorros a una sociedad para que estando allí, no vuelvan a tributar con sus elevados impuestos personales hasta que se retiren para consumirlos. Con la reforma eso se acaba, ahorrar y consumir tendrá el mismo impuesto disminuyendo el ahorro, y por tanto la inversión del país.

2.4 Afiliados a las AFP⁴ y ahorrantes

En este caso existe una discriminación difícil de comprender. Todos los accionistas pueden rebajar de sus impuestos personales el 35% que pagan las empresas, menos los afiliados a las AFP⁵. Ellos no tienen derecho a usar ese crédito tributario, por consiguiente los perjudicará íntegramente el alza de impuesto a las empresas del 20% al 25%.

Además, dado a aquellas que cotizan en la Bolsa se les hará una retención adicional del 10%, en la práctica para los afiliados a las AFP ese impacto es mayor, equivalente a un alza del impuesto a las empresas al 35%.

4. De acuerdo a la Superintendencia de Pensiones, al 28 de febrero de 2014 habían 9,585,289 personas afiliadas a las AFP.

5. Es importante tener en cuenta que en la reforma tributaria aprobada en septiembre de 2012 durante el gobierno del presidente Piñera, tampoco se abordó este problema.

Lo anterior es más sensible si se tiene en cuenta el altísimo nivel del IVA que existe en Chile y que perjudica a los más pobres cada vez que compran cualquier bien o contratan cualquier servicio.

Todo esto sin considerar que la reforma hará bajar la Bolsa, lo que reducirá los fondos acumulados en las cuentas individuales. Por consiguiente, el efecto causado podría traducirse en menores pensiones para los 9,5 millones de afiliados.

Los 300.000 accionistas minoritarios y los 200.000 de fondos mutuos pagarán impuestos por toda la utilidad, no sólo por los dividendos como ahora. Además, serán perjudicados por la baja en los precios de las acciones. La venta de sus cuotas empezará a pagar impuestos y, además, se termina el 57bis (incentivos al ahorro).

2.5 La clase media que adquiere una vivienda

La reforma modifica la devolución del IVA que beneficia a las empresas constructoras para las viviendas de hasta 4.500UF: hoy estas constructoras pueden recuperar hasta el 65% de dicho impuesto. El proyecto limita este beneficio sólo para construcciones de hasta 2.000UF. Con esto, el precio de las viviendas se elevaría entre un 5% y un 13%.

En Ñuñoa, por ejemplo, el 80% de las viviendas están en el tramo que perdería la exención tributaria, por lo que sería la comuna más afectada, seguida por Santiago y Las Condes. Lo mismo ocurriría en las comunas emergentes, como Macul, Maipú, Huechuraba y Peñalolén, donde los precios de las viviendas bordean las 3.000 UF y que con la reforma podrían empezar a costar 3.300 UF, dificultando su acceso para la clase media.

Estas familias tendrán que optar por reducir el espacio útil o cambiarse de comuna a las menos afectadas por esta alza tributaria, que son las más periféricas del Gran Santiago, como La Florida, Cerrillos, Puente Alto, Pudahuel y San Bernardo. Así, las nuevas viviendas se concentrarían ahí lo cual empeoraría el problema de integración territorial que hoy existe.

Además de todo lo anterior, podría decirse que la reforma en cuestión es un misil para el sueño de la casa propia, por las siguientes razones:

a) Créditos más caros: El impuesto de timbres y estampillas se aplica a los documentos o actos que involucran una operación de crédito de dinero, por ejemplo los créditos hipotecarios. La reforma duplica este impuesto, es decir, todos los chilenos pagarán el doble cuando pidan un crédito, cualquiera sea su naturaleza. Así por ejemplo, en el caso de los hipotecarios, una familia que se endeuda por 40 millones pasará de pagar \$ 160 mil por concepto de este impuesto, a pagar \$ 320.000.

b) Casas nuevas más caras: Se establece el pago de IVA por la venta de todas las propiedades nuevas, aunque no sea la primera venta. Esto producirá un alza de un 6.65% en su precio. Así, una casa que hoy cuesta 85 millones pasará a costar \$90.652.500.

c) Alza en las contribuciones: Si el precio de las casas aumenta, aumentarán también las contribuciones que todos los chilenos deberán pagar por ellas.

d) Venta de segunda vivienda es constitutiva de renta: Hoy ninguna persona natural paga impuestos por el mayor valor en la venta de viviendas. Ahora, las personas que tengan más de una sí lo harán. Hay muchas personas que tienen una casa en la playa o que heredan una propiedad y hoy pagarán impuestos al venderla, los que pueden llegar al 35% del mayor valor. Así, por ejemplo, si un pensionado tiene dos departamentos como único patrimonio y decide vender uno, pagará impuestos.

e) Pago de impuestos por negocios inmobiliarios: Si una persona decide comprar una pequeña vivienda para arreglarla y venderla, deberá pagar IVA por lo que el precio de la casa aumentará. Esto no ocurre hoy.

f) La venta de una única vivienda también puede estar afectada a impuestos. Las familias que quieran vender su única casa deberán

vivir en ella hasta el momento de la venta. De lo contrario deberán pagar impuestos. También se pagarán en los casos que el mayor valor de la vivienda supere las 8.000 UF.

g) En todos los casos ya mencionados la ley no distingue entre inmuebles urbanos o predios agrícolas, por tanto también se aplica a estos últimos: Así por ejemplo, el agricultor que hereda 40 hectáreas en Linares, deberá pagar impuestos al momento de venderlas. Del mismo modo, los agricultores, mapuches, etc. que vendan terrenos en los que no se encuentre la casa que habitan, deberán pagar impuestos también.

h) Todos los cambios ya mencionados se aplican también en caso de expropiación. Así, si el Estado expropia un terreno para construir carreteras o poner antenas, el expropiado deberá –además de soportar la expropiación– pagar impuestos.

III. Conclusiones

Por todo lo ya señalado, es posible señalar que de aprobarse la reforma tributaria serán todos los chilenos quienes, de una u otra manera, se vean afectados por sus normas. En efecto:

La reforma afectará gravemente al empleo y la inversión, porque el impuesto sobre base devengada castiga el ahorro, sobre todo si la tasa es un 35%. Pero ¿Por qué la tasa llegaría al 35% si el alza de impuesto a la primera categoría sube del 20 al 25? La razón es simple: hoy el impuesto de primera categoría (que afecta al comercio, la industria, la minería, la agricultura, el transporte, etc.) es de un 20% que se paga a nivel de empresa. Los socios o propietarios pagan Global Complementario sólo cuando retiren utilidades. La reforma aumenta el impuesto al 25%, afecta a los socios en su Global Complementario independientemente si retiran o no (en eso consiste la eliminación del FUT) y además, para asegurarse el pago, obliga a la empresa a pagar un 10% adicional. O sea, del 20% que se pagaba, se pasa a pagar el 35%.

Hoy más que nunca es preciso tener conciencia de que se deben cuidar a las pymes. Habrá 800.000 pequeñas y medianas empresas afectadas, en especial las 142.000 que pierden los beneficios del 14bis y 14quáter. Las 40.000 empresas crecientes que son las que dan la mayor parte del empleo en Chile deberán endeudarse en una proporción mayor –y con créditos más caros– para poder crecer. Las sociedades de profesionales se verán perjudicadas en su desarrollo por la eliminación del FUT que también golpeará a las sociedades de inversión, lo que se traduce en un golpe al ahorro privado. Finalmente, las PYMES y las demás empresas que no cuenten con abundante (y costoso) apoyo jurídico o contable se verán afectadas por las facultades arbitrarias que la reforma le entrega al Servicio de Impuestos Internos.

También hay que proteger a los 9,5 millones de afiliados a AFP, porque todos ellos pierden ante la real disminución futura de sus pensiones. Es urgente devolverle los impuestos a los afiliados y mantener los mecanismos de ahorro.

Lo mismo cabe decir para los ahorrantes, entre quienes se cuentan, por ejemplo, a los 300.000 accionistas minoritarios y los 200.000 de fondos mutuos pagarán impuestos por toda la utilidad, no sólo por los dividendos como ahora. Además, serán perjudicados por la baja en los precios de sus acciones.

Los adquirentes de una casa nueva de entre 2.000UF y 4.500UF que deberán pagar más por su vivienda y que para acceder a un crédito hipotecario tendrán que pagar más impuestos.

Ideología de género ¿Amenaza real al matrimonio y la familia?

• 14 de mayo de 2014 •

Se encuentra en tramitación en el Senado, en primer trámite constitucional, el proyecto de ley, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Aunque su fin es aparentemente inocuo –permitir el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil de las personas llamadas trans– la incorporación al derecho de la ideología del género implicará socavar los pilares jurídicos y sociales sobre los que se estructura el matrimonio, la familia y la sociedad.

I. Introducción

Se encuentra en tramitación en el Senado, en primer trámite constitucional, el proyecto de ley, que tiene por objetivo reconocer y dar protección al derecho a la identidad de género de las personas. Para ello propone establecer una regulación que permita a toda persona obtener, por una sola vez, la rectificación de su partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre en el Registro Civil e Identificación, cuando no coincidan –se señala en el informe– con su verdadera identidad de género, en conformidad con las disposiciones constitucionales y los tratados internacionales en materia de igualdad y no discriminación.

Para lograr el objetivo ya mencionado, el proyecto busca terminar con supuestas situaciones de discriminación y exclusión que afectarían a muchas personas en Chile, por la imposibilidad de manifestar y vivir su identidad de género, cuando hay una incongruencia entre el sexo asignado registralmente y el nombre, la apariencia y la vivencia personal del cuerpo¹.

Avanzar en esta materia –se señala– es ir terminando con la discriminación que sufren ciertos grupos en el país. Especialmente importante sería reformar las normas legales, para que respondan a las necesidades de las personas cuyo nombre y sexo registrado son incongruentes con su identidad de género. Con ello se cumpliría, de paso, con obligaciones y deberes internacionales del Estado en materia de derechos humanos².

II. ¿Qué se entiende por identidad de género?

El proyecto de ley señala en su artículo 2° lo siguiente: “Para los efectos de esta ley se entenderá por identidad de género la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder

1. Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Boletín n° 8.924-07 pág. 5.

2. Véase informe Comisión DDHH pág. 8.

o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”³.

Esta definición es tomada de otras dos que se recogen, tanto en un informe al Consejo de Derechos Humanos de ONU de 2010 –por parte del Relator Especial sobre el Derecho a la Salud–, como en los llamados “Principios de Yogyakarta” sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”.

El primero dice que se define la Identidad de Género como: *“La experiencia profunda del género, vivida interna e individualmente por cada persona y que puede corresponder o no con el sexo asignado al nacer, incluido el sentido personal de la expresión corporal y otras expresiones del género”*⁴.

Por su parte, los “Principios de Yogyakarta” señalan en su preámbulo que la identidad de género se refiere a *“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”*⁵.

De las definiciones se desprende que el género –a diferencia del sexo– es un constructo social derivado de la vivencia interna de los individuos en cuanto a sentirse hombre o mujer. Esa vivencia interna configuraría, tanto

3. Art. 2° Proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Véase Informe Comisión DDHH pág. 24. Esta definición es tomada del documento “Orientación sexual e identidad de género en el derecho internacional de los derechos humanos” elaborado por la oficina regional para América del Sur del Alto Comisionado de la ONU. Disponible en <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2013/11/orientaci%C3%B3n-sexual-e-identidad-de-g%C3%A9nero2.pdf>.

4. Véase informe Comisión DDHH pág. 14.

5. Ídem.

las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente, como el significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias.

¿Es esta idea correcta? Categóricamente no. Tradicionalmente la palabra “género” se ha asociado con sexo y con todo el contenido biológico que éste implica. Sin embargo, desde la aparición de la ya expandida teoría del género este vocablo ha ido adquiriendo connotaciones muy diferentes. Es innegable que la cultura implica un rol muy importante en el papel sexual que juegan las personas, pero también lo es que la identidad genética es un presupuesto fundamental en la búsqueda de la propia identidad sexual. Por lo mismo, tanto lo que se ha llamado desde siempre “género” como el sexo –o cultura y biología– son dos dimensiones que contribuyen a la formación de una misma realidad: la identidad sexual, y como queda de manifiesto ambos conceptos no son excluyentes, sino complementarios⁶. Sin embargo, como ya está dicho, el concepto de género que ha acuñado la ideología del mismo nombre ha sido provisto de un significado totalmente antagónico a lo sexual, entendido desde el punto de vista biológico. Para la ideología del género ya no habría tal complementariedad, sino absoluta independencia –cuando no oposición– entre la carga biológica y los elementos culturales tradicionalmente asociados a cada sexo.

¿Cómo se relacionan lo biológico y lo cultural en la identidad sexual de la persona? Desde un punto de vista biológico, cada persona se sitúa en la existencia como varón o como mujer. Todo el proceso de desarrollo de un nuevo ser humano es un *continuum* claramente ordenado a que el cuerpo que se está formando se defina por su condición de hombre o mujer, con sus peculiaridades propias y específicas⁷. De esta manera, el organismo humano constituye la primera fuente de identidad personal del individuo, y su identidad sexual y las relaciones familiares que se desprenden de esa

6. Véase Aparisi Ángela. Ideología de género: de la naturaleza a la cultura. *Persona y Derecho*, N° 61. Pág. 170.

7. Véase Chomalí y otros. “La homosexualidad. Algunas consideraciones para el debate actual acerca de la homosexualidad. Antecedentes científicos, antropológicos, éticos y jurídicos en torno a las personas y las relaciones homosexuales”. Centro de Bioética Facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile Pág. 22.

realidad –maternidad, paternidad, filiación y fraternidad– se encuentran ancladas en su organismo, y marcarán radicalmente la vida del individuo.

Ahora bien, la diferencia entre varón y mujer no está limitada sólo por la dimensión somática. En efecto, la identidad sexual se continuará construyendo con posterioridad al nacimiento y a lo largo de las distintas etapas de la vida, hasta construirse definitivamente, en la etapa de la pubertad. De ahí que la literatura especializada otorgue mucha importancia al término “sexo psicológico”, que se define como la convicción íntima y firme de pertenencia a un género determinado. Esta adecuación de la psicología a la realidad biológica no debería estudiarse como algo externo o ajeno a la persona, sino más bien como una dimensión personal que se desarrolla de manera natural y consiente, como su modo de ser o su configuración natural⁸. Por ello, se puede afirmar que la adquisición de la identidad –personal y sexual– es un proceso socio-psicológico que tiene como base la realidad biológica. No puede haber antagonismo, entonces, entre dos dimensiones que forman una unidad determinada por la formación de un cuerpo que se ha constituido como hombre o mujer.

Ahora bien, esta relación entre lo físico –el sexo, lo dado– y lo cultural –que a su vez depende de la influencia de otros factores como la educación, los factores culturales, la propia conducta, etc.– no siempre se ha entendido así. Con el paso del tiempo se han podido identificar tres formas de entender la relación entre ambos conceptos.

El primer modelo es el que identifica sexo con género. A cada sexo le corresponderían funciones sociales determinadas e invariables a lo largo de la historia, justificando biológica y culturalmente la subordinación de la mujer al hombre. Esta teoría, tradicionalmente identificada con el machismo extremo, exageraba la diferencia entre los dos sexos y asignaba funciones sociales de diferente categoría. Así, al hombre se le entregaba la responsabilidad de lo público –política, economía, producción o trabajo remunerado– mientras que a la mujer se le asignaban funciones en el

8. Véase Polaino Aquilino. Sexo y cultura, Instituto de Ciencias para la Familia, Navarra 1998. Pág. 47.

ámbito privado –reproducción, crianza y educación de los hijos, economía doméstica, etc.–.

Este modelo se considera erróneo en cuanto señala que el género procedería única y exclusivamente del sexo. La segunda concepción de la relación sexo-género es la que concibe una independencia absoluta entre ambas categorías. Para esta posición lo cultural no tiene ninguna relación con lo biológico, por lo que masculinidad y feminidad serían dos conceptos independientes totalmente contruidos desde lo cultural. Esta concepción es un rechazo de la exageración del primer modelo, y dado su punto de partida la legislación no debiera hacer ningún distingo basado en el sexo. Para lograrlo plantea tres objetivos: 1) la revolución sexual de clases (mujer absolutamente igual al hombre); 2) absoluto control de la reproducción por parte de la mujer; y 3) liberación sexual de costumbres. Además, dado que la identidad sexual es un constructo cultural, ésta es mucho más variada que la tradicional diferenciación masculino-femenino.

El tercer modelo parece ser el más razonable, pues se aleja de los extremos antes vistos: ni hay identidad inmutable entre sexo y género, ni tampoco separación hasta la total desvinculación entre ambos. Se reconoce que los sexos son sólo varón y mujer, pero las funciones que se atribuyen a cada uno de ellos pueden ser intercambiables. El género, en concreto, tiene dimensiones fundadas en el sexo biológico, pero otras muchas derivadas de la cultura en la que hombre y mujer se encuentren. Podría decirse que se postula una igualdad en la diferencia, pues reclama para ambos sexos la participación compartida de labores que desde siempre se asociaban a alguno de los dos sexos. Por lo mismo, se reconoce que “no todos los estereotipos sociales atribuidos a los dos sexos son siempre indiferentes, sino que algunos tienen raigambre biológica, de manera que no son una mera construcción cultural cambiante, sino que están inexorablemente unidos a la diferenciación sexual; así no es lo mismo ser padre que madre a la hora de educar a los hijos”⁹.

9. Lankenhorn, D. *Fatherless America*, Nueva York, Basic Books, 1995, pág. 328. Citado en Elósegui Op. Cit. Pág. 85.

Las derivaciones de este enfoque son evidentes: fomento de la incorporación femenina al mercado laboral; promoción de la llamada conciliación trabajo-familia; mayor participación masculina en las labores de crianza y educación de los hijos; mayor participación de la mujer en la esfera pública, como los ámbitos político o económico, entre otras. Muchas de estas iniciativas ya se han integrado en varias políticas públicas implementadas en nuestro país.

III. ¿Existe un derecho a la identidad de género?

Según el proyecto, sólo cuando se reconoce el respeto a la identidad de género puede aspirarse a una vida plena, con pleno respeto al orden público e institucional y pleno goce y ejercicio de los derechos esenciales como la igualdad y la no discriminación. La identidad, por lo tanto, debiera entenderse en sentido amplio: la integridad psíquica, el nombre, la libertad de expresión y conciencia, la vida privada y a la honra, entre otros.

Fundándose en el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política¹⁰ se señala que, si bien la Constitución no incluye expresamente el “derecho a la identidad”, las bases del orden constitucional chileno se complementan con el derecho internacional de los Derechos Humanos, donde existe base suficiente para entender que el “derecho a la identidad” debe ser protegido como un derecho fundamental. Sobre el punto se dice, además, que está reconocido y garantizado en el artículo 8° de la Convención de los Derechos del Niño, y que el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se ha referido a la orientación sexual y a la identidad de género como características propias de las personas que no son modificables sin un detrimento a su identidad.

10. Norma que establece como límite a la soberanía el respeto a los derechos humanos contemplados en el artículo 19° de la Carta Fundamental, más los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Respecto de la legislación internacional, el proyecto se ampara en las siguientes normas:

El Pacto de San José de Costa Rica –del cual Chile es parte– establece en su artículo 2° que *“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*. El artículo 1° del Pacto consagra la no discriminación.

Por otra parte, la igualdad y la no discriminación están reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de 1966, y en casi la totalidad de los tratados internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte. En este sentido se entiende por discriminación –según el Comité de Derechos Humanos– *“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el idioma, la religión, el origen nacional o social, el nacimiento o cualquiera otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*. Este mismo Comité ha dicho que se trata de una enumeración abierta y que se pueden incluir otros motivos o categorías sospechosas de discriminación. Por tanto, se deduce que también la integra la identidad de género, tanto como la orientación sexual¹¹.

Otra muestra de la consonancia del proyecto con el Derecho internacional vigente, sería la adecuación de éste al mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en 2012 ha señalado: *“...la Comisión observa que el derecho a la Identidad de Género de las personas trans es esencial para el ejercicio de sus Derechos Humanos. La CIDH insta a los Estados a tomar las medidas*

11. Informe pág. 11.

*necesarias en todas las esferas de la intervención pública para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas trans, sin discriminación alguna. Para ello, es esencial, entre otros, la adopción de políticas públicas y protocolos que incluyan una perspectiva que tome en cuenta la identidad de género de las personas trans y sus necesidades específicas*¹².

Finalmente, se invocan los “Principios de Yogyakarta”, especialmente la definición de identidad de género contenida en su preámbulo. Todo lo ya indicado comprobaría el reconocimiento de la Identidad de Género como un derecho fundamental y la obligación jurídica de protegerlo.

En consecuencia, su negación y no reconocimiento es un claro acto de discriminación en conformidad al derecho internacional de los derechos humanos, que se traduce además en la vulneración de una serie de otros derechos, particularmente en el ámbito de las relaciones privadas y de familia.

¿Es correcta la conclusión anterior? Ciertamente no. En efecto, los llamados “Principios de Yogyakarta” no han sido acordados en ninguna conferencia internacional, ni han surgido de ninguna institución de las Naciones Unidas, como tampoco han sido debatidos por representantes de diferentes países.

Esta declaración fue fruto de un autodenominado “Panel internacional de especialistas en legislación internacional de derechos humanos y en orientación sexual e identidad de género” formado *ad hoc*. Los principios cuentan con la firma de veintinueve personas entre las que se encuentran activistas feministas y de asociaciones de gays y lesbianas, algunos profesores de Derecho y magistrados, varios relatores y algunos miembros de comités de la ONU. Del 6 al 9 de noviembre de 2006 organizaron una reunión en una universidad de Indonesia, en la ciudad de Yogyakarta, a la que sólo acudieron dieciséis personas. Al año siguiente, en marzo de 2007, difundieron el texto de los principios¹³.

12. Informe pág. 14.

13. Véase <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1951/2504>

Como puede apreciarse, los miembros del grupo autor de los Principios de Yogyakarta no fueron elegidos por los gobiernos, por lo que no representan a ningún Estado. Son un reducido grupo de personas sin capacidad de comprometer jurídicamente a país alguno. “Los redactores consideran que los Estados ya se han obligado en cuestiones de *orientación sexual e identidad de género* en virtud de anteriores tratados internacionales de derechos humanos. Por ello –sin que nadie se los haya solicitado– se propusieron recopilar y clarificar estas obligaciones, como si fueran principios emanados de un tratado internacional. La pretensión es clara: hacer de su opinión ideológica una fuente de ley internacional”¹⁴.

Por lo tanto, los Principios de Yogyakarta carecen de carácter jurídico y no son en absoluto vinculantes para ningún Estado, así como tampoco para una organización internacional ni social alguna. Como ya se ha visto, no se trata de una resolución internacional, ni mucho menos de un tratado internacional. El texto de los principios dice sistematizar y afirmar las obligaciones preexistentes de los Estados en materia de derechos humanos, pero en realidad se pretenden crear y desarrollar nuevas obligaciones internacionales: un nuevo estándar legal mundial –o una redefinición de los derechos humanos– conforme a la ideología de género sin fundamento jurídico alguno.

Además, señalar que este concepto estaría integrado en los principales tratados de derechos humanos, a través, del principio de no discriminación que tendría entre sus causales la identidad de género es una falacia. En primer lugar, porque ninguno de los tratados internacionales señalados contempla ningún derecho a la identidad de género ni equivalente; en segundo lugar, porque cuando se trata la *no discriminación* en estos mismos tratados, se establece entre sus causales el sexo, no la orientación sexual ni menos la identidad de género; en tercer lugar, porque donde sí se habla de identidad de género es en algunos de los llamados *Comités*¹⁵ que son

14. Véase <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1951/2504>.

15. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de los Derechos del Niño; el Comité contra la Tortura o el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer.

órganos ad hoc que se crean para supervisar la aplicación de los tratados por parte de los diferentes países. No obstante, como estos órganos no son jurisdiccionales, sus decisiones no tienen un valor vinculante sino que sólo constituyen una recomendación para los países que han suscrito sus respectivos protocolos.

Se ha dicho, que los motivos específicos de discriminación mencionados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros tratados de derechos humanos no son exhaustivos, pues los Estados, cuando redactaron estos tratados, establecieron intencionalmente algunos motivos de discriminación abiertos al utilizar la frase “cualquier otra condición social”. No obstante, no es para nada claro que la identidad de género sea una *condición social*. En efecto, se entiende por condición *la naturaleza o conjunto de características propias y definitorias de un ser o de un conjunto de seres*. Pues bien, algo en sí mismo mutable y subjetivo como la vivencia interna de las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre –en eso consiste el género– no puede ser definitorio de una persona, precisamente porque es mudable, como el propio proyecto lo quiere reconocer. En otras palabras, una condición es una característica personal que no se puede cambiar y que, por eso mismo, debe estar protegida contra toda discriminación arbitraria. Si en virtud de la identidad de género la sexualidad de una persona fuese algo modificable ya no se estaría en presencia de una “condición”, sino de una “opción” que podría variar a conveniencia del propio sujeto. Salta a la vista, entonces, que definir la identidad de género como “la vivencia interna e individual del género...” es una petición de principio que parece no resistir mayores análisis.

IV. El proyecto de ley y su contenido

4.1 Desde el punto de vista sustantivo, se define¹⁶ la identidad de género en los términos ya señalados, con lo cual queda de manifiesto la inspiración ideológica del proyecto. El problema de definir la identidad sexual desde

16. Artículo 2° del proyecto de ley.

un aspecto tan subjetivo como la “vivencia interna” es que podría generar problemas de seguridad jurídica, pues hay muchas normas cuya aplicación es diferente tratándose de hombres o de mujeres. Lo más delicado se produce en materia de familia, pues el matrimonio es un contrato solemne que tiene como uno de los requisitos de existencia –además del consentimiento y la presencia del oficial del Registro Civil– la diferencia de sexos.

La doctrina dice, que el derecho de familia es la parte del derecho civil que regula las situaciones y vínculos jurídicos relativos al matrimonio, la filiación y el parentesco. De hecho se entiende por familia el conjunto de personas unidas por el matrimonio o por vínculos de parentesco, comprendiendo dentro de este último, el natural y el de adopción¹⁷. Dado lo anterior, es el contrato matrimonial¹⁸ el inicio de las relaciones de familia y para que este exista, como ya está dicho, es necesaria la diferencia de sexo. En caso de aprobarse el acuerdo de vida en pareja que regularía las uniones de hecho y/o el matrimonio homosexual ese requisito dejaría de ser esencial, sin embargo, eso es precisamente lo que busca el proyecto en comento: dejar sentado jurídicamente que el sexo biológico no es constitutivo de la identidad sexual de las personas. Por lo tanto, los efectos de aprobar esta iniciativa van mucho más allá de un mero cambio o corrección en la partida de nacimiento, o el cambio de sexo y nombre. Aceptar en el ordenamiento jurídico el concepto de identidad de género es abrir la puerta a todas las iniciativas legales ya indicadas, incluso con adopción de hijos por parte de parejas homosexuales.

Puede concluirse que legalizar un concepto artificial y difuso como lo es la “identidad de género” implicaría alterar la esencia misma del matrimonio y, de paso, redefinir, tanto el derecho de familia, como el concepto mismo de ésta. Tras modificar el significado de esta institución, sería muy difícil oponerse, además, a la creación de nuevos derechos de adopción y reproducción asistida, que serían alegados también por las parejas del mismo sexo.

17. Véase Court Murasso Eduardo. Curso de derecho de familia. Legal Publishing 2009, pág. 4.

18. De aprobarse el proyecto de uniones de hecho llamado acuerdo de vida en pareja AVP, podría considerarse también la mera convivencia como fuente de derechos de familia. Sin embargo, esta legislación todavía no se aprueba y aunque se aprobara en nada menoscabaría al matrimonio como principal fuente de esta parte del derecho.

4.2 En el artículo 3º se señala que toda persona podrá obtener, por una sola vez, la rectificación de su partida de nacimiento y el cambio de sexo y nombre, cuando no coincidan con su Identidad de Género¹⁹. No obstante, si como ya se ha indicado, la identidad de género emana de la propia vivencia interna –o la del cuerpo, vestimenta, modo de hablar o los modales– esta identidad es esencialmente modificable y sería una contradicción restringir la rectificación a “una sola vez”. Es perfectamente posible pensar que una persona pueda equivocarse o corregir una decisión tomada en el sentido de cambiar su identidad sexual con el paso del tiempo. Insistir en esta única oportunidad dejaría en evidencia que lo que se busca es desplazar la dimensión biológica de la sexualidad dejando la condición masculina y femenina al arbitrio de meras decisiones ideológico-culturales del momento.

Además, la expresión toda persona impide distinguir entre menores y mayores de edad. Por lo tanto, sería posible aplicar las normas –también las que permiten intervenciones quirúrgicas para adaptar el cuerpo a la identidad sexual auto percibida– a niños y adolescentes. Tal como lo cuestiona un abogado de la Universidad Católica “¿Cómo va a ser razonable que un niño que no tiene aún asumida su personalidad, con todo lo que eso implica, pueda acceder a este supuesto derecho y eventualmente acceder a cirugías que lo mutilan y son completamente irreversibles?”²⁰.

4.3 Este mismo criterio queda de manifiesto cuanto el proyecto se refiere a los requisitos para ejercer este derecho. En el artículo 4º se señala que para acreditar la identidad de género y solicitar el cambio de nombre y sexo no será exigible, por el tribunal, el uso de medios farmacológicos, psicológicos, psiquiátricos o de tratamientos quirúrgicos. Bastaría con el ofrecimiento de información sumaria y por escrito. Parece muy poco razonable que en una materia de tanta trascendencia para la propia persona y la sociedad no se exija una mayor coherencia entre “la vivencia interna del cuerpo” con las características sexuales inherentes a éste.

19. Informe pág. 24.

20. Véase entrevista a Álvaro Ferrer en periódico Portaluz.
En <http://infocatolica.com/?t=noticia&cod=20746>

4.4 Además, el texto señala que para conocer la gestión a que se refiere la ley se ha fijado como competente al Juez de Familia del domicilio del peticionario. Se estima que la mayor especialización de esta judicatura frente a los temas de estado civil, lo hace el foro más adecuado. No obstante, lo anterior es un error. Es la propia Corte Suprema la que ha señalado que no se justifica disponer que una justicia especializada como es la de Familia conozca las acciones que contempla este proyecto, considerando más adecuado otorgar competencia al juez civil para conocer de dicha gestión. La razón de lo anterior radica en que, tanto El cambio de nombre (Ley N° 17.344) como la ley de no discriminación (N° 20.609) tienen un procedimiento radicado en la justicia civil. Además, la ley sobre Tribunales de Familia (N° 19.968) no tiene dentro de las normas que fijan su competencia la posibilidad de hacer la rectificación que contempla el proyecto.

4.5 Finalmente, el inciso segundo y el tercero del artículo 8° de este proyecto señalan que la nueva inscripción en la partida de nacimiento no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio en las partidas de nacimiento, y que tampoco afectará las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables²¹. Sin embargo, ello parece muy poco probable. ¿Cómo podría el cambio de sexo no alterar el régimen matrimonial o de filiación o el contrato de salud previsional –que tiene planes diferenciados para hombres y mujeres– o con las normas previsionales, etc.? Este proyecto, en definitiva, parece obedecer más a intenciones ideológicas que a soluciones de problemas concretos.

V. Conclusiones

Si se considera que el único factor determinante de la identidad sexual humana es la biología, se incurriría en un determinismo ciego a la realidad. Evidentemente, la cultura y la libertad poseen un importante papel en

21. Informe pág. 27.

la configuración de los roles femenino y masculino en la sociedad. Es necesario, por lo tanto huir tanto de un reduccionismo “biologicista”, como de uno “culturalista”, que ignora que el ser humano es también su cuerpo, su realidad biológica. Es en este extremo en el que han caído muchos ambientes académicos, políticos, sociales y culturales en las últimas décadas, y el proyecto de ley en comento es un claro ejemplo. Su principal defecto radica en la consagración jurídica del ambiguo y radical concepto de “identidad de género” que permitiría una serie de nuevas regulaciones absolutamente ajenas a la tradición cultural del país²².

La incorporación al derecho de la ideología del género no hará otra cosa que socavar los pilares sobre los que se estructura la familia y la sociedad. Eliminado o tergiversado el concepto de naturaleza humana –constituida a partir de su cuerpo que, a su vez, está modalizado sexualmente como hombre o mujer– queda relativizado el concepto de familia que surge a partir de esa modalización sexualmente diversa y complementaria, con fin de unión y fecundidad. Más allá de las contradicciones internas del proyecto, esta es la consecuencia más grave e importante de su articulado.

Negada la naturaleza humana, o identificada como absoluta libertad y autonomía, la modalización sexual del ser humano –hombre o mujer– es un dato más que podría ser modificable. Si ello es así, también sería mutable la forma de unión correspondiente a esa forma de ser hombre o mujer. Como muy bien lo señala un profesor de derecho: “sin referencia a su corporeidad, lo natural [en el hombre] sería cualquier expresión de identidad sexual, siempre que nazca de una decisión autónoma. De este modo, la familia, no sería una realidad anterior, sino una construcción sin forma precisa fruto de una decisión individual. En ella, evidentemente, la prole no tiene dignidad por sí misma, sino en función del o de los progenitores, dejando de ser sujeto y pasando a ser objeto al que ellos tienen derecho y, por tanto, pueden adquirir y, ¿por qué no?, disponer a su arbitrio”²³.

22. Uniones de hecho, matrimonio homosexual y adopción por parte de uniones homosexuales.
23. Véase Frontaura Carlos. Importancia de la familia. Cartas al Director. El Mercurio, 30.12.12.

Interventor estatal: Un golpe a la autonomía de las universidades

• 28 de mayo de 2014 •

El hecho de que el primer paso de la Reforma Educacional de la Presidenta Bachelet sea la creación de un Interventor Estatal, es indicativo de la esencia de esta revolución: poner al Estado por sobre la persona, generando hegemonía cultural y haciéndolo dueño de la educación chilena. El análisis de sus normas deja en evidencia que lo que, en principio, quiere ser un administrador podría terminar transformándose en un verdadero interventor de la educación superior.

I. Introducción

Luego de conocer los titulares de lo que sería la Reforma Educacional propuesta por la Presidenta Bachelet, hoy, ya se conoce el texto de uno de los proyectos de ley que la conforman: el Administrador Provisional y de Cierre para las Instituciones de Educación Superior (IES). Ésta, junto a las demás medidas –Fin al Lucro, al Copago y a la Selección– han sido objeto de arduo debate en los distintos medios de comunicación, y causa de preocupación para todos los chilenos.

Ninguno de los proyectos dice nada respecto de la calidad en materia educacional, como tampoco tocan a la educación pública municipal y su fortalecimiento. Además tienen un eje común, que es la fuerte intervención estatal que podría terminar con el Estado como único dueño de la educación chilena.

La idea de un interventor educacional, ya existe en nuestro ordenamiento desde el año 2007, en un principio, exclusivamente para la educación general escolar. Esta figura se vio fortalecida con la posterior creación de la Superintendencia de Educación Escolar, quien le dio aplicación práctica a esta nueva forma de supervigilancia de la calidad educativa.

No obstante lo anterior, a inicios de esta legislatura, la Presidenta Bachelet, ingresó a la Cámara de Diputados una nueva iniciativa que establece y regula las figuras del Administrador Provisional de IES y del Administrador de Cierre de IES, cuyo objeto es, según el mensaje, resguardar el derecho a la educación de los estudiantes, como garantizar el adecuado uso de los recursos de cualquier especie de la IES.

El señalado proyecto de ley, tiene su ámbito de aplicación circunscrito exclusivamente a Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica, excluyendo al resto de IES del artículo 52 de la Ley General de Educación, esto es, las escuelas matrices de las Fuerzas Armadas y de Orden. No obstante la iniciativa, en su parte final, contiene importantes modificaciones al actual administrador provisional escolar, como se verá en el último epígrafe de este trabajo.

En el presente Ideas & Propuestas, se tratará el contenido del primer proyecto de ley de Bachelet, que consiste en la creación de la figura del Administrador Provisional y de Cierre de las IES y que constituye el puntapié inicial de lo que ella ha denominado una profunda reforma educacional. A esta medida se suma el fin del lucro, la selección y el copago, y próximamente se agregará el debate sobre el fin a la municipalización y la educación superior gratuita.

II. Inicio del procedimiento

El proceso de intervención estatal puede comenzar con un período de investigación preliminar dirigido directamente por el Ministerio de Educación, cuando éste tome conocimiento de antecedentes graves que puedan afectar seriamente la viabilidad académica, administrativa y/o financiera de la IES; el cumplimiento de los compromisos académicos asumidos por ella; significar infracciones a sus estatutos o escritura social; o a las normas que las rigen, y particularmente aquellas derivadas de su naturaleza jurídica (personas jurídicas sin fines de lucro en caso de Universidades).

No obstante lo anterior, el artículo 8° de la iniciativa permite nombrar directamente un administrador provisional cuando por cualquier motivo se encuentre en riesgo el cumplimiento de los compromisos académicos asumidos por la IES con sus estudiantes y/o su viabilidad administrativa o financiera a causa de no contar con los recursos docentes, educativos, económicos, financieros y/o físicos necesarios y adecuados para ofrecer el o los grados académicos y el o los títulos profesionales o técnicos que pretenda otorgar. También se puede nombrar cuando se haga imposible la mantención de las funciones académicas de la institución a consecuencia de sanciones, medidas precautorias, embargos, ejecuciones o retiros de especies que afecten a la institución, sus sedes, a sus bienes inmuebles o muebles. Y por último, en caso de quiebra, vale decir, cuando se haya dictado la resolución de liquidación de la IES o de la entidad organizadora de ésta. En este caso las medidas adoptadas por el administrador provisional, para efectos de resguardar los derechos de los y las estudiantes –en lo

relativo a la disponibilidad de los bienes muebles e inmuebles esenciales—prevalecerán sobre las facultades del liquidador o veedor.

Una primera cosa que es necesario señalar, es el hecho de que la investigación sea dirigida por el mismo denunciante, en este caso el MINEDUC, atentando contra todo principio del debido proceso. Más aún, para el inicio de este período, a diferencia de lo que señala la misma Ley General de Educación, en los artículos 64, 74 y 81, se requiere siempre acuerdo del Consejo Nacional de Educación. Por tanto, es necesario exigir que exista un tercer interviniente imparcial que guíe la investigación —distinto al MINEDUC— como una Superintendencia de Educación Superior, y que además sólo se pueda iniciar el procedimiento de investigación preliminar con acuerdo del Consejo Nacional de Educación.

En segundo lugar, es demasiado laxo el articulado, pues no se deja claro qué se entiende por “viabilidad académica”, ni por “cumplimiento de compromisos académicos”. Así por ejemplo, podría darse lugar a este procedimiento, por el mero hecho de que un grupo de estudiantes, o incluso los profesores procedan a ocupar o tomar el edificio de la Universidad, IP o CFT —impidiendo el “cumplimiento de los compromisos académicos” asumidos por la institución de educación superior— sólo con la finalidad de promover la administración provisional.

En tercer y último lugar, el hecho de que se pueda dar lugar directamente a la administración provisional, transforma casi en letra muerta la investigación preliminar. En este caso se vuelve a dar la situación de laxitud de la norma que la hace demasiado interpretable. Así por ejemplo, respecto del “riesgo el cumplimiento de los compromisos académicos asumidos por la institución de educación superior con sus estudiantes”, se podría nombrar administrador provisional por una toma estudiantil o de académicos (“a causa de no contar con los recursos docentes”) o de funcionarios (“a causa de no contar con los recursos... físicos”).

III. Conclusión de la investigación preliminar

El proyecto de ley señala que una vez concluido el período de investigación (artículo 4° PL) el MINEDUC podrá:

3.1 Dar por finalizado el período de investigación señalando que la institución no se encuentra en alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 3°.

3.2 Elaborar un informe que dé cuenta de los problemas identificados, formulando recomendaciones a la institución de educación superior para subsanarlos. La institución tendrá un plazo de 120 días para implementar las medidas que estime convenientes para dar solución a los problemas detectados. Transcurrido dicho plazo, la institución de educación superior deberá informar al Ministerio de Educación respecto de las medidas adoptadas. En caso que los problemas detectados se mantengan, se procederá de conformidad al siguiente numeral.

3.3 Nombrar un Administrador Provisional o un Administrador de Cierre de la institución de educación superior respectiva, según corresponda, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5°, esto es, con acuerdo por mayoría absoluta del Consejo Nacional de Educación. Siempre procederá la designación de un Administrador de Cierre, en caso de revocación del reconocimiento oficial de una institución de educación superior.

Se propone además, que en el caso de haberse decretado la revocación del reconocimiento oficial de una institución de educación superior, siempre deba designarse un Administrador de Cierre.

Tanto el Administrador Provisional como el Administrador de Cierre deben levantar un acta que dé cuenta del estado de la institución que reciben y presentar un plan de administración que detalle el modo en que se dará cumplimiento a sus cometidos. No obstante, resulta del todo inverosímil que el mismo denunciante (MINEDUC), luego de que se haya dedicado a investigar, pueda tomar la opción de dar por finalizado el período de investigación, señalando que la institución no se encuentra en alguna de las hipótesis señaladas en el artículo 3°.

La iniciativa establece una serie de requisitos para ser administrador provisional, como es el caso de estar en posesión de un grado académico o título profesional de alguna institución reconocida oficialmente por el Estado y además acreditar experiencia de al menos 5 años en gestión de instituciones de educación superior o 10 años en la administración de empresas de mayor o mediano tamaño, conforme a la ley N° 20.416 y acreditar experiencia académica.

En este sentido, ¿Qué implica experiencia en gestión en educación? ¿Cargos directivos? ¿Cuál es la forma de acreditarlo? Además parece poco conveniente, la elección directa de un administrador, sin la existencia de un registro que los contenga, como es el caso de la educación escolar.

IV. Duración de la medida (Artículo 10° PL)

El proyecto de ley, señala que la resolución que nombra administrador provisional, será notificada por carta certificada al representante legal, con posibilidad de impugnar ante el Consejo Nacional de Educación, dentro de 5 días hábiles desde su notificación. Se resolverá el recurso dentro de 10 días hábiles y la resolución del Consejo Nacional de Educación será inapelable.

El Administrador Provisional durará por un período de dos años, que puede ser prorrogado sólo por dos años más, aun cuando en un principio el proyecto decía que podía ser prorrogado por “todo el tiempo que fuere necesario”.

El Ministro de Educación podrá, mediante resolución fundada, remover con acuerdo del Consejo Nacional de Educación, al administrador provisional cuando no de cumplimiento al cometido para el cual fue designado o le fuere imposible actuar diligentemente según lo establecido en el acto de su designación, y cuando infrinja el principio de probidad administrativa.

En relación con esta materia, algunos comentarios. En primer lugar, sobre el carácter inapelable de la resolución del Consejo Nacional de Educación, no queda claro si será sólo en términos administrativos, o si se podrá judicializar.

En segundo lugar, que el período pudiese prorrogarse sucesivamente o reducirse, a voluntad del Ministerio de Educación, podía configurar, en la práctica, una intervención estatal permanente. En tercer lugar, al tener el Ministerio de Educación la facultad de remover al administrador provisional, sin el acuerdo del CNE, convierte al administrador provisional en un funcionario de exclusiva confianza del MINEDUC. En suma, ya se ha visto que el MINEDUC denuncia, investiga, falla, sanciona, ordena interventor, nombra a la persona del interventor cuyos requisitos son muy vagos, puede removerlo a su arbitrio, y además, sin consulta a ningún organismo, puede mantener la medida de administración provisional en forma permanente. Todo parece indicar que se está frente a una intervención estatal en las IES que no tiene parangón en el derecho comparado.

V. Facultades del Administrador Provisional (artículos 11 y 13 PL)

A fin de que en ambos casos –administración provisional o cierre– el Administrador pueda dar un efectivo cumplimiento a su objeto, se establece que dicha figura asuma el gobierno y administración de la institución, y de esta forma su representación legal y todas aquellas facultades que les permitan dar cumplimiento a su mandato, ejerciendo acciones que garanticen el interés público asociado a la continuidad de los estudios de los y las estudiantes.

Así, entre otras facultades, se considera la de otorgar los títulos y grados que correspondan –a nombre de la institución que administra– y realizar las certificaciones que fueran necesarias en caso de no contar con el respectivo ministro de fe. Además, en un principio el artículo 13 del PL, otorgaba al administrador provisional facultades especiales para conservar la integridad de los bienes destinados a la prestación educativa, incluyendo acciones revocatorias especiales de los contratos realizados en perjuicio de éste fin, que se tramitaban como juicio sumarísimo.

La gran preocupación del proyecto del Ejecutivo ha pasado precisamente por las facultades y su discrecionalidad, además de una posible inconstitucionalidad de las medidas, esto, pues deja una cláusula residual, pudiendo adoptar “cualquier

medida necesaria para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de su mandato”. Vale decir, ¿qué sentido tiene la enunciación de sus atribuciones si puede realizar cualquier cosa?

Además, hay un problema jurídico. Como ya se ha señalado, el texto primitivo del proyecto de ley creaba una acción revocatoria especial, distinta de la civil y la comercial. Las acciones revocatorias en general, no buscan rescindir o anular contratos con los terceros de buena fe, sino que su sanción es que esos contratos, por lo general, son inoponibles a terceros. La mala fe respecto de la acción revocatoria civil del artículo 2468, requiere lo que se denomina “fraude pauliano”, esto es “el conocimiento del mal estado de los negocios” que siempre es interpretable. Por su parte, la acción revocatoria concursal requiere “perjuicio a los acreedores”, por lo que debiese explicitarse qué se va a entender por mala fe de terceros, más cuando exige que ésta esté “probada”, pues en realidad corresponde al juez determinar ello, y no al administrador provisional.

La iniciativa le otorgaba un procedimiento sumarísimo, donde la contestación y la prueba se dan en la misma audiencia al 5° día, lo cual parece una desproporción en relación a otros procedimientos judiciales, obligando incluso al juez a fallar en cinco días. Este juicio tendría mayor celeridad, incluso, que la tramitación de uno arriendo, no obstante que para determinar mala fe en los actos o contratos de los cuales se busca revocación, se requiere una acuciosidad tal, que sólo puede lograrse en un juicio de lato conocimiento, como lo hacen todas las acciones revocatorias. ¿Por qué el administrador provisional podría tener una acción tan especial con tramitación express? ¿Dónde quedan los derechos de los terceros de buena fe, si la mala fe SIEMPRE debe probarse?

Como se señalara, este artículo no tuvo el resultado que esperaba el gobierno, debiendo eliminarlo del proyecto de ley, no obstante la subsistencia de otras normas expropiatorias y modificatorias de contratos vigentes, y por ende inconstitucionales, como lo es el artículo 24 del proyecto de ley.

VI. Otras disposiciones en IES

Acorde con el proyecto, y como se expresó anteriormente, siempre deberá designarse un Administrador de Cierre en el evento de que se decrete la revocación del reconocimiento oficial de una institución de educación superior.

Se propone que, en este caso, dentro de las medidas conducentes a asegurar la continuidad de estudios de los y las estudiantes, el plan de administración deba considerar aquellas que permitan su reubicación en otras instituciones de educación superior, caso en el cual debe velarse porque se respeten los planes y programas de estudios y el avance académico por ellos alcanzado.

En ese orden de ideas, se contempla además, que los y las estudiantes reubicados puedan mantener sus beneficios o ayudas estudiantiles otorgadas por el Estado, como si no hubiesen cambiado de institución.

Conjuntamente con ello, se establece que el Administrador de Cierre pueda suscribir convenios sólo con universidades del Consejo de Rectores, y que permitan la continuidad y término de las carreras a los estudiantes reubicados, así como también su titulación. Acá se observa una diferencia no justificada ¿Por qué se señala sólo las universidades del Consejo de Rectores? Se entendería más –aunque también habría injusticia– si fuese a Instituciones del Estado, pero discrimina a las privadas no tradicionales, cuestión abiertamente arbitraria. Además, nada dice el proyecto de ley en caso de que las IES intervenidas sean CFT o IP, pues claramente en muchos casos sus carreras no serán dictadas por universidades del CRUCH.

Se considera, además, que los bienes que la institución objeto de cierre emplea para la prestación del servicio educacional, queden afectos a la continuidad de esos estudios, por el período que se requiera para estos efectos. Lo anterior podría ocurrir, incluso, cuando sean de propiedad de terceros, pudiendo modificar contratos vigentes y, por ende, ser expropiatorio e inconstitucional.

Finalmente, se propone que las instituciones de educación superior cuyo reconocimiento oficial les sea revocado, pierdan de pleno derecho la

autonomía institucional que hayan alcanzado en virtud de lo dispuesto en el artículo 100 del decreto con fuerza de ley N° 2, de 2009, del Ministerio de Educación sin perjuicio de que los grados académicos y/o títulos profesionales y técnicos de nivel superior puedan continuar siendo otorgados a nombre de la misma institución, en los términos previstos en el propio proyecto.

VII. Educación General: modificaciones a la administración provisional regulada en la ley N°20.529

Las principales modificaciones que el proyecto contempla en esta materia son las siguientes:

7.1 Extiende, en ciertos casos la duración en el cargo del administrador provisional, el cual podrá prorrogarse por razones fundadas por el tiempo necesario que asegure la continuidad del servicio educativo (artículo 87 ley 20.529).

7.2 Agrega, al artículo 89 de la ley, dos nuevas causales que hacen procedente el nombramiento de un Administrador Provisional. Éstas dicen relación con:

a) El rechazo de la solicitud de renuncia del reconocimiento oficial por parte del Secretario Regional Ministerial respectivo por incumplimiento de los requisitos que exige la normativa vigente y,

b) Cuando el sostenedor interrumpe parcial o definitivamente la prestación del servicio educacional, sin cumplir los requisitos para ello y afectando gravemente el derecho a la educación de las y los estudiantes.

7.3 Faculta al Superintendente de Educación para nombrar mediante resolución fundada y para resguardar el derecho a la educación –en los casos establecidos en la ley– a un funcionario de su dependencia para que administre un establecimiento educacional, en lugar de un profesional incorporado en el registro respectivo.

En este punto hay cuatro medidas negativas que propone el proyecto:

a) La primera, dice relación con la extensión indefinida del administrador provisional (“hasta que sea necesario para asegurar la continuidad del servicio educativo”), pues finalmente lo que hace es dejar un resquicio para que la intervención estatal sea permanente. Claramente esta norma lo que busca es evitar el cierre de establecimientos municipales, y dejarlos abiertos a perpetuidad, contradiciendo el sentido de la ley de aseguramiento de la calidad, cuyo objetivo es que los malos colegios cerraran, sean privados o estatales.

b) En segundo lugar, el hecho de que por la mera voluntad del Secretario Regional Ministerial de Educación –funcionario del Estado– al rechazar la solicitud de renuncia del reconocimiento oficial por supuesto incumplimiento de los requisitos que exige la ley, de lugar a la intervención o administración provisional, ciertamente busca estatizar directamente la educación particular.

c) En tercer lugar, la nueva causal para dar lugar al administrador provisional “Cuando el sostenedor interrumpe parcial o definitivamente la prestación del servicio educacional” hace posible –al igual que en el caso de las IES– que pueda darse lugar a este procedimiento, por el mero hecho de que un grupo de estudiantes, o inclusive los profesores, procedan a ocupar o tomar el edificio del colegio, impidiendo “la continuidad del servicio educativo”, sólo con la finalidad de promover la administración provisional.

d) Finalmente, que “por razones de urgencia” pueda saltarse el registro de administradores con el que cuenta la Superintendencia de educación escolar y que el superintendente nombre a un dependiente suyo a discrecionalidad, producirá el efecto práctico de que siempre será usada como cláusula residual y siempre habrá una “urgencia” con la única finalidad de saltarse el registro de administradores provisionales.

VIII. Conclusiones

No sorprende que el primer proyecto de la Reforma Educacional de la Presidenta Bachelet sea la creación de un Interventor Estatal. Ello indica que la reforma educacional busca poner al Estado por sobre la persona, generando hegemonía cultural y haciéndolo dueño de la educación chilena. La creación de la figura de un administrador provisional y de cierre, o también llamado interventor, deja además de manifiesto que el anterior Ministro Harald Beyer –destituido por supuesto incumplimiento de sus funciones ante el mal funcionamiento de una universidad– no tenía atribuciones ni facultades para intervenir las Instituciones de Educación Superior, y que por tanto fue mal destituido de su cargo.

Finalmente, cabe señalar que muchas de las atribuciones que se otorgan al administrador provisional parecen expropiatorias e inconstitucionales, por lo que en estas condiciones difícilmente podrán pasar el control constitucional del tribunal respectivo.

A 100 días de Gobierno, Lo Bueno, Lo Malo y Lo Impresentable en Educación

• 11 de junio de 2014 •

Cerca de los 100 primeros días de gobierno ya están a la vista las prioridades en materia educativa y el gasto que ellas generarán. Además, se han conocido algunos de los detalles de cómo se pretende implementar el programa de la presidenta Bachelet y el sesgo ideológico que inspira esta reforma. En el presente número de Ideas y Propuestas se analizará la actuación de la actual administración y las implicancias de las medidas que se proponen, dejando en evidencia quiénes son los principales ausentes.

I. Introducción

Luego de reunirse con los distintos actores del sistema educacional, tanto del mundo escolar como superior, el gobierno ha dado a conocer los pilares fundamentales de su programa para la educación chilena.

El 24 de marzo se anunció el retiro de 3 proyectos de ley presentados por el Presidente Sebastián Piñera: el sistema único de *financiamiento de la educación superior* –que otorgaba condiciones de pago equivalentes para los estudiantes que enfrentan igual necesidad, evitando discriminaciones– el proyecto de ley que creaba una *Nueva Agencia Nacional de Acreditación* –buscaba fortalecer la institucionalidad del sistema de acreditación, velando por la calidad de las carreras y las instituciones que las impartían–; y el congelamiento de la tramitación del proyecto de ley que crea la *Superintendencia de Educación*, aprobado en general por la Sala del Senado en marzo de 2013.

El 5 de abril, se firma el proyecto de ley que crea la figura de un “interventor” o *administrador provisional y de cierre de Instituciones de Educación Superior y de establecimientos educacionales*¹. Con este proyecto se pone en jaque la autonomía de las instituciones y se deja sin atención el problema de credibilidad y confianza que tiene el sistema de educación superior.

El 19 de mayo, se firma del proyecto de ley que pone fin al lucro, al financiamiento compartido y a la selección en todos los niveles de la educación escolar, y tres días después se agrega el proyecto que crea una *Subsecretaría y Superintendencia de Educación Parvularia*. Durante este período, también se ven importantes esfuerzos para dar cumplimiento a cuatro de las cinco medidas en educación que son parte de las 50 comprometidas para los primeros días de gobierno²: enviar al Congreso el Proyecto de Ley para una Gran Reforma Educacional; la entrega de un

1. Véase Ideas & Propuestas N° 150. Interventor estatal: Un golpe a la autonomía de las universidades. <http://www.jaimemezman.cl/wp-content/uploads/l-y-p-n%C2%BA150-web.pdf>

2. <http://www.cumplimiento.gob.cl/>.

listado de localidades donde se implementarán 500 de las 4.500 nuevas salas cunas; el inicio del programa de acceso a la educación superior para jóvenes vulnerables; y la firma de los convenios que crean cinco centros de formación técnica público regional. En proceso, el envío al Congreso de una ley que crea nuevas universidades en la Región de O'Higgins y Aysén.

El día 21 de mayo, se enfatiza la urgencia de avanzar con la Reforma Educacional y se asume el compromiso presidencial de enviar un proyecto de ley de desmunicipalización, junto con la creación de una Nueva Carrera Profesional Docente. En la misma línea, la Presidenta sostuvo que, a través, de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, se reforzará el Programa de Alimentación Escolar, con el fin de asegurar que efectivamente se entregue alimentación al 100% de los alumnos provenientes de familias de los tres primeros quintiles y anunció el uso del pase escolar durante los 365 días del año.

Días más tarde, se da a conocer un Programa de Acompañamiento y Acceso Efectivo (PACE) que busca asegurar el acceso y permanencia de los jóvenes (del 15% con mejor rendimiento escolar) en la educación superior ¿Cuánto cuesta todo esto? Si bien no se han informado los costos de todas estas iniciativas, podría suponerse que serán US\$ 83 millones³ aprox. para construir salas cunas y US\$ 35 millones⁴ para los cinco centros de formación técnica. El proyecto de ley que crea una Subsecretaría e Intendencia de Educación Parvularia se estima en US\$ 11 millones al año, y los costos del proyecto de ley que pone fin al lucro, al financiamiento compartido y a la selección son los siguientes (en millones de pesos):

3. En cada sala cuna se reciben a 20 niños (10,680 niños en total). Costo inversión aprox. por niño: \$4.5 millones (coeficiente de inversión sala por alumno Fundación Integra 2013).

4. La última experiencia de inversión en nueva infraestructura Estatal en Educación Superior son los proyectos frustrados de la Universidad de Valparaíso en Rengo y la UTEM en San Fernando, entre los años 2006-2009, en que se invirtieron sólo por concepto de infraestructura entre \$3,500 - \$4.000 millones de pesos. (2014).

5. Informe Financiero proyecto de ley que regula la admisión de los y las estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado. Número de boletín: 9366-04 <http://www.camara.cl>.

Año de Aplicación	Aporte por Gratuidad	SEP para alumnos preferentes	Por no descuento de subvenciones de Fin Compart.	Total
1º año	154.642	124.611	1.854	281.107
2º año	222.171	129.625	2.258	354.054
3º año	291.927	134.081	2.915	428.923
Régimen (Año 11)	335.653	168.314	17.030	520.997

En régimen la implementación de esta reforma significa un incremento en subvención escolar de aproximadamente US\$ 900 millones al año. Como esta medida retira el aporte de las familias que hoy realizan, a través, del financiamiento compartido (estimado en US\$ 500 millones al año), el aumento neto para el sistema educacional es de US\$ 400 millones de dólares al año.

Respecto al costo que implicaría la compra (o expropiación) de los colegios el informe financiero señala que: “el mayor gasto Fiscal por este concepto podría alcanzar un máximo de \$233.192 millones anuales, por 12 años”, es decir, cerca de US 4,800 millones⁶, cifra que se contrasta con los estudios que dio a conocer la CONACEP⁷ en donde se estimó un gasto de US\$ 9.800 por la compra de los colegios de sus afiliados.

Como puede verse, el gobierno ha comenzado con reformas que apuntan a reestructurar la institucionalidad del Sistema Educativo –que hasta ahora aseguraba la libertad de enseñanza, la diversidad y autonomía de proyectos

6. Suponiendo que las cuotas son sin intereses, como lo señala el proyecto.

7. Fuente: <http://www.conacep.cl/>.

educacionales, y el derecho de los padres a elegir y aportar para la educación de sus hijos— por un sistema que pone altas barreras de entradas para nuevos proyectos en esta materia. Estas exigencias significarán el término o la alteración radical de muchas iniciativas.

A continuación se presenta un resumen de lo bueno, lo malo y lo inaceptable de estos primeros 100 días de gobierno:

II. Lo bueno

2.1. El foco en primera infancia

Se valora la atención y la prioridad de impulsar cambios en este sector. Sin embargo, si el aumento en cobertura, no va acompañado de una fuerte inversión e incentivos para la formación de capital humano y de material pedagógico adecuado, podría terminar siendo un problema más que una solución. Un niño que no recibe la atención necesaria en una sala cuna o jardín, queda en una enorme desventaja respecto del resto.

En lo que hace referencia a la nueva institucionalidad, se valora la idea de separar la provisión del servicio y la fiscalización. Sin embargo esta función debe recaer en la Superintendencia de Educación. Actualmente existe un proyecto de ley⁸ que aborda adecuadamente esta materia, sin la necesidad de gastar más recursos y sobre-regular dicho sector. El mismo proyecto se hace cargo de la necesidad de dotar a la Educación Parvularia de un marco regulatorio que resguarde el bienestar de los niños, asegurando estándares de calidad que les sean exigibles a todos los establecimientos que la impartan.

8. Boletín 8859-04: Crea la autorización de funcionamiento de jardines infantiles. Ingresado el 1 de abril de 2013, en segundo trámite constitucional.

2.2. El incremento en la subvención escolar y la creación de una subvención para alumnos de clase media

“Tenemos un sistema educacional de la calidad que merecemos para lo poco que como sociedad hemos estado dispuestos a invertir”⁹. La subvención escolar es insuficiente más aún en contextos de vulnerabilidad, por lo que parece positiva la idea de crear una subvención que corrija la abrupta diferencia de financiamiento que tiene un niño prioritario (provenientes de familias pertenecientes a los dos primeros quintiles de ingresos) que recibe Subvención Escolar Preferencial (SEP), con otros niños de situaciones socioeconómicas levemente mejor. Cabe recordar que actualmente se encuentra en discusión en el congreso un Proyecto de Ley¹⁰ que crea una subvención de características similares.

III. Lo malo

3.1. La asfixia y estatización encubierta de gran parte del sistema particular subvencionado

Un análisis más profundo de los pilares de la reforma (la eliminación del lucro, el financiamiento compartido y la selección) y del proyecto de interventor escolar actualmente en discusión, muestra una estrategia encaminada a debilitar el rol de los privados y la autonomía de las escuelas, forzando la estatización de la mayor cantidad posible de escuelas particulares subvencionadas en el corto y mediano plazo.

3.2. El golpe a la autonomía de los proyectos educativos

El proyecto de reforma educacional, señala que los sostenedores de establecimientos pasarán a tener sólo la calidad de administradores de la subvención, la cual podrá ser gastada exclusivamente en un listado de

9. La Educación Preferida – Elton y Ariztía.

10. Boletín 8.655-04: Crea subvención para los establecimientos educacionales, especial, para la clase media. Ingresado el 30 de octubre de 2012.

operaciones que la ley y el ministerio definirán explícitamente. Dado que con el fin del financiamiento compartido la única fuente de ingresos estable de las escuelas será la subvención, el Estado podrá determinar en que gastan cada peso los establecimientos. Esto no sólo presenta un serio riesgo a la autonomía, sino que también implica más burocracia y dificultades para la gestión efectiva de los colegios.

3.3. Fin del lucro

Una de las restricciones más relevantes de la reforma, para las escuelas particulares subvencionadas, es la obligatoriedad de que el sostenedor sea una persona jurídica sin fines de lucro, que sea dueño del inmueble donde opera la escuela, y que éste no pueda tener ningún tipo de gravamen (lo que incluye hipotecas). El hecho de exigir que la propiedad no pueda estar sujeta a gravámenes tiene una serie de consecuencias prácticas que hacen casi imposible la continuidad de operaciones de la mayoría de establecimientos existentes o la creación de nuevos colegios subvencionadas en el futuro¹¹.

Frente a esta dificultad para seguir operando, el Estado aparece en la misma reforma como “salvador”, ofreciendo comprar la escuela al precio que ellos mismos definan como adecuado. Según datos de CONACEP, bajo las condiciones fijadas por la reforma, de las más de 3.400 escuelas particulares con fines de lucro en Chile, cerca del 58% terminarían siendo estatizadas, 9% se convertirían en particulares pagadas, 27% cerrarían y sólo 5% seguirían operando bajo las nuevas restricciones. Aún más, en el caso del 27% de sostenedores que optarían por salir del sistema, existe la posibilidad que sean en la práctica expropiados igualmente, ya que el proyecto de interventor escolar le daría facultades al ministerio para intervenir indefinidamente cualquier establecimiento en que la continuidad de estudio de los alumnos se vea en riesgo. Esto es en la práctica una estatización encubierta y forzada: el Estado pide condiciones imposibles y ofrece como única salida práctica vender a ellos mismos.

11. Muchos inmuebles de este tipo son comprados con créditos hipotecarios de largo plazo.

3.4. Más Estado, no es garantía de calidad y buen servicio

Como puede verse, el Estado pasará a tener propiedad de un importante número de nuevas salas cunas y de bienes inmuebles que antes eran administrados por privados; además, aumentará su presencia burocrática (Subsecretaría de primera infancia, Intendencia de Primera infancia, nuevas universidades estatales y centros de formación técnica estatales) Surge, entonces, la pregunta: ¿Qué porcentaje se va a gastar en engrosar el aparato estatal y cuanto llega a las escuelas para mejorar realmente la calidad de la educación?

3.5. Se ignoran los procesos de implementación de políticas fundamentales

En el año 2006, todos los partidos y actores sociales pactaron un Gran Acuerdo Nacional por la Educación. Ese acuerdo generó la Ley General de Educación, promulgada el año 2009, que proporcionó las bases para la creación de un *Sistema de Aseguramiento de la Calidad de la Educación*.

En agosto de 2011, se promulga la Ley N°20.529 que establece el “*Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su fiscalización*” y que comienza a implementarse al año siguiente, cuando se ponen en marcha dos nuevas instituciones: La Superintendencia de Educación y la Agencia de la Calidad. Todo ello, con la finalidad de elevar las exigencias a los establecimientos, inculcando una cultura de responsabilidad y transparencia con rendición de cuentas y entrega de información relevante para las familias y la comunidad.

Al parecer, para la nueva administración, todo este esfuerzo no tiene suficiente valor. El sistema es nuevo y requiere un tiempo para asentarse, las bases ya están puestas y los establecimientos lo valoran, pero el Ministerio de Educación ha abandonado su rol de promotor de esta política.

Hoy existen nuevos estándares de aprendizaje y calidad, indicativos de desempeño y metodología de ordenación de los establecimientos educacionales, pero nada de esto sirve si las escuelas y las familias no los conocen y los hacen propios. Las virtudes del sistema deben conocerse

para sacarle el mejor provecho posible y así avanzar en la mejoras de la calidad de la educación. Pareciera que es más fácil decir que en el Sistema Educacional abundan los abusos, en vez de explicar y mostrar los importantes avances y mejoras que han tenido los procesos de fiscalización (ver gráfico)¹², llevados a cabo desde la puesta en marcha de la Superintendencia. Hoy se cuenta con la institucionalidad adecuada para vigilar el correcto funcionamiento de las escuelas, de manera de evitar los abusos y mal usos de los recursos públicos.

	Año 2010	Año 2010	Año 2011	Año 2012	Año 2013
FISCALIZACIONES	16.372	19.630	26.015	33.689	24.271
MULTAS	705.036.090	977.300.114	3.306.207.008	6.814.318.960	5.200.171.891

IV. Lo Impresentable

4.1. Trato a los apoderados y al sector particular subvencionado

Un hecho sorprendente ha sido el trato que ha dado el ministro Eyzaguirre, tanto a los padres, como a los sostenedores. Los primeros serían seres incautos, sin las capacidades mínimas para elegir las escuelas de sus hijos de forma adecuada; los segundos buscarían engañar a las familias para atraerlos a sus establecimientos y utilizarían políticas altamente selectivas, lo que imposibilitaría el acceso a sus colegios a un porcentaje relevante de niños del país. Más allá de las formas, estas afirmaciones reflejan una profunda ignorancia por parte de las autoridades del Mineduc respecto a las motivaciones y capacidad de elegir de las familias.

En efecto, existe una amplia gama de factores que los padres evalúan al minuto de escoger una escuela, desde las más fáciles de observar

12. Fuente: Superintendencia de Educación Escolar (diciembre 2013).

(ej. cercanía al hogar, cantidad de paros al año, seguridad, nivel de violencia, etc.) hasta otras más subjetivas o difíciles de interpretar, como puntajes en pruebas como el SIMCE o la PSU, orden del establecimiento, disciplina, calidad de la relación profesor-alumno, etc. Por lo tanto, aunque muchos padres no manejan la información de resultados en pruebas como el SIMCE, ello no permite asegurar que son incapaces de elegir informadamente, pues este no es el único factor de decisión. Todas estas variables son valoradas por las familias y están correlacionadas con resultados académicos de los establecimientos, por lo que sirven para guiar su proceso de elección. Más aún, la principal fuente de información de los padres, respecto a las escuelas, son las propias familias del sector, por lo que no es que ellos sean incautos o incapaces, sino que usan de manera adecuada la información a la que tienen acceso, priorizando el bienestar de sus hijos.

En cuanto a la selección, existe una percepción de que hoy en día los establecimientos particulares subvencionados son altamente selectivos. Este diagnóstico se basa en encuestas a los propios establecimientos que arrojan un número relevante de respuestas afirmativas. Sin embargo, al ver el comportamiento efectivo se aprecia que un número muy relevante de estudiantes ha migrado desde el sistema municipal al particular subvencionado. Cada año son miles los estudiantes que migran a los colegios particulares. Si la selección fuera tan estricta, ¿quién está recibiendo a estos niños? Para que la hipótesis de que las escuelas son altamente selectivas sea compatible con la realidad de la fuga de alumnos al sistema particular, tendría que estar pasando una de las dos siguientes situaciones:

a) Que todavía son muchísimas las familias del sistema municipal que quieren cambiarse al sistema particular y no lo han conseguido (más que las que efectivamente se han cambiado). Si esto fuera así, sería necesario revisar las políticas de selección de las escuelas particulares subvencionadas, pero más aún habría que revisar la calidad de las escuelas municipales, pues un número importante de hogares estarían en condición de verdaderos “rehenes” del sistema sin poder escapar él.

b) La segunda alternativa sería que, efectivamente las escuelas particulares aplican mecanismos de selección, pero sólo lo hacen en casos muy puntuales de estudiantes con problemas serios cognitivos o de comportamiento. De ser este el caso, una política pública importante sería dar apoyos especiales a las escuelas para poder manejar y atender estos casos. Así como la ley SEP entrega recursos adicionales para atender a alumnos vulnerables, existen otros indicadores de dificultad para educar, tales como niños repitentes por varios años, expulsados de otros establecimientos, con diagnósticos de dificultades cognitivas, etc.

Si en verdad se quiere fomentar la integración, es necesario reconocer esas dificultades y aumentar drásticamente las subvenciones por integración. Un buen diagnóstico de la realidad es clave para diseñar políticas públicas efectivas. No es justo atacar a la ligera a los sostenedores, quienes han sido los principales aliados que ha tenido el país en la mejora del sistema educativo los últimos años.

4.2. Abandono que ha sufrido la comunidad educativa durante los últimos meses

El mejor ejemplo es la postergación o retraso de la entrega de los resultados del SIMCE rendido el año 2013. Estos son insumos necesarios para evaluar, programar y corregir ciertas prácticas. De especial interés es el SIMCE de lectura de segundo básico. No conocer oportunamente sus resultados, impide a los colegios reaccionar a tiempo y tomar medidas remediales para los alumnos rezagados en esta habilidad, cuyo domino es imprescindible para continuar aprendiendo en la escuela.

Una situación parecida han sufrido los equipos directivos de los 992 establecimientos educacionales que imparten la modalidad técnica profesional, a la que asisten alrededor del 45% de los jóvenes de III° y IV° medio. Los nuevos programas de estudios, aprobados por el Consejo Nacional de Educación a finales del año 2013, fueron retirados de la página web y de circulación, sin explicación alguna. Estos nuevos programas son fruto de un trabajo transversal en el que participaron todos los actores, a

través, de una consulta pública. Su fin era discontinuar las especialidades ya obsoletas y dar cabida a nuevas carreras. Hoy este sector educativo se encuentra a la deriva, esperando tener información de cómo implementar los cambios que, deberían hacerse a partir de 2015, vale decir, en seis meses más.

En la misma línea, el día 2 de junio se hizo pública la suspensión del proceso de licitación de textos escolares¹³, y se anunció la postergación de la implementación de nuevo currículum para 7° y 8° básico, en un año más. Ello es grave ya que, nuevamente, se obliga a los establecimientos educacionales a reestructurar una planificación que se venía trabajando hace varios años, retrasándose un importante cambio curricular que involucra a los estudiantes de 7° básico a 2° medio. Al interrumpirse el proceso de transición se producirá discontinuidad con respecto al currículum que venían cursando desde la básica y no contarán con textos de alto estándar como se había planificado.

V. Los grandes ausentes de la reforma: la educación municipal y la carrera docente

Los flancos más grandes de la agenda desplegada por el gobierno en educación, es la ausencia de acciones que apunten directamente a mejorar la calidad, especialmente en aquellas materias en que hay consenso: la crisis de la Educación Municipal y el desprestigio de la carrera docente. No es fácil explicar por qué se comienza con reformas institucionales que implican comprometer cuantiosos recursos, y no por un decidido apoyo a la Educación Pública y mejora a las capacidades e incentivos de los profesores. No parece lógica la compra de colegios particulares subvencionados en vez de mejorar la infraestructura de miles de escuelas públicas que funcionan en la precariedad o en vez de poner incentivos para atraer a los mejores

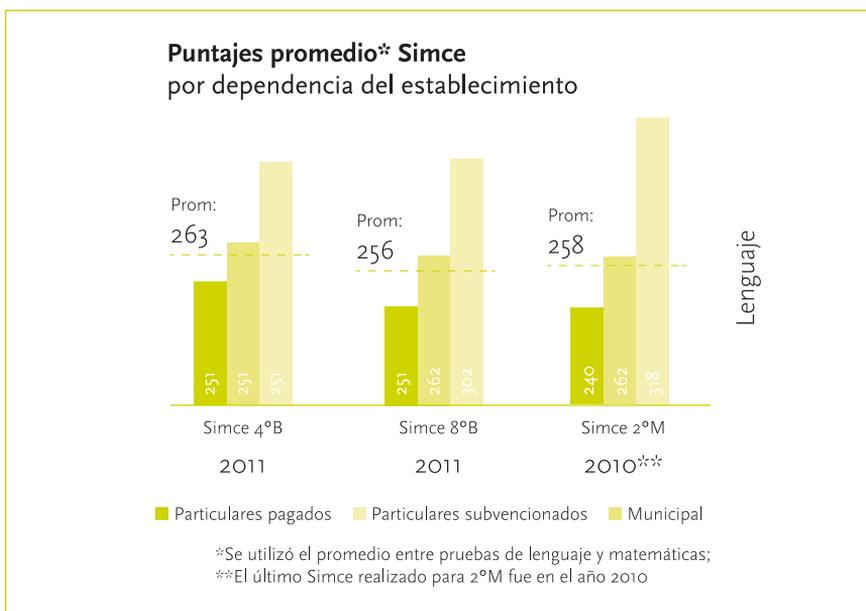
13. Para este proceso de licitación de los 15 nuevos títulos para 7° y 8°, que implicaba una inversión aproximada de \$5 mil millones y ya tenía la autorización de la Contraloría General de la República, se había hecho una cuidadosa capacitación a las editoriales, dado que se trataba de un nuevo currículum con importantes innovaciones.

estudiantes para atender el déficit de educadoras de párvulos del sistema, por nombrar algunas.

Algunos datos grafican mejor la situación: el sistema municipal ha perdido 420 mil alumnos en los últimos nueve años; los establecimientos municipales concentran el 70,6% de los estudiantes con niveles socioeconómicos bajo y medio bajo, mientras que el particular subvencionado un 28,4%; los resultados SIMCE de los establecimientos municipales se encuentran por debajo del promedio nacional, mientras que los particular subvencionados están levemente por sobre el promedio (ver gráfico).

Un tercio de los alumnos que entra a pedagogía no rinde PSU, y el 17% obtiene menos de 475 puntos (responden menos de 12 preguntas correctamente. Ver tabla); el 34% de los egresados de esta carrera tienen nivel insuficiente en conocimiento pedagógico y un 56% obtuvo resultados insuficientes en la prueba de conocimientos disciplinarios (según Prueba Inicia 2013 rendida voluntariamente por el 15% de los egresados).

Finalmente, Chile tiene una de las más bajas remuneraciones docentes en comparación con las economías de la OCDE. Dentro de nuestro país, la labor docente es menos rentable que profesiones similares. Esto hace que la tarea docente sea poco valorada y poco atractiva (ver gráfico).



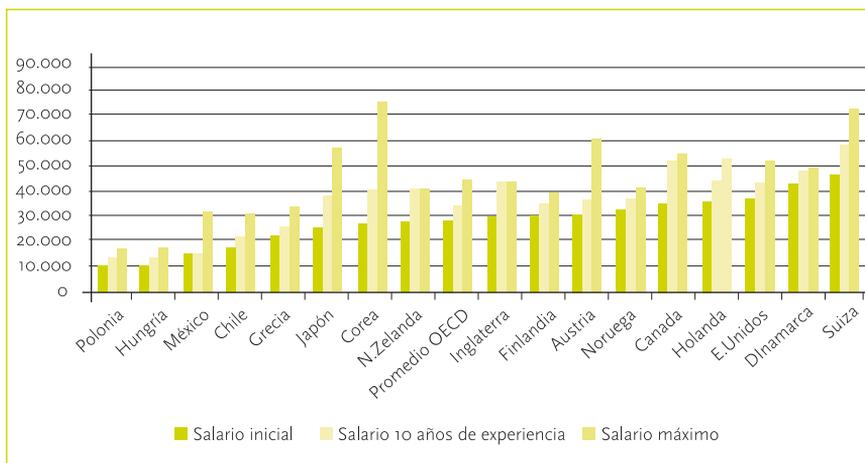
Fuente: MINEDUC (Marzo 2014) Diagnósticos y desafíos para la educación chilena.

Matriculados en pedagogías por puntaje PSU, año 2012.¹⁴

Tramo PSU	Nº Alumnos	Porcentaje
No rinde PSU	7.049	29%
Menor a 475 puntos	4.262	17%
Entre 475 y 499 puntos	1.797	7%
Entre 500 y 600 puntos	8.604	35%
Entre 600 y 700 puntos	2.601	11%
Sobre 700 puntos	162	1%
Total Matrícula	42.475	

14. Fuente: Presentación Ministra de Educación, en Comisión de Educación de la Cámara, 30 de Julio de 2013.

Remuneración promedio anual de docentes de enseñanza básica (dólares PPP)¹⁵



Fuente: Education at a glance 2013, OCDE.

VI. Conclusiones

A la luz de lo señalado, cuesta entender que como país no estemos poniendo todos los esfuerzos económicos y legislativos en atender la crisis de la Educación Municipal y la urgente necesidad de crear un sistema de desarrollo profesional que permita atraer y retener en el aula a los mejores profesores. Es primordial comenzar a discutir como país, y para ello se adelantan algunas ideas para el debate:

6.1. La solución no es entregar más recursos

Durante los últimos años se han creado diversos fondos para apoyar a la Educación Municipal, sin tener a la fecha certeza de la efectividad de ese gasto en recuperación de matrícula, y menos en mejoras en calidad

15. Fuente: Education at a glance 2013, OCDE.

de la educación. Sin ir más lejos, entre 2010 y 2014 se entregaron recursos extraordinarios a municipios por casi US\$2,200 millones, cuya desagregación se muestra en el cuadro siguiente:

Fondos exclusivos para la educación municipal entre 2010 y 2014¹⁶

Fundamento	Fondo	Monto (millones de pesos 2014)	Fecha creación /Duración
Ley Calidad y Equidad de la Educación	Concursos públicos jefes DAEM y directores de establecimientos	4.827	2011/5 años
	Plan de retiro y bono a docentes jubilados	151.168	2011
	Para fines educacionales	47.097	2011/3 años
Mejor gestión	Programa de Apoyo a la Educación Pública Municipal	71.092	2012
	Programa de Apoyo a la Educación Pública Municipal de Calidad	134.160	2013
	Fondo de Apoyo a la Gestión de Educación Municipal	201.916	2008 / 5 años
Infraestructura y equipamiento	Fondo de Infraestructura Escolar (FIE) de la SUBDERE	432.280	1994
	Fondo de Reconversión de Infraestructura Escolar	16.372	2012
	Infraestructura liceos tradicionales	74.903	2009
	Equipamiento Técnico Profesional	91.000	2009
Otros	Asignación Variable por Desempeño Individual (AVDI)	52.803	2004

16. Memoria MINEDUC 2010-2014.

6.2. Es fundamental realizar un seguimiento y evaluación de las modificaciones que hizo la Ley de Calidad y Equidad (20.501) al Estatuto Docente el año 2011, en especial:

a) La Nueva forma de selección de Jefes DAEM, a través, del sistema de Alta Dirección Pública. *Hasta el 2013 y desde la implementación de la ley, 81 jefes de DAEM habían sido seleccionados y elegidos mediante este sistema*¹⁷, ¿Están accediendo a mejores remuneraciones, tienen efectivamente más atribuciones y es aplicable el convenio de desempeño con el sostenedor?

b) Nuevo Sistema de selección de directores, para que sean elegidos en base a criterios técnicos y de calidad según las necesidades de cada establecimiento. *Hasta 2013 se han elegido 847 directores de establecimientos municipales mediante este nuevo sistema*¹⁸.

c) Mayores atribuciones y responsabilidades para directores: mediante la facultad de seleccionar a su equipo directivo y técnico pedagógico de su exclusiva confianza. ¿han logrado tener un equipo cohesionado con una visión común del proyecto educativo?

d) Término de la inamovilidad de los docentes de bajo desempeño: por primera vez se permitió al director la posibilidad de poner término a la relación laboral de los docentes de mal desempeño en la Evaluación Docente (“básico” e “insatisfactorio”), con un tope anual de un 5% de la dotación. ¿Qué efecto tuvo esta política? ¿Fue suficiente?

A partir de estas conclusiones se debe iniciar un trabajo que busque mejorar los instrumentos para el logro de estos objetivo, que ya sabemos son consensuados entre los distintos sectores políticos.

17. Memoria 2010-2014 – Ministerio de Educación.

18. Memoria 2010-2014 – Ministerio de Educación.

6.3. La educación municipal debe ser una opción real para las familias

Para ello se requiere potenciar sus capacidades, promover la autonomía de las escuelas, generando los incentivos que aseguren mejoras en calidad y propiciando las condiciones para que existan verdaderos responsables. A ello apuntaba el proyecto de ley que crea las agencias públicas de educación local¹⁹, por lo que éste debiera ser un aspecto a considerar para avanzar en el fortalecimiento de la institucionalidad municipal o buscar alternativas descentralizadas que puedan hacerse cargo de las necesidades de las familias que envían a sus hijos a los establecimientos estatales.

6.4. Carrera Docente

Actualmente se encuentra en trámite legislativo un proyecto de ley sobre formación docente e inicio de la carrera profesional²⁰ que contempla la creación de un sistema de desarrollo profesional que permita atraer y retener en el aula a los mejores profesores, otorgándole una mayor remuneración a los jóvenes meritorios, así como a los que actualmente están en el sistema y que demuestran mayores competencias, sobre todo si optan por ejercer su profesión en sectores de alta vulnerabilidad.

19. Boletín: 8082-04 Crea las agencias públicas de educación local y establece otras normas de fortalecimiento de la educación estatal ingresado en diciembre de 2011.

20. Boletín: 8189-04 Establece el sistema de promoción y desarrollo profesional docente del sector municipal ingresado a la Cámara de Diputados en marzo de 2012 y que se encuentra en su segundo trámite constitucional.

AFP Estatal

¿Solución al aumento de las pensiones?

• 09 de julio de 2014 •

La creación de una AFP Estatal está en el centro del debate. Su justificación radicaría en el bajo nivel, tanto de las pensiones, como de la cobertura de afiliados. Sin embargo, ¿Es la propiedad de la Administradora de Fondos de Pensiones un factor relevante a la hora de considerar y resolver ambos problemas? El presente número de Ideas y Propuestas responde esta interrogante, además de alertar sobre los posibles inconvenientes que podrían surgir en el mercado de las AFP con la entrada de un operador estatal.

I. Introducción

El 16 de junio de este año, el gobierno envió a la Cámara de Diputados el proyecto de ley que crea una Administradora de Fondos de Pensiones del Estado (AFP Estatal). El mensaje señala que su creación tiene dos objetivos fundamentales: aumentar la cobertura para un sector que presenta bajos niveles de participación en el Sistema, como son los trabajadores independientes y los trabajadores en zonas geográficas alejadas de centros urbanos; y además, introducir mayor competencia entre las Administradoras de Fondos de Pensiones, respecto de las comisiones que cobran y la calidad de servicio que prestan a los afiliados. El diagnóstico es que las pensiones son bajas y no todos pueden acceder a ellas.

¿Qué ha pasado con el sistema previsional? Un dato relevante es el incremento de las expectativas de vida de los chilenos. Los hombres hoy viven 6 años más desde que se creó el sistema y las mujeres viven 7 años más que en 1981. Esto ha llevado a que, con idéntico saldo de ahorro, los afiliados obtengan una menor pensión –de un 26% en la pensión de un hombre y de un 20% en la de una mujer– porque deben financiar más años la jubilación. Por otro lado, la tasa de interés técnica con la que se calculan las pensiones también ha experimentado una reducción, siguiendo el comportamiento a nivel global. Así, por ejemplo, la Renta Vitalicia pasó de niveles que llegaron a un 5% a menos de 3%, lo que implica una caída cercana a un 20%. El Retiro Programado llegó a niveles sobre un 7% y hoy está llegando a 3,8% en el 2014, lo que implica una caída de un 27% en las pensiones.

Otro factor que explica la actual situación previsional de los chilenos es el mercado laboral. Según datos de la Subsecretaría de Previsión Social sólo el 51% de los hombres trabajan con contrato de trabajo y las mujeres en igual situación representan sólo el 29%. El resto del tiempo, están sin contrato de trabajo –como independientes o por cuenta propia– o cesantes y, por lo tanto, no aportan para su pensión.

¿Se puede afirmar, entonces, que el sistema no es bueno? Un análisis desapasionado del mismo indica lo contrario. De hecho, la rentabilidad

del ahorro previsional ha tenido un buen desempeño –superior a un 8% promedio real anual– desde 1981, lo cual ha compensado, para muchos trabajadores, la falta de cotizaciones. Se podrá alegar que para aquellos con escasos aportes, la rentabilidad todavía no es suficiente, pero en relación al antiguo sistema, los trabajadores actuales tiene una ventaja: son dueños del ahorro –que se les devuelve, junto con la rentabilidad, como pensión– mientras que para los antiguos trabajadores la imposición era un impuesto que debía cumplir con los requisitos de semanas de imposición para lograr pensionarse. De hecho, se estima que la mitad de los imponentes de las antiguas cajas no lograron pensión.

Es más, la anterior Comisión Asesora para la Reforma Previsional de la presidenta Bachelet, concluyó el 2006 que “para trabajadores con empleos estables, que cotizan con regularidad a lo largo de toda su vida laboral, los fondos acumulados permiten financiar pensiones cercanas a sus ingresos en actividad”. El desafío presente –de la actual Comisión Asesora Presidencial, denominada Comisión Bravo– es recomendar medidas que permitan una mayor acumulación de fondos obligatorios que compensen la caída en las jubilaciones, a través, de la modificación de la tasa de cotización, la edad de retiro, el aumento de los periodos cotizados, el incremento del ahorro voluntario, e incorporación de trabajadores independientes y por cuenta propia, entre otros elementos.

II. ¿Es la AFP estatal una solución a las bajas pensiones?

Todo indica que una AFP Estatal no solucionará, por sí misma, el problema de las bajas pensiones. En efecto, esta situación es producto de varios factores, algunos de los cuales ya se han mencionado: una baja densidad de cotizaciones; el aumento de las expectativas de vida de los cotizantes; la baja de la tasa de interés para calcular las pensiones de retiro programado y renta vitalicia; tardanza en la entrada a la fuerza de trabajo; el daño previsional a empleados públicos; el daño tributario por inversión en acciones locales; y la baja edad de jubilación de las mujeres, entre otros. Todos estos aspectos, como es lógico, no tienen ninguna relación con el carácter privado o estatal de la administradora. Es más, entre los expertos

existe claridad en que las vías de solución son de dos tipos. Las primeras, de largo plazo, cómo aumentar el ahorro e incrementar el tiempo de aporte. Las segundas, de corto y/o mediano plazo que consistan en diseñar incentivos directos al relleno de las denominadas “lagunas previsionales”, o establecer un mínimo de años cotizados para poder jubilar.

2.1 La competitividad en el cobro de comisiones

En relación con los fines por los cuales se pretende contar con una AFP estatal, las ventajas no son claras. En cuanto a incentivar la competencia en el cobro de comisiones, esta materia ya ha sido abordada adecuadamente en la Reforma Previsional de 2008, con el mecanismo de licitación de la cartera de nuevos afiliados. Dicha estrategia se ha puesto en práctica en tres oportunidades y ha demostrado ser una eficaz herramienta técnica para rebajar los precios, introduciendo mayor competencia al sector. La experiencia indica que no existe espacio para que una AFP Estatal pudiere cobrar menos que el 0,47% ofertado en la última licitación, incluso habría dificultad de poder igualar la comisión de 0,77 % de la segunda licitación.

Ahora bien, si con tal de presionar la rebaja de las comisiones la AFP del Estado cobrara comisiones inferiores a las que arroja la licitación, la AFP no sólo no se financiaría, sino que terminaría siendo subsidiada con cargo al erario nacional (incluso, de formas implícitas). Si ese fuera el caso se introduciría un elemento de competencia desleal y de opacidad fiscal, que terminaría en un trato económico discriminatorio respecto de los agentes de un mercado: el de la administración de fondos previsionales respecto de las AFP privadas que no recibirían tal subsidio.

Por lo demás, la alternativa de precios está disponible para cualquier trabajador y las diferencias de comisiones entre las distintas AFP se informan periódicamente, ya sea a través de la cartola cuatrimestral o los medios de comunicación. Habría que preguntarse, entonces, por qué razón los trabajadores no se cambian de administradora, en circunstancias que dicho cambio resulta ser un trámite muy simple que, incluso, se puede hacer por internet.

Dichas razones, podrían encontrarse, en que los afiliados valoran también otros atributos de las AFP, como la rentabilidad de los Fondos de Pensiones, calidad del servicio, la reputación de su administradora, etc. De esta forma, si una AFP ofrece una baja tasa de administración pero entrega una baja rentabilidad o un mal servicio, el producto no debiera ser finalmente atractivo. Ello demuestra que la sensibilidad al valor de la comisión es sólo una variable a considerar en la decisión del afiliado. En todo caso, debe insistirse en que este aspecto es precipitado de evaluar, teniendo en vista solamente dos licitaciones y una tercera a implementarse a partir de agosto próximo.

2.2 Atención preferente a trabajadores independientes, de menores rentas y quienes laboran en zonas apartadas de los grandes centros urbanos

En cuanto a la captación de más cotizantes tampoco se ven los beneficios de contar con una AFP del Estado. En la actualidad las AFP tienen 9,7 millones de afiliados, cifra superior a la fuerza de trabajo, acogiendo a una gran proporción de trabajadores independientes sin la obligación histórica de cotizar. Además, con el esquema de cotización de las personas que emiten boletas de honorarios, se está abarcando a la gran mayoría.

Lo anterior es importante. Actualmente existe obligatoriedad legal de afiliación y cotización de los trabajadores dependientes, y a partir del año 2015 de los independientes a honorarios. Esta fue una medida adoptada en la Reforma Previsional de 2008 que está siendo cuestionada sin siquiera dejarla entrar en funcionamiento para una evaluación más objetiva. Nuevamente, la justificación de una AFP Estatal como “solución” se contrapone a una medida técnica ya en implementación, respecto de la cobertura de los independientes y que, sorpresivamente para todos los analistas, tuvo una importante partida en 2013 con 310.000 trabajadores a honorarios, cifra muy superior a las estimaciones más optimistas.

En relación con las distancias geográficas, el verdadero problema de la cobertura no tiene que ver con que existan lugares apartados o remotos o que exista un supuesto “desinterés de la industria” en determinados sectores de la población, si no con la informalidad del empleo, sea dependiente o

independiente. Luego, las medidas que fortalezcan o incentiven la formalidad del empleo –un tema más bien estructural de la organización de la fuerza de trabajo en Chile y no del sistema previsional– serán las claves para una mejor cobertura del Sistema de Pensiones.

2.3 Aumentar la rentabilidad de los Fondos de Pensiones

Aunque ninguno de los impulsores de una AFP Estatal ha postulado que ella misma sea una herramienta para aumentar la rentabilidad de los fondos de pensiones, conviene examinar el punto. Las inversiones de los Fondos de Pensiones (FP) están fuertemente reguladas por el Estado, tanto por la Ley, como por la reglamentación de la Superintendencia de Pensiones. Si éste conociera cómo mejorar la rentabilidad de las inversiones de los FP (sin aumentar el riesgo de las mismas), lo que debería hacer es mejorar la ley y/o la reglamentación de las inversiones, en beneficio de todos los trabajadores y no solamente de los afiliados a la AFP Estatal.

Más allá de las fundamentaciones de la iniciativa del gobierno, resultan evidentes los riesgos y problemas que genera la instauración de una AFP Estatal: en primer lugar, desincentiva el ingreso de nuevos competidores. Pocos operadores privados estarán dispuestos a entrar a un mercado donde una institución del Estado posee medios que ningún particular posee.

En segundo lugar, se presentará un alto riesgo de competencia desleal, pues una AFP del Estado podría contar con recursos –diferente costo financiero– e infraestructura fiscal que una entidad privada no cuenta. En efecto, deberá efectuar una fuerte inversión para generar las oficinas, sucursales, tecnologías, sistemas informáticos y puntos de atención en centros rurales o con baja densidad de habitantes o deberá ocupar las actuales dependencias estatales para prestar este servicio. Esto último, podría generar una discriminación en el trato económico del Estado a los particulares y desincentivar la expansión territorial de las AFP privadas.

Podría producirse, por ejemplo, que una AFP Estatal participara en una licitación de afiliados sin la búsqueda de obtención de utilidades, desmejorando las oportunidades de operadores privados. Además,

siempre estará latente la posibilidad de que gobiernos legislen y regulen la actividad entregando ventajas a la entidad gubernamental. Lo anterior, es especialmente delicado en materia de fiscalización, pues el Estado, a través de los organismos competentes, sería juez y parte. En efecto, la AFP Estatal y el Estado serían o debieran calificarse como un mismo grupo empresarial, si se tomaran los mismos parámetros y reglas que se aplican a las AFP.

Otro peligro latente es que se den las condiciones propicias para una afiliación masiva de empleados públicos a la AFP Estatal, pudiendo ejercer presión para obtener un tratamiento y beneficios distintos al resto de los afiliados. Pero el riesgo de la politización no se acaba aquí, también podrían verse afectadas sus decisiones de inversión, transformándose por ejemplo, en una caja pagadora o fuente de financiamiento para proyectos poco rentables, con el consiguiente menor retorno para sus afiliados. Esto, aparte del rol que por esta vía podría terminar jugando el sector público en la conformación de directorios de empresas privadas en las que invierten fondos previsionales las AFP. Finalmente, en los periodos de baja rentabilidad se podrían generar presiones para que el gobierno respectivo asuma los “bajos retornos”.

III. ¿Qué tipo de AFP se pretende crear?

La competencia en el sistema de pensiones es deseable, pero con entidades de giro único que compitan bajo idénticas reglas del juego. En la Ley que regula a las AFP (D.L. 3.500) no se contemplan limitaciones a chilenos ni extranjeros para participar de la propiedad de una administradora, lo cual ha permitido un mercado abierto por el que han transitado 34 administradoras –en distintos periodos de tiempo– a lo largo de los años de funcionamiento del sistema de ahorro y capitalización en Chile.

La Ley que creó las AFP en 1981 estableció que: “Las Administradoras de Fondos de Pensiones, serán sociedades anónimas que tendrán como objeto exclusivo administrar Fondos de Pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios que establece esta ley”. Para constituir una AFP se requiere sólo un capital de 5.000 UF; llevar contabilidad separada

de cada uno de los fondos de pensiones que administre y no prestar ningún otro servicio, beneficio ni prestación que no esté inserta en el campo previsional y expresamente definido en la Ley. Esta norma se complementa con el establecimiento de prohibiciones expresas y la fijación de límites a su accionar, determinando responsabilidades patrimoniales o administrativas de no cumplirse con la normativa.

Uno de esos límites es el establecimiento del giro único, cuyo principal objetivo es resguardar la integridad del ahorro previsional obligatorio de los trabajadores, que es de largo plazo. Para esto las AFP deberán efectuar todas las gestiones que sean necesarias de modo de obtener una adecuada rentabilidad y seguridad de las inversiones de los fondos que administran. Lo anterior significa que su accionar debe estar dirigido exclusivamente al interés de los fondos y deben asegurarse que todas las operaciones de compra y venta de títulos se realicen con dicho objetivo. Pero además del giro único, se han establecido una serie de normas complementarias que ayudan a lograr los objetivos del sistema previsional, tales como la separación patrimonial entre la administradora y el fondo de pensiones, la comercialización exclusiva, la regulación de los conflictos de interés en la administración de estos fondos y la supervisión única y especializada.

En virtud de lo anterior, una AFP Estatal que cumple con las mismas reglas del juego deberá ceñirse a las siguientes condiciones:

- a) Ser una sociedad anónima estatal, con patrimonio propio y capital mínimo inicial (lo cual supone, un primer desembolso fiscal desde el presupuesto nacional), fiscalizada por la Superintendencia de Pensiones y de Valores y Seguros, administrada por un directorio bajo las reglas de las sociedades anónimas abiertas de la Ley 18.046.
- b) Debe estar sujeta a las mismas reglas con que operan las AFP bajo las normas del DL 3.500, en especial, en materia de operación como giro único, sucursales, mecanismos de control de inversiones, supervisión de riesgo, no pudiendo ofrecer beneficios diversos a las pensiones que entrega el Sistema Previsional (por ejemplo, distribuir dividendos

a sus afiliados, como si fueran accionistas de la sociedad) u obtener ventajas para sí en la interacción con otras instituciones fiscales.

- c) En este último aspecto, no podría tener oficinas conjuntas con su mismo grupo empresarial (Art. 153 DL 3.500) o sea con el Banco del Estado, IPS, etc. ni compartir personal, sistemas informáticos, entre otros.
- d) Problema aparte será resolver como invierte la AFP Estatal en instrumentos del Estado, pues debe considerarse que forman parte del mismo grupo empresarial, en el supuesto de aplicarse las mismas reglas que rigen a la industria de las AFP.
- e) La AFP debiera ser capaz de financiarse con los ingresos por comisiones (sin subsidios de ninguna especie) y de no operar a pérdidas, y ser capaz de responder y solventar con su propio patrimonio a la obligación de encaje (1% de los fondos invertidos).

Una última consideración en este punto es que por mandato constitucional al Estado le corresponde un rol subsidiario en materia económica. Bajo este principio, la iniciativa de una AFP Estatal sólo tendría una cabida racional si los particulares no se encontrasen en condición de proveer la actividad de administrar fondos previsionales de un modo competente y el Estado tuviese que administrar por sí mismo dichos fondos, ante la incapacidad o desinterés de los privados.

Desde luego, y como se ha explicado en este documento, ninguno de los dos fundamentos que explicarían la iniciativa, esto es, mayor competencia de precios y cobertura, los puede realizar el Estado de un mejor modo con una AFP Estatal. Es más, respecto del primer aspecto –como ya se ha señalado– ya existe una política pública idónea como lo es el mecanismo de licitación de cartera de nuevos afiliados en plena implementación, pero que se quiere soslayar de modo precipitado como abrupto. La iniciativa de crear la no ha podido demostrar que pueda ofrecer tasas competitivas equiparables a las de la segunda licitación (0,77%) ni menos de la tercera (0,47%), sin que ello implique a la larga un subsidio fiscal.

IV. Conclusiones

En general, la creación de una AFP Estatal provocará los siguientes problemas y riesgos:

- a) Desincentiva el ingreso de nuevas AFP: Pocos operadores privados estarán dispuestos a entrar a un mercado donde el Estado no tendrá contrapeso ya que posee herramientas que ningún particular posee, generando concentración en el mercado.
- b) Riesgo de competencia desleal: La entrada del Estado en el mercado de las AFP generará competencia desleal, porque se utilizarán recursos fiscales que no tienen igual costo financiero a los que tiene acceso el sector privado.
- c) Conflictos en la fiscalización: El Estado será juez y parte.
- d) Conflictos en las inversiones: En la actualidad los Fondos de Pensiones invierten en torno a 35 mil millones de dólares en títulos o empresas relacionadas con el Estado (Enero 2014).
- e) Injerencia del Estado en las empresas: A través de los directores que deben nombrar las AFP, podría darse el caso que decisiones que tome un directorio pueden estar en conflicto con políticas gubernamentales, especialmente en sectores regulados (sector eléctrico, telecomunicaciones, sanitario, etc.), lo que puede conducir a importantes conflictos de interés en la actuación de estos personeros en la empresa.
- f) Riesgo de presiones sociales y políticas por mayores beneficios: Una AFP Estatal puede generar el escenario propicio para que los afiliados a esa entidad presionen por obtener beneficios distintos al resto, que pueden no tener relación con el esfuerzo de ahorro que haya realizado y que podrían contar con el apoyo de sectores políticos.

Propuesta reforma de Pensiones Fundación Jaime Guzmán

• 13 de agosto de 2014 •

En Chile se ha generalizado la percepción de que las pensiones son bajas. Para elaborar un diagnóstico preciso del funcionamiento del sistema de pensiones, se requiere tomar en consideración las cifras concretas sobre rentabilidad, cobertura y tasas de reemplazo, además de los aspectos cognitivos que afectan la percepción sobre el funcionamiento del sistema y cómo cada individuo enfrenta sus decisiones de previsión. El siguiente documento analizará todos estos antecedentes y entregará propuestas concretas para mejorar el sistema.

I. Introducción

En Chile se ha generalizado la percepción de que las pensiones son bajas. Citando a la presidenta “las pensiones no están a la altura de lo que esperarían los trabajadores y trabajadoras” (Bachelet, 2014). Para elaborar un diagnóstico preciso del funcionamiento del sistema de pensiones, se requiere tomar en consideración las cifras concretas sobre rentabilidad, cobertura y tasas de reemplazo, además de los aspectos cognitivos que afectan la percepción sobre el funcionamiento del sistema y cómo cada individuo enfrenta sus decisiones de previsión. La siguiente presentación tiene ese objetivo y está estructurada de la siguiente forma: en primer lugar se revisarán algunos datos objetivos sobre el sistema de pensiones en Chile, destacando lo positivo y lo negativo. En segundo lugar, se definirán los aspectos cognitivos relevantes a tomar en consideración para una reforma previsional. En tercer lugar, se hará una crítica a los sistemas de reparto para finalizar con propuestas concretas para mejorar el sistema de capitalización individual.

II. Situación actual del sistema de pensiones en Chile

A continuación se enumeran algunos datos objetivos sobre el sistema de pensiones en Chile, en comparación con los sistemas de otros países miembros de la OECD.

- a) La tasa de cotización de Chile (10%) es la más baja de los países miembros de la OCDE (OECD, 2012).
- b) El sistema de AFP en Chile exhibe de los retornos más altos comparados a nivel mundial (8,7% de rentabilidad anual entre 1981 y 2012). De acuerdo a la OECD, entre los años 2002-2010, Chile lideró en comparación con los otros países miembros (OECD, 2012). Además, a pesar de la peor crisis económica mundial desde 1929, los fondos se vieron menos afectados que otras naciones de la organización.
- c) Las edades de jubilación en el país son bajas. Las mujeres, en

particular, representan el porcentaje más bajo de las naciones integrantes de la OECD y exhibiendo también un promedio de vida superior, estando sobre la media.

d) El sistema de capitalización individual ha contribuido al desarrollo económico del país. Diversos estudios han encontrado que el actual sistema de pensiones ha favorecido al ahorro e inversión, el empleo, y también la profundización del mercado financiero en Chile. El estudio de Corbo y Schmidt-Hebbel (2003), por ejemplo, estimó que aproximadamente un 20% del crecimiento del PIB entre 1982 y 2001 se debe al cambio en el sistema de pensiones. Otros autores han encontrado resultados similares, tanto para Chile en el período post 2001, como para otros países latinoamericanos (Acuña, 2013).

La pregunta de fondo es ¿por qué un sistema que es sustentable y que objetivamente ha generado beneficios tanto para los afiliados como para el país es considerado malo? Para responder esta pregunta es necesario entender la forma en que se suelen tomar las decisiones en materia previsional.

III. Aspectos cognitivos de la toma de decisiones previsionales

Existen tres factores necesarios para entender cómo las personas toman decisiones sobre material previsional. Estos elementos son el “descuento hiperbólico del tiempo”, “el efecto magnitud” y la “trampa del anclaje”.

El “descuento hiperbólico del tiempo” se refiere a cómo la gente procesa temporalmente las recompensas. La teoría dice que dadas dos ganancias similares, las personas elijarán la que ocurre antes (Ainslie, 1975). Por lo mismo, cuando se evalúa el monto futuro de pensión, se tiende a descontar esa información por un factor que aumenta en función de los años que quedan para la jubilación.

El problema es que los humanos no suelen ser muy consistentes en la forma en que descuentan el tiempo. Por ejemplo, dada la opción de recibir 90.000 pesos hoy versus 120.000 en un año, la mayoría de las personas

prefiere lo primero. Sin embargo, si se cambia la formulación de la pregunta y ofrecemos recibir 90.000 en 7 años o 120.000 en 8 años (nótese que la diferencia temporal sigue siendo un año), las personas eligen la segunda opción (Prelec, 2004). Esta inconsistencia temporal implica que las personas exhiben un sesgo por lo inmediato, y que descuentan el tiempo no de manera compuesta (como los intereses bancarios), sino que de manera hiperbólica³. En otras palabras, la tasa de descuento disminuye en función del tiempo (ver Frederick et al., 2002 para una revisión crítica de la literatura).

El descuento hiperbólico del tiempo tiene dos implicancias para las decisiones sobre pensiones:

3.1 Factibilidad de aumentar la edad de jubilación

Para los más jóvenes, dado que la tasa de descuento disminuye en función del tiempo, no debiese ser un mayor problema el aumentar la edad de jubilación. Empíricamente, esto se podría testear mediante encuestas. Por ejemplo, si el cotizante tiene 30 años, se le puede preguntar: “¿usted prefiere recibir una pensión de 20 UF en 35 años, o una de 26 UF en 38 años?” De acuerdo a la teoría, la mayoría de las personas deberían optar por lo segundo, por lo que sería factible subir las edades.

Los cotizantes que están próximos a jubilar, sin embargo, pueden exhibir un comportamiento distinto. En ese caso, las personas tienden a elegir lo inmediato, por lo que un aumento en la edad de jubilación para ese grupo etario sería poco factible.

Propuesta 1: Aumento de la edad de jubilación para las personas más jóvenes, a 67 años para los hombres y 65 años para las mujeres. Estudios de la Superintendencia de Pensiones han calculado que esto aumentaría

3. El descuento hiperbólico del tiempo también ha sido observado en animales (ej. palomas, monos) ya que tiene una raíz neurológica: los neurotransmisores (dopaminas) exhiben un descuento temporal del tiempo (Shultz, 2010).

4. De acuerdo a la Superintendencia de Pensiones, postergar la edad de jubilación en tres años más allá de la edad legal tiene un retorno de un 30% por sobre la pensión a la edad legal (Miranda, 2013).

un 17% en las pensiones de los hombres y un 48% las pensiones de las mujeres (SP, 2012).

3.2 Implicancias sobre la “educación previsional”

La forma en que se descuenta el tiempo implica que la efectividad de una campaña de educación será inversamente proporcional a la cantidad de años que le quedan para jubilar al cotizante. Es decir, éstas serán poco efectivas para modificar el comportamiento de los más jóvenes.

Para las personas que están próximas a jubilar, sin embargo, estas iniciativas pueden ser efectivas, como lo ha demostrado el envío de información sobre la proyección de pensión personalizada (PPP) a los afiliados de los fondos de pensiones. Un reciente estudio de la Superintendencia de Pensiones encontró que la gente cercana a la edad legal de jubilación⁵ que recibió información periódica (al menos durante 2 años) sobre las implicancias de postergar su retiro en 3 años, eran más susceptibles a retrasar el proceso (Miranda, 2013).

Propuesta 2: Focalización de la educación previsional en la población próxima a jubilar. Se sugiere aumentar la tasa de envío de información sobre la proyección de pensión personalizada (PPP), pasando de cartolas cuatrimestrales a bimestrales para todas las personas que estén a 10 años de jubilar.

La pregunta es ¿por qué una persona que está a menos de 10 años de jubilar podría no privilegiar la inmediatez, como indica la teoría? Para contestar, hay que tomar dos factores en consideración. El primero es que la evidencia empírica ha encontrado que la tasa de descuento varía fuertemente con el tiempo. Sin embargo, como se muestra en la Figura 1, este aumento en la tasa tiende a ocurrir sobre todo cuando el horizonte de evaluación es corto (menor a un año), luego del cual la tasa de descuento permanece más estable (Frederick, 2002). Es decir, a menos que el individuo esté a uno o dos años de jubilar, este preferirá postergar su edad de jubilación.

5. Hombres desde 56 hasta 63 años de edad, y mujeres desde 51 a 58 años de edad.

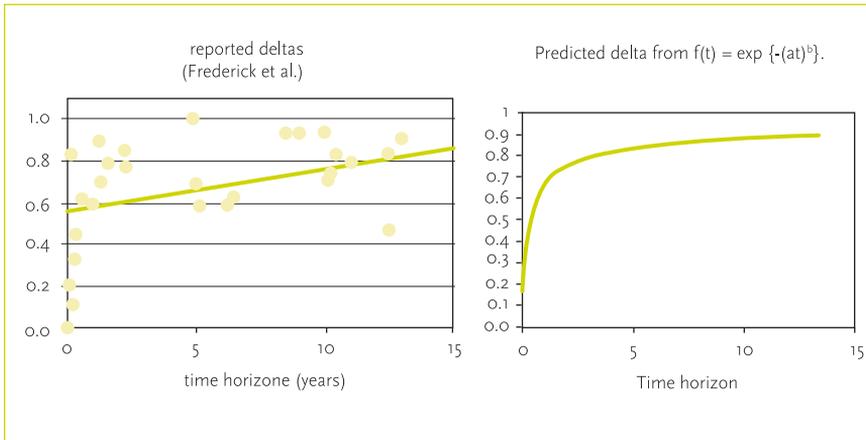


Figura 1: Tasas de descuento en función del tiempo (Frederick et al., 2002)

Un segundo factor cognitivo que explica porque las personas que están próximas a jubilar estarían dispuestas a postergar esta decisión se refiere al “efecto magnitud.” De acuerdo a la literatura, la gente tiende a descontar montos mayores a una tasa menor que cifras pequeñas (Frederick et al., 2002). En el clásico estudio de Thaler (1981), las personas mostraron, en promedio, ser indiferentes en recibir \$15 ahora o \$60 en un año; \$250 o \$350 en el mismo periodo; y \$3.000 de forma inmediata o \$4.000 en doce meses, lo que implica una tasa de descuento de 139%, 34% y 29% respectivamente (Thaler, 1981). Es decir, mientras más grande sea el fondo de pensión individual, menor será la tasa a la que la persona descontará la decisión de postergar la edad de jubilación. Esto es consistente con los resultados del estudio de la Superintendencia de Pensiones, que encontró que quienes más aplazan el proceso son los afiliados de alto ahorro acumulado en su cuenta de ahorro obligatoria, de mayores pensiones proyectadas a la edad legal y de mejores habilidades cognitivas y no cognitivas (Miranda, 2013).

Finalmente, un tercer aspecto que afecta nuestra percepción sobre el sistema de pensiones son las “trampas de anclaje”. Diversos estudios han encontrado que los humanos tendemos a ponderar más la información

que se nos presenta primero, que sirve como ancla al momento de tomar decisiones (Tversky y Khaneman, 1974).

En Chile existe la percepción que las pensiones son bajas y esa sensación está anclada con respecto al último salario de la persona. Es decir, mentalmente tendemos a calcular la tasa de reemplazo del sistema con respecto a nuestra liquidación más reciente, y no consideramos el promedio de los sueldos durante nuestra vida laboral.

Hay varios factores que contribuyen a aumentar la impresión negativa sobre la tasa de reemplazo de las pensiones. Estos son:

a) Rápido crecimiento económico, sobre todo el experimentado en los últimos años, que hace que el sueldo de la gente en edad de jubilar sean más altos que los que anteriormente habían obtenido durante su vida laboral.

b) La presencia de lagunas previsionales.

c) La crisis económica mundial influyó negativamente en los fondos de pensiones (sobre todo los más riesgosos), afectando distintas variables macroeconómicas. Actualmente nos encontramos en un período histórico donde hay abundante liquidez en los mercados y las tasas de interés son bajas. Esto último afecta la rentabilidad de los fondos más conservadores, con el consiguiente impacto en las personas que están cerca de jubilar.

d) El aumento de la longevidad de los chilenos ha provocado que el monto de las pensiones disminuya, por lo tanto hay que hacerlo rendir más años.

IV. Sistemas de reparto y justicia intergeneracional

Ante la propuesta de volver a un sistema de reparto, es necesario primero clarificar algunos datos objetivos:

a) Los sistemas de reparto requieren una tasa de cotización mayor a la actual. Es decir, conservando el 10% las pensiones promedio serían más bajas.

b) Estos métodos son proclives a ser capturados por grupos organizados con capacidad de lobby.

c) Volver a este régimen tiene consecuencias para el crecimiento del país porque el sistema actual de capitalización individual contribuye a aumentar el ahorro e inversión. Hay diversos estudios que muestran la contribución de lo mencionado (Corbo y Schmidt-Hebbel, 2003; Acuña, 2013). En consecuencia, si la nación deja de crecer, un sistema de reparto demandará tasas mayores por parte de los cotizantes (ver punto a).

d) En situaciones de envejecimiento de la población (como es el caso de Chile donde la tasa de natalidad está por debajo de la reposición (1,89 hijos por mujer durante su vida fértil, INE 2011), los sistemas de reparto se hacen insostenibles, lo que requiere volver a aumentar las tasas de cotización (ver punto a) o disminuir el monto de las pensiones o la cobertura (ver punto b).

e) En situaciones de aumento de la expectativa de vida de la ciudadanía, los sistemas de reparto demandarán tasas mayores de cotización por parte de la población laboralmente activa (ver punto a).

En consecuencia, es evidente que los sistemas de reparto no son sostenibles en el tiempo, dadas las características demográficas, económicas y políticas de Chile. Incluso, podrían no ser justos, sobre todo tomando en consideración a las futuras generaciones.

4.1. Aspectos legales y de justicia

Hay aspectos tanto legales como de justicia atinentes a la instalación de un eventual sistema de reparto que conviene considerar.

Los Estados deben ser responsables respecto a las cosas que le prometen y ofrecen a las personas. En este sentido, durante los últimos 34 años se ha dicho que los fondos de pensiones son de capitalización individual, es decir, lo que acumula un trabajador es de su propiedad. Por consiguiente, desde un punto de vista legal, se pueden considerar las actuales cotizaciones como parte del patrimonio de los individuos. La primera pregunta, entonces, es si es legal y justa una posible expropiación de estos recursos para volver a un sistema de reparto? Al respecto, hay que tener en consideración que el derecho de propiedad no solo está consagrado en la Constitución de Chile, sino que también en el Pacto de San José de Costa Rica. En consecuencia, la posibilidad de tomar los recursos existentes para financiar lo antes mencionado, podría afectar el derecho de propiedad y eventualmente dar causa a demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Existen precedentes sobre pronunciamientos de esta entidad en asuntos de pensiones. En particular, el caso de los “Cinco Pensionistas vs. Perú”, que si bien es un ejemplo diferente a la hipotética expropiación de los fondos de las AFP en Chile, ha hecho que la corte se pronuncie sobre el derecho de propiedad en materia de jubilación (Corte IDH, 2003).

Pero más allá de las consideraciones legales, el problema subyacente de los sistemas de repartos es de justicia. Todos los sistemas previsionales merecen ser revisados cada 30 o 40 años, porque los cambios sociodemográficos son gigantescos. En Chile, el aumento de la longevidad y la baja tasa de natalidad demandarán contribuciones cada vez mayores para mantener a los pensionados bajo una lógica de reparto. Entonces, reinstaurar un sistema de este tipo no solo es irresponsable, ya que es poco sustentable, sino que también es injusto para las generaciones que vendrán.

La única forma de que esta propuesta no sea así, desde la óptica de la justicia intergeneracional, es que a los cotizantes actuales se les exija una tasa de cotización mayor de manera de no recargar a las generaciones futuras (ver Cui et al., 2011). Es decir, dadas las proyecciones actuales y las tasas de reemplazo de la población, cada persona en edad laboral debería provisionar un porcentaje adicional de su sueldo de manera de aliviar las cotizaciones de las generaciones venideras. De no tomarse en cuenta esta provisión, se podría estar incentivando a que los afiliados actuales tomen

riesgos innecesarios (ej. subcotizar y no ahorrar) a sabiendas que los costos de esta decisión serán pagados más adelante.

La propuesta de generar un fondo de compensación para el futuro es técnicamente factible (Valdés, 2014). Sin embargo, desde la perspectiva de la ciencia política, es posible inferir que esta propuesta será frágil porque esas personas carecen de articulación o representación política. Entonces, cualquier tipo de compensación tenderá a ser capturado por las generaciones actuales, de modo que lograr una justicia intergeneracional a través de este mecanismo será en la práctica inviable.

4.2. Ineficiencia de sistemas híbridos

Este punto se refiere a la existencia de sistemas híbridos de pensiones, donde coexisten la cotización individual y de reparto. Lo primero que debe preguntarse es ¿cuál es el objetivo de un sistema de pensiones? Si el objetivo es lograr las pensiones más altas al menor costo posible, entonces está claro que el sistema de AFP es más eficiente que un sistema de reparto, por cuanto las tasas de retorno al capital (r) crecen más rápido que la economía (g), de acuerdo a la tesis de Piketty (2014).

¿Por qué, entonces, podría quererse un sistema híbrido? Si se deja de lado la eficiencia de éste, la pregunta sería si las personas estarían voluntariamente dispuestas a optar por un sistema de reparto a sabiendas que 1) es menos eficiente y 2) que se les exigiría una tasa de cotización mayor a la de uno de capitalización individual (esto para compensar la ineficiencia y además para compensar a las futuras generaciones). La respuesta, desde un punto de vista racional, es que nadie debiese elegir un sistema de reparto bajo estas condiciones. Por consiguiente, es mejor enfocarse en cómo mejorar el sistema de pensión actual.

V. Sistemas de capitalización individual: propuesta de mejoras

5.1 Para mejorar la información del sistema

Las encuestas indican que existe poca información por parte de los cotizantes sobre el sistema de pensiones (ver tabla 1). Esta falta tiene dos causas, la primera es que se tiende a poner poca atención sobre eventos futuros (recordar sección 3 sobre sesgos cognitivos) y la segunda es que la forma en que se presentan los datos sobre el sistema hace difícil la comparación. Al respecto se propone:

Propuesta 3: Cambiar la forma en que se cobran las comisiones de administración. En vez de que sea un porcentaje del sueldo, se podría recaudar un porcentaje sobre el monto administrado. Esto permitirá comparar a las AFP no sólo entre sí, sino que también con respecto a otras administradoras de fondos. Para evitar que esta propuesta afecte negativamente a los cotizantes que tienen lagunas previsionales (como no generan flujo, una comisión sobre el fondo administrado disminuiría su patrimonio) se propone pagar estas comisiones, a través, del seguro de cesantía de los cotizantes.

Tabla 1: Conocimiento del sistema de pensiones (Miranda, 2013)

		Ha recibido alguna Cartola de su AFP		Ha realizado APV		Conoce las distintas modalidades de pensión		Sabe que cumpliendo ciertos requisitos puede pensionarse anticipadamente	
Edad	Resp	Hombres	Mujeres	Hombre	Mujeres	Hombre	Mujeres	Hombre	Mujeres
Grupo 1: Hombres y mujeres 20-30 años	sí	64.63%	66.37%	9.82%	5.90%	1.77%	3.38%	28.46%	33.45%
	no	35.37%	33.63%	90.18%	94.10%	98.23%	96.62%	71.54%	66.55%
Grupo 2; Hombres 30-55, 30-50 mujeres	sí	68.78%	63.78%	12.20%	9.04%	5.46%	4.98%	38.15%	33.66%
	no	31.22%	36.22%	87.80%	90.96%	94.54%	95.02%	61.85%	66.34%
Grupo 3; Hombres 56-63,51-58 mujeres	sí	64.21%	66.39%	8.21%	11.05%	12.22%	7.64%	46.39%	37.50%
	no	35.79%	33.61%	91.79%	88.95%	87.78%	92.36%	53.61%	62.50%

Fuente: Encuesta protección social (EPS) 2009

5.2 Para aumentar eficiencia del sistema

Si se analizan los cobros de comisión de las AFP, es posible ver que existe mucha más variabilidad en las comisiones que estas cobran a los cotizantes, pero esta varianza disminuye en el mercado de los pensionados (ver tabla 2). Esto sucede por dos factores: el primero es que éste es más competitivo, ya que las AFP luchan con las compañías de seguro que ofrecen rentas vitalicias. El segundo elemento es cognitivo, y se refiere a la inercia que exhiben las personas que tienden a permanecer con su opción inicial, lo que se conoce en la literatura como el “default effect” o la “opción por defecto” (Choi et al, 2004; Beshears et al., 2009).

Tabla 2: Comparación de cobros de comisión AFP

	% de la remuneración o renta imponible	% sobre la pensión
Capital	1.44	1.25
Cuprum	1.48	1.25
Habitat	1.27	0.95
Modelo	0.77	1.2
Planvital	0.47	1.25
Provida	1.54	1.25
Varianza	0.16	0.01

No se trata de que existan grandes costos de transacción asociados a cambiarse de AFP. De hecho, uno puede migrar fácilmente a través de internet. El problema es el esfuerzo cognitivo para comprender el funcionamiento del sistema. Además, las personas tienden a ser adversas al riesgo y castigan más las pérdidas que las ganancias (Khaneman & Tversky, 1979). En consecuencia, a pesar de que una AFP cobre una comisión menor (con el consecuente premio por liquidez en el sueldo), el temor a que ésta ofrezca una menor rentabilidad tiende a reforzar el status quo.

La estructura del sistema de pensiones, sin embargo, hace que la posibilidad de perder sea acotada. En efecto, las rentabilidades de los fondos

administrados por las distintas AFP tienden a ser parecidas. Esto sucede porque éstas comparten las mismas opciones de inversión y además porque existe un “comportamiento de rebaño” o “herding effect” en el cual las instituciones tienden a copiar los portafolios de inversión de su competencia (Raddatz, 2013). Este efecto ocurre porque existen penalizaciones para las organizaciones que tengan fondos con rentabilidades por debajo del promedio de la industria⁶. Es decir, los administradores de pensiones son adversos para invertir en activos que, aunque sean potencialmente rentables, sean muy diferentes a los que poseen sus competidores (ver el estudio de Raddatz, 2013, sobre el “efecto rebaño” en las AFP chilenas).

Propuesta 4: Para disminuir la inercia de la “opción por defecto” y para aumentar la competencia del sistema, se propone crear un protocolo que permita automatizar, a través de un mandato a la Superintendencia de Pensiones, el cambio de AFP de acuerdo a criterios objetivos tales como:

- a) Cambiar a la AFP que ofrezca los costos de administración más bajos (la ganadora de la licitación de la cartera de clientes nuevos).
- b) Cambiar a la AFP que haya obtenido la mejor volatilidad en el fondo elegido por el cotizante en los últimos 36 meses (se pueden estudiar otros rangos temporales).
- c) Cambiar a la AFP que ofrezca la mejor calidad de servicio.

Lo importante es que las personas puedan estar siempre en la institución que cumpla de mejor manera con los criterios que el cotizante establezca. Hay que recalcar que este mandato debe ser voluntario, que los criterios a privilegiar deben ser objetivos y que la orden sea revocable, ya que la gente puede escoger distintas estrategias a lo largo de su vida (es posible que

6. Las AFP deberán responder con su patrimonio en caso de que la rentabilidad de su fondo (A o B) sea inferior en 4 puntos porcentuales a la rentabilidad real anualizada de los últimos treinta y seis meses promedio de la industria. Este rango se reduce a 2 puntos porcentuales para los fondos C, D, y E.

los más jóvenes prefieran AFPs con comisiones bajas, mientras que los próximos a jubilar privilegien tener una menor volatilidad).

5.3 Aumento de la tasa de cotización en función de la edad del cotizante

Como se vio anteriormente, la tasa de cotización de Chile (10%) es la más baja de los países miembros de la OCDE (OECD, 2012). Con el objetivo de aumentar las pensiones, se propone:

Propuesta 5: Aumentar la tasa y estudiar si este aumento puede ser variable en función de la edad. Para los más jóvenes, por ejemplo, se puede estudiar un monto bajo (ej. 3-5%) de manera de no afectar la contratación de esta gente. Esta propuesta también permitiría aumentar la liquidez de sus sueldos, bajo el entendido que cuando una persona es joven es también más pobre, términos comparativos, que cuando es adulto. Con posterioridad esta cifra puede ir subiendo, por ejemplo, hasta aproximadamente un 20% para los mayores de 60 años. Los valores específicos deberán ser optimizados en función de las proyecciones de vida y tasas de reemplazo esperadas por los cotizantes, pero el punto central de la propuesta es que el aumento de las pensiones no tiene que ser uniforme, sino que puede variar en función de la pobreza relativa del cotizante y de su edad. Adicionalmente, se propone establecer premios para quienes coticen más cuando jóvenes (en forma voluntaria), para que eventualmente ellos puedan descontar estos ahorros de su tasa de cotización posterior. Similarmente, se puede estudiar el impacto de reducir los costos por hijo menor de 18 años, siempre y cuando este sea carga del titular. Propuestas similares han sido presentadas por otros expositores (ej: Salvador Valdés, 2014) y cuentan con respaldo en la literatura especializada.

5.4 Propuestas para aumentar el monto de las pensiones

Las siguientes propuestas ya han sido presentadas por otros expositores ante la comisión, por lo que no se profundizará en detalle su justificación. Algunas de las iniciativas que permiten aumentar el monto de las pensiones son:

Propuesta 6: Devolver el impuesto de primera categoría correspondiente a

los fondos que invierten en acciones nacionales. Esta idea ya fue propuesta por la Comisión Marcel (2009) y cobra particular relevancia a la luz de la reforma tributaria que aumentará sustantivamente el gravamen. No aprobar esta propuesta, en consecuencia, puede significar un deterioro en las pensiones de entre un 6-11% ⁷ (Schmidt-Hebbel, 2014).

Propuesta 7: Aumentar del tope imponible.

Propuesta 8: Reembolsar de las comisiones cobradas por las AFP cuando los fondos obtienen rentabilidad negativa (esta propuesta ha sido elaborada en extenso por AFP Habitat).

Finalmente, dado a que las propuestas antes descritas tardarán en manifestarse, se propone mejorar el pilar solidario del sistema de pensiones:

Propuesta 9: Aumentar la Pensión Básica Solidaria a \$100.000 y ampliar el aporte previsional solidario hasta los que reciban \$350.000.

5.5 Disminuir incentivos a la evasión y elusión previsional

Aproximadamente un 25% de los trabajadores en Chile no declaran o subdeclaran el monto de sus sueldos (Schmidt-Hebbel, 2014). Muchas veces la causa de esta situación corresponde a programas sociales mal diseñados que incentivan a las personas a subdeclarar para no perder beneficios sociales (ej: salud, subsidios, etc). Al respecto se propone:

Propuesta 10: Revisar el diseño de los distintos programas sociales de manera de proveer transiciones menos abruptas, entre las personas que acceden a los beneficios.

Propuesta 11: Aumentar la fiscalización y las sanciones al empleador en el caso de que se detecten subcotizaciones.

7. Asumiendo una tasa de impuesto de un 25% más el 10% de retención propuesto en el proyecto de reforma tributaria presentado por el gobierno.

En Chile, aproximadamente un 18% de las remuneraciones de los trabajadores no son imponibles (Schmidt-Hebbel, 2014), con el consecuente perjuicio en las pensiones. En relación a esto se sugiere:

Propuesta 12: Hacer imponibles los bonos y gratificaciones, por cuanto esto podría aumentar las pensiones aproximadamente en un 20% promedio (Schmidt-Hebbel, 2014).

5.6 Mejora de pensiones para las madres

Finalmente, no se puede dejar de considerar que las mujeres chilenas tienen menor pensión que los hombres. Esto se debe a varios motivos. Primero, las mujeres exhiben una baja densidad de cotizaciones (en promedio 6.2 años) y existe un grupo importante de ellas que tienen menos de un año de pagos, que se asocian principalmente al bono por hijo nacido vivo. Si se excluye este grupo, el promedio aumenta a 15.7 años, que es significativamente inferior a los 19.8 años que cotizan en promedio los hombres (Paredes, 2012). Para mejorar la jubilación de las mujeres se propone:

Propuesta 13: Aumentar el monto del beneficio por hijo nacido. La cifra específica de este aumento, deberá ser calculado en función del resultado de la propuesta 1 (aumento de la edad de jubilación).

VI. Propuestas complementarias

Las siguientes ideas pueden complementar las anteriores, pero no tienen mayor valor para mejorar las pensiones por sí mismas.

La primera propuesta complementaria, se refiere a la creación de un nuevo multifondo para ser incorporado como opción dentro del ahorro previsional voluntario. Este deberá invertir sólo en empresas que sean social, económica y ambientalmente sustentables (Multifondo S). La creación de éste complementa los esfuerzos de la Bolsa de Comercio de Santiago por crear un índice de sustentabilidad. Al respecto, dependiendo de la preferencia (demanda) de los cotizantes y de la rentabilidad, se puede

estudiar a futuro la incorporación al portafolio actual de las AFP (Fondos A,B,C,D,E y S). El objetivo de esta iniciativa es testear si a futuro las personas estarían dispuestas a invertir en este tipo de fondos, asumiendo que la rentabilidad de estos es adecuada en función del riesgo. La idea sirve, además, como válvula de escape, de manera que las personas que están realmente interesadas en promover la sustentabilidad puedan hacerlo contribuyendo con sus fondos.

Propuesta 14: Creación de un Multifondo sustentable (Fondo S) a ser incorporado como una opción dentro del ahorro previsional voluntario.

La segunda proposición guarda relación con las características que debiese tener una AFP Estatal, en el caso de que esta idea prospere. Al respecto, parece necesario resguardar la competencia del sistema y evitar la competencia desleal. Esto último podría llevar a disminuir la competencia del sistema, si es que ésta incurre en prácticas predatorias. Al respecto:

Propuesta 15: En caso de que prospere la idea de una AFP Estatal, esta tendrá que ser autónoma al estilo del Banco Estado. Deberá tener un patrimonio propio y ser responsable de cuidarlo, compitiendo en igualdad de condiciones con el resto de las AFP, teniendo un giro único, es decir, deberá tener prohibido invertir en empresas del Estado.

Existe claridad que una AFP Estatal no resuelve el problema de fondo, que son las lagunas previsionales y la precariedad del empleo en Chile. Al respecto, habría que tomar en consideración la legislación laboral, como material de apoyo.

¿Es conveniente legalizar la marihuana en Chile?

• 27 de agosto de 2014 •

Desde hace algunas semanas se viene discutiendo la posibilidad de legalizar la marihuana en Chile. Más allá de las percepciones subjetivas que de esta droga se tengan, conviene tener a la vista las investigaciones de los organismos destinados a prevenir su consumo. En Chile, El Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) dispone de importantísima evidencia que hace desaconsejable esta medida. El presente número de Ideas y Propuestas es un resumen de sus principales conclusiones.

I. Introducción

Hace algunas semanas se instaló el debate en Chile sobre la legalización de la marihuana. El ejemplo del caso uruguayo –al convertirse en el primer país del mundo en legalizar esta droga– que permitirá el consumo, porte, autocultivo y comercio de la sustancia, a cargo del Estado, ha llevado a mucho a preguntarse si en Chile se dan las condiciones políticas y sociales para una propuesta similar.

En la República Oriental del Uruguay los legisladores del Frente Amplio y el Presidente José Mujica han sostenido que “la guerra contra las drogas es una guerra perdida”, por lo que la nueva medida apunta a la regulación y a advertir sobre sus efectos negativos. Algunos señalan que no vale la pena gastar los miles de millones de dólares que se necesitan cada año, el enorme contingente de las policías y del ejército desplazados en todas las latitudes; y, para qué decir, el incontable número de víctimas que se registra anualmente. La estrategia de la guerra contra las drogas que se aplica en casi todo el planeta, parece ser hoy fuertemente criticada en todo el mundo.

El presente documento expone resumidamente las principales investigaciones elaboradas por el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA)¹. En primer lugar, analizaremos la estimación del mercado de la marihuana en nuestro país, segundo veremos si la marihuana es o no una puerta de entrada a drogas más adictivas y fuertes (llamadas drogas duras) y tercero analizaremos los factores de riesgo de los jóvenes en cuanto al uso de esta droga y en cuarto lugar, nos referiremos al grado de incidencia que tiene la opinión social sobre su consumo.

Todos estos antecedentes, arrojarán más elementos de juicio para tomar una decisión acertada en cuanto a legalizar o no el consumo en Chile.

1. El SENDA es la entidad del Gobierno de Chile responsable de elaborar las políticas de prevención del consumo de drogas y alcohol, así como de tratamiento, rehabilitación y reinserción social de las personas afectadas por estas sustancias.

II. El mercado de la marihuana

Por razones obvias –se trata de un producto ilegal– el mercado de la marihuana es muy difícil de dimensionar. No obstante, siempre es necesario tener una aproximación que permita hacerse una idea de la cantidad de droga disponible para el consumo. El SENDA realizó un estudio² que tiene por objeto estimar el mercado de la marihuana. La investigación se basa en los datos sobre consumo mensual reflejados en los Estudios Nacionales de Drogas en Población General de los años 2004, 2006, 2008 y 2010, y la información de decomisos de los Informes Nacionales de Procedimientos por Infracción a la Ley de Drogas ya mencionadas.

El boletín que contiene las conclusiones principales, señala: “La obtención de un parámetro de referencia para las cantidades de marihuana se ha conseguido a partir de la estimación consumida en el país para cada año analizado. Esta aproximación se ha realizado a partir de las respuestas a las preguntas “¿Cuántos cigarros de marihuana consume usted al mes?”, la prevalencia mensual de consumo obtenida a partir de las respuestas a la pregunta “¿Cuándo fue la última vez que usted consumió marihuana?”, ambas preguntas incluidas en los ENPG, asumiendo que el peso promedio estimado de un cigarro de marihuana bordea los 0,33 gramos.

2. Véase “Mercado de la Marihuana en Chile: Análisis serie 2004-2010”. Boletín N° 1 Observatorio Chileno de Drogas. En <http://www.senda.gob.cl/observatorio/boletines/boletino1/>

Los resultados del estudio se resumen en el siguiente cuadro:

Estimación del volumen de marihuana consumido por Chile Años 2004, 2005, 2008, 2010 (1)

Marihuana	2004	2006	2008	2010
Promedio mensual de cigarrillos consumidos por persona (2)	11,34	13,44	12,69	13,08
Nº de personas prevalentes el último mes	238.113	313.571	315.774	217.271
Nº total de cigarrillos consumidos por mes	2.701.385	4.213.303	4.007.130	3.549.161
Kilos consumidos al mes	891,5	1.390,4	1.322,4	1.171,2
Kilos consumidos al año	10.697,5	16.684,7	15.868,2	14.054,7
(1) Valores ajustados por favor de expansión (1) Entre los prevalente de último mes				

A la cantidad de marihuana consumida hay que agregar el número de la misma que fue incautada. En el año 2004 fueron 4.990 kilos; en el 2006, 4.984; en el 2008, 10.835; y en 2010, 8144. Al comparar ambos datos se obtiene un porcentaje de droga incautada que va desde la mitad de la efectivamente consumida (año 2004) hasta los dos tercios (2008).

Aunque el estudio presenta algunas limitaciones que señala con claridad (presume un consumo estable durante todo el año; universo reducido de casos estudiados; la cantidad de marihuana no incautada ni consumida, cuyo volumen es imposible de saber; y la obtención de las cifras a través de una encuesta que no tiene como comprobar la veracidad de todas las respuestas) permite hacerse una idea de la mínima cantidad de droga que circula en el país en los años considerados y cuánta es consumida efectivamente.

III. ¿Es la marihuana la puerta de entrada a drogas más duras?

La realidad parece señalar que existe una gran posibilidad de que la marihuana sí actúe como iniciadora de consumo de drogas con mayor poder adictivo. Aunque existe la tesis que indica que los individuos consumen progresivamente alcohol y tabaco, y luego cocaína o pasta base, simplemente porque las primeras se encuentran accesibles a más temprana edad. En la mayoría de los países occidentales se ha observado un patrón común: el consumo de alcohol y de tabaco antecede al consumo de marihuana y éste a su vez precede el de otras drogas, como pasta base o cocaína³.

El estudio de Daniela Luengo, que utilizó datos del Octavo Estudio Nacional de Drogas en Población Escolar de Chile de 2009, arroja conclusiones interesantes. En dicha investigación se incluyeron alumnos de 13 a 18 años (8° básico a 4° medio) de ambos sexos, pertenecientes a colegios municipalizados, particulares subvencionados y pagados de las 15 regiones del país. La muestra constó de 46.253 individuos que contestaron de forma consistente las preguntas referentes a su edad y edad de inicio en marihuana, cocaína y pasta base, los que representan a 915.290 escolares de todo el país.

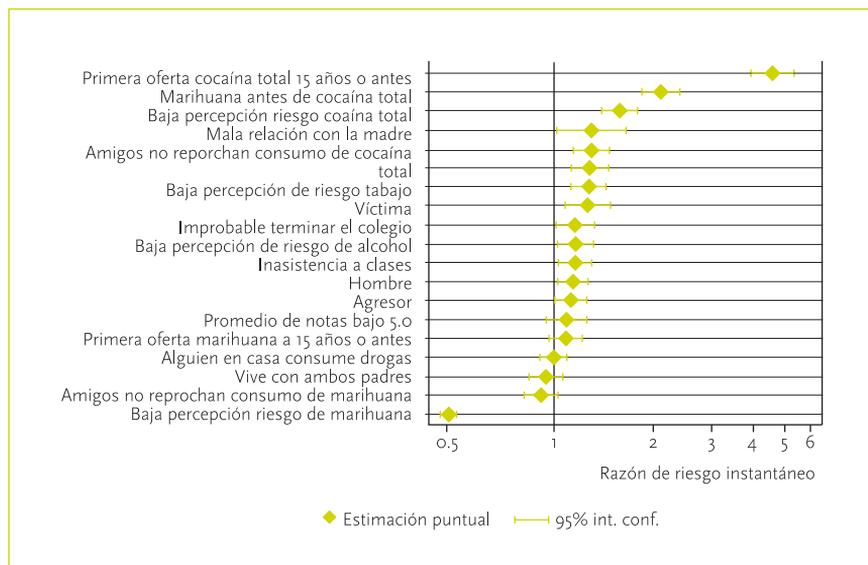
Sólo marihuana	17,0%
Sólo cocaína total	0,6%
Marihuana antes de cocaína total	2,7%
Cocaína total antes de marihuana	0,9%
Cocaína total a la misma edad de marihuana	2,5%
No consume	76,3%
Total	100%
*N=915.290	

3. Kandel, 2003. Citado por Luengo, Daniela. ¿Es la marihuana puerta de entrada a otras drogas? Boletín N° 11 Observatorio Chileno de drogas. <http://www.senda.gob.cl/observatorio/boletines/boletin11/>

La tabla 2 corresponde al patrón de consumo de los estudiantes analizados. El 23,7% señala haber consumido alguna droga ilícita alguna vez en su vida, un 2,7% declara haber consumido marihuana antes de cocaína/pasta base y sólo el 0,9% señala que la cocaína o pasta base fueron las primeras drogas consumidas.

En su estudio, la economista señala: “Para testear la hipótesis de la marihuana como puerta de entrada se aplicó el modelo de regresión de Cox, controlando por características inherentes a los individuos y su entorno”. En el gráfico 2 se presentan los resultados de la estimación.

Gráfico 2: Riesgo relativo de consumir drogas con mayor poder adictivo



Como se puede observar, el riesgo de consumir drogas “duras” es dos veces mayor para individuos que previamente han experimentado con la marihuana respecto a quienes no lo han hecho. Es decir, se encuentra evidencia a favor de la hipótesis de la marihuana como puerta de entrada. Además, es interesante notar que por cada año que se retrasa el primer

consumo, disminuye significativamente el riesgo de usar drogas “duras”⁴. No obstante, hay otros factores de riesgo propios del individuo y del que influyen tanto o más decisivamente que haberse iniciado en la marihuana, para determinar el consumo de las llamadas drogas duras.

III. Factores de riesgo en la población escolar

Cuando se habla de adicciones siempre debe tenerse a la vista, tanto los factores de riesgo (aquel que favorece conductas desadaptativas o poco saludables) como los que protegen a los individuos de la sustancia adictiva. Algunas investigaciones han señalado que, en la familia, el exceso de permisivismo y el exagerado autoritarismo, aumentan el riesgo de consumo de drogas. En relación con los pares, especialmente en la vida de colegio, el bajo rendimiento y compromiso e identificación con el proyecto educativo se asocia más frecuentemente a uso de drogas por parte de la población escolar. No obstante, el consumo de los amigos es el predictor más relevante del consumo de sustancias entre adolescentes⁵.

Usando la misma muestra mencionada más arriba –el Octavo Estudio Nacional de Drogas en Población Escolar de Chile, de 2009– se estudio la probabilidad de consumo de droga, usando la siguiente pregunta: ¿Cuántos días has consumido marihuana durante los últimos 30 días? Por su parte, los factores de riesgo se estructuraron en relación con la familia, el grupo de pares y la escuela.

3.1 Familia

En cuanto a la familia se consultó por las posible reacción de cada uno de los padres si descubrieran el consumo; la relación que se da entre ellos; y si algún miembro del hogar consume alguna droga⁶.

4. Luengo. Op. Cit.

5. Hawkins et al. (1995); Arthur et al. (2002). Citado por el Observatorio Chileno de Drogas. SENDA. boletín n° 6 Factores de riesgo y consumo de marihuana en la población escolar. http://www.senda.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/20120110_boletino6.pdf.

6. Ídem.

Los datos arrojaron que mientras más molestia presumen los jóvenes por parte de sus progenitores ante un eventual uso, menor es la utilización real. Lo mismo ocurre con la percepción de buena relación entre ellos: a mejor relación menor consumo. Ello demuestra la importancia del involucramiento parental, la unión y estabilidad como elemento preventivo de consumo de drogas. Lo anterior es lógico, pues una de las funciones primordiales de la familia es la transmisión de aquellos valores que les permitirán distinguir lo bueno de lo malo, o lo conveniente de lo inconveniente. Ese elemento educativo, sumado al cariño y cercanía propia de los padres –que les permite dar soporte psicológico y afectivo– son una gran barrera de protección ante la búsqueda de compensaciones afectivas tan propias de las adicciones a las drogas.

Por el contrario, prácticas parentales erróneas, tales como una escasa cercanía con los hijos, sin mayor compromiso con sus actividades escolares o sociales; o una disciplina inadecuada con normas inconsistentes y poco claras, favorecen el consumo. Ello se explica porque al no tener reglas claras a las cuales atenerse, genera inseguridad. Generalmente esas conductas van acompañadas de permisividad extrema o de castigos desproporcionados.

¿Cuáles son las actitudes familiares que más protegen a los jóvenes del consumo de droga? En primer lugar, es clave que los padres muestren interés por sus niños. Ello se traduce en estar al tanto de sus actividades, de sus relaciones sociales y de su rendimiento en el colegio; en mantener una fuerte vinculación, haciendo actividades en conjunto o compartiendo pasatiempos de mutuo beneficio; y desarrollando habilidades parentales adecuadas para la convivencia, tales como buena comunicación y desarrollo de la empatía y resolución de conflictos.

En segundo lugar, es importante tener buena información y educación respecto a la droga, ya que esto ayuda a alejar a los jóvenes del uso y abuso de las mismas. En cada etapa los hijos pueden estar expuestos a factores de riesgos que se pueden cambiar con intervenciones preventivas. Tanto los papás, como el colegio y la comunidad tienen que fomentar actitudes positivas apropiadas en cada edad, que fortalezcan los factores de protección antes que se desarrollen problemas. Una intervención temprana en los factores de

riesgo, como son conductas agresivas, falta de autocontrol, etc., destinada a promover conductas positivas, tienen un gran impacto en la prevención de conductas de riesgo, más que intervenciones tardías⁷.

3.2 Pares e individuos

Tratándose de los pares y amigos se da una conducta similar: mientras más reprochable se considere la conducta de consumo, menos estudiantes incurren en ella. Asimismo, mientras mayor es el uso de marihuana, mayores probabilidades de caer en la droga. Finalmente, mientras mayor es la percepción de riesgo o daño por consumir, menos es la prevalencia. Parece razonable concluir que los adolescentes que perciben como menos riesgoso las sustancias de abuso, tienen una mayor probabilidad de usarlas. De la misma forma, el inicio de cualquiera de ellas es precedido por ideas o creencias favorables al consumo.

Algunos estudios señalan que buenas competencias sociales, junto a habilidades interpersonales, tales como: la capacidad para expresar opiniones en situaciones adversas y tomar decisiones efectivas (evaluando los objetivos que se quieren alcanzar a corto y a largo plazo); y la confianza en que pueden resolver los problemas que se le plantean, son importantes factores de protección ante el consumo de pares. Estas habilidades dan seguridad y fomentan una alta autoestima para resistir efectivamente la influencia de otros en el uso de drogas⁸.

3.3 La escuela

En relación con la escuela, a mejor rendimiento académico menor prevalencia en el consumo de marihuana; lo cual se repite cuando no hay visibilidad de uso de la droga en el colegio. La identificación con el establecimiento, en cambio, no parece incidir directamente.

7. Factores de riesgo y consumo de marihuana en la población escolar. http://www.senda.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/20120110_boletino6.pdf.

8. Dr. Jorge Gaete et al. (MSc, PhD) Factores de Riesgo y Protectores para el consumo de sustancias de abuso presentación ppt en www.pastoraldedrogadiccion.cl.

Parece razonable suponer que altos niveles de exigibilidad académica inhiben el consumo, pues éste podría parecer un obstáculo a los buenos resultados educativos. Por lo mismo, un mal desempeño escolar, ausentismo y poca disciplina al interior de los establecimientos suelen predecir sensación de abandono y uso de sustancias. Afecta de modo igualmente negativo un clima escolar desordenado, sin autoridad y con escasas perspectivas de incidencia real en el desempeño laboral futuro. En otras palabras, en un ambiente que no va a tener incidencia real en el bienestar futuro no vale la pena esforzarse.

Algunos aspectos generales de la muestra indican que el porcentaje de alumnos que declaran consumo es mayor en colegios municipales respecto de quienes pertenecen a centros educacionales subvencionados y particulares pagados; que a mayor escolaridad de los padres menor uso por parte de los hijos. A su vez, el consumo disminuye cuando los papás tienen mayor autoridad que los amigos. De hecho, el factor de riesgo más decisivo es la influencia de los pares, pues cuando éstos consumen marihuana la probabilidad de hacer lo mismo aumenta en un 61,2%.

IV. ¿Influye la opinión social sobre la marihuana en su consumo?

A la hora de analizar la conveniencia de despenalizar el cultivo y consumo de esta droga, también debe tenerse en cuenta si la opinión que la sociedad tiene de ella ejerce o no influencia en su utilización. Un estudio denominado “Opinión social y uso regular de la marihuana”⁹ del SENDA investigó la relación entre el uso regular de marihuana y la opinión social acerca de ella en dos situaciones diferentes. La primera es el año de nacimiento. Buscó averiguar si las personas nacidas en un período con altos niveles de desaprobación social a la marihuana tienen una menor probabilidad de consumirla durante la adolescencia. Lo que se trató de despejar fue si la

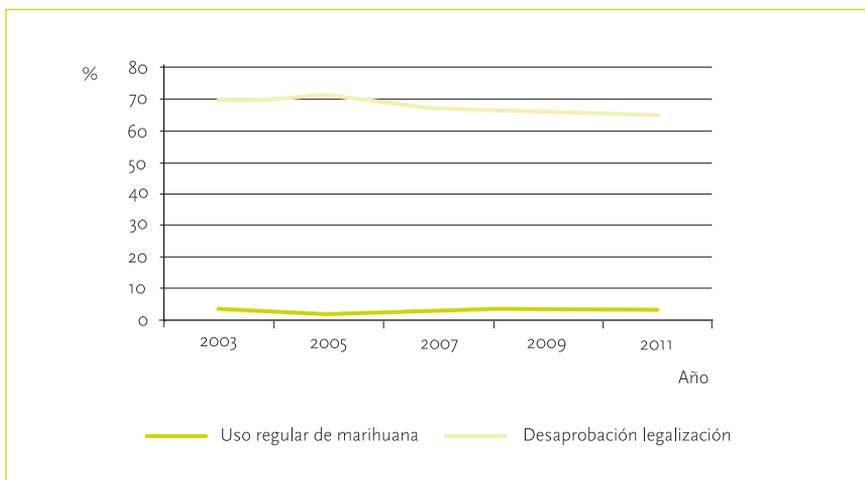
9. “Opinión social y uso regular de la marihuana” <http://www.senda.gob.cl/observatorio/boletines/boletin17/>.

desaprobación social de los pares inhibe el consumo. La segunda, intenta determinar si vivir en un determinado periodo (año) donde la opinión de la sociedad es desfavorable con respecto de la marihuana reduce la probabilidad del adolescente de consumirla.

Para esta investigación se usó la “Encuesta Nacional de Drogas en Población Escolar en Chile” y fueron considerados todos los alumnos de 13 a 19 años de las encuestas de 2003, 2005, 2007, 2009 y 2011. Las cohortes de nacimiento se construyeron a partir de estos últimos datos: los individuos que tenían 15 años en 2003 pertenecen a la misma cohorte de nacimiento que los individuos que tenían 17 en 2005 y 19 en 2007, pues todos nacieron en 1988. De esta forma, las cohortes con menor número de casos, serán las extremas, es decir, los que en 2003 tenían 19 años (cohorte de 1984, n=1.177) y los que en 2011 tenían 13 años (cohorte de 1998, n=3.203). La cohorte más grande fue la de 1992, con 29.686 casos. El periodo al cual pertenece cada individuo corresponde al año en que se le realizó la encuesta¹⁰.

Tal como lo señala el gráfico, en el año 2005 el porcentaje de adolescentes que desaprueba la medida de legalizar la marihuana para mayores de 18 años alcanzó su punto más alto (71%), mientras que ese mismo año, el porcentaje de estudiantes que usa regularmente marihuana fue el más bajo (2%). En 2011, por el contrario, la desaprobación fue la más baja del periodo, mientras que la proporción más alta de jóvenes que reportan uso regular se dio en 2009 (65% y 4%, respectivamente).

10. Véase “Opinión social...” pág. 2.



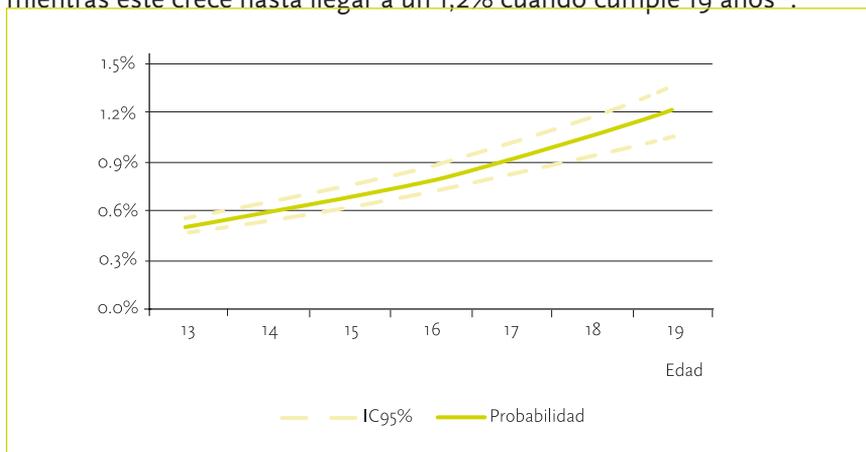
La misma relación se dio al comparar la desaprobación a la legalización de la marihuana y los datos por cohorte y edad. La cohorte de 1984, es la que presentó la mayor proporción de adolescentes con consumo regular de marihuana, y la menor proporción de alumnos que desaprueba su legalización, mientras que lo contrario ocurrió para la cohorte de 1996 (menor proporción de uso regular y mayor proporción de desaprobación a la legalización de la marihuana). Además, a medida que aumenta la edad de los individuos, aumentó también el consumo regular de marihuana mientras que disminuyó la desaprobación de su legalización.

El estudio indica que por cada aumento de un punto porcentual en la desaprobación a la legalización de la marihuana por año disminuye el riesgo de usarla regularmente en un 8% [Odds Ratio (OR) = 0,92; intervalo de confianza al 95% (IC95%): 0,87 - 0,97]. De forma similar, por cada aumento de un punto porcentual en el porcentaje de desaprobación por cohorte, disminuye el riesgo de consumirla de forma regular en un 3% [OR = 0,97;

11. Véase “Opinión social...” pág. 6.

IC95%: 0,94 - 0,99]¹¹.

El estudio también muestra cómo aumenta la probabilidad de que un adolescente promedio sea consumidor regular de marihuana a medida que va creciendo, si se mantienen todas las demás características del individuo y su entorno. Se observa que la probabilidad de ser consumidor regular para un adolescente típico, de 13 años de edad, es de un 0,5% y va en aumento mientras éste crece hasta llegar a un 1,2% cuando cumple 19 años¹².



La investigación concluye que la desaprobación social respecto al uso de marihuana es un factor relevante que podría explicar, en parte, el consumo de marihuana en los jóvenes. Mientras más desfavorable es la opinión hacia el uso de la marihuana, menor riesgo de consumirla. Lo anterior indica, entonces, que la decisión de consumir marihuana regularmente por parte de los adolescentes se encuentra influenciada por dos corrientes sociales: el grupo de individuos de la misma edad del estudiante y las tendencias socioculturales que lo rodean en un determinado periodo y que afectan a todos los adolescentes simultáneamente, sin importar su edad.

12. Véase “Opinión social...” pág. 6.

V. Conclusiones

Según las investigaciones de SENDA, el principal organismo del Estado a cargo de la prevención del consumo de drogas, en Chile existe un amplio mercado de marihuana –se calcula por sobre los 20.000 kilos anuales– del cual, en el mejor de los casos, sólo dos tercios logra ser decomisado.

Dentro de los factores de riesgo o de protección existe claridad en cuanto a que una familia bien constituida y de buen funcionamiento parental reduce considerablemente las probabilidades de consumo. Lo mismo ocurre con la mayor exigencia académica que un colegio pueda tener y el grado de vinculación de los jóvenes con el establecimiento y su proyecto educativo. Asimismo, reduce la probabilidad de uso el nacer o vivir dentro de un contexto social que no valore positivamente la marihuana. Ello indica que su utilización se asocia con condiciones individuales y contextos sociales que no parecen deseables de promover y potenciar en la sociedad chilena.

Finalmente, la prevalencia de consumo de marihuana en consumidores de drogas más duras es mayor que la que se registra para el no uso de cannabis en esos mismos usuarios. Todos estos antecedentes hacen pensar que no parece razonable legalizar su consumo, pues los efectos negativos no sólo se registran a nivel personal, sino que se proyectan a la sociedad con el consecuente costo para los ciudadanos y el Estado.

Modificaciones al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ¿Qué rol deben tener las autoridades políticas en el SEIA?

• 8 de octubre de 2014 •

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, con casi veinte años de vigencia, es fundamental para la eficacia de importantes garantías constitucionales, como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y la libertad económica. No obstante, durante todo este período su labor no ha estado exenta de polémicas y críticas de todos los involucrados en su funcionamiento. El presente trabajo propone algunas medidas concretas, tanto para agilizar sus procesos, como para disminuir sus costos y la conflictividad de los proyectos en su tramitación.

I. Introducción

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) entró en vigencia el 3 de abril de 1997 con el Decreto Supremo Número 30, establecido en la ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente¹. Durante casi 20 años se han tramitado en el SEIA más de 21.000 proyectos, por un monto de inversión total que supera los US\$ 400.000 millones. Esto permitió el desarrollo de numerosas iniciativas, que han contribuido al desarrollo más sustentable del país, con una mayor participación de las comunidades locales en su planificación y ejecución.

No obstante, este proceso no ha estado exento de polémicas. Por ejemplo, las evaluaciones ambientales de los proyectos Hidroaysén, Castilla, Barrancones, o Pascua Lama, que con distintas tramas e igual desenlace –no se están ejecutando- ponen en tela de juicio al SEIA, frente a los inversionistas, las comunidades locales y los movimientos que cuidan el medio ambiente. Todo lo anterior, ha generado presiones por parte de algunos sectores de la industria. Los Ministerios de Energía y Minería quieren priorizar, en el marco de la crisis económica, construcciones estratégicas y los grupos ambientalistas, buscan evitar el desarrollo de proyectos en vastas áreas del territorio nacional, con el objeto de proteger el medio ambiente y los recursos naturales.

En virtud de lo señalado y a pesar de que las últimas modificaciones legales entraron en pleno vigor hace un poco menos de un año, han surgido voces en la opinión pública que piden cambios al sistema. El Ministerio del Medio Ambiente, acogiendo estas solicitudes, ha decidido crear una comisión de expertos con el objeto de evaluar el sistema en forma integral y agilizarlo, así como también objetivar el impacto ambiental de los proyectos y disminuir el costo que implica la evaluación de éstos. Además, se pretende disminuir los conflictos que el emplazamiento de las iniciativas ha generado en la ciudadanía, a través, de una participación temprana y mejorar los informes que contienen las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA)².

1. Ley de 1° de marzo de 1994.

2. Fuente: El Dínamo <http://www.eldinamo.cl/2014/08/01/autoridades-modificaran-el-sistema-de-evaluacion-de-impacto-ambiental-de-proyectos/>

En este contexto, uno de los temas centrales de esta discusión³ será el rol que deben tener las autoridades políticas en el procedimiento de evaluación ambiental; si son sólo autoridades designadas directa o indirectamente por el Presidente de la República quienes deben tomar las decisiones en la evaluación, o si es necesario que ellas compartan o entreguen esa facultad a autoridades con mayor independencia. Este debate es central, ya que de ella depende la orgánica de las instituciones que evalúan los proyectos de inversión, si el SEIA es un sistema que busca obtener información para el pronunciamiento de la autoridad política, o debe pronunciarse por sí mismo respecto de los proyectos y la forma como se revisan las resoluciones de calificación ambiental.

II. El sistema de evaluación de impacto ambiental

2.1 Concepto

De acuerdo a lo señalado en la ley 19.300⁴, la evaluación de impacto ambiental se define como el procedimiento, a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que en base a un estudio o declaración, determina si la intervención al medio ambiente, mediante una actividad o proyecto, se ajusta a las normas vigentes.

Dentro de las regulaciones ambientales, la evaluación corresponde a un instrumento “de tercer nivel”, ya que se aplica a proyectos concretos y específicos, por lo que requiere de una Política Nacional Ambiental (primer nivel), sumado a normas técnicas y estándares para regular y resolver, en abstracto, la gran mayoría de las actividades con incidencia ambiental (segundo nivel)⁵.

3. Pocos días después de anunciarse las modificaciones al SEIA, ya había expertos que discutían acerca del tema central de este documento. Fuente: <http://www.futurorenovable.cl/2014/09/politico-o-tecnico-el-debate-de-la-evaluacion-ambiental/>.

4. Art. 2° j), Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.

5. Astorga Jorquera, Eduardo “Derecho Ambiental Chile Parte General” Legal Publishing Chile 2012 Pág. 61.

2.2 Garantías y principios constitucionales relacionados con la evaluación ambiental

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación

La Constitución asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación⁶, agregando además que el Estado deberá velar para que este derecho no sea afectado, y que la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente. Justamente por vulnerar esta garantía, es que Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA) han sido paralizadas a través de recursos de protección⁷.

La no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica⁸

De acuerdo a lo señalado por esta norma, sólo en virtud de una ley, y siempre que la discriminación no sea arbitraria, se pueden autorizar beneficios directos o indirectos en favor de un sector, actividad o zona. Así, el facilitar o apurar la aprobación de RCA de proyectos que arbitrariamente el gobierno estime como más urgentes, convenientes, o que por cualquier razón deban privilegiarse, puede constituir una infracción a esta garantía constitucional en contra de los que no fueron privilegiados. Asimismo, produciendo los mismos efectos al medio ambiente, si una iniciativa es aprobada y otra rechazada, también se infracciona esta garantía.

El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen⁹

Vale decir, si se rechaza la RCA de cualquier proyecto de inversión por alguna razón que no sean las que permite la ley expresamente, se limitaría injustamente el derecho de los titulares a ejercer una actividad económica legítima.

6. Art. 19 N° 8, Constitución Política de 1980.

7. Un ejemplo de revocación de una RCA por vulnerar la garantía constitucional del art. 18 N° 8 de la Constitución es la Central Castilla, cuya RCA fue revocada a través de la sentencia de la Corte Suprema (2012), rol 1960-2012 del 28 de Agosto de 2012.

8. Art. 19 N° 22 de la Constitución Política de la República de Chile (1980).

9. Art. 19 N° 21 de la Constitución Política de la República de Chile (1980).

Principio de probidad

El artículo 8° inc. 1°¹⁰ de la Constitución de 1980 establece que quienes ejercen funciones públicas deben dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Dicha norma, según la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹¹, consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular, y que “el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones (...)”¹². Por tanto, en los casos en que una autoridad, por cualquier razón, se vea influenciada por motivos económicos o políticos, y toma una decisión parcial¹³ respecto de la aprobación o rechazo de la RCA de un proyecto, se vulnera este principio, ya que las actuaciones del órgano dejan de ser imparciales.

2.3 Breve síntesis del proceso de evaluación ambiental

- a) El titular del proyecto debe presentar a evaluación un proyecto (Declaración de Impacto Ambiental, DIA, o Estudio de Impacto

10. Art. 8° Constitución Política de la República de Chile (1980) “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

11. Art. 54 inc. 2° Ley 18575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

12. Se agrega a lo anterior, el hecho que la Ley 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, enumera una serie de principios que rigen los procedimientos administrativos (el procedimiento de evaluación de impacto ambiental es uno de ellos). Uno de estos principios es el principio de imparcialidad, en virtud del cual “la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones.

13. Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, en su 22° edición publicada en 2001, parcial significa “que juzga o procede con parcialidad (...). A su vez, según el mismo texto, parcialidad es “Designio anticipado o prevención en favor o en contra de alguien o algo, que da como resultado la falta de neutralidad o insegura rectitud en el modo de juzgar o de proceder”.

Ambiental, EIA, según corresponda) al SEA regional del lugar donde estará emplazado. Si no cumple con los requisitos lo declarará no admisible.

- b) Admitido a tramitación el proyecto, el SEA lo remitirá a los órganos con competencia ambiental con el fin de que se pronuncien, en el ámbito de su competencia, si es coherente con la planificación territorial, si cumple con la normativa ambiental, incluidos los permisos ambientales sectoriales, y si se hace cargo de los efectos significativos. Si no hay observaciones, se hace un Informe Consolidado de Evaluación (ICE). De lo contrario, se hace un ICSARA (Informe Consolidado de Solicitudes de Aclaración, Rectificación o Ampliaciones), que se envía al titular, quien responde a dichas observaciones a través de una Adenda, respecto de la cual se vuelven a pronunciar los órganos con competencia ambiental, elaborándose otro ICASARA o un ICE.
- c) En paralelo a ello, en el caso de los estudios de impacto ambiental, se inicia la participación ciudadana. La comunidad podrá hacer sus observaciones, que se incorporarán a los ICSARA, y al ICE.
- d) El SEA remitirá a la Comisión de Evaluación el ICE, y ésta sólo podrá aprobar o rechazar un proyecto, de acuerdo al ICE, en lo que dice relación con los aspectos normados de la legislación ambiental¹⁴. Para aquellos sin, deben decidir discrecionalmente.
- e) Contra la RCA que aprueba un estudio/declaración de impacto ambiental con condiciones o rechaza, el titular o la comunidad¹⁵ pueden presentar un recurso de reclamación, que será resuelto por el SEA regional (en el caso de las DIA's) o el Comité de Ministros (en

14. Estos son, para este reglamento, “aquellas materias regladas en sus supuestos y resultados, de manera que exista una sola consecuencia jurídica”. Por otra parte, no son de este tipo de materia, entre otros, la determinación de que las medidas propuestas para hacerse cargo de los impactos significativos del proyecto sean adecuadas.

15. Este recurso es sólo para la persona que habiendo presentado oportunamente sus comentarios a la EIA, considere que éstos no han sido debidamente tomados en cuenta.

el caso de los EIA's). La decisión del Comité de Ministros respecto de este recurso, es apelable ante el Tribunal Ambiental. Sin perjuicio de todo lo anterior, si cualquier persona considera que sus derechos constitucionales han sido vulnerados, puede presentar un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, para restablecer el imperio del derecho.

2.4 Organismos e Instituciones que participan en la Evaluación Ambiental

Servicio de Evaluación Ambiental (SEA)

Servicio público funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente. Su máxima autoridad es el Director Ejecutivo del SEA, nombrado por el Presidente de República, quien designará, a través, del Sistema de Alta Dirección Pública, a los Directores Regionales¹⁶.

Comisión de Evaluación

Encargada de hacer la evaluación de los proyectos, presidida por el Intendente e integrada por los Secretarios Regionales del Medio Ambiente, de Salud, de Economía, Fomento y Reconstrucción, de Energía, de Obras Públicas, de Agricultura, de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, de Planificación y por el Director Regional del SEA¹⁷.

Comité Técnico

Compuesto por los directores regionales de los servicios públicos con competencia en materia de medio ambiente¹⁸, incluyendo el Gobernador

16. Art. 82 y ss. Art. 2° j), Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

17. Art. 86 inc. 1° Art. 2° j), Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.

18. Art. 86 inc. 2° Art. 2° j), Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994. Estos Servicios son, entre otros, la Dirección General de Aguas, el Servicio Nacional de Geología y Minería, el Servicio Agrícola y Ganadero y la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). En ellos, el nombramiento de su máxima autoridad nacional puede ser a través del Sistema de Alta Dirección Pública como SERNAGEOMIN, o directamente por el Presidente de la República (CONADI).

Marítimo y el Director Regional del Consejo de Monumentos Nacionales, que se encargan de evaluar cada uno de los proyectos, dentro de ámbito de competencia de cada servicio, a través de un acta de evaluación.

Comité de Ministros

Es presidido por el Ministro de Medio Ambiente, y forman parte de él también los Ministros de Salud, Minería, Energía, Agricultura, Economía, Fomento y Reconstrucción. Son los encargados de resolver los recursos de reclamación presentados en contra de las Resoluciones de Calificación Ambiental de Estudios de Impacto Ambiental¹⁹.

Tribunales Ambientales

Son órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento²⁰.

III. Formas de interferencias de las autoridades políticas en los procesos de evaluación ambiental

A continuación, y en base a casos, se mostrarán las distintas formas que tienen las autoridades políticas de influir en los procesos de evaluación ambiental. Un factor común de todos los proyectos privados que se mencionan, es que ninguno ha sido llevado a cabo.

3.1 Actuación de la autoridad como titular del proyecto, y como parte del Comité de Evaluación

En nuestro país, en general, son las empresas privadas las que someten proyectos a evaluación ambiental. Sin embargo, también existen entidades públicas que lo hacen, como empresas públicas, ministerios –como el de

19. Art. 20, Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.

20. Art. 1º Ley 20.600, que crea Los Tribunales Ambientales, publicada el 28 de junio de 2012.

Obras Públicas– o incluso intendencias y gobernaciones. De esta forma, el gobierno actúa como juez y parte interesada en algunos proyectos, lo que produce un conflicto de interés que altera el deber de imparcialidad de los órganos del Estado. Un caso paradigmático en este sentido es el del “Complejo Fronterizo Integrado Pino Hachado”²¹, donde el titular del proyecto es el Gobierno Regional de la Araucanía –cuya máxima autoridad es el Intendente– y quien firma la Resolución de Calificación Ambiental es la misma autoridad, en su calidad de Presidente de la Comisión Regional del Medio Ambiente. Además, si bien la tasa de rechazo de estudios de impacto ambiental es baja, es un factor a considerar el hecho que sólo un proyecto de un organismo del Estado haya sido rechazado, en todos los años de funcionamiento del sistema²².

3.2 Pronunciamiento público de autoridades en ejercicio en relación a proyectos que serán sometidos a su conocimiento

Resulta una práctica común que las autoridades den a conocer públicamente su posición respecto a proyectos que luego deben evaluar. Un caso claro de esta práctica es el Proyecto Hidroaysén, a propósito del cual, incluso antes que ingresara a estudio de impacto ambiental, personeros²³ de gobierno de la Presidenta Bachelet se manifestaron a favor de la iniciativa, aun cuando funcionarios de sus reparticiones y servicios debían evaluarlo.

Luego, durante la administración del Presidente Piñera, días antes de la votación de la Comisión Regional de Evaluación, el Ministro del Interior señaló²⁴ que estaba de acuerdo con la construcción de represas en la

21. Fuente: http://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=6318

22. Se trata del Saneamiento Ambiental del Proyecto “Saneamiento de Residuos Sólidos de Natales”, presentado por la Municipalidad de Puerto Natales.

23. Se manifestaron a favor del Proyecto Hidroaysén los ex Presidentes Lagos y Frei, los Ministros Pérez Yoma (Interior, superior jerárquico del Intendente, que presidía el Comité de Evaluación Ambiental Regional), Mauricio Tonkmann (Energía), Francisco Vidal (Secretaría General de Gobierno; donde estaba radicada la CONAMA) y Sergio Bitar (Obras Públicas). Fuente: <http://www.eldinamo.cl/2011/05/11/hidroaysen-las-frases-que-la-concertacion-preferiria-olvidar/>

24. <http://www.elmostrador.cl/pais/2011/05/09/hinzpeter-para-el-pais-seria-bueno-que-se-apruebe-hidroaysen/>

Patagonia. En la votación de la comisión, ocurrida el 10 de junio de 2011, presidida por el Intendente, la aprobación del proyecto se produjo por 11 votos a favor y 1 abstención.

3.3 Pronunciamiento público de candidatos presidenciales respecto de proyectos que serán sometidos a evaluación de su gobierno, si resultan elegidos

Es habitual escuchar en los debates presidenciales, y en las visitas regionales, que los candidatos, con el fin de ganar adeptos, toman diversas posiciones en relación al desarrollo de proyectos particulares que serán evaluados por su futuro gobierno. En esta hipótesis hay dos casos conocidos: el primero es nuevamente Hidroaysén, donde la candidata Bachelet, en las elecciones de 2013, se manifestó claramente en contra, aun cuando había pendiente un recurso de reclamación presentado por la comunidad, ante el comité de ministros²⁵. El resultado es conocido; pocos meses después de asumir su segundo periodo, se reunió el comité de ministros, revisó el recurso de reclamación, y lo acogió dejando sin efecto la resolución de calificación ambiental que lo autorizaba²⁶. El segundo caso corresponde al Proyecto Barrancones, sobre el cual el entonces candidato Piñera manifestó decididamente su oposición a esta iniciativa²⁷. Aunque en su administración el comité regional de evaluación lo aprobó, algunas manifestaciones ciudadanas le hicieron ver al presidente que estaba incumpliendo su compromiso electoral y la máxima autoridad del país se comunicó directamente con la empresa, acordando que el proyecto sería relocalizado. Hasta el día de hoy, éste no se lleva a cabo.

25. <http://www.eldinamo.cl/2013/12/06/bachelet-le-da-portazo-a-hidroaysen-y-matthei-dice-que-lo-impulsaria-base-a-consulta-previa/>

26. Fuente: http://seia.sea.gob.cl/archivos/Resolucion_N_0570.pdf

27. Fuente: <http://www.emol.com/noticias/economia/2010/08/24/432280/corema-aprueba-construccion-de-termoelectrica-en-punta-de-choros.html>

3.4 Las “Agendas” para fomentar sectores económicos en momentos de escases y crisis económica

Durante los últimos años, sobre todo en materia energética, los gobiernos²⁸ han realizado anuncios de agendas para fomentar la inversión en dichos sectores, lo que a veces trae también como consecuencia, que intenten agilizar o viabilizar proyectos sometidos a evaluación ambiental. Un ejemplo, podría ser el proyecto Termoeléctrico Castilla de una inversión de US\$ 4.500 millones que prometía inyectar 2.100 MW al Sistema Interconectado del Norte Grande²⁹. Éste fue ingresado al SEIA el 2009 en dos partes: la Central y el Puerto. En un principio, el SEREMI de Salud de Atacama declaró la iniciativa como “contaminante”, lo que impedía su desarrollo. Sin embargo, algunos meses después cambió el SEREMI y la calificación fue modificada a “molesto”. La idea se aprobó por la Comisión Regional de Evaluación de Atacama en 2011, pero tras algunos meses, la Corte Suprema acogió un recurso de protección de la comunidad local e invalidó la RCA, por considerar que el Puerto y la Central eran un solo proyecto y por lo tanto debían evaluarse conjuntamente. Tiempo después, a solicitud de un grupo de diputados, la Contraloría emitió un informe³⁰, respecto a la actuación de los funcionarios de gobierno que da cuenta de las presiones que había para aprobar el proyecto.

28. En el primero Gobierno de Michelle Bachelet se hizo el documento “Política Energética: Nuevos Lineamientos (disponible en: http://www.cne.cl/archivos_bajar/Politica_Energetica_Nuevos_Lineamientos_08.pdf). Durante el Gobierno de Sebastián Piñera fue la “Estrategia Nacional de Energía 2012 – 2030” (Disponible en <http://www.minenergia.cl/documentos/estudios/2012/estrategia-nacional-de-energia-2012.html>), y en el segundo Gobierno de Michelle Bachelet fue la “Agenda de Energía” (Disponible en http://www.cumplimiento.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/AgendaEnergiaMAYO2014_FINAL.pdf)

29. Fuente: <http://www.emol.com/noticias/economia/2012/08/28/557795/corte-suprema-rechaza-construccion-de-termoelectrica-castilla.html>.

30. Se trata del “Informe en Investigación Especial Secretaría Regional Ministerial de Salud Región de Atacama” elaborado por la División de Auditoría Administrativa de la Contraloría General de la República, de fecha 5 de septiembre de 2011. Resulta especialmente interesante revisar la páginas 8, donde se relata las presiones a que eran sometidos los funcionarios. http://www.economia.cl/transparencia/2011/documentos/INFORME_INVESTIGACION_ESPECIAL_N_49,_DE_2011.pdf.

IV. Conclusiones

- a) Si bien en materia ambiental, el SEIA es un instrumento normativo de tercer nivel, este interactúa con cuatro principios o garantías constitucionales que son muy relevantes para el bien común: el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; la libertad económica; la igualdad de trato que en materia de economía deben dar los organismos del Estado; y el principio de probidad. Si la evaluación ambiental, especialmente la actuación de las autoridades en ella, vulnera alguno de estos principios se puede producir un grave daño a las comunidades locales y/o a la actividad que se desarrolla en el país.
- b) En el SEIA, la calificación ambiental, corresponde al Comité Regional de Evaluación en primera instancia y al Comité de Ministros en segunda; ambos compuestos por autoridades designadas directamente por el mandatario³¹. Aunque existe la necesidad de ceñirse a informes técnicos, normalmente son generados por servicios públicos que dependen directa o indirectamente del Presidente de la República. Lo anterior hace que la opinión del gobierno respecto de un proyecto o actividad tenga o pueda tener una influencia decisiva en su tramitación.
- c) Si bien las resoluciones del comité de ministros en los recursos de reclamación pueden ser revisadas por el tribunal ambiental, al ser este un órgano jurisdiccional, el control que puede hacer está limitado por su estructura, a revisar si en el ejercicio de la discrecionalidad, la autoridad ha actuado dentro del marco jurídico vigente y a un control negativo, por lo que jamás podrá dictar una nueva RCA de reemplazo³², sino que simplemente podrá señalar que en su actuación, el comité no procedió conforme a la ley.

31. Un ejemplo de cómo afecta la presión de las autoridades políticas a las autoridades regionales que deben evaluar los proyectos es la petición de renuncia al SEREMI de Medio Ambiente de la Región de Tarapacá, ocurrida este año, a pocos meses de ser nombrado, según él, por rechazar la extensión del proyecto Cerro Colorado. No existe hasta ahora una versión del gobierno que explique las razones por las que solicitó la renuncia del SEREMI. Fuente: <http://www.soychile.cl/Iquique/Sociedad/2014/07/27/264407/Seremi-del-Medio-Ambiente-renuncio-a-su-cargo-acusando-presiones-para-aceptar-continuidad-de-Cerro-Colorado.aspx>.

Para ilustrar de mejor forma lo anterior, servirá el siguiente ejemplo: Un Estudio de Impacto Ambiental es rechazado. En virtud de lo anterior, el titular del proyecto presenta un recurso de reclamación ante el comité de ministros. Ellos ratifican la decisión del comité regional de evaluación y rechazan también el estudio de impacto ambiental, y el titular de la iniciativa apela ante el tribunal ambiental. En este caso, la institución sólo podrá señalar que el comité de ministros actuó fuera de sus potestades al rechazar el recurso de reclamación, debiendo acogerlo, y eventualmente deberán anular la resolución que rechazó el estudio de impacto ambiental, sin poder dictar una RCA aprobatoria, por lo que, en la práctica, un proyecto que fue rechazado por la autoridad administrativa sin justificación, no podrá funcionar hasta que sea aprobado por el Comité Regional de Evaluación, que ya lo rechazó, y que no está obligado a aprobarlo cuando se presente nuevamente.

Debido a lo anterior, en el caso del rechazo de los Estudios de Impacto Ambiental, el control jurisdiccional es muy débil, ya que sólo “reconoce” que la autoridad actuó al margen de la ley, sin que el titular de la iniciativa, aun cumpliendo con la normativa, pueda desarrollarlo, lo que obliga en la práctica, a los titulares de los proyectos de inversión, sobre todo los más grandes, a tener el beneplácito de los responsables administrativos para desarrollarlo; sino, ellos pueden hacer imposible su realización.

- d) Quizás lo más grave de casos como Hidroaysén, Castilla o Barrancones, es que los instrumentos de gestión ambiental se van deslegitimando ante la ciudadanía y los inversionistas. Y si la comunidad no confía en ellos, dejará de participar en los procedimientos de evaluación, y pasará a ser víctima de proyectos contaminantes o de la pérdida de oportunidades laborales por iniciativas no desarrolladas. Por su parte, si los financistas no confían en el sistema, dejarán de invertir en el país.

32. De la Fuente Castro, Osvaldo; “Control Judicial de la Resolución de Calificación Ambiental” Legal Publishing Chile 2012, pág.124.

- e) Que el Estado desarrolle acciones que puedan generar impactos en el medio ambiente –tal como proyectos de infraestructura– o que realice políticas públicas de promoción de sectores productivos necesarios para el país –como políticas energéticas– son acciones propias de un gobierno, que pueden ayudar al desarrollo de todos los chilenos. Asimismo, la opinión de candidatos presidenciales respecto de proyectos de inversión en particular, si bien puede no ser prudente, es parte del ejercicio de la libertad de expresión en marco de un régimen democrático. Por ello, no sería conveniente limitar estas acciones, por ser ellas incompatibles con la realización de una evaluación de impacto ambiental imparcial. Por tanto, para que la administración desarrolle las actividades que le son propias sin afectar derechos y principios fundamentales, los candidatos puedan ejercer libremente su derecho a opinión, y para que la ciudadanía y los inversionistas puedan confiar en un sistema de evaluación ambiental imparcial, que respete los derechos y garantías de los ciudadanos, es necesario despolitizar el sistema, eliminando de éste toda participación de autoridades dependientes jerárquicamente del Presidente de la República³³.
- f) Lo anterior, implica descentralizar administrativamente los organismos que intervienen en el SEIA, reemplazando a todos aquellos agentes de la administración que dependen jerárquicamente directa o indirectamente del presidente, por otros que no dependan de él. Así se evita que la acción normal del Estado altere la imparcialidad requerida en las evaluaciones de impacto ambiental.

V. Propuestas

5.1 Eliminar la competencia del Comité de Ministros para revisar los recursos de reclamación

De acuerdo a lo señalado en los arts. 20 y 29 inc. 4° de la Ley 19.300, el

33. Opinión similar a esta fue expresada públicamente por el ex Director del SEA, Ricardo Irrazabal, en <http://magisterderechollm.uc.cl/LLM-en-los-medios/profesor-ricardo-irrazabal-la-despolitizacion-del-seia-una-propuesta.html>.

Comité de Ministros tiene la facultad de resolver los recursos de reclamación, lo que obliga al gobierno a tomar una decisión respecto al apoyo o rechazo de un proyecto en particular. A su vez, esta decisión es apelable ante los Tribunales Ambientales. Se considera más apropiado, que en una primera instancia sea el Director del SEA quien se pronuncie respecto de los recursos de reclamación, y que luego sean los Tribunales Ambientales quienes conozcan de apelación. Así, no se obliga al gobierno a tomar una posición respecto de proyectos particulares y se da un cariz más técnico al recurso, que hoy funciona como una suerte de apelación a la RCA.

5.2 Reemplazar el Comité Regional de Evaluación Ambiental por una Comisión de Expertos, y objetivizar los aspectos más discrecionales de la evaluación ambiental

Actualmente, el Comité Regional de Evaluación Ambiental está compuesto completamente por funcionarios públicos de exclusiva confianza del Presidente de la República. Esto permite que exista una gran influencia de la autoridad política en la evaluación ambiental, lo que conlleva los defectos descritos en texto. Por ello, se propone reemplazarlo por un Comité de Expertos, nombrados por una entidad independiente del gobierno, de carácter técnico y multidisciplinario, que evalúe los proyectos y determine si las compensaciones ante los impactos significativos son adecuadas. Para ello, sobre todo en materia de compensación de impactos ambientales, deben eliminarse, en la medida de lo posible, los espacios de discrecionalidad, para unificar criterios de evaluación ambiental.

5.3 Dar mayor independencia al Servicio de Evaluación Ambiental y los servicios que participan en la evaluación ambiental

Actualmente, si bien el Servicio de Evaluación Ambiental es público y descentralizado, que se relaciona con el gobierno, a través del Ministerio de Medio Ambiente, su máxima autoridad es de exclusiva confianza del Presidente de la República, lo que lo hace permeable a las presiones políticas. Para realizar determinadas acciones en favor de los proyectos. En el resto de los servicios públicos con competencia ambiental la situación es similar. Por ello, tomando en cuenta la relevancia de la función que realizará, se recomienda cambiar la forma en que se nombra el Director

del SEA, estableciendo para éste, por ejemplo, una fórmula mixta de nombramiento, donde, a propuesta del Poder Ejecutivo, el Senado deba aprobar su nominación. Para el resto de los servicios públicos con competencia ambiental, que sus máximas autoridades sean nombradas, a través, del Sistema de Alta Dirección Pública, garantizando que no podrán ser removidos de sus cargos por decisión de la autoridad política, sino sólo por mal desempeño del cargo, evaluado por un independiente.

5.4 Desarrollar, junto a los distintos actores locales, instrumentos de planificación territorial, tales como Planes de Ordenamiento Territorial y Zonificaciones

Estos instrumentos buscan ordenar el desarrollo de las distintas actividades económicas en un lugar determinado, evaluando para el caso particular, el estado del medio ambiente, y en base a ello, que tipos de actividades, bajo qué condiciones, y en qué lugares pueden llevarse o no a cabo. La elaboración de estos elementos permitirá un desarrollo más armónico y sustentable del país, otorgando mayor certeza jurídica respecto a los lugares donde puedan llevarse a cabo determinados tipos de inversión. Lo anterior posibilitará analizar la situación ambiental de una determinada zona sin tener la presión de aprobar un determinado proyecto, considerando todos los factores que influyan en ella.

5.5 Elaborar una política de incentivo a las buenas relaciones entre las comunidades y los proyectos de inversión

El gobierno debe fomentar, a través de diversas medidas, tales como la entrega de información de las comunidades, la asesoría mediante facilitadores interculturales, la creación de una norma que regule los aportes que los planes de inversión puedan hacer al desarrollo de las comunidades locales, y la creación de incentivos a las colectividades que acepten tener en sus cercanías construcciones molestas, fomentando así las buenas relaciones entre todos. De esta forma, se podrá disminuir la judicialización de estas iniciativas y establecer relaciones armónicas y de beneficio mutuo, entre el gobierno, las comunidades, y los proyectos de inversión.

¿En qué va el proyecto de reforma educacional?

• 22 de octubre de 2014 •

El día martes 21 de octubre se aprobó en la Cámara de Diputados el proyecto que pone fin al lucro, a la selección y el financiamiento compartido o copago. Lamentablemente la oposición social generada por los padres y apoderados, quienes sacaron a la calle más de 100 mil personas en su última marcha, no fue suficiente para frenar esta mala reforma que pone fin a la educación particular subvencionada tal como la conocemos hoy, cambia la selección académica por una tómbola e impide a los padres aportar para mejorar la educación de sus hijos. No es un proyecto de ley que sólo ponga fin al lucro como imposibilidad de retirar utilidades, sino que afecta directamente la provisión mixta y la libertad de enseñanza con fondos públicos, discriminando directamente a los niños según el colegio que eligen.

I. Introducción

Acaba de ser despachado por la Cámara de Diputados, el proyecto de ley que regula la admisión de los estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

La oposición, las asociaciones de colegios particulares subvencionados, y en especial los padres y apoderados, han manifestado su rechazo al contenido del proyecto. El gobierno, por su parte, llama a no sacar conclusiones apresuradas e insiste en que es necesario terminar con las inequidades y con el sistema que habría transformado a la educación en una “mercancía”, permitiendo a quienes tienen el dinero suficiente a comprar una educación de calidad y condenando a los que no, a una de menor nivel.

Más allá de los eslóganes de siempre, un análisis objetivo y desapasionado del texto del proyecto permitirá hacerse una idea más cabal de lo constructivo o perjudicial que puede resultar la reforma propuesta.

II. Contenido del Proyecto de Ley

2.1 Ley General de Educación: discriminación a secas y afectación a particulares pagados

En primer lugar el proyecto de ley modifica sustancialmente varias normas de la Ley General de Educación, las cuales tocan no solamente a los establecimientos municipales y particulares subvencionados, sino que también afectan a los particulares pagados.

Ese es el caso, por ejemplo, del reemplazo del principio de “integración” por el de “integración e inclusión”. La modificación prohíbe toda forma de discriminación, no obstante el texto habla de discriminaciones “a secas”, sin establecer que éstas deban ser arbitrarias, incluyendo además expresamente que no se pueden hacerse por género. Lo anterior podría llevar a una situación absurda: que un alumno exija su admisión en un colegio exclusivo

para mujeres, o una alumna en uno exclusivamente para varones. Durante la discusión se insistió en el punto, pero este no fue recogido, quedando abierta la posibilidad de poner fin a los establecimientos mixtos.

Un elemento positivo es que el proyecto entrega expresamente a los padres el derecho a asociarse, con la exclusiva finalidad de propender a mejorar la educación de sus hijos. Esta última frase tiene una particular relevancia, pues fue agregada, a través, de una indicación presentada por los parlamentarios de la UDI a fin de impedir la politización de estas asociaciones.

Otro de los cambios fundamentales a nivel orgánico, consiste en la prohibición de la selección en la Ley General de Educación. El proyecto de ley pone fin a la selección en todo el sistema particular subvencionado (1° básico a 4° Medio), y de 1° a 6° básico en los particulares pagados. Además, se estableció que el rendimiento escolar, en los colegios particulares subvencionados, no podrá ser obstáculo para renovación de matrícula (antes podía ser objeto de no renovación hasta 6to básico), extendiéndose la prohibición, en los particulares pagados, hasta 6° básico.

Además, no podrán ser expulsados alumnos cuyos padres se separen o divorcien en cualquier colegio (antes sólo particulares subvencionados). Ello es positivo en el sentido de que formaliza una situación que, en la práctica, ya no ocurría.

2.2 Modificaciones a la Ley de Subvenciones: el fin de la libertad de enseñanza con fondos públicos

2.2.1. No sólo fin al lucro, sino que fin a la libertad de enseñanza

Si bien hubo muchas modificaciones de fondo en los principios de la Ley General de Educación, los principales cambios a la legislación vigente pasan por la Ley de Subvenciones, las que por razones obvias, sólo afectan a los colegios municipales y a los particulares que reciben este apoyo del Estado, pero no a los particulares pagados.

En este sentido, la iniciativa parte por modificar abruptamente el rol

del sostenedor, al punto de eliminar su papel de gestor de un proyecto educativo particular, para pasar a considerarlo un simple administrador de fondos públicos, estableciéndolo como un mero “cooperador del Estado en la prestación del servicio educacional”. Esta concepción es abiertamente contraria a los principios de una sociedad libre en donde es el Estado quien coopera con las personas, y no las personas con él, sumado a que para efectos prácticos el sostenedor perderá su calidad de gestor educacional, pasando a ser un mero administrador de fondos públicos, pues la ley define taxativamente en qué se puede gastar la subvención.

Lo anterior representa lo más grave de todo el proyecto, pues lo que éste hace es no sólo poner fin al lucro, sino que usa un mecanismo del todo ilegítimo, que cambia toda la lógica del uso de la subvención, eliminando la libertad de enseñanza con fondos públicos. Y esto no constituye una campaña del terror como se ha pretendido instalar por parte de la izquierda, pues hoy el sostenedor puede autónomamente hacer con la subvención todo aquello que no se encuentra prohibido expresamente, y por lo mismo, se hubiese esperado que la propuesta de fin al lucro se estableciera sólo como una prohibición más al uso de la subvención que se sumara a las ya existentes. No obstante, el proyecto hace otra cosa, pues elimina la autonomía de los establecimientos educacionales en el uso de la subvención aun cuando no tengan fines de lucro. De esta forma la ley pasa a decir expresamente en qué se puede utilizar, y todo lo que no esté permitido en el texto legal, pasará a estar prohibido.

Es precisamente por la pérdida de esta autonomía que se afecta la diversidad de proyectos educativos y la libertad de enseñanza, pues utilizando el “escudo” del fin al lucro, se esconde una modificación a todo el sistema, transformando a los sostenedores o gestores educativos, en meros administradores de fondos públicos o cooperadores del Estado. Así, es el propio Estado quien pasa a tener control sobre todo el sistema particular subvencionado sea con o sin fines de lucro, y por tanto termina en la práctica, con toda la educación particular subvencionada.

Pero los atentados a la libertad de enseñanza -y por ende a la diversidad de proyectos educativos- no terminan en la modificación sistémica antedicha,

pues a esto durante la discusión del proyecto se sumó lo que en la prensa se ha denominado “cárcel por el lucro”, que consistía en que si el administrador de un establecimiento que recibe aportes del Estado destina parte de esos recursos a un fin distinto a los llamados “fines educativos”, aun cuando los dineros fueran al propio colegio, sería sancionado con una multa a beneficio fiscal que asciende a un 50% del valor cuestionado y deberá reintegrar el total de los recursos mal usados. En caso de no verificarse el reintegro de dichos dineros, se le aplicaría la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. Como vemos, aunque se ha sostenido que esta sanción equivale a “cárcel por lucro” o retiro de utilidades, la situación era mucho más delicada. Se estaba frente a una pena de cárcel por ejecutar un proyecto educativo distinto al que quiere implementar por ley el Estado. Por tanto lo que se criminalizaba en este proyecto es lisa y llanamente la posibilidad de que un sostenedor ejecute un proyecto educativo diverso al estatal. Lo anterior fue rechazado por escasos votos en la Sala de la Cámara de Diputados, y esperamos que no sea repuesto en el Senado.

2.2.2 Selección, expulsión y prohibición de creación de nuevos particulares subvencionados

El proceso de admisión tendrá dos etapas: la postulación y la admisión propiamente tal. La primera se realizará directamente en los establecimientos educacionales de preferencia de los padres, a través de un registro del MINEDUC. Este proceso no podrá tener entrevistas, pruebas de admisión, antecedentes académicos, socioeconómicos, ni cobros y las eventuales conversaciones sólo podrán realizarse después de que el estudiante ya se encuentre matriculado.

Una vez hecha la postulación los sostenedores inscribirán a los postulantes en el registro y lo enviarán al MINEDUC. Esta postulación obliga a los apoderados a la adhesión y compromiso con el proyecto educativo, aunque no existe ninguna norma que asegure su efectividad. Así, el incumplimiento del reglamento interno o de la iniciativa propiamente tal, no produciría efecto alguno, no existiendo la posibilidad de forzar a que el estudiante o el padre cumplan con su compromiso.

Respecto de la selección, uno de los temas que más ha generado controversia ha sido el de la instauración de la famosa tómbola que viene a sustituir la selección académica. Esto, pues luego de finalizado el proceso de postulación, el MINEDUC le informará al colegio los criterios con los que cumplen cada uno de los estudiantes, pudiendo producirse las siguientes situaciones:

- a) Si hay mas cupos que postulantes, todos quedan admitidos.
- b) Si hay menos cupos que postulantes, se deberá aplicar admisión aleatoria definida por el establecimiento. No obstante hay un porcentaje de cupos que pueden ser llenados por casos llamados “prioritarios” (hermanos, familiar de personal docente y manipuladoras de alimentos que trabajen en el establecimiento y se agregó haber estado matriculado en el colegio al que se postula). Es decir, una persona que no tenga un vínculo con el centro educacional, queda sometido a la tómbola (admisión aleatoria).

Ahora bien, respecto de la selección negativa, esto es la posibilidad de expulsar alumnos, sólo se podrá expulsar o cancelar la matrícula después de haber implementado “todas las medidas de apoyo pedagógico o psicosocial”. Se establece que el procedimiento debe ser “previo, racional y justo” y que los alumnos y apoderados podrán hacer descargos e impugnar la decisión. Debe hacerse presente que la vaguedad de la frase genera incertidumbre respecto de este procedimiento. En efecto, ¿qué debe entenderse con “todas las medidas de apoyo”? ¿Deberán contar los colegios con profesionales del área psicológica o psicopedagógica para otorgar este tipo de asistencia? ¿Existe algún mínimo de medidas que deban ser tomadas? ¿Qué pasa si luego de su realización el alumno no cambia de conducta?

El ejecutivo proponía que fuese el Director quien adoptará la decisión previa consulta al Consejo Escolar. No obstante, el texto del proyecto consagró que la expulsión la decida el Consejo de Profesores, con posibilidad de apelar (sólo si se determina la expulsión) al Director del establecimiento. ¿Cómo afecta esto cuando vemos cientos de casos en que profesores son atacados

por alumnos y apoderados? Esta medida podría significar la imposibilidad de expulsión.

Por otro lado, a la obligación de contar con planes de apoyo a quienes tengan problemas académicos, se deberá contar con el mismo tipo de planes para la inclusión de los alumnos con el objeto de “fomentar una buena convivencia escolar”.

Sin embargo, debe reiterarse que no existe en esta iniciativa norma alguna que asegure el cumplimiento, por parte del alumno, de las condiciones asociadas al proyecto educativo. Es decir, si un estudiante no cumple con lo establecido por su colegio, no existe sanción. ¿Cómo se le exigirá, por ejemplo, a un alumno que no quiere asistir a clases de religión en un colegio de inspiración cristiana? Además, se señala que el apoderado puede (no debe) conocer el proyecto educativo, lo que, en definitiva, iguala la adscripción a un colegio casi al nivel de un contrato con una multitienda.

Tampoco el proyecto se pronuncia respecto de los deberes de los apoderados en relación con el colegio. Siempre se ha considerado a los padres como los primeros educadores de sus hijos y en esa calidad tienen no sólo derechos, sino también deberes, como adherir y respaldar el proyecto educativo, reforzar la autoridad de los profesores de cara a su labor formativa y pedagógica, etc. Con esta omisión no queda claro, por ejemplo, que medidas podría tomar el colegio con eventuales agresiones que los apoderados puedan sufrir de parte de los profesores. En la práctica, este proyecto de ley busca dejar fuera del proceso educativo a las familias, a los padres y apoderados de un alumno.

Finalmente, otro elemento grave es que la ley viene a entregarle la atribución al MINEDUC de rechazar –bajo su criterio– cualquier solicitud de colegio de adscribirse al sistema de subvenciones, en caso de no existir una demanda insatisfecha. Además, de no especificar qué se entiende por “demanda insatisfecha” o los factores objetivos que configuran esta situación, con esta norma, el MINEDUC podría congelar o limitar la oferta de establecimientos particulares subvencionados, terminando así con la provisión mixta con fondos públicos.

2.2.3 Fin al aporte de los padres para mejorar la educación de sus hijos

El proyecto pone directamente fin al copago, aun cuando en las normas transitorias se deja en claro que esto se hará efectivo sólo cuando exista un reemplazo real entre los aportes que realizan las familias y los fondos aportados por el Estado. La intromisión estatal en la libertad de las personas que desean aportar con recursos para una mejor calidad de la educación de sus hijos es evidente.

No obstante lo anterior, se permite a los padres de establecimientos subvencionados realizar donaciones o aportes voluntarios, los que no podrán ser considerados como requisito de ingreso o permanencia de los estudiantes. Dichos aportes, si bien serían de carácter voluntario, tendrán el mismo tratamiento de la subvención para su uso y rendición de cuentas. Sin embargo, el 40% de lo que se recaude por aportes voluntarios se descontará del monto total de subvenciones que los centros educacionales deben recibir. En caso de los establecimientos técnicos profesionales dicho descuento sería de 20%. Si el total mensual recaudado no supera el 10% de lo que corresponde percibir por subvención, no se realizará descuento alguno al monto total aportado por el Estado.

Lo anterior constituye una sanción al establecimiento que reciba aportes voluntarios de los padres, por lo que toda elucubración de que sólo se impiden los aportes exigibles es irreal, pues se prohíben los aportes exigibles, pero además se sancionan con un “impuesto” los aportes voluntarios.

2.2.4 Más recursos para educación, pero con letra chica

El proyecto de ley crea dos aportes, que en definitiva vienen a aumentar los recursos para el sistema, pero lamentablemente vienen con letra chica, sujetos a que los colegios se transformen en gratuitos y sin fines de lucro.

Así, la iniciativa crea el llamado Aporte por Gratuidad, destinado a establecimientos gratuitos y sin fines de lucro, por un monto de 0,45 USE mensuales por alumno (\$9.500 pesos aproximadamente en régimen). Este aporte se comenzará a pagar a inicios del año escolar subsiguiente de la

publicación de la ley. El primer año será de 0,25 USE, que aumentarán en 0,1 USE cada año hasta las 0,45 USE por alumno.

En segundo lugar, se crea la Subvención Escolar Preferencial (SEP) para alumnos preferentes (no prioritarios). Hoy la SEP se entrega sólo a los “alumnos prioritarios” (40% de los alumnos más vulnerables). El proyecto de ley crea la figura de “alumno preferente”, que son los no prioritarios que integran un hogar perteneciente al 80% más vulnerable de acuerdo al “instrumento de caracterización vigente”. Este grupo recibirá la mitad de una SEP (\$15.000 aproximadamente).

Los establecimientos con financiamiento compartido sólo podrán impetrar la subvención escolar por estudiantes preferentes en la medida que renuncien al financiamiento compartido de inmediato. La Subvención Escolar Preferencial aumenta en 20%. Por ende, la propuesta de SEP preferente también, pues se rige por el mismo cálculo, dado que establece que será la “mitad de una SEP”.

2.2.5 La persecución a todo lo que tenga fines de lucro: el caso de las Agencias de Asistencia Técnica Educativa

Las Agencias de Asistencia Técnica Educativas (ATE) prestan asesorías de apoyo a los centros educacionales para la elaboración, implementación y/o monitoreo del Plan de Mejoramiento Educativo, que es la única forma en la cual se puede gastar la Subvención Escolar Preferencial. Las ATEs, deberán constituirse como personas jurídicas sin fines de lucro en un plazo de dos años. Todas aquellas que presten servicios a establecimientos que reciban recursos del Estado deberán ser elegidas mediante licitación. Para esto estarán las reglas establecidas para los colegios municipales.

El problema con lo anterior, es que estamos frente a una persecución ideológica de todo lo que tenga fines de lucro, lo cual ciertamente no tiene ningún sustento más que la satanización de la iniciativa privada en términos absurdos, pudiendo llegar a todas las instituciones que prestan servicio a los establecimientos educacionales.

III. Nueva figura de Corporaciones Educativas

Una de las mayores críticas al proyecto consistía en que la mutación de colegios con fines de lucro a sin fines de lucro era demasiado engorrosa y burocrática. El gobierno a través de una indicación presentó una nueva figura para crear las llamadas “corporaciones educativas” cuyo trámite es más expedito aun cuando siguen los bienes entrando al patrimonio de la persona jurídica sin fines de lucro y dejando de pertenecer a los socios. Esta nueva figura de corporación, en la práctica, contiene diferencias mínimas respecto a las reguladas en el Código Civil. Dentro de sus características encontramos:

- a) Debe tener giro único educativo.
- b) Su proceso de constitución se realizará ante el MINEDUC, a través del SEREMI.
- c) Su administración corresponde a uno o más miembros denominados directores y a un presidente electo de entre los mismos.
- d) Se entrega al MINEDUC la facultad de fiscalizar y sancionar a las corporaciones educativas, pudiendo cancelarles la personalidad jurídica en caso de que sean contrarias a la moral, al orden público, a la seguridad del Estado o por incumplimientos graves a las disposiciones de la ley y sus estatutos, con lo cual vuelve el MINEDUC a ser juez y parte para incluso poner fin a una persona jurídica.

IV. El problema del arriendo de establecimientos

En un comienzo, la iniciativa contenía una especie de expropiación impropia a los centros educativos, donde el Estado abiertamente compraba colegios. No obstante durante la discusión del proyecto en la Comisión de Educación, el ejecutivo presentó una indicación sustitutiva en la cual se permitía el arriendo del inmueble donde funciona el establecimiento por parte de los sostenedores. Así, ellos podían arrendar con las siguientes

condiciones: debía realizarse entre personas no relacionadas, salvo que fuesen personas jurídicas sin fines de lucro; el contrato tenía que inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces; debía tener una duración de al menos 20 años y renovación automática, salvo que 10 años antes el comodante comunique su voluntad de no renovar; y finalmente, se establecía un tope de monto o canon de arrendamiento de un 11% de avalúo fiscal dividido en 12 meses y que lo que se pague además sea “razonable” de acuerdo a lo que recibe por subvención.

Dicha indicación fue rechazada, con lo cual los colegios que no sean dueños de sus inmuebles, que constituyen el 70% de los sostenedores en Chile, tendrán dos opciones: o compran la infraestructura a pesar de no tener recursos ni ser sujetos atractivos de crédito para hacerlo, o simplemente tendrán que cerrar.

V. Conclusiones

Aunque el articulado de la reforma haga que las críticas se enfoquen en la vulneración de la libertad de emprendimiento y la prohibición de los padres a aportar con su financiamiento a una mejor educación de sus hijos, resulta urgente poner atención en la libertad de enseñanza amagada con esta iniciativa.

Como es evidente, no puede existir libertad sin diversidad, pues, para poder elegir, las personas deben necesariamente contar con opciones distintas. Así, la inexistencia de una variedad real y efectiva de iniciativas educativas, hace imposible la existencia de una verdadera libertad de enseñanza. Pues bien, es el tratamiento que el proyecto entrega al uso de la subvención escolar y demás aportes públicos el que pone en peligro la provisión mixta con recursos del Estado y, por consiguiente, dicha libertad.

Actualmente, la subvención le pertenece al niño, siendo sus padres quienes libremente eligen el colegio que quieren para sus hijos, no importando si este es municipal o particular subvencionado. Con ello, el sistema garantiza un trato igualitario, impidiendo que exista discriminación de las familias por

el simple hecho de escoger uno u otro establecimiento educacional. Luego, y como garantía de este derecho a elegir, y a fin de promover la diversidad de proyectos educativos en el sistema, es que hoy el sostenedor autónomamente puede hacer con la subvención todo aquello que no se encuentra prohibido expresamente. Por lo mismo, si lo que buscaba el proyecto era prohibir el lucro con fondos públicos, bastaba con que dentro de las prohibiciones del uso de la subvención se incluyera la imposibilidad de retirar ganancias o utilidades para los colegios que recibían subvención escolar.

Como ya se señaló, el tema de fondo está en el tratamiento de la subvención, pues el proyecto en vez de prohibir el retiro de ganancias o utilidades, lo que hace es cambiar la lógica imperante hasta hoy, eliminando la autonomía de los colegios (no importando si tienen o no fines de lucro) en el uso de la subvención, y pasando a ser la ley la que señala expresamente en qué se puede gastar. De esta forma se ha dejado estrictamente prohibido, y sancionado incluso con cárcel, todo uso de los recursos de la subvención que se encuentren fuera de aquellos “fines educativos” permitidos en la ley, aun cuando los dineros se destinen al propio establecimiento educacional. Lo anterior incluso significó que lo que se ha dado en llamar “cárcel por lucro”, no fuera una pena de presidio por lucrar, entendido como el retiro de ganancias o utilidades del establecimiento, sino por ocupar la subvención en “fines educativos” distintos a los fijados por la ley, aun cuando se utilizaran en el propio establecimiento. Vale decir, si el sostenedor implementaba un proyecto educativo diverso al que impone por ley el Estado, usando para ello recursos de la subvención, pasaba a ser un delincuente, lo cual como señalamos, por muy escaso margen, fue rechazado en la Cámara de Diputados.

Con esto queda de manifiesto que, utilizando el “escudo” del fin al lucro, se esconde una peligrosísima modificación a todo el sistema. Los sostenedores se transforman en meros administradores de fondos públicos, y el Estado pasa a tener control sobre todo el sistema escolar subvencionado –sea municipal o particular, con o sin fines de lucro– pudiendo fijar, a través de los llamados “fines educativos”, un proyecto educacional único que elimina la diversidad del sistema.

Como puede verse, no es solamente la libertad de emprendimiento la que está en juego. El problema es mucho más profundo: lo que puede tambalear seriamente es la garantía constitucional de la libertad de enseñanza, y con ella garantías más fundamentales como la libertad de conciencia y de opinión. Ellas sólo pueden existir si se garantiza la existencia de proyectos educativos distintos al estatal, que es precisamente lo que esta mala reforma educacional impide y derechamente criminaliza.

El debate sobre la eutanasia en Chile

• 5 de noviembre de 2014 •

La creciente capacidad de la medicina para curar enfermedades, aliviar el sufrimiento, y prolongar la vida de las personas ponen a la sociedad ante una serie de interrogantes éticas y políticas ¿Es legítimo eliminar directamente a una persona para aliviarle un dolor o sufrimiento? ¿Puede alargarse la vida a cualquier precio? ¿Es lícito rechazar determinadas terapias, sabiendo que ello acelerará la muerte? El presente trabajo busca contribuir, con elementos de juicio, a un debate de plena actualidad.

I. Introducción

Durante los últimos días se ha instalado en los medios de comunicación el debate en torno a la eutanasia. El Partido Socialista desarrolló durante el mes de octubre su Conferencia Nacional de Salud donde se debatió el tema.

A raíz de lo anterior, algunos parlamentarios presentaron o repusieron proyectos de ley que buscan legalizar esta práctica, modificando algunas leyes actualmente vigentes. Junto con esto, también se ha discutido sobre la posibilidad de elaborar lo que en legislación comparada se llama “Testamento Vital”: aquella declaración que hace una persona capaz para el momento en que, a consecuencia de un padecimiento irreversible, no pueda manifestar su voluntad en cuanto a qué tipo de tratamiento quiere recibir, incluyendo la posibilidad de autorizar la eutanasia.

Los avances de la medicina han permitido alargar el tiempo de la vida, pero al mismo tiempo han dado lugar a situaciones complejas en las que se ha hecho más difícil distinguir entre lo natural y lo artificial, entre el dolor inevitable y el sufrimiento debido a determinadas intervenciones de las nuevas técnicas médicas. Además, la mayor frecuencia con la que las personas llegan a edades avanzadas, en situaciones de debilidad, ha replanteado también la cuestión del sentido de la vida humana en esas condiciones¹.

II. ¿Qué es eutanasia?

Se entiende por eutanasia la acción u omisión que, por su naturaleza o en su intención produce la muerte con el objetivo de eliminar el dolor. Ello ocurre, generalmente, en el caso de los enfermos terminales, mediante el suministro de sustancias letales o la omisión de los cuidados debidos².

1. Cfr. Declaración con motivo del “Proyecto de ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida”. CCXX Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Española. Madrid, 22 de junio de 2011. N °1.

2. Cfr. Lucas Ramón. Explícame la bioética. Editorial Palabra. Madrid 2005 pág. 173.

Lo anterior significa que para que exista eutanasia deben darse dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero consiste en la intención positiva de poner fin a una vida o acelerar la muerte. Por lo tanto, no habría eutanasia cuando se tiene la intención de aliviar los sufrimientos del enfermo, aplicando fármacos que puedan acelerar el proceso de muerte. Se aplica, en este, caso, el principio de causalidad de doble efecto que se estudia en materias éticas³.

El elemento objetivo consiste en el uso de sustancias mortales o suspensión de cuidados normales, como alimentación, hidratación, respiración, etc. Por lo tanto, no habría eutanasia si lo que se omite son cuidados desproporcionados a la condición del enfermo.

Es necesario aclarar lo anterior, pues la literatura que promueve la eutanasia suele distinguir entre eutanasia activa (causar directamente la muerte) de la pasiva (omitir algunos tratamientos, dentro de los cuales estarían los extraordinarios). Con tal distinción se confunde a la opinión pública, pues bajo el mismo concepto se presentan dos prácticas completamente diferentes.

III. Los cuidados paliativos

Uno de los eslóganes que más se repiten en este debate es que toda enfermedad irreversible e incurable trae aparejados dolores y sufrimientos que harían, a todos los pacientes terminales, desear su muerte. Ello no es cierto, pues la medicina contempla lo que se denomina “cuidados paliativos”, vale decir, aquellas atenciones a enfermos con patologías avanzadas que pretenden conseguir el máximo bienestar posible del paciente y su familia,

3. Por este principio es legítimo realizar una acción buena de la cual emanen dos efectos –uno bueno y uno malo– siempre que lo buscado directamente por la intención del agente sea el efecto bueno, y el malo sea sólo tolerado como efecto secundario e inevitable –previsto, pero no querido– de la acción en sí buena. Además de lo anterior, se exige que el efecto bueno sea al menos equivalente o superior al efecto malo y que éste último no sea medio de la obtención de aquel. Lo que ocurre, entonces, es que al hacer algo bueno con un resultado directo bueno, también se asume un efecto malo no querido directamente. Es lo que sucede en algunos casos de sedación que tiene, además del efecto analgésico, la aceleración de la muerte del paciente.

con todos los medios y recursos disponibles⁴. Entre ellos se cuentan: el uso de analgésicos⁵, la alimentación, la hidratación, la ayuda a la respiración, la higiene, el suministro de medicamentos normales, etc. El sentido de aplicar estos cuidados es controlar los síntomas de la enfermedad sin empeorar –sino al contrario, mejorando– la calidad de vida del paciente.

Los cuidados paliativos son un derecho de los pacientes a recibir la atención idónea integral que prevenga y alivie el dolor y sus manifestaciones. Con éstos, se hace más llevadero el tránsito de la muerte, con el máximo consuelo y confort posible. Por lo mismo, dentro de las medidas paliativas debieran considerarse el acompañamiento familiar del enfermo y la mayor intimidad posible, incluso, con una habitación de uso individual durante la estancia hospitalaria.

IV. El encarnizamiento terapéutico

Ahora bien, así como no es lícito causar la muerte para aliviar un dolor, tampoco lo es preservar la vida a cualquier precio. Es lo que se conoce como “encarnizamiento terapéutico” y podría definirse como la aplicación de tratamientos inútiles o desproporcionados, por su costo o molestias, y cuyos resultados no mejoran las condiciones de vida del paciente. Es lo que ocurre con procedimientos que son particularmente penosos o que prolongan la vida de forma innecesaria. Frente a esto cabe señalar que es lícito, ante la inminencia de una muerte inevitable, no aplicar tratamientos que supondrían una prolongación difícil, pero sin interrumpir aquellos cuidados básicos: alimentación, hidratación, respiración e higiene⁶.

4. Encarnación Pérez. La excelencia de los cuidados paliativos. Cuadernos de Bioética XXII, 2011/3^a. Pág. 536. http://www.erevistas.csic.es/ficha_articulo.php?url=oai_revista513:152&oai_iden=oai_revista513

5. Con ciertas condiciones ellos pueden aplicarse, incluso, pudiendo prever una aceleración de la muerte.

6. Ello ocurriría, por ejemplo, en la reanimación de pacientes agonizantes o con muerte encefálica, vale decir, cuando la recuperación parcial, suponga ulteriores dolores o sufrimientos. En tales no se busca la muerte directamente, sino que se acepta la natural fragilidad humana frente a ese proceso.

V. El testamento vital y el consentimiento informado

5.1 Testamento vital

Bajo la denominación de testamento vital se entiende la manifestación de voluntad de una persona sobre las elecciones terapéuticas y médicas que le afectarán en la fase final de su vida. En ella se expresa el deseo de ser o no asistido e, incluso, de dejarse morir, rechazando cualquier medio, proporcionado o menos, de sostén vital, cuando se encuentre afectado por una enfermedad grave que compromete su calidad de vida⁷.

Esta figura jurídica merece algunos reparos. En primer lugar, la experiencia indica que las decisiones libres de los sujetos suelen ponderarse en base a las circunstancias presentes al tomar la decisión. Y en muchísimos casos es lícito cambiar de decisión, como ocurre en los hechos, cuando las circunstancias varían. La rigidez del testamento vital, lejos de respetar la libertad de la persona la limita, pues impide ese cambio de decisión que, tratándose de la salud, es inherente. Además, esta figura limita la voluntad en cuanto a la opción por terapias futuras. Nadie puede predecir el desarrollo de la medicina y es perfectamente posible que quien haya manifestado una cierta decisión con los actuales recursos terapéuticos, pueda cambiar de opinión ante la aparición de otros nuevos.

En segundo lugar, una institución como esta quedaría plasmada en una ley cuya interpretación podría fácilmente variar con el paso del tiempo. Es lo que ha ocurrido en las legislaciones donde se ha legalizado el aborto. El primer paso es no penalizar un acto ilícito, pero luego esa no penalización se transforma en la reivindicación de un derecho. En el caso del testamento vital su consagración en la ley podría originar un falso concepto: el “derecho a morir”. Lo delicado de esta posibilidad es que correlativo a todo derecho, siempre hay un deber ¿Podría pensarse, entonces, en la posibilidad de un “deber de matar” por parte del personal sanitario o de los familiares de un enfermo terminal? Como puede verse la consagración de esta institución conlleva peligros evidentes.

7. Cfr. Lucas Ramón. Op. Cit. pág. 204.

5.2 El consentimiento informado

“Se entiende por consentimiento informado la necesidad de dar al paciente una información completa sobre su enfermedad, el posible desarrollo de la misma, el plan terapéutico, las alternativas posibles, los riesgos y beneficios, etc. Para que el paciente pueda estar en condiciones de ejercer su autonomía y tomar las decisiones que le correspondan”⁸.

En la ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, se regula el consentimiento informado. Los derechos más importantes son:

El derecho a ser informada acerca de su estado de su salud y de las alternativas de tratamiento con los riesgos que ello pueda representar⁹. El derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, salvo que el rechazo al tratamiento tenga como objeto la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio¹⁰; el derecho del enfermo terminal a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, manteniendo las medidas de soporte ordinario; el derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual¹¹.

En resumen, se excluye expresamente de la ley cualquier práctica de eutanasia; se contemplan, como derecho, los cuidados paliativos y se permite la negativa a recibir terapias desproporcionadas, evitando el encarnizamiento terapéutico.

8. Cfr. Lucas Ramón. Op. Cit. pág. 210.

9. Véase Art. 10 Ley 20.584

10. Véase Art. 14 Ley 20.584

11. Véase Art. 16 Ley 20.584

VI. Argumentos a favor de la eutanasia

6.1 El argumento de la praxis médica

Este razonamiento parte de la etimología de la palabra eutanasia. Dicho término viene del griego, eu, que significa “bien” y, thanatos, que significa “muerte”, por lo que el concepto en cuestión haría referencia a la práctica médica que procure el buen morir. Francis Bacon, en su obra *Aumentis Scientiarum*, señaló que “el oficio de médico no consiste únicamente en restablecer la salud, sino también en aliviar los dolores y sufrimientos que acompañan las enfermedades, y ello no tan sólo en cuanto al alivio del dolor... contribuye y conduce a la convalecencia, sino también, a fin de procurar al enfermo cuando no haya más esperanza, una muerte dulce y apacible, porque esta eutanasia no es una parte menor de la felicidad”¹².

Este argumento, que se encuentra en la fundamentación del proyecto de ley que actualmente está en el Senado, supone una concepción de felicidad humana exclusivamente centrada en el bienestar físico. A partir de esta suposición arbitraria se concluiría, en primer lugar, que todos los enfermos incurables desean su muerte, pues no le ven mayor sentido a sus sufrimientos; y en segundo lugar, que la relación médico-paciente no pasaría de ser una asesoría técnica para recuperar la salud y lograr el tipo de vida ya indicado.

Con Martínez Otero puede señalarse que “ninguna enfermedad –por dolorosa que sea o cargada de sufrimientos que esté– merma un ápice la dignidad del ser humano. Lo que puede resultar lesivo para la dignidad del enfermo es la falta de respeto a sus derechos –autonomía, intimidad, derecho a una correcta atención médica–, bien por acción, bien por omisión”¹³. Es por lo anterior que deben considerarse una serie de principios,

12. Fulvio Rossi. ¿Debe permitirse la eutanasia en Chile? II <http://diario.latercera.com/2014/09/27/01/contenido/opinion/11-173975-9-debe-permitirse-la-eutanasia-en-chile-ii.shtml>

13. Juan Martínez Otero, Justo Aznar, Ignacio Gómez y Germán Cerda. Comentarios al proyecto de ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida. Cuadernos de bioética XXII, 2011/3ª P. 591. En <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87522184007>

en la acción sanitaria, para custodiar la dignidad de la persona: el principio del respeto y defensa de la vida humana independientemente de cualquier condicionamiento; el terapéutico que consiste en intentar curar, al menos aliviar, y siempre consolar; la libertad y responsabilidad tanto del personal médico, como del enfermo y su entorno social y familiar, en la búsqueda de las mejores opciones; y el principio de subsidiariedad de la sociedad y del Estado para procurar la defensa y tutela del ser humano, especialmente de aquellos más débiles”¹⁴.

En definitiva, lo que sea o no sea una muerte digna no corresponde al legislador determinarlo. “El proceso de muerte está relacionado con multitud de aspectos –físicos, psíquicos, espirituales, familiares, de sentido– muchos de los cuales son de carácter eminentemente personal, que exceden la competencia del Legislador”¹⁵.

6.2 El argumento de la laicidad del Estado

Según este argumento, un Estado laico debe abstenerse de imponer a la ciudadanía concepciones religiosas que sólo son compartidas por una parte de ella. Incluso, un médico si bien puede abstenerse de participar de la muerte asistida de acuerdo con sus particulares creencias, no puede oponerse a ella. En este sentido, el hecho de legalizar una cierta práctica no significa que se esté obligando a las personas a actuar en contra de su conciencia. Al contrario, lo que se hace es permitir que cada cual actúe según sus propias valoraciones y juicios.

Sobre esto, cabe denunciar un engaño. Por laicidad debiera entenderse la exclusión de la esfera política y jurídica de toda norma que haga referencia a una verdad de fe. Ello implica que un Estado verdaderamente laico procurará neutralidad e indiferencia pública respecto de cualquier pretensión de verdad en materia religiosa y, en consecuencia, tratará a todas las religiones de manera imparcial. No obstante, debiera reconocer la dimensión de la

14. Encarnación Pérez. Op. Cit. Pág. 538.

15. Martínez Otero y otros Op. Cit. pág. 580.

persona, sobre todo en los planes educativos, como fuente de cultura, orientación moral y promoción de compromiso social.

Ello, por cierto, no significa ser un Estado confesional, porque un real Estado laico no se identifica con una religión determinada, sino con una identidad laica –política– de ciudadanía y bien común basada en el reconocimiento de los DDHH y de una ética de la ciudadanía, común a cualquier credo religioso. No obstante, sí reconoce la existencia de criterios objetivos de justicia, de moralidad pública independiente y superior al ejercicio del poder, que pueden enjuiciar dicho ejercicio. Ello es lo que ocurre con la eliminación directa de una persona inocente, pues el derecho a la vida no es exclusivo de ninguna relación determinada, sino un derecho fundamental ampliamente reconocido, tal como lo demuestra la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁶.

Si, por el contrario, bajo la etiqueta de laicidad se pretendiera excluir cualquier tipo de normatividad ética de la que pueda derivar una verdad –aunque también se enraíce en una enseñanza de tipo religiosa– ello constituiría una imposición injusta y arbitraria, tan integrista como las actitudes confesionales que los defensores del laicismo dicen criticar. Esa actitud correspondería a un laicismo integral o totalizador (o comprensivo en lenguaje de Rawls) porque lo bueno y lo malo –lo legítimo o ilegítimo– pasaría a ser determinación exclusiva de lo político, adquiriendo, esta esfera, una visión comprensiva del mundo, como si fuera una doctrina religiosa integrista.

¿De qué forma se haría lo anterior? Ello ocurre cuando se acepta como criterio de lo justo (moral) las instancias laicas que se hayan bajo el control de lo político: idealmente el principio de la mayoría. La soberanía popular pasaría a ser una nueva fuente de moralidad, mediante la legislación y las políticas públicas, diluyendo con ello la distinción entre legalidad y legitimidad. De esta forma se da por legítimo todo lo procedimentalmente justificado. En conclusión: No se acepta una verdad superior a la del poder político. Es lo que se ha llamado la dictadura del relativismo; una metafísica

16. Véase Art. 3° DUDH. <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

débil, hostil a cualquier forma de verdad. Un Estado laicista de este tipo impone un ateísmo oficial, contradiciendo una de las características más esenciales: la neutralidad, pero religiosa, no moral, porque no se puede pretender que el ejercicio del poder esté exento de juicio moral.

En consecuencia, señalar que la eliminación de los enfermos terminales incurables es inmoral, y oponerse a su legalización, en las instancias ejecutivas y legislativas que corresponda, no es una imposición de verdades religiosas o de credos específicos.

6.3 El argumento de la autonomía de la persona humana

El contenido de la libertad, según esta concepción, se agotaría en la facultad de elegir, sin ningún tipo de coacción externa, el tipo de vida que se quiera llevar. Es la entendida como “no dominación” definida como “el estado virtual del cual un hombre no se halla sujeto a coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro u otros”¹⁷. Es en este ejercicio de la libertad donde se jugaría la dignidad de la persona humana, pues su pérdida implicaría quedar sometido al poder de terceros en un aspecto personalísimo como sería la propia vida. El sufrimiento que para algunos pudiese ser ocasión de crecimiento humano y espiritual, para otros puede ser un padecimiento innecesario. Ejercer este derecho a la eutanasia no violentaría ni afectaría los derechos y libertades de los otros miembros de la sociedad, por lo que la opinión que los demás tengan sobre ella no debiese afectar este derecho del individuo¹⁸.

El argumento de la autonomía moral de la persona es, sin duda, el más influyente en la opinión pública¹⁹. Esta idea proviene de la corriente

17. Véase Hayek, Friedrich: “Los fundamentos de la libertad”, Madrid: Unión Editorial, 1978, pág.32. Citado en I&P N° 95. El sentido de la libertad en una sociedad libre. En http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/2012/03/iyp_951.pdf

18. Fulvio Rossi. *Ibidem*.

19. Véase F. J. Covarrubias y A. Fischer. La eutanasia como un derecho individual. *El Mercurio* Sábado 04 de octubre de 2014. Squella Agustín. Autonomía moral de las personas. Carta al director *El Mercurio* 25.10.14. Kaiser Axel. La libertad en serio. *El Mercurio*. Martes 16 de septiembre de 2014.

filosófica racionalista que construyó una idea del hombre como un ser casi exclusivamente racional, dejando en un muy segundo plano la corporeidad de la persona. Con este concepto de lo propiamente humano, difícilmente se podría pensar la vulnerabilidad y la dependencia como notas integrantes del hombre. “De este modo, el ser humano por antonomasia sería el hombre racional, adulto, libre, autónomo, sano, lúcido y capaz. La versión más digna y aceptable de esta figura es la que aporta Kant al presentar al ser humano principalmente desde el ángulo de su autonomía. La versión más exagerada y peligrosa la encontramos en el superhombre nietzscheano”²⁰.

Como puede verse la defensa de la eutanasia deriva del error antropológico que identifica la humanidad con autonomía. Así, la vulnerabilidad y la dependencia son vistas como un simple déficit de humanidad²¹. No obstante, es urgente reconocer que toda persona humana ha sido y será, en algún momento de su vida, dependiente de otro u otros. El filósofo Alasdair MacIntyre concibe al ser humano como un animal –con todas las consecuencias del término– racional y autónomo, pero también por naturaleza dependiente. Esa necesidad natural que se tiene de los demás –no sólo en los estadios iniciales o finales de la vida, sino a lo largo de toda ella, en diferentes grados– hace que la pretensión de autonomía propuesta por el pensamiento liberal suene más a utopía que a realidad.

Si dignidad es sinónimo de autonomía ¿Cómo ver el valor del ser humano en aquellos casos donde, precisamente, es el valor de la persona considerada sólo en cuanto tal y desnuda de sus circunstancias, el que reclama ser respetado? Los deficientes mentales, los nonatos, los que están en la inconsciencia de la agonía... es que el hombre no es persona porque obre de manera autónoma, sino al revés: por ser persona puede obrar responsable y libremente, de tal forma que su ser es condición de posibilidad necesaria para su obrar moral autónomo y libre²². En consecuencia, puede ser fundamento de la dignidad

20. Alfredo Marcos Martínez. Dependientes y racionales: la familia humana. Universidad de Valladolid (España). Cuadernos de bioética XXIII, 2012/1º. Pág. 85.

21. Cfr. *Ibidem*.

22. Cfr. M. Moreno Villa. Dignidad de la Persona http://www.mercaba.org/DicPC/D/dignidad_de_la_persona.htm

humana esta característica –la autonomía– no esencial, sino circunstancial de la persona. Como es evidente que, bajo determinadas condiciones, la persona no puede valerse por sí misma, exigir esa autonomía como condición de respeto, equivale a condicionar el reconocimiento de la dignidad de la persona, o sólo a algunos, o a todos, pero sólo en determinados momentos de la existencia (cuando ya son plenamente autónomos).

Por eso se ha dicho que este principio debe relacionarse con el de beneficencia y de justicia, pues aunque la autonomía esté relacionada con la condición de ser racional, la beneficencia está conectada con la vulnerabilidad del ser humano –debida a su condición biológica– y la justicia remite a las relaciones sociales de dependencia mutua. Si se le da una supremacía absoluta por encima del resto se estaría aceptando una concepción reduccionista –racionalista– del ser humano. Sólo recordando que la naturaleza humana incluye también como propias las notas de vulnerabilidad y dependencia, se logrará una consideración más equilibrada e integradora de todos los principios de la bioética.

VII. Proyectos en trámite

Actualmente se encuentran en tramitación dos proyectos que pretenden legalizar la eutanasia: uno en la Cámara y otro en el Senado.

7.1 “Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de permitir la eutanasia, haciendo efectiva la autonomía de las personas en caso de enfermedades terminales”. (Boletín N° 9644-11) Diputados Arriagada, Cariola, Fernández, Hernando, Jackson, Jiménez y Mirosevic.

La idea matriz de esta moción es reconocer el derecho de cada persona a no padecer males o dolores innecesarios y a evitar la prolongación artificial de su vida, regular su ejercicio para garantizar que esta decisión sea adoptada de manera autónoma, informada e indubitada por parte del paciente que ha sido diagnosticado en estado terminal y, modificar el Código Penal con el objeto de asegurar que la eutanasia, en los casos en que esta haya sido

ejecutada por un médico de acuerdo a las formalidades y conforme los procedimientos autorizados por la ley²³.

En lo sustancial el proyecto busca modificar la ley 20.584, agregándole una norma que señala que “la persona que ha sido diagnosticada en estado de salud terminal o, en estado de sufrimiento físico o mental constante e insoportable que no puede ser apaciguado por el actual estado de las ciencias médicas y que resulta de una lesión o condición patológica incurable, tiene derecho a decidir y solicitar (...) no padecer dolores o sufrimientos innecesarios y a evitar la prolongación artificial de su vida. Los requisitos para esta solicitud son dos diagnósticos médicos que acrediten el estado terminal y/o el sufrimiento físico o mental constante e insoportable; ser mayor de edad; tener pleno uso de sus facultades mentales al momento de la solicitud; y manifestar su voluntad de manera libre y sin presión externa. Estas condiciones habilitarán al médico competente para no iniciar o interrumpir un tratamiento médico innecesario en cuanto este tenga por efecto prolongar artificialmente una vida de agonía, o para provocarle directamente la muerte, de acuerdo a los procedimientos que autoriza esta ley”²⁴.

Además, el proyecto modifica el Código Civil, consagrando lo que se ha denominado “testamento vital”. Ello se concreta en la modificación al código civil agregando un artículo 999, que consagra la disposición testamentaria en la cual el testador exprese la voluntad de ser sometido a procedimientos autorizados para causar la muerte en los casos previstos en la ley. Esta declaración es irrevocable cuando se esté definitivamente imposibilitado de manifestar claramente su voluntad, pero no antes de esta incapacidad”²⁵.

Finalmente, se modifica el artículo 393 del Código Penal, en los siguientes términos: “No será aplicable la pena prevista en el inciso anterior al médico que, conforme a los procedimientos previstos en la ley 20.584, cause o preste auxilio a la muerte del paciente que, cumpliendo con los requisitos y

23. Véase Boletín N° 9644-11, considerando 11. En <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

24. Véase Boletín N° 9644-11. Artículo 1° del proyecto. Pág. 5.

25. Véase Boletín N° 9644-11. Artículo 3° del proyecto. Pág. 10.

formas establecidas por la ley, ha solicitado de manera expresa e inequívoca poner término a su vida”²⁶.

7.2 Proyecto de ley, iniciado en moción de los Senadores Rossi y De Urresti, que modifica el Código Sanitario para regular la eutanasia

Este proyecto de ley se encuentra en el Senado en primer trámite constitucional. A diferencia de la anterior moción, que modificaba la ley de derechos y deberes de los pacientes, esta iniciativa modifica el código sanitario, estableciendo en esa normativa la figura de la eutanasia. Entre sus ideas matrices se encuentran las siguientes:

Distinción entre eutanasia pasiva cuando una persona –normalmente el médico o sus ayudantes, aunque también algún pariente– que se encuentra al cuidado de otra, omite alargar una vida que está tocando a su fin; y una activa que consiste en la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones²⁷.

La exigencia de que el legislador no puede estar de espaldas a la realidad, teniendo como misión propia de un legislador crítico y democrático, la revisión de por qué se ha seleccionado tal relación social y se la ha fijado de una forma determinada²⁸.

En concreto, se crea un título VI en el Código Sanitario titulado “De la eutanasia”. Dicho título comienza con el artículo 54 bis que define la eutanasia como “la terminación de la vida que lleva a cabo un médico a petición del paciente, cumpliendo los requisitos y manifestando su consentimiento en los términos que se señala en los siguientes artículos”²⁹.

26. Véase Boletín N° 9644-11. Artículo 3° del proyecto. Pág. 10.

27. Véase Boletín N° 9.602-11. P.7 en <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php#>

28. Ídem.

29. Ídem.

El proyecto distingue la eutanasia pasiva que es el derecho de todo paciente terminal a denegar su consentimiento a cualquier procedimiento médico de conformidad a lo establecido en la ley N°20.584³⁰, salvo que exista riesgo para la salud pública por la falta de aplicación de los procedimientos; riesgo vital o secuela funcional grave por la falta atención médica cuando ni el paciente ni su representante legal puedan expresar su voluntad; o incapacidad del paciente de manifestar su voluntad y no existencia del representante legal³¹.

Asimismo, se consagra el testamento vital para que toda persona –hábil para testar, ante Notario Público y cinco testigos– pueda hacer una declaración, para el caso que no sea capaz de expresar personalmente sobre los cuidados y el tratamiento de salud a consecuencia de un padecimiento que haga dependiente de los demás de forma irreversible, en el sentido de no querer vivir en esas circunstancias³². En caso de muerte cerebral la decisión de someter o no al paciente a los tratamientos será adoptada por el cónyuge o conviviente³³.

También se contempla la eutanasia activa como la provocación deliberada de la muerte por parte de un médico cirujano para todo paciente que, por una enfermedad incurable o progresivamente letal que le cause un padecer insufrible, solicite que la muerte le sea provocada. En este caso el médico deberá informar al paciente de la enfermedad, implicancias y tratamientos, y luego formarse la convicción de la intolerabilidad de la enfermedad y su tratamiento. Por último, deberá consultar la opinión de la Comisión Ética de la región respectiva³⁴.

Finalmente, la voluntad del paciente, aunque se manifiesta de forma verbal, deberá quedar siempre por escrito y a lo menos ante dos testigos, uno de ellos el cónyuge, ascendiente o descendiente mayor de edad³⁵.

30 Art. 54° bis A

31 Art. 54° bis B.

32 Art 54° bis D

33 Art. 54 bis E.

34 Art. 54° ter.

35 Art. 54° ter A.

VIII. Conclusiones

Los avances médicos han permitido, no sólo otorgar mejores niveles de salud, sino también alargar la vida de las personas. Esta posibilidad, en sí misma positiva, plantea algunas interrogantes éticas y políticas, sobre todo en los casos de enfermedades terminales y dolorosas. Una de ellas es la eventual legalización de la eutanasia. Más allá de los argumentos de consigna, están la praxis médica para las enfermedades terminales y la realidad de la vida humana en esta etapa. En ellas se encuentran las razones que hacen injustificable promover esta sutil forma de homicidio.

Lo primero es señalar que, en caso de enfermedad terminal existen los cuidados paliativos que son un derecho de los pacientes, pues todas las personas que se encuentren en el proceso final de su vida tienen derecho a recibir la atención idónea integral que prevenga y alivie el dolor y sus manifestaciones, lo que incluye, además del tratamiento analgésico específico, la sedación.

Enfrentados al final de su vida los enfermos suelen ponderar su existencia de manera diferente. La proximidad de la muerte conlleva una clara distinción entre lo verdaderamente importante y lo superfluo. En ese sentido, el estar acompañado por los seres queridos es parte fundamental de los últimos cuidados ¿Quién se ha preocupado, por ejemplo, de proponer el derecho a una habitación de uso individual, asegurando el acompañamiento del enfermo –en los casos en que sea posible– durante la estancia hospitalaria? Por lo demás, ninguna enfermedad –por dolorosa que sea o cargada de sufrimientos que esté– merma un ápice la dignidad del ser humano. Lo que puede resultar lesivo para la dignidad del enfermo es la falta de respeto a sus derechos. En cualquier caso, lo que sea o no sea una muerte digna no corresponde al legislador determinarlo.

Finalmente, se ha hecho apología de la autonomía de la persona para decidir sobre su vida, sobre todo en las fases terminales. Sin embargo, una cosa es no realizar tratamientos que el paciente no quiere, y otra muy distinta es actuar positivamente cuando el paciente exige una determinada intervención del personal sanitario, aunque sea contraria a la buena

praxis médica. Si ello fuese así, no sólo se estaría despenalizando la mala praxis (negligencias médicas), sino que se estaría obligando a ejecutar diagnósticos o procedimientos erróneos si el paciente así lo solicita. El principio de la autonomía del enfermo debe armonizarse con el principio terapéutico del personal sanitario: intentar curar, al menos aliviar, y siempre consolar, pues la medicina busca la curación del enfermo o por lo menos el alivio y prevención de los síntomas.

Frente al enorme consenso en torno a la protección de los derechos humanos y al condena a toda forma de conculcación por terceros (No a la pena de muerte, no a la tortura, no al abuso de mujeres y menores) parece insensato promover esta forma de auto-destrucción. Basta exigir un sólo requisito a la persona y su vida para calificarlas de “digna” y defenderlas, y en ese mismo instante se habrá dejado de hacerlo.

Acuerdo de Vida En Pareja comentarios y objeciones al Proyecto de Ley en tramitación

• 19 de noviembre de 2014 •

El proyecto de Acuerdo de Vida en Pareja se encuentra ya en segundo trámite constitucional, en la Cámara de Diputados. A continuación, un análisis de la Fundación Jaime Guzmán que da las razones por las cuales, su eventual aprobación, constituiría un grave daño a la estabilidad de la familia. Entre ellas, no sólo el debilitamiento de la institución familiar, sino también la incoherencia y contradicción de algunas de sus normas con nuestro ordenamiento jurídico.

I. Introducción

Se encuentra en la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, el proyecto de ley, que regula el Acuerdo de Vida en Pareja. Esta iniciativa refunde en un solo texto el mensaje que contiene la indicación sustitutiva del ex Pdte. Sebastián Piñera (Boletín N° 7.873-07) y la moción del ex senador Allamand, que regula la figura contractual denominada Acuerdo de Vida en Común (Boletín N° 7.011-07). Para su discusión y votación, el ejecutivo le ha dado urgencia simple.

¿Es inocua la aprobación de esta normativa? Todo indica que no. La igualación que este proyecto hace del matrimonio y la convivencia extiende a esta última todos los derechos del primero pero sin exigir ninguno de los deberes del mismo, como la fidelidad o la permanencia. Esta inestabilidad no puede ser indiferente de cara a los efectos que dicho acuerdo tenga en los contratantes, los hijos y la sociedad en general. Todo indica que este es el primer paso para darle la categoría de “matrimonio” a las uniones de personas del mismo sexo.

El presente trabajo resume la exposición que la Fundación Jaime Guzmán realizó ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. Es un análisis jurídico del proyecto en cuestión que complementa los argumentos expuestos en dos papers anteriores¹ sobre la legalización de las uniones de hecho.

1. Véase I&P N° 29. Uniones de hecho: ¿es deseable su reconocimiento legislativo? 13 de mayo de 2009 en <http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/documentos/ideas-y-propuestas/19.pdf>. I&P N°141. Uniones de hecho: Otro golpe a la familia en Chile. 8 de enero de 2014 en <http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/I-y-P-n%C2%BA141.pdf>.

II. Similitudes del Acuerdo de Vida en Pareja con el Matrimonio

A continuación, todas las características que hacen del proyecto de vida en pareja, que se está tramitando, una institución parecida al matrimonio:

- Es un contrato (art 1).
- Genera efectos jurídicos (art 1).
- Pretende ser estable y permanente (art 1).
- Serán considerados parientes según art 42 CC (art 1).
- Genera un estado civil (art 1).
- No pueden someterse a condición, plazo, modo o gravamen alguno (art 3).
- Genera parentesco por afinidad (art 4).
- Se celebra ante oficial del Registro Civil (art 5).
- Se hace constar en un acta que se inscribe en un registro oficial (art 5).
- Contempla requisitos de validez referidos a la mayoría de edad ya la libertad de disposición de los bienes (art 7).
- Exige consentimiento libre e informado (art 8).
- Admite como vicios de la voluntad el error en la persona y la fuerza (art. 8).
- Se consideran prohibiciones para celebrarlo (art 9).
- Admite la patria potestad de los hijos (art 10).
- Contempla un plazo de viudedad para la mujer que lo contrajo (art 11).
- Contiene un estatuto de derecho internacional privado.
- Genera deberes de ayuda mutua (art 14).
- Declara el deber de solventar los gastos propios de la vida en común (art 14).
- Contiene reglas sobre regímenes patrimoniales propios de la convivencia, correspondiente en una separación de bienes supletoria y, a la vez admite la posibilidad de pactar una comunidad de bienes (art 15).
- Contiene haberes propios y comunes (art 15).
- Admite la declaración de bienes familiares (art 15).
- El sobreviviente es legitimario del otro (art 16).
- Se aplican causales de desheredamiento (art 17).
- Derechos sucesorios y como legitimario (art 18).
- Derecho de adjudicación preferente (art 19).

- Concede legitimación activa al otro en caso de delitos y cuasidelitos (art 20).
- Resuelve sus conflictos ante la Justicia de Familia, o civil en su caso (art 22).
- Contempla inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones propias del matrimonio (art 23).
- Da derecho a compensación económica si se extingue (art 26 letras d), e) y f) (art 27).
- Modifica el Código Civil en materia de cuidado personal de los hijos, recientemente reformado por la Ley 20.680.

III. Razones por las cuales no es un matrimonio

A continuación se detallarán las diferencias existentes entre el Acuerdo de Vida en Pareja y el Matrimonio.

- Carece de un enunciado explícito de las propiedades del matrimonio (unidad e indisolubilidad).
- Carece de fines análogos al matrimonio (vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente).
- No permite los esponsales o desposorio (art 3).
- Carece de testigos de manifestación e información (art 5).
- No tienen el mismo régimen de impedimentos dirimentes, ni generales ni especiales (art 9).
- La ley lo dice de modo indirecto al reglamentar los AVP celebrados en el extranjero, al referirse a ellos como “acuerdos de vida en pareja, uniones civiles o contratos equivalentes no constitutivos de matrimonio (art 12).
- No impone deberes de fidelidad ni de socorro, de los que se sigue que no admite el derecho de alimentos (art 14).
- Se extingue por la voluntad unilateral de uno de los convivientes civiles (art 26 letra e).

IV. Las ideas matrices del Proyecto de Ley

Son las manifestadas en el Boletín 7873, indicación sustitutiva del Ejecutivo, de la cual algunas ideas básicas son destacables. Primero, señalar a la familia como “pilar de la sociedad de valores”. Segundo, enumerar algunas políticas y reformas legales en pro de la familia, situados preferentemente en el plano de la atención de las necesidades materiales. Tercero, enunciar una decidida y categórica defensa del carácter heterosexual del matrimonio. En relación con este último punto, cabe señalar que el carácter heterosexual del matrimonio no es una exigencia doctrinaria ni religiosa. Está en la Constitución política en su artículo 1º, y en el artículo 102 del código civil. Además, en otras legislaciones de países con Estados marcadamente laicistas también reconocen esta característica al matrimonio.

A modo de ejemplo, el Código de Familia de Cuba señala: “Por cuanto ... El concepto socialista sobre la familia parte de la consideración fundamental de que constituye una entidad en que están presentes e íntimamente entrelazados el interés social y el personal, puesto que, en tanto célula elemental de la sociedad, contribuye a su desarrollo y cumple importantes funciones en la formación de las nuevas generaciones y, en cuanto centro de relaciones de la vida en común de mujer y hombre entre éstos y sus hijos y de todos con sus parientes, satisface hondos intereses humanos, afectivos y sociales, de la persona”.

Art 2º, “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común”.

Art 3º, “Están autorizados para formalizar el matrimonio la hembra y el varón mayores de 18 años de edad”.

Art. 18, Matrimonio No Formalizado, “La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente”.

V. Normas del proyecto que merecen dudas

Son muchas las normas de dudoso beneficio o legitimidad, pero centraremos la preocupación en tres de ellas.

5.1 Es un contrato sometido a condición

En primer lugar, se declara de carácter estable y permanente (art 1º), pero termina a sola voluntad de una de las partes (art 26 letra e). Este es un punto particularmente grave, pues contradice el derecho y principios generales de los contratos, reglados en los artículos 1.437, 1.545 y 1.546 del Código Civil. Se opone a la regla general de interdicción de las condiciones meramente potestativas, manifestada en el artículo 1.478 del Código Civil, en cuya virtud son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad del que se obliga. Que el contrato exista hasta que una de las partes quiera es un desmentido total a la voluntad de contraer obligaciones, un reconocimiento jurídico al egoísmo y un desprecio total por el otro contratante. Mauricio Tapia se refirió en un reciente artículo a este punto, sosteniendo que “(formaliza) supuestamente una relación de afecto, respeto y ayuda mutua, pero sus formas de terminación mostraban tal falta de consideración por el otro, que es dudoso que fueran consistentes con la dignidad humana”.

5.2 Contradicción en cuanto al régimen de bienes

En segundo lugar, es especialmente confuso en materia del régimen de bienes. En efecto, el artículo 15 del proyecto dispone que los convivientes civiles conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes de la celebración del contrato y de los que adquieran durante la vigencia de éste, a menos que se sometan de manera expresa e irrevocable a una comunidad que, en lo que atañe a los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo, “... se considerarán indivisos por mitades entre los convivientes civiles”. Por más que se pretenda asignar un significado útil a esas palabras, resultan difíciles de comprender. Se habla de una comunidad indivisa, pero dividida en mitades o partes iguales. Ello es una contradicción en los términos que exige ser remediada.

5.3 Confusión en materia de legitimación activa para los que componen unión de hecho

Finalmente, es particularmente confuso en materia de legitimación activa por fallecimiento de los contrayentes debido al hecho ilícito perpetrado por un tercero. En efecto, y quizá sin quererlo, la reforma circunscribe la legitimación activa únicamente al fallecimiento de uno de los contrayentes, excluyendo de modo implícito el daño propio que afecte a otros bienes de la personalidad distintos a la vida. De esta forma, el legislador también termina por excluir la legitimación activa para los que componen una pareja de hecho. De esta manera se echa por la borda décadas de desarrollo jurisprudencial que concedió, por razones de justicia material más que por apego a las formas jurídicas, esta posibilidad a los convivientes de facto según las reglas de la comunidad. No hay razón para seguir ese entendimiento si la ley innova en el sentido que se viene señalando.

VI. Principales objeciones al Proyecto de Ley

6.1 Los afectos son ajenos a la ley

Por esta vía, el proyecto incurre en un debilitamiento grave del deber del Estado de dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta. La regulación legal debiera centrarse simplemente en las relaciones entre partes y respecto de terceros. El pensamiento emotivo magistralmente descrito por Alastair MacIntyre se apodera del legislador.

6.2 Es una convivencia con disfraz de matrimonio

Esto significa que es una impostura, pues pretende ser lo que no es. Como ya se ha señalado tiene un sinnúmero de similitudes con el contrato matrimonial. No obstante, también tiene dos características que hacen inviable este proyecto: la unión que consagra es inestable y transitoria. Su inviabilidad radica en que el derecho no puede regular figuras que por definición rechazan la estabilidad y la permanencia. Nunca una norma general y abstracta, como se define la ley, puede estar regulando situaciones puramente transitorias o sujetas eventualmente a la inestabilidad.

6.3 Término unilateral del Acuerdo de Vida en Pareja

El AVP termina cuando cualquiera de las partes decide ponerle fin. Ello es contrario a la idea de obligarse y lesivo para la dignidad de la persona humana, pues consiste en una potestad unilateral que, afectando a un proyecto común del cual pueden depender terceros inocentes: los hijos. Si el contrato se extingue por la sola voluntad de uno de los contratantes, no tiene la vocación de estabilidad y permanencia que declara su propio texto, y lo que se espera de una relación obligatoria en el ámbito familiar.

Es más, debe tenerse en consideración la circunstancia de que si los propios convivientes han decidido no regular y disciplinar su relación afectiva, no puede venir la ley a suplir tal voluntad. En consecuencia, es presumible que tal facilidad para ponerle término hará que muchas parejas sigan conviviendo de hecho; otras lo preferirán al matrimonio y otras se casarán. Así, se darán tres tipos de situaciones: matrimonios, AVP y convivencias de hecho.

6.4 Es el primer paso al matrimonio homosexual

El trato igualitario para todos no implica ver en el matrimonio entre personas de distinto sexo una ofensa a la igualdad. Se señala lo anterior, porque el proyecto da la espalda a aquellas convivencias unidas por vínculos no afectivo-sexuales y que también eran uno de los destinatarios originales del proyecto². Parece que nunca hubo intención en beneficiarlos, pues cuando en el Senado se pretendió introducir títulos al proyecto para regular a este importante segmento de la población, simplemente hubo una férrea negativa a aceptarlo.

2. Varias indicaciones de algunos Senadores fueron votadas en contra en la Comisión y, luego, desestimadas vía renovación en la Sala. A modo de ejemplo, la indicación número 69, de la ex Senadora Alvear, y la indicación número 89, de los Senadores Larraín y Orpis, y del ex Senador Novoa.

VII. Conclusiones

El proyecto de Acuerdo de Vida en Pareja, es un mal proyecto y no es necesario acudir a las convicciones personales, ni a las creencias religiosas para desecharlo.

En primer lugar, constituye un grave daño a la estabilidad familiar, por cuanto debilita enormemente el vínculo matrimonial al crear una figura alternativa que otorga exactamente los mismos derechos que el matrimonio confiere, pero liberando a sus contratantes de sus deberes, especialmente de aquellos que emanan de la potencial paternidad.

En segundo lugar, no es coherente con nuestro ordenamiento jurídico una ley que consagra obligaciones contraídas bajo una condición potestativa y que no es clara –más bien es contradictoria– en materia de régimen de bienes, sobre todo los adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo. De hecho, en materia patrimonial, es este tipo de bienes una de las principales preocupaciones de los impulsores de este proyecto.

La falta de prolijidad en el tratamiento de algunas materias, además del perjuicio objetivo a la estabilidad de la familia matrimonial, hace aconsejable al menos repensar en profundidad y sin ideologismos esta iniciativa.

Si lo que se pretende es establecer el primer paso hacia la regulación del matrimonio homosexual, sería más serio avocarse directamente a ese proyecto, sin aprobar estatutos intermedios que podrían ser perjudiciales para mucha gente.

Reformas laborales: ¿Hacia dónde se debe avanzar?

• 14 de enero de 2015 •

Se encuentra en tramitación la reforma laboral anunciada por el gobierno actual desde el período de campaña. No deja de sorprender el hecho de que más que una reforma laboral, es una reforma sindical, pues el fortalecimiento de estas organizaciones es el principal y casi único foco de la iniciativa. Lamentablemente, una vez más, la ideología se impone al sentido común, dejando de lado la solución a los verdaderos problemas que afectan a los trabajadores chilenos.

I. Introducción

El pasado 29 de diciembre, la Presidenta Bachelet presentó la anunciada Reforma Laboral, cumpliendo así con su compromiso de campaña y con el mundo sindical. Si bien es cierto, que la propuesta final del Ejecutivo no presentó mayores novedades en relación a lo anunciado en estos meses, resulta fundamental realizar un análisis crítico de los principales puntos que ella propone, comprendiendo el impacto que éstos puedan generar en el mercado laboral y especialmente en la calidad del trabajo de miles de chilenos.

Once son los ejes que el gobierno ha definido dentro del Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales que comenzó a ser discutido el martes 6 de enero por la Comisión de Trabajo de la Cámara de Diputados. A saber: titularidad sindical, derecho a huelga, piso de la negociación, ampliación de la cobertura de la negociación colectiva, ampliación del derecho a información, simplificación del procedimiento de negociación colectiva reglada, ampliación de las materias sujetas a negociación colectiva, derecho a los beneficios negociados por el sindicato, horas de trabajo sindical y representación sindical, prácticas antisindicales y desleales en la negociación y equidad de género. Sin duda, la titularidad sindical y prohibición de reemplazo en huelga, son los puntos que mayor polémica han generado dado los profundos cambios que se podrían crear en la lógica de las relaciones laborales existentes hasta ahora.

A continuación, se realizará un análisis crítico de los puntos más relevantes de la iniciativa propuesta del gobierno, para luego dar paso al desarrollo de una serie de propuestas orientadas a mejorar el sistema laboral chileno, incentivando la constante creación de nuevos empleos.

II. Una reforma sindical

En los últimos días, los opositores a la propuesta del gobierno han insistido en que ésta es una reforma sindical y no laboral. Si bien, esta denominación podría interpretarse como una estrategia para criticar la iniciativa del Ejecutivo, no deja de ser cierto que es una reforma orientada de manera casi exclusiva a los sindicatos. De hecho, al analizar los once ejes del proyecto, se observa que diez están directa o indirectamente relacionados con una mayor dotación de protagonismo e influencia a los sindicatos, dejando sólo la ampliación de las materias sujetas a negociación colectiva como un punto “a favor” de los empleadores. De esta manera, pareciera ser que el discurso de la oposición no es sólo una estrategia comunicacional sino que refleja el contenido textual de las propuestas del gobierno.

Reforzando lo anterior, el mensaje del Ejecutivo señala expresamente “la organización de los trabajadores en sindicatos y órganos superiores de representación es fundamental para formular propuestas destinadas al mejoramiento de sus condiciones de empleo y de vida, así como el acceso a los frutos del crecimiento de las empresas. Es por ello que una dimensión significativa de esta iniciativa modernizadora del sistema de relaciones laborales chileno dice relación con su sentido democratizador”¹.

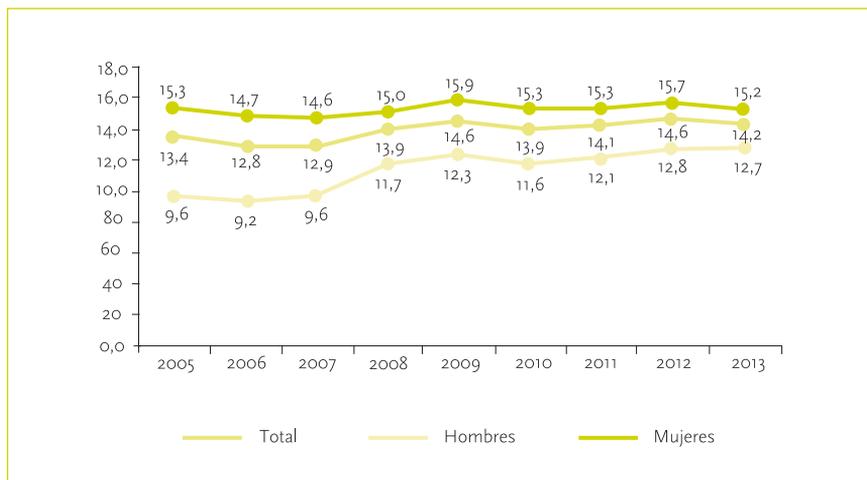
Bajo este contexto, resulta apropiado iniciar el análisis de las propuestas con una breve revisión de la situación sindical chilena, para luego analizar las potenciales consecuencias de esta reforma.

Tal como se observa en el Gráfico N°1, la tasa de sindicalización en Chile alcanzó el año 2013 un 14,2%, manteniendo un nivel relativamente estable en los últimos años. Si se compara este valor con los de los países desarrollados, esta tasa se ubica cerca del promedio de la OCDE, el cual alcanza un 16,9% en el mismo período.

1. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia el Proyecto de Ley que Moderniza el Sistema de Relaciones Laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo (Mensaje N° 1055-362).

Gráfico 1:

Evolución de la tasa de sindicalización en sindicatos activos, por sexo, años 2005 a 2013



Fuente: Dirección del Trabajo; INE, Encuesta Nacional de Empleo
Elaboración: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo

Con estos datos cabe preguntarse, ¿cuáles son los motivos que generan y/o incentivan estos niveles de sindicalización? La Encuesta Laboral, realizada anualmente por la Dirección del Trabajo, profundiza en estos motivos, recogiendo la percepción tanto de los dirigentes sindicales, como de los trabajadores. Es interesante ver cómo, tras preguntar a los dirigentes sindicales cuál es la actitud de los trabajadores no sindicalizados frente a la idea de sindicalizarse, la percepción de este grupo se concentra principalmente en que ellos no lo hacen por “temor a consecuencias negativas en su trabajo”. Sin embargo, cuando se le pregunta a los trabajadores no sindicalizados cuál es la principal razón por la que no se ha formado un sindicato, más de un 50% de ellos declara que es porque no es necesario o simplemente porque no hay interés en hacerlo. Si bien el contexto de ambas preguntas es relativamente distinto (básicamente porque en un caso existen sindicatos y en el otro no), llama la atención las importantes diferencias de percepción existentes entre dirigentes

sindicales y trabajadores. Es por ello que resulta fundamental procesar esta información con objetividad para no sesgar la elaboración de las políticas públicas que pueden afectar a miles de trabajadores.

III. Comentarios generales a la propuesta del gobierno

El proyecto está orientado principalmente a modificar el proceso actual de negociación colectiva. Para ello, sustituye por completo el Libro IV del Código del Trabajo (sobre negociación colectiva), construyendo una serie de herramientas orientadas al fortalecimiento de los sindicatos. Bajo este contexto, no sorprende el intento que se hace por aumentar la tasa de sindicalización vigente mediante la titularidad sindical y la ampliación de la cobertura de la negociación colectiva o por el nuevo sistema de afiliación sindical que se propone.

Por otra parte, la iniciativa intenta, tal como lo ha anunciado la Ministra, terminar con el desequilibrio que existe actualmente en las relaciones laborales. De esta manera, otra de las propuestas del Ejecutivo apunta a la obligación del empleador de considerar como piso de negociación dentro de su proposición lo acordado en el último contrato colectivo. Con ello, lo acordado quedará como una barrera de entrada a la negociación y no como un instrumento de salida con los riesgos que ello implica, asociados principalmente a la eventual posición de desventaja en que quedaría el empleador al tener que incrementar constantemente los beneficios otorgados en la negociación colectiva.

Un último aspecto interesante a considerar es cómo el proyecto genera algunos instrumentos que sobreprotegen a los trabajadores. Ejemplo de ello, es la sustitución que se hace al inciso tercero del artículo 221 del Código del Trabajo (relativo al fuero sindical), estableciendo que:

“Los trabajadores que concurran a la constitución de un sindicato de empresa, de establecimiento de empresa o de un sindicato interempresa, gozarán de fuero laboral desde que se formule la solicitud reservada de Ministro de Fe para la asamblea constitutiva y hasta treinta días después de realizada ésta. La

asamblea deberá verificarse dentro de los diez días siguientes a la solicitud de Ministro de Fe”.

Como se observa, esta modificación abre la opción de que, en un caso extremo, aquellos trabajadores que quieran abusar de esta norma podrán solicitar ilimitadamente la constitución de un sindicato, gozando así del fuero de treinta días, sin tener la obligación de constituirlo realmente.

Cada una de estas medidas, sumadas a las que se analizarán en las próximas líneas, desequilibrarán nuevamente las relaciones laborales, otorgando un gran poder de negociación a los sindicatos. Lo preocupante de este nuevo estatuto es que monopolice las negociaciones, excluyendo así a la mayoría de los trabajadores de la posibilidad de relacionarse colectivamente con su empleador. Bajo este contexto, resulta apropiado ver el detalle de estas medidas y el impacto que podrían generar tanto en la libertad sindical como en la productividad de la economía nacional.

IV. Titularidad sindical y extensión de los beneficios negociados

Actualmente, la negociación colectiva puede ser llevada a cabo por dos actores: los sindicatos o los grupos negociadores². La propuesta que ha impulsado el gobierno apunta a eliminar a este último actor en aquellas empresas donde existe, al menos un sindicato, monopolizando la negociación colectiva en él o los sindicatos que posea la empresa. Según el gobierno, el objetivo es institucionalizar el proceso de negociación entre trabajadores y empleadores.

Otro punto importante de destacar, es el cambio que se genera con respecto a la extensión de los beneficios alcanzados tras la negociación colectiva. Con la norma vigente, la facultad de extenderlos a trabajadores no sindicalizados, radica en el empleador; pues bien, la modificación que se desea introducir apunta a que la extensión de ellos quedará sujeta al acuerdo entre las partes. Es más, el proyecto establece explícitamente

2. Los grupos negociadores son un conjunto de trabajadores que se organizan para una negociación en particular, sin necesidad de tener que institucionalizar esta asociación.

que la extensión unilateral de los beneficios será considerada como una práctica antisindical. Bajo esta lógica, facilita la afiliación de los trabajadores al sindicato durante el proceso de negociación, permitiendo que aquellos trabajadores que se afilien dentro del plazo de 10 días de presentada la propuesta del sindicato, queden afectos a la negociación.

Lo anterior confirma la intención de monopolizar las negociaciones colectivas en los sindicatos, incentivando, además, la afiliación de los trabajadores a éstos por distintas vías, como lo es la extensión de los beneficios negociados colectivamente. Esta situación parece atentar contra el principio de igualdad ante la Ley, pues discrimina entre trabajadores afiliados y no afiliados; inhibe la libertad sindical, ya que “obliga” a los trabajadores no sindicalizados –dada la serie de trabas que pone– a sindicalizarse para poder negociar; y, lo más complejo, promueve una modificación legal que sólo representa, en un principio, a un grupo minoritario de trabajadores: los sindicalizados (como se ya se expuso anteriormente, un grupo que sólo representa al 14,2% de los trabajadores chilenos).

V. Prohibición de reemplazo en huelga

Una de las propuestas que mayores críticas ha recibido es la prohibición de reemplazo en huelga. En términos simples, se prohíbe al empleador reemplazar a aquellos trabajadores que se encuentren en huelga, ya sea con personal interno o externo. Si bien esta medida ha sido avalada previamente por la Corte Suprema, ella podría transformarse en una importante herramienta de chantaje para los sindicatos, puesto que de ellos dependerá, en gran medida, el tiempo de paralización de la empresa. Por otra parte, resulta imposible analizar este punto sin mirar dos proyectos de ley que actualmente se encuentran en trámite legislativo: la prohibición de subcontratación de labores inherentes al giro principal de la empresa y la prohibición de celebrar contratos laborales polifuncionales. La interacción de estas tres medidas podría hacer que, en un caso extremo, una empresa paralice por completo su producción si la negociación colectiva no llegase a un acuerdo entre las partes.

Considerando los riesgos que esta disposición conlleva, el gobierno incorporó dentro de sus propuestas la figura de “servicios mínimos”.

Artículo 361.- Servicios Mínimos y Equipos de Emergencia. La comisión negociadora laboral estará obligada a proveer durante la huelga, el personal necesario para cumplir los servicios mínimos de la empresa, que permitan atender las operaciones indispensables para evitar un daño actual e irreparable a los bienes materiales, instalaciones o infraestructura de la misma o que causen grave daño al medio ambiente o un daño a la salud de los usuarios de un establecimiento asistencial o de salud.

La definición de los servicios mínimos deberá tomar en consideración necesariamente los requerimientos vinculados al tamaño, especificidad y características de la empresa de la que se trate....

Con esta norma se genera un resguardo para el empleador. Sin embargo, llama la atención que estos servicios mínimos no estén asociados a la mantención de una productividad mínima de la empresa lo que podría dificultar aún más el término de la huelga.

VI. La reforma laboral que Chile necesita

Como se ha podido apreciar, la propuesta de reforma laboral del Gobierno de la Presidenta Bachelet apunta específicamente a un solo sector, los sindicatos. Nada se habla en la propuesta sobre qué se hará con la baja participación de mujeres y jóvenes en el mundo laboral o cómo se mejorarán las capacitaciones laborales que ofrece el Estado, entre otros puntos. En este contexto, resulta fundamental que el Ejecutivo no actué bajo un sesgo ideológico sino que oriente sus políticas hacia el beneficio de todos los trabajadores. En las siguientes páginas, se desarrollarán una serie de propuestas que apuntan a mejorar, tanto la cantidad, como la calidad del empleo de miles de chilenos.

6.1 Por un mercado laboral inclusivo

Considerando la baja participación relativa de las mujeres en el mercado laboral chileno (un 54,9% versus un 78,1% de los hombres), una de las principales recomendaciones que ha hecho la OCDE a las autoridades chilenas es la de implementar políticas públicas que faciliten su incorporación a éste³. En el mismo sentido, la OCDE también ha manifestado su preocupación por la baja participación de los jóvenes en el mundo del trabajo, donde la tasa de desocupación para jóvenes entre 19 y 24 años alcanzó el año 2011 un 17.7% (CASEN 2011). Por lo anterior, la citada organización propone avanzar en medidas que permitan, por ejemplo, la compatibilidad entre trabajo/familia y estudio/trabajo, lo que facilitaría el ingreso de estos actores al mundo laboral y con ello, aportar al desarrollo de estos actores.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se desarrollarán dos ideas para avanzar hacia un mercado más inclusivo, el cual facilite el acceso de éstos y otros actores al trabajo formal.

6.1.1 Flexibilidad en la normativa que regula el trabajo de los jóvenes

El marco normativo del sistema laboral chileno es rígido. Jornadas de trabajo fuertemente marcadas, poca flexibilidad para la negociación de feriados legales o de horas extras, escaso desarrollo del trabajo no presencial, la sobreprotección del empleo, etc. son sólo algunos ejemplos que implicarían una barrera para la contratación de jóvenes. Resulta fundamental, entonces, flexibilizar algunos de estos criterios para así permitir una mayor inclusión de ellos al mundo laboral. Por esto, se sugiere avanzar en las siguientes medidas:

- Jornada ordinaria especial para jóvenes de no más de 30 horas semanales por ejemplo;
- Conservación de la calidad de carga para el sistema de salud de aquellos jóvenes que se incorporen a la fuerza laboral;

3. Estudios Económicos de la OCDE Chile, Octubre 2013.

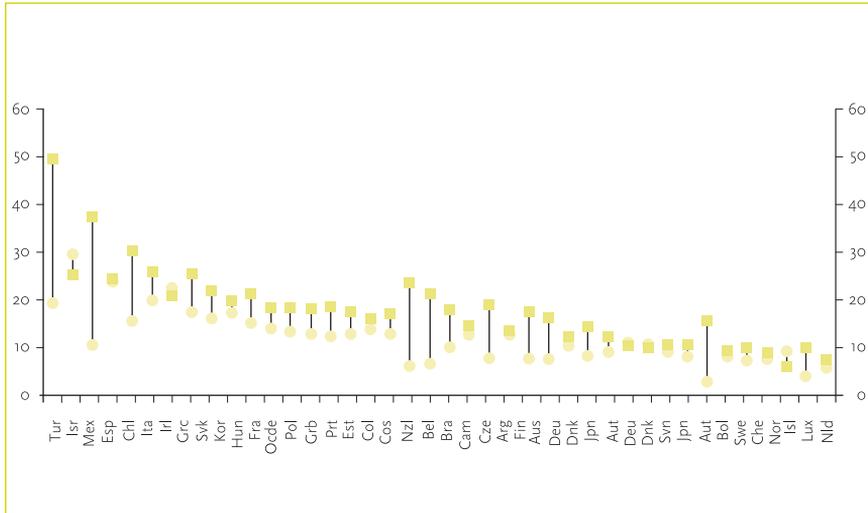
- Remuneración no tributable para el trabajador joven (libre de impuesto);
- Remuneración cotizante sólo para el sistema previsional –en el entendido de que se les permita seguir siendo carga en materia de salud– incentivando así el ahorro previsional desde el primer trabajo.

Estas medidas no sólo ayudarán a una mayor inclusión de los jóvenes al mundo laboral, sino que también permitirá disminuir el número de chilenos que actualmente se encuentran en el grupo de los “ni-ni” (ni estudian ni trabajan). Tal como se observa en el Gráfico N°2, al interior de la OCDE Chile se encuentra dentro de los países con mayor porcentaje de jóvenes “ni-ni”. Cifra preocupante, ya que en los próximos años Chile podría tener una población económicamente activa poco calificada y con poca experiencia laboral. Por ello urge avanzar en medidas que incentiven el trabajo de ellos, pero que, a su vez, se hagan cargo de la realidad que enfrentan muchos chilenos quienes deben compatibilizar el trabajo con el estudio.

Claramente, este tipo de normas debiesen ser de carácter voluntario para el joven trabajador, quien podrá decidir, dependiendo principalmente de sus otras obligaciones, si accede a éstas o se rige por el Código del Trabajo. Sólo de esta manera se entregará la libertad y flexibilidad suficiente para que decidan que sistema regulatorio les es más adecuado para su realidad particular.

Gráfico 2:

Porcentaje de jóvenes entre 15 y 29 años que ni trabajan ni estudian “ni-ni” por género, 2011



Fuente: Estudios Económicos de la OCDE Chile, Octubre 2013

6.2 Inclusión de las mujeres al mundo laboral

Sin duda, la compatibilidad entre el trabajo y la familia resulta mucho más compleja para la mujer que para el hombre. Pre y post natal, horas de amamantamiento, cuidado del niño en el período de lactancia, etc. son sólo algunos ejemplos de labores y circunstancias propias de la madre en el cuidado de los niños. Es por ello que, resulta fundamental avanzar en medidas que faciliten esta compatibilización y que permitan a la mujer un mayor desarrollo profesional y personal. En este contexto, se proponen las siguientes medidas:

6.2.1 Servicio de cuidado infantil de calidad

Uno de los principales problemas que enfrentan las mujeres para incorporarse al mundo laboral es quién cuidará de sus hijos. Al analizar los resultados de la

Encuesta de Caracterización Socio Económica (CASEN) del 2011, se observa que la tasa de asistencia bruta a la educación parvularia (0 a 5 años) alcanza sólo un 50,9%, existiendo mínimas diferencias entre quintiles de ingresos. Las razones de esta baja tasa de asistencia son múltiples, sin embargo, destaca la falta de confianza de los padres hacia el sistema, quienes perciben que éste no entregará la educación de calidad suficiente como para “reemplazar” el cuidado de los niños por el mundo laboral.

Bajo este escenario, resulta fundamental mejorar el sistema de cuidado infantil público y privado para que se transformen en una alternativa real para las miles de mujeres que no desean ingresar o regresar al mercado laboral por no tener con quien dejar a sus hijos. Lo anterior, sólo se logrará en la medida que el Estado realice una mayor inversión tanto en la calidad de los jardines como en la fiscalización de éstos. Un importante avance en este sentido, fue el aumento de subvención para pre kínder y kínder aprobado el año 2012, el cual permitió superar los \$83.000 para aquellos niños beneficiarios de la subvención escolar preferencial. A pesar de esto, resulta fundamental seguir avanzando en los servicios de cuidado infantil que presta el Estado y también los privados. Sólo de esta manera, se podrá eliminar, al menos, este obstáculo para la real inserción de la mujer al trabajo.

6.2.2 Alternativas al trabajo presencial

Aún solucionando el problema del cuidado infantil, existirá un número importante de mujeres que no quieran desprenderse de sus hijos. Por esto, la alternativa de avanzar en medidas que incentiven el trabajo a distancia puede ser una gran herramienta para incluirlas de mejor forma en el mundo laboral. Bajo este escenario, se propone flexibilizar la normativa laboral permitiendo e incentivando la real existencia de este sistema de trabajo. Así, medidas como la definición de la jornada de trabajo por metas y no por horarios, la capacitación de empleadores y trabajadores en sistemas informáticos que permitan esta modalidad, la definición normativa específica para el trabajo por producto, etc. permitirán que cientos de mujeres puedan desarrollar sus aptitudes y ganas de trabajar sin tener que abandonar su hogar.

Si bien cada una de estas propuestas puede resultar un importante aporte en sí mismas, de nada servirá tener un mercado laboral más inclusivo si los trabajadores no cuentan con la calificación para desempeñar sus funciones. Es por ello, que resulta fundamental avanzar hacia un mejor sistema de capacitación laboral, el cual permita mejorar la productividad de los trabajadores chilenos y con esto aumentar sus ingresos.

6.3 Hacia una capacitación orientada al trabajador

No cabe duda, que la educación es el principal motor de la movilidad social, sin embargo esos frutos se ven en el largo plazo. Es por ello que la capacitación laboral ofrece un camino de rápido impacto que permite mejorar la calificación y empleabilidad de los trabajadores.

6.3.1 La primera capacitación

Actualmente, en Chile existen más de cinco millones de adultos que no han terminado sus estudios. Lo anterior, trae una serie de consecuencias negativas como la calidad de los empleos, bajas rentas, trabajos informales, etc. donde todas convergen en un punto principal: la calidad de vida de esas personas. Por ello, es urgente mejorar la coordinación existente entre el Ministerio de Educación y el Ministerio de Trabajo con el objeto de avanzar en la implementación de un mayor número de programas de normalización de estudios, los que permitirán cambiar la vida de millones de chilenos. De esta manera, se propone potenciar el trabajo con los municipios quienes serán los encargados de ejecutar los programas de normalización y a su vez, pueden ser un importante articulador entre el trabajador y el mundo laboral.

6.3.2 El nuevo rumbo del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo

El Servicio Nacional de Capacitación y Empleo (SENCE) tiene por misión “contribuir a aumentar la competitividad de las empresas y la empleabilidad de las personas, a través de la aplicación de políticas públicas e instrumentos para el mercado de la capacitación e intermediación laboral, que propenda

al desarrollo de un proceso de formación permanente⁴. A pesar de lo anterior, en la actualidad existe un progresivo descontento en relación al servicio que presta el SENCE toda vez que éste está siendo considerado como una institución lejana a la realidad de los trabajadores y las empresas, considerando el real impacto de sus capacitaciones. Para mejorar lo planteado se sugieren dos medidas que pueden ayudar a construir un Servicio de Capacitación con una mejor focalización y eficiencia de los cursos que entrega.

a) Más horas para aprender

Una de las principales herramientas utilizadas por las empresas para la capacitación de sus trabajadores es la franquicia SENCE. Esta franquicia es un beneficio tributario que reciben las empresas con el objeto de capacitar a sus trabajadores dentro de un set de cursos reconocidos por la institución estatal. Sin duda, este instrumento ha sido un importante aporte para la calificación de los trabajadores, sin embargo, existen algunos aspectos que deben ser mejorados con urgencia. Ejemplo de lo anterior, es el promedio de horas de los cursos que son financiados con la franquicia SENCE, el cual alcanza las 14 hrs. Una extensión promedio relativamente corta toda vez que no permite la profundización de los contenidos y, con ello, un real cambio en la calificación de los trabajadores. Es por ello, que se propone avanzar en aumentar la extensión de los cursos financiados realizando además, una evaluación de impacto de éstos y descartando aquellos cursos que no transfieren el conocimiento a sus alumnos de manera sistemática. Sólo de esta forma, se podrá asegurar que la inversión realizada, tanto por el Estado como por los privados, efectivamente tenga el retorno social esperado, es decir, tener trabajadores con una mejor formación.

b) Creación de un ranking de organismos técnicos de capacitación

Otro de los problemas que deben enfrentar tanto el SENCE como los empleadores es la determinación de quién capacitará a los trabajadores. Lo anterior, dada la heterogeneidad existente en el mercado de los organismos

4. Misión institucional obtenida en el sitio web www.sence.cl

técnicos de capacitación (OTEC) donde muchas veces es posible apreciar la oferta de cursos que no tienen mayor impacto práctico y que, por tanto, poco y nada servirán a los trabajadores. Sumado a ello, algunos empleadores mal utilizan la franquicia SENCE contratando OTEC cercanas a los dueños de las empresas y que poco tienen que decir en términos de calidad. Es por ello que se sugiere la elaboración de un ranking de OTEC, el cual debiese considerar indicadores tales como: valor del curso, cumplimiento del programa, evaluación de los usuarios, contenido de sus programas, idoneidad con la industria, etc. Este ranking debiese estar a cargo del Ministerio del Trabajo, quien deberá hacer una revisión periódica de la información que se entrega y de la incorporación de nuevos cursos. Esta medida podría facilitar el proceso de selección de OTEC a los empleadores y, a su vez y más importante aún, garantizar un mínimo de calidad en las capacitación que reciben los trabajadores.

VII. Conclusiones

Como se puede ver, los desafíos que presenta el mercado laboral chileno son múltiples y diversos. A pesar de lo anterior, pareciera ser que ninguno de estos desafíos tiene que ver con la Reforma Laboral impulsada por el Gobierno de la Presidenta Bachelet. Es urgente enmendar el rumbo, incluyendo aquellos aspectos que se ocupan del foco central de preocupación de los trabajadores chilenos: la creación de nuevos empleos y la mejora en la calidad de los trabajos existentes. Este es el énfasis que permitirá seguir disminuyendo la pobreza y mejorando el diario vivir de los chilenos.

La Reforma Laboral del Ejecutivo parte de un foco irrelevante para miles de personas: el fortalecimiento de los sindicatos. Una vez más parece que las concepciones ideológicas se imponen al sentido común, hipotecando el futuro del país. Si lo que realmente se quiere es mejorar la calidad de vida de la gente, es necesario dejar los prejuicios a un lado y respetar la libertad y la dignidad de todos los trabajadores.

Temas Internacionales

Transparencia y rendición de cuentas: construyendo confianza democrática en América Latina

• 25 de junio de 2014 •

En los sistemas democráticos latinoamericanos todas las autoridades deben disponerse para que la opinión pública realice un amplio escrutinio de sus actos y decisiones. Esta actitud abierta permite a la ciudadanía ejercer control social y participar en la apreciación de la función pública, fomentando un proceso de rendición de cuentas que permita asignar responsabilidad. Todo lo cual colabora a generar o reconstruir la confianza en las instituciones públicas y a fortalecer la democracia representativa, esa misma que se ha visto amenazada en América Latina por movimientos sociales que pretenden superarla desplazando a los partidos políticos y diluyendo los contrapesos institucionales que tienen roles de contención para, en definitiva, concentrar el poder en los Ejecutivos.

I. Confianza institucional y credibilidad democrática

Existe la extendida percepción de que en América Latina ha tendido a primar una ‘cultura de la opacidad’ sobre los actos y decisiones de las autoridades públicas, así como respecto de su comportamiento funcionario, todo lo cual habría favorecido un ambiente propicio a prácticas irregulares, como la corrupción de los servidores públicos y la pervivencia de algunas prácticas informales extremadamente perniciosas, tales como el fraude y la malversación de recursos públicos; coimas o sobornos; extorsión o cohecho; negociaciones incompatibles; tráfico de influencia; nepotismo; intervención electoral; clientelismo político; captura del regulador; extracción de rentas o rent-seeking¹.

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 la información pública, aun cuando, cabe advertir, con distinto énfasis y, la mayoría de las veces, más implícita que explícitamente². Estos acuerdos internacionales ciertamente tuvieron algún grado de influencia en la corriente posterior que empujó a varias naciones latinoamericanas a reconocer en sus respectivas Constituciones principios similares, aunque

1. 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 las políticas públicas. La captura del Estado se produce cuando se afecta la formación misma de las leyes o políticas públicas para que sean convenientes a determinados intereses y grupos a cambio de algún pago ilícito. La extracción de rentas o rent-seeking es el procedimiento mediante el cual se busca ejercer influencia durante el proceso político burocrático para obtener ingresos; surge principalmente donde las injerencias o regulaciones estatales generan distorsiones artificiales de la competencia y de los precios.

2. Así fue en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 19); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 19) y Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Artículo 13). Más recientemente, la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996, señaló 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 2004, sostiene 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.

haya sido un impacto bastante tardío en la mayoría de ellos, focalizándose principalmente en la última década. A efectos de ejemplarizar el retraso de nuestro subcontinente en esta materia, considérese que la Ley Fundamental sobre Libertad de Prensa de Suecia consagraba similares principios, pero lo hacía ya en 1766. Este dato, que puede parecer anecdótico, ilustra el principal problema que, a nuestro juicio, está enfrentando América Latina actualmente, después de dictar normativas que favorecen la transparencia y rendición de cuentas, que es comenzar un proceso de transformación cultural que permita que estos valores permeen y se arraiguen tanto en la burocracia estatal como en la sociedad civil, el mismo proceso en el que países como Suecia nos llevan más de doscientos años de ventaja.

La confianza ciudadana en los poderes del Estado, es decir, en los roles que éstos desempeñan y en su capacidad de respuesta ante las tareas y desafíos nacionales, lo cual expresa credibilidad en sus decisiones y no necesariamente acuerdo con ellas, es un elemento clave en la fortaleza de una democracia. No en vano se dice que la confianza es el ‘semáforo de las instituciones’ y ésta ha venido disminuyendo persistentemente en toda América Latina, particularmente respecto de las instituciones políticas. En esta situación, la transparencia del Estado, el derecho de acceso a la información pública y los sistemas de rendición de cuentas surgen como pilares básicos para que las sociedades democráticas construyan o regeneren la confianza y credibilidad de la ciudadanía en sus instituciones públicas, otorgándole legitimidad al régimen democrático.

En efecto, estos conceptos contribuyen a fomentar el interés y la participación en el proceso político y, en conjunto, juegan un rol de moderación y contención del poder del Estado. Cuando no existe transparencia o ésta es débil, o cuando el proceso para acceder a información pública relevante no es fácil, oportuno ni expedito o encuentra óbices, 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 e 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 a 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.

La transparencia del Estado se refiere a la mayor o menor disposición que tienen las instituciones a la apertura de sus procesos decisionales y a los factores que inciden en ellos frente a las demandas de información que surgen desde la sociedad civil para conocer su funcionamiento, fundamentos y procedimientos 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 corruptos, entendiendo por éstos cualquier utilización abusiva de un cargo público para obtener beneficios privados. 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 e ilegalidades.

II. La corrupción como amenaza institucional

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. Algunas circunstancias que suelen favorecer el surgimiento de la corrupción son 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, como el ya mencionado clientelismo político, entre otras.

La incidencia de la corrupción en América Latina varía de un país a otro. En algunos los niveles 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 estos comportamientos en el futuro. En otros países 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 aún 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 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 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 o sistémica. Si es generalizada es capaz de provocar un gran daño a la estabilidad democrática porque ya ha horadado la credibilidad y buen funcionamiento de las instituciones en la medida que ha ido socavando la confianza de la ciudadanía en ellas y puesto en tela de juicio el imperio de la ley y la fe pública. 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 ilícitas. También provoca costos sociales en la medida que las decisiones adoptadas por los empleados corruptos son arbitrarias y no consideran las consecuencias negativas para el bienestar general de la comunidad. Estos efectos transforman a la corrupción, cuando se generaliza o peor aún si ya es sistémica, en un

serio factor de amenaza para la estabilidad del sistema institucional en su conjunto, 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 económicas e incluso supedita a sus decisiones aspectos importantes del ámbito privado de las personas, pues la búsqueda de favores y su otorgamiento a cambio de dinero o lealtad política será algo de ocurrencia frecuente. En aquellos sistemas donde el Estado tiene un fuerte poder sobre la sociedad la corrupción suele ser un problema extendido. 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 para el cargo.

Por otra, 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 sobrerregulación 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 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 corrupción³. Es decir, 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.

III. Transparencia y rendición de cuentas como freno a la corrupción

Promover la transparencia como un valor que debe estar arraigado en las instituciones públicas es un primer paso para ayudar a detener los procesos de corrupción, así como también para neutralizar o frenar la penetración de otras instituciones informales que tradicionalmente ha imperado en América Latina, como los ya mencionados clientelismo político y rentismo. La opacidad o falta de información sobre las acciones de las instituciones públicas o la sensación de que es incompleta, sesgada o

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

inoportuna produce desconfianza en los mercados y afecta negativamente los costos de transacción de los negocios. Esta ineficiencia económica origina oportunidades de rentas económicas: 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. En suma, la opacidad en la información provoca asimetrías que generan ineficiencias y rentas económicas que pueden ser fuente de corrupción. Por el contrario, existe abundante evidencia empírica respecto a una correlación positiva entre desarrollo institucional, crecimiento económico, reducción de la pobreza y ciertamente, un importantísimo indicador de desarrollo institucional lo configuran la transparencia acerca de los actos y decisiones de gobierno, así como el grado de corrupción presente en la sociedad⁴.

La experiencia comparada ha llevado a una certeza inapelable: 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. En una primera instancia, el acceso a la información es indispensable 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 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 cuentas.

4. 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, pág.367-387.

En efecto, es consustancial a la democracia la existencia de controles y contrapesos que buscan indagar, fiscalizar y eventualmente sancionar a las autoridades que han incurrido en conductas lesivas a sus deberes públicos. Esos procedimientos son parte del sistema de rendición de cuentas que pesa sobre cualquier autoridad elegida democráticamente.

La rendición de cuentas implica que las autoridades deben dar razón de la forma en que cumplen sus atribuciones y deberes. Se trata de que todos los órganos y personas que ejercen poder deben justificar sus acciones y decisiones ante la sociedad, responder por qué decidieron hacer lo que hicieron y cuáles fueron las razones para hacerlo de ese modo y no de otro. Esta es la única manera de que la ciudadanía pueda evaluar integralmente a sus autoridades, contradecirlas y, por último, premiarlas o castigarlas con su voto. Es la lógica de una ciudadanía que participa, que ejerce control, que evalúa, que no realiza un simple acto de delegación, sino que se comporta realmente como soberano. En cambio, 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 su eficacia.

Un sistema de rendición de cuentas intenta prevenir y corregir los comportamientos abusivos: primero, obliga a las autoridades y funcionarios a aceptar la indagación pública en las decisiones de su competencia; segundo, les impone el deber de fundamentar y expresar la razón de sus opciones ante la ciudadanía; y tercero, las obliga a asumir las consecuencias de sus actos y decisiones, incluso sujetándolas a sanciones cuando se apartan de sus deberes públicos. Esto es de la mayor relevancia, pues la eventualidad de que las conductas impropias sean reveladas a la luz pública y consiguientemente castigadas debiera constituirse, por sí sola, en un disuasivo robusto a incurrir en ellas.

Cualquiera de ellos tiene tres dimensiones: información, fiscalización y capacidad punitiva⁵. En la primera dimensión lo clave es disminuir la eventual opacidad que envuelve los actos de quienes detentan el poder, por ende, hay que avanzar en otorgar transparencia a los actos y decisiones de las autoridades públicas, así como a las razones que las fundaron y a los procedimientos seguidos para adoptarlas. A pesar de ser ésta una dimensión elemental e indispensable para activar cualquier proceso de rendición de cuentas, por mínimo que éste sea, América Latina recién comienza a ponerse al día mediante la aprobación y vigencia de leyes de Transparencia y Acceso a la Información de la Administración del Estado, hito central en el proceso de generar transparencia de la función pública en cuanto habilita a los ciudadanos a exigir a los organismos el acceso a los documentos fundantes de sus decisiones, mejorando su capacidad de participar en el aseguramiento de la responsabilidad de las autoridades. Todo lo cual debiera redundar en una mejora de los niveles de confianza de la población hacia las instituciones públicas y contribuir a la credibilidad del régimen democrático.

En su dimensión fiscalizadora, la rendición de cuentas puede inmiscuirse en ámbitos bastante disímiles y amplios, tales como el apego y respeto a las reglas, procedimientos y procesos preestablecidos, el control de la legalidad de los actos, los criterios para la adopción de decisiones, el uso adecuado de los recursos públicos y la eficiencia de su ejecución, así como también evaluar la eficacia e impacto de las políticas públicas.

Aunque originalmente la rendición de cuentas se orientó a frenar el exceso de poder y la corrupción desde una perspectiva más bien de asegurar la corrección formal de los procedimientos, hoy también requiere evaluar el desempeño gubernamental en la elaboración y prestación eficaz de políticas públicas, pues es necesario avanzar en una lógica de resultados y de evaluación de impacto de las políticas y programas sociales.

5. Véase Andreas Schedler: "Conceptualizing Accountability" en Andreas Schedler, Larry J. Diamond y Marc F. Plattner (editores): "The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies", editorial Lynne Rienner, Londres, 1999.

Finalmente, en su dimensión punitiva, el control requiere de agencias públicas dotadas de recursos materiales, de protección institucional y de autoridad y autonomía para investigar, exigir e imponer sanciones, así como para neutralizar la capacidad de influencia y de captura que pueden tener los grupos de interés sobre las definiciones de políticas públicas.

En suma, 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. La transparencia y rendición de cuentas tienen la capacidad suficiente para constituirse en herramientas de gran envergadura para estimular la probidad de la función pública, así como para combatir la corrupción.

Esto puede abrir insospechados derroteros para la participación de la ciudadanía en la indagación de la función pública, así como para fomentar demandas 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 rendición de cuentas que considere la evaluación de los resultados e impacto de los programas y políticas públicas. En esta medida, pueden pavimentar la construcción de mayor confianza en las instituciones públicas y, en definitiva, aportar a la credibilidad y legitimidad del sistema democrático.

IV. Conclusión

La transparencia del Estado y la rendición de cuentas fomentan el interés, la participación, moderando y conteniendo el poder del Estado. Bien implementados, ambos conceptos pueden ser aliados formidables de la democracia representativa, pues aportan a la construcción de confianza y credibilidad en las instituciones, las mismas que estos últimos años se han visto vapuleadas, tanto por el desasosiego y falta de apego ciudadano, como por propuestas que plantean reemplazos radicales.

La transparencia y el acceso a la información pública permiten auscultar la acción pública a quien esté interesado, siendo el primer paso en un proceso de genuina participación en los asuntos de relevancia social, pues primero posibilita 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 cuentas. El derecho de acceso es, entonces, un presupuesto básico e indispensable para la participación en la deliberación de los asuntos públicos a la que los ciudadanos tienen derecho en las sociedades democráticas contemporáneas.

A su vez, implica que todos quienes ejercen poder deben justificar sus acciones y decisiones ante la sociedad, responder por qué decidieron hacer lo que hicieron y cuáles fueron las razones para hacerlo de ese modo y no de otro. Es la manera en que la ciudadanía puede evaluar integralmente a sus autoridades e incluso contradecirlas. Si el acceso a la información pública encuentra barreras en su ejercicio o no es fácil ni oportuno, entonces la indagación social pierde eficacia, la ciudadanía se frustra y la institucionalidad corre el riesgo severo de ser percibida como ineficaz.

Por eso cuando no existe transparencia el proceso de se obstruye y la asignación de responsabilidades se ve mermada. La experiencia comparada nos enseña que la transparencia es esencial para alentar la participación ciudadana y responsabilizar a las autoridades por su comportamiento, constituyendo un componente clave para construir o regenerar confianza en las instituciones públicas y, en último término, afianzar la gobernabilidad de la democracia.

En consecuencia, en un sistema democrático los poderes del Estado debieran disponerse favorablemente para aceptar un amplio escrutinio de la opinión pública. Esta es la actitud que, en la práctica, permite que los ciudadanos ejerzan un control social sobre los actos y decisiones de esos poderes. Una disposición positiva de las instituciones estatales estimula el control social de la ciudadanía, pero también la apreciación de la función pública, a la vez que fomenta una rendición de cuentas que permita asignar responsabilidades a las autoridades, avanzando más allá de los tradicionales

controles formales, hacia la evaluación del diseño, resultados e impacto de las políticas públicas.

Esto debiera pavimentar la construcción de una mayor confianza de la población en sus instituciones públicas y, en definitiva, contribuir a la recuperación de la credibilidad en la democracia representativa, esa que se ha visto amagada en los últimos años por movimientos sociales que le enrostran su incapacidad y pretenden superarla proponiendo democracias plebiscitarias, donde el líder apela directamente a la masa, los partidos políticos tienden a ser rápidamente desplazados y los contrapesos institucionales diluidos, esfumándose con ellos parte importante de la esencia de una democracia.

La demanda marítima boliviana: de la Liga de Naciones hasta La Haya.

• 17 de julio de 2014 •

El gobierno ha decidido presentar objeciones preliminares sobre la competencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la demanda presentada por Bolivia. Lo ha hecho para reafirmar principios que, a juicio de Chile, deben ser prioritarios en la conducta internacional de los Estados. Uno de ellos es el respeto a los tratados vigentes –que quedaría en jaque al aceptarse la competencia de La Haya– pues la demanda boliviana parece un intento encubierto de impugnar la plena validez del Tratado de 1904.

I. Introducción

Tal como se ha señalado en este medio, desde marzo de 2011 el Presidente Morales viene diciendo que la reivindicación marítima con soberanía puede ampararse en los Tribunales Internacionales debido a la evolución que había tenido el derecho internacional. La misma intención fue insinuada a comienzos del año 2012. En ambas oportunidades, el Gobierno de Chile respondió diciendo que no podía haber diálogo sincero y directo si el país vecino tenía la disposición de acudir a los tribunales internacionales. Finalmente, el 24 de abril de 2013 el Canciller de Bolivia, David Choquehuanca, oficializa la demanda en La Haya.

El 8 de junio pasado, a ocho días de que venciera el plazo estipulado, la Presidenta Michelle Bachelet, en cadena nacional de radio y televisión dio a conocer la posición del gobierno frente a la demanda que presentó Bolivia contra Chile. Ante la opinión pública señaló: “El Gobierno de Chile ha sometido la memoria presentada por Bolivia a un riguroso análisis, que fue desarrollado por un equipo que reúne a las más destacadas personalidades jurídicas, tanto nacionales como extranjeras. Después de un proceso de consulta, donde he escuchado a diferentes actores de nuestro país y cumpliendo mi deber de salvaguardar el interés superior de Chile, he tomado la decisión de objetar la competencia de la Corte Internacional de La Haya, presentando para ello Objeciones Preliminares a la jurisdicción de dicha Corte dentro del plazo previsto para estos efectos, que vence el próximo 15 de julio”¹.

El siguiente trabajo, es un breve análisis de las razones por las cuales se ha optado por esta vía en desmedro de la objeción de competencia durante el proceso.

1. Véase <http://www.gob.cl/2014/07/08/presidenta-michelle-bachelet-tomado-la-decision-de-objetar-la-competencia-de-la-corte-internacional-de-la-haya/>

II. Por qué la vía de las objeciones preliminares

El gobierno decidió presentar objeciones preliminares sobre la competencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) debido a la demanda presentada por Bolivia. Dicha instancia pretende obligar a Chile a negociar territorios soberanos establecidos mediante un tratado plenamente vigente, por lo tanto, la decisión chilena es una señal importante de Política Exterior que trasciende la esfera exclusivamente jurídica.

La opción contraria, consistía en haber impugnado la competencia del tribunal durante el desarrollo del proceso, al presentar la contra-memoria chilena. Lo anterior, se fundamentaba en el riesgo que significaba para el país que la Corte rechazara la impugnación iniciando así un proceso con una primera decisión desfavorable. En contra de dicha tesis, ha primado la necesidad de reafirmar principios que a juicio de Chile deben ser prioritarios en la conducta internacional de los Estados e indispensables en la consideración de los casos que se presentan.

Uno de los argumentos es el cumplimiento de los tratados vigentes, en especial de los de límites, que es un tema crítico en el caso de las pretensiones bolivianas por un acceso soberano al Pacífico. El intento de este país por impugnar la plena validez del Tratado de 1904 no es nuevo. Un hito importante en las relaciones entre Chile y Bolivia se produjo luego del fin de la Primera Guerra Mundial. En la conferencia de París de 1919 y en la Sociedad de Naciones en Ginebra en 1920, la delegación boliviana pidió revisar el tratado de 1904, frente a lo cual Chile argumentó que ningún organismo tenía la competencia para intervenir en lo que respecta a la firma de instrumentos internacionales. La línea de dicha pretensión, que se replica en la demanda actual, consiste en un relato histórico de dudosa objetividad, con varias afirmaciones sin evidencia alguna e importantes vacíos en hechos históricos. Esta argumentación apunta a concluir que el Tratado de 1904 fue impuesto por la fuerza.

A diferencia de lo que hizo en 1920 ante la Liga de Naciones –pedir la revisión del Tratado de 1904– Bolivia no pide hoy a la Corte que se pronuncie sobre dicho instrumento, debido a que el Pacto de Bogotá dejó expresamente

fuera de su alcance los acuerdos previos que pudieran generar diferendos que quisieran ser sometidos ante la CIJ. Luego, impedida de impugnar explícitamente el Tratado de 1904 ante dicho tribunal, optó por buscar el mismo propósito, pero por otros medios.

La presentación de la demanda contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia fue el momento culminante de un tortuoso proceso, plagado de avances y retrocesos, cuyo origen y evolución en sí mismos dan cuenta de la debilidad jurídica de las pretensiones bolivianas. Sin embargo, teniendo como experiencia el reciente fallo de la misma Corte en el caso de Perú contra Chile, sobre la delimitación marítima, surgen suspicacias en torno a las decisiones de dicho tribunal. La razón es que, crecientemente, sus fallos han tendido a situarse en un punto equidistante de las posiciones de las partes en litigio, aunque para llegar a ello se deban extremar los argumentos jurídicos o crear figuras que no tendrían sustento, si se aplicasen criterios concretos de apego irrestricto al Derecho Internacional.

El camino seguido desde el 23 de marzo de 2011 –cuando el Presidente Evo Morales anunció el abandono de las negociaciones con Chile para llevar sus aspiraciones marítimas a tribunales internacionales– y la sucesión de pasos dados por el gobierno boliviano hasta la presentación de la demanda, proporcionan evidencias claras para que la Corte evalúe seriamente su incompetencia sobre lo presentado por Bolivia. En efecto, desde el mismo discurso en adelante, hubo numerosas declaraciones suyas y también del Canciller David Choquehuanca y del Ministro de Defensa, sumado a otras altas autoridades bolivianas, orientadas a impugnar la plena validez y vigencia del Tratado de 1904, que estableció de manera definitiva los límites entre ambos países o –como fórmula alternativa– buscar una “renegociación” de ese instrumento. Así lo planteó el Ministro Choquehuanca en la Asamblea General de la OEA en Cochabamba, en mayo del 2012 .

No menos tortuoso ha sido el proceso seguido por Bolivia en torno a la firma y ratificación del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá), lo cual es indicativo de los objetivos perseguidos en relación al Tratado de 1904. Basta señalar, que el vecino país dejó pasar sesenta y tres años entre el momento de la firma y su plena adhesión al pacto. Esto

debido a que lo suscribió con una reserva respecto de la inaplicabilidad de dicho tratado a situaciones previamente resueltas por las partes mediante acuerdos ya vigentes. Al ratificarse recién en el año 2011, Bolivia insistió en plantear su reserva, pero luego la retiró al convencerse que, de mantenerla, nuestro país objetaría con extrema facilidad la competencia de la CIJ para conocer la demanda ya anunciada. Todos los esfuerzos bolivianos orientados a utilizar el Pacto de Bogotá, haciendo caso omiso de su inaplicabilidad para un asunto ya convenido, no pueden ser ajenos a la atención de la Corte al momento de considerar su competencia o no para ver la demanda contra Chile.

III. En qué consiste la pretensión boliviana

El propósito explícito e inequívoco de Bolivia de impugnar la vigencia del Tratado de 1904 terminó, cuando los abogados internacionalistas contratados para estudiar la demanda contra Chile entregaron su opinión. Los asesores jurídicos externos desaconsejaron y terminaron por desarmar el andamiaje construido por la retórica del gobierno altiplánico para impugnar la validez del Tratado. Los juristas lograron hacerle ver a Morales y su entorno la inviabilidad de seguir por ese camino. A partir de ese momento, Bolivia decidió intentar conseguir los mismos propósitos, pero por una vía diferente: la teoría de *las Declaraciones Unilaterales de los Estados* sugerida nada menos que por un ex Canciller peruano, integrante del equipo que sostuvo la demanda de Perú contra Chile en el caso de la delimitación marítima.

Los nuevos esfuerzos bolivianos han buscado obtener de la Corte Internacional de Justicia una decisión que obligue a Chile a negociar, con el propósito expreso y predeterminado de cederle parte de su territorio. El fundamento lo constituirían supuestas obligaciones generadas por declaraciones unilaterales de Chile –en el contexto de conversaciones con ese país– respecto de la mediterraneidad boliviana y sus aspiraciones. Si bien existen precedentes sobre declaraciones unilaterales de Estados que al hacerlas, generaron obligaciones con terceros, la demanda boliviana tensiona en exceso la credibilidad de los escasos argumentos aportados a

la Corte. Al hacerlo, pone en muy difícil trance a los magistrados de la CIJ, que tendrían que redoblar su capacidad de imaginación y de innovación para crear derechos sobre bases tan débiles.

Es importante hacer presente que las veces que Chile conversó con Bolivia sobre este asunto, ha dejado constancia expresa de su intención de atender a una aspiración, no a un derecho. Destacando que las negociaciones han tenido como marco el respeto a los tratados vigentes. Asimismo, es conveniente recordar que las declaraciones unilaterales de las cuales Bolivia busca extraer obligaciones o compromisos por parte de Chile, han sido formuladas en procesos bilaterales de negociación que no llegaron a concluir. Ello implica que nada tienen de unilaterales, pues Bolivia tuvo una participación determinante en su desarrollo. Además, el hecho de que no hubieran podido llegar a plasmarse en un acuerdo, indica que las razones por las cuales las partes no completaron el proceso de negociación no son atribuibles a sólo una de ellas. La pretensión de Bolivia, de extraer de numerosas negociaciones fallidas un conjunto de obligaciones para Chile, que apunten a una cesión territorial a su favor, no admite análisis y comprueba la pertinencia de la decisión de presentar objeciones preliminares referidas a la competencia de la CIJ ante este caso.

La primera reacción del gobierno boliviano, a la decisión chilena de impugnar la competencia de la Corte, vino del propio Presidente Morales, al decir que Chile caía en una contradicción al definirse como un país respetuoso del Derecho Internacional y al mismo tiempo rechazar la competencia del Tribunal Internacional de mayor importancia. El mandatario boliviano, desconoce que Chile está haciendo legítimo uso de su derecho a impugnar la competencia de la CIJ, previsto en el mismo Estatuto de la propia entidad. Por el contrario, al presentar la objeción preliminar de incompetencia, el gobierno chileno lo hace en resguardo de sus intereses permanentes conforme al Derecho Internacional, sumado también al alto respeto que tiene por la corte.

Al respecto, resultan muy reveladoras las opiniones del Presidente Evo Morales sobre el Derecho en general y el papel que les asigna a los abogados: *“Por encima de lo jurídico está lo político... Cuando algún jurista me*

dice: Evo, te estás equivocando jurídicamente, eso que estás haciendo es ilegal, bueno, yo le meto por más que sea ilegal. Después les digo a los abogados: si es ilegal, legalicen ustedes, ¿para qué han estudiado?²

La presentación de la demanda boliviana ante la Corte Internacional de Justicia responde precisamente a la cita textual de Morales sobre la juridicidad de sus actos. El presidente boliviano decidió llevar su demanda contra Chile ante un Tribunal Internacional, a raíz de la detención por parte de la Agencia Antidrogas de Estados Unidos (“DEA” siglas en inglés) en colaboración con Carabineros de Chile, de un alto oficial del Ministerio del Interior boliviano (General Sanabria) involucrado en una operación de narcotráfico. Esa decisión la adoptó sin consulta previa ni fundamento jurídico alguno, aplicando luego su concepto del derecho, para que “los abogados legalicen”. De esa manera se originó y evolucionó la demanda boliviana contra Chile. Queda ahora en manos de los jueces de la CIJ decidir si ello tiene o no la seriedad suficiente, para después confirmarse o no la competencia de la Corte en este caso.

IV. Principales argumentos bolivianos

Según declaraciones de altas autoridades bolivianas, las expectativas que se han puesto en la demanda presentada ante la CIJ, deben ser analizados con especial atención en dos puntos principalmente: el primero de ellos se refiere a la manera como el gobierno interpretó el fallo dictado en el caso de Perú contra Chile. Conocida la decisión de la Corte en dicho caso, la administración boliviana lo consideró como un resultado parcialmente basado en las fuentes primarias del Derecho Internacional dando cabida para que, basándose en la equidad, se otorgara al país demandante una porción de derechos no contemplados en los mismos tratados cuya existencia reconoció la Corte, acogiendo la tesis chilena. Esto produjo un exacerbado optimismo en las autoridades bolivianas respecto de la

2. Alfredo Rodríguez. Evadas, cien frases de Juan Evo Morales Ayma para la historia. Véase <http://www.lanacion.com.ar/1381593-las-insolitas-frases-de-evo-recopiladas-en-un-libro>

viabilidad de su demanda, cuyos fundamentos estrictamente jurídicos son a todas luces muy débiles.

El segundo punto que, a juicio de cualquier observador imparcial, la defensa chilena no puede dejar pasar, es la sugerencia implícita en la demanda boliviana, de que Chile, en sus tratativas diplomáticas no ha actuado de buena fe. Ello constituye un agravio gratuito, sin base alguna en la realidad. Si Bolivia negoció con Chile un tratado sobre límites definitivos planteando exigencias y compensaciones aceptadas por nuestro país y cumplidas, para después de años arrepentirse de los compromisos asumidos e intentar desconocerlos, no cabe de modo alguno presumir mala fe. Nuestro país sólo ha exigido ajustarse a un principio tan básico como el respeto a los tratados.

Bolivia insiste en que la Corte Internacional de Justicia obligue a conducir negociaciones de buena fe, dejando implícita la noción de que en el pasado no lo ha hecho. La historia de las negociaciones bilaterales entre Chile y Bolivia da cuenta exactamente de lo contrario. En repetidas ocasiones podría decirse, con pruebas a la mano, que ha sido Bolivia la que ha actuado sin consideración alguna por la buena fe. Las múltiples ocasiones en que ello ha ocurrido forman parte de la memoria histórica y de los anales de la Cancillería chilena, que no pueden dejar de citarse al momento de recusar la competencia de la CIJ en el caso que nos ocupa.

La demanda contra Chile ante la Corte es un intento más por desconocer el Tratado de 1904, tal como se intentó hacer, llevando el caso ante la Liga de las Naciones en 1920. Ha quedado debidamente registrado las numerosas declaraciones en las cuales las autoridades bolivianas han hecho explícitas sus intenciones de impugnar un Tratado libremente negociado y ratificado por las respectivas instancias legislativas vigentes por más de un siglo. Reconocida la ilegalidad de ese propósito, se ha buscado la vía de que sea la CIJ quien obligue a Chile a ceder territorio, pese a lo dispuesto en el Tratado de Paz y Amistad. Para ello Bolivia construyó un caso cuyos fundamentos jurídicos caben serias dudas, pero que ya está introducido en la Corte. Para hacerlo, el presidente boliviano recurrió a un prestigioso ex Presidente, Eduardo Rodríguez Veltze, nombrándolo Agente ante la Corte de La Haya y a otro ex Presidente, Carlos Mesa, reconocido comunicador social, para

asumir la vocería internacional de la demanda. Ello, sin perjuicio de que en su momento, Morales declaró que sus antecesores en el cargo (Rodríguez y Mesa, entre otros) eran “delincuentes confesos”. La máxima autoridad, enfrentada a la necesidad de contar con la experiencia y conocimientos, que en su Cancillería ya no existen, recurrió a quienes consideraba sus adversarios más acérrimos y transformó una demanda poco viable en una causa nacional con apoyo transversal.

Chile debe sacar lecciones de la experiencia del caso peruano en su contra en La Haya, entre las cuales se supone una evaluación de lo que se percibió como la utilización de un criterio exclusivamente jurídico y que no admitió cabida a los planteamientos de la vertiente político-diplomática.

V. Conclusiones

La posición chilena se basa en instrumentos de carácter internacional que están firmados y ratificados por ambos Estados. Ésto da pie para señalar, que no existen temas pendientes con Bolivia, y para reforzar la tesis de que este es un asunto que debe mantenerse en el ámbito bilateral, no siendo pertinente abrir su discusión en instancias internacionales.

El país espera que no se repitan los errores del pasado en la defensa de este nuevo caso. La experiencia indica la existencia de un objetivo permanente por parte de Bolivia, que busca re-escribir una historia que no les acomoda y que tiene como elemento central desconocer el Tratado de 1904. Esperemos que tras la decisión de la CIJ, sobre su competencia o no para ver la demanda boliviana, nuestros vecinos altiplánicos no insistan en crear a poco andar otro caso contra Chile, con los mismos propósitos. A raíz de esto no debiera cerrarse el gobierno chileno al debate sobre la conveniencia de denunciar el Pacto de Bogotá. Ello, por lo menos, pondría un plazo a la formulación de nuevas embestidas de Morales u otros mandatarios bolivianos que le sucedan sobre el Tratado de 1904, haciendo que “los abogados legalicen” ese propósito afincado en Bolivia, que a partir de la demagogia, pretende devenir en la tesis aceptada por el Derecho Internacional.

América Latina: una mirada al panorama regional al terminar el año.

• 17 de diciembre de 2014 •

Al hacer un repaso de la realidad política de los países de la región, las deficiencias institucionales y la desconfianza en los partidos políticos parecen ser la constante de Latinoamérica. Esta situación, es una de las causas principales de la corrupción y las complicaciones económicas que afectan a un gran número de naciones. Es indispensable, entonces, trabajar de manera más coordinada para la solución de estos problemas, pero ese objetivo no se logrará si no se procura el fortalecimiento de las democracias del continente.

I. Introducción

Pareciera que, en América Latina, no ocurrirán situaciones o acontecimientos de especial impacto en lo que resta del año. Los líderes continentales se reunirán en las habituales cumbres y sumado a que todas las elecciones que se esperaban en el continente durante el 2014 ya se han realizado, conviene dar una mirada al panorama regional.

Desde el punto de vista multilateral, llama la atención la escasa relevancia que ha tenido la campaña electoral que se da en la Organización de Estados Americanos (OEA), donde en mayo debe asumir un nuevo Secretario General que suceda a José Miguel Insulza, quien no puede postular nuevamente. Hasta ahora hay dos candidatos, el Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay, Luis Almagro, escasamente conocido, y el guatemalteco Eduardo Stein, quien a pesar de ser más conocido que su contrincante, difícilmente resultará electo porque es muy complejo que obtenga los votos de la Comunidad del Caribe (Caricom). En efecto, Guatemala tiene un problema de límites con Belice, que cuenta con el apoyo de sus pares caribeños.

A continuación un repaso de la situación política de los países latinoamericanos en Norte, Centro y Sud América.

II. Norteamérica

En el ámbito bilateral, México no ha dejado de acaparar portadas. Después de un exitoso “Pacto por México” con los dos grandes partidos de la oposición, Acción Nacional y el izquierdista Partido de la Revolución Democrática (PRD), el Presidente Peña Nieto del Partido Revolucionario Institucional (PRI) logró imponer reformas constitucionales que debieran significar una apertura económica modernizadora, especialmente respecto del monopolio estatal de los hidrocarburos y el privado de las telecomunicaciones.

No obstante, el presidente mexicano enfrenta ahora un problema de imagen considerable, ante el cual debe reaccionar con energía a fin de salvar su

capital político y mantener el curso de su gobierno. Éste surgió a raíz del asesinato y aparente incineración de los cadáveres de 43 estudiantes de un instituto pedagógico en el Estado de Guerrero, uno de los más pobres del país y con altos niveles de violencia a consecuencias de antiguas guerrillas locales, fuerzas de auto defensa y de bandas de narcotraficantes. No se trató de un acontecimiento tan inusual para la realidad mexicana, pero el Gobierno Federal tuvo una reacción lenta y poco efectiva. En medio de la crisis el mandatario viajó a Beijing para asistir a la conferencia del Foro de Cooperación Económica Asia- Pacífico (APEC) y participó luego en Australia en la Cumbre del G20, proyectando una desafortunada imagen de desinterés presidencial en la materia.

Para agravar las cosas, el viaje coincidió con la divulgación periodística de la compra de una casa del presidente por unos US\$7 millones, a una empresa constructora con relaciones contractuales con el Estado. Su cónyuge, una conocida actriz de telenovelas, explicó que había adquirido la propiedad con ingresos propios provenientes de un contrato con un canal de televisión, pero debió anunciar la cancelación de la compra y Peña Nieto publicar una lista de sus bienes, que ya están siendo sometidos a escrutinios públicos, deteriorando aún más su imagen.

Los hechos de violencia en la ciudad de Iguala afectaron igualmente a los demás partidos del Pacto, porque los presuntos responsables directos de las muertes –el alcalde de la ciudad, su cónyuge, candidata a sucederlo, y el Gobernador del Estado– pertenecen al PRD. Es más, el gobernador fue elegido con el concurso del PAN, dentro de la alianza de izquierda y derecha, para impedir el triunfo del PRI en los gobiernos regionales.

III. Centroamérica

Centroamérica no presenta mayores novedades, quizás lo más destacable es el anuncio del inicio de las obras para la construcción de un canal transoceánico en Nicaragua que competiría con el Canal de Panamá. Este proyecto está dirigido por empresarios de Hong Kong, pero muchos dudan

de su viabilidad, por su elevado costo, las dificultades materiales y cierta desconfianza en que se cuente con el capital suficiente.

Venezuela, por su parte, con una economía muy venida a menos a consecuencia de ineptitudes, corrupción y una baja en la producción y refinamiento de sus hidrocarburos, sufre los efectos de la disminución mundial de los precios del petróleo y gas. Esta situación se agrava porque parte de los ingresos que se obtienen están comprometidos para pagar algunos créditos con China, otros dirigidos al consumo interno (que en gran parte van de contrabando a Colombia) más los compromisos de vender a precios reducidos a Cuba y a los socios de Petrocaribe. En consecuencia, lo que desde el punto de vista político puede haber sido exitoso, sin duda ha sido contribuido a empobrecer aún más las arcas fiscales.

A lo anterior, se suma el pesado efecto de la ausencia de Chávez, pues su sucesor, el Presidente Maduro, carece de su carisma y no tiene la misma capacidad de controlar a todos los sectores internos del llamado Movimiento Bolivariano. Dicha incapacidad queda en evidencia, a través de las diferencias manifestadas entre el Jefe de Estado y los sectores ultras del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) con la facción militar, lo que ha determinado cambios en el gabinete, anuncios de una “revolución” en los cuerpos policiales y de inteligencia, y grandes aumentos de remuneraciones para las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, aún juegan a favor de Maduro y su régimen, la debilidad de las fuerzas opositoras, cuyos líderes están presos, o bien han sido fuertemente amenazados. Los esfuerzos que se han hecho a través de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) no han servido más que para aplacar las protestas y legitimar lo actuado. Por su parte, la designación de Ernesto Samper como nuevo Secretario General de este pacto, por el consenso de los gobiernos, ha sido fuertemente cuestionada en los círculos colombianos, y contribuye a la pérdida de importancia del organismo, lo cual potencia a Venezuela y la Alianza Bolivariana para América (ALBA).

IV. Sudamérica

a) Ecuador

En Ecuador, el Presidente Correa ha dejado atrás su compromiso de no buscar la reelección indefinida, debido al temor de no encontrar un sustituto en sus filas para ganar una nueva elección presidencial el 2017. Sin embargo, la disminución de los ingresos del país a raíz del precio del petróleo también ha comenzado a generar conflictos entre el mandatario y las organizaciones sindicales, que rechazan las medidas restrictivas justificadas en la realidad económica.

b) Perú

La reducción de los precios de las exportaciones mineras, la paralización de los proyectos de inversión y la pérdida de confianza por parte de los inversionistas han significado para Perú una baja en sus expectativas de crecimiento. A lo anterior, se suma a una percepción generalizada de inseguridad ciudadana ligada a casos de narcotráfico y la exposición pública de casos de corrupción en que habrían participado funcionarios del Estado y del partido de gobierno. En uno de esos casos se involucra a un conocido financista de las campañas electorales del Presidente Humala, entre cuyas acciones se cita el haber pagado contratos ficticios a la cónyuge del mandatario con fondos venezolanos.

Comparado con sus antecesores, la aprobación del Jefe de Estado en las encuestas sigue el mismo patrón de Toledo y García (cerca del 30%), pero los niveles de rechazo a su mujer han experimentado un aumento. Asimismo, su gabinete y su representación en el Congreso carecen de figuras relevantes. Además, las elecciones municipales y regionales, no fueron favorables al oficialismo, lo que incentiva el comienzo de la campaña electoral para el 2016, con encuestas que siempre muestran a Keiko Fujimori a la cabeza, con Alan García y Pedro Pablo Kuczynski a continuación.

Algunos observadores peruanos, sostienen que hay un creciente peligro de que Perú se encamine hacia una “mexicanización”, citando el parecido

histórico de ambos virreinos y la similitud entre la debilidad de las instituciones, el aumento de la corrupción y los efectos del narcotráfico.

c) Bolivia

Bolivia inicia el tercer mandato de Evo Morales, quien fue reelegido sin problemas para un nuevo periodo presidencial. Contribuyó a su triunfo la división opositora causada por la tardía postulación de Quiroga y de un desaparecido partido Demócrata Cristiano. El presidente cuenta ahora con dos tercios del Movimiento al Socialismo (MAS) en el Senado y la Cámara de Diputados, comenzando una nueva etapa con signos de cierta moderación, en que el socialismo proclamado antes ha sido reemplazado por un modelo de capitalismo de Estado muy similar al del MNR¹ en los años 50, si bien con menores niveles de represión.

Con una economía ordenada y próspera, manejada ortodoxamente por un Ministro de Economía que se mantiene en el cargo desde la llegada al poder de Morales, el único signo de peligro, es el efecto que tendrá la reducción de los precios de las exportaciones mineras y de la soya. En la actualidad, las minas están en poder de la Corporación Minera de Bolivia (COMIBOL) y de cooperativas de mineros que producen costos superiores a los precios y que deben ser subsidiados con recursos que se obtiene de las empresas mineras privadas y de la estatal YPFB.

La producción de cocaína y la reexportación de ese elemento proveniente de Perú hacia los países vecinos es un tema que merecería un estudio aparte.

d) Colombia

Colombia está a la espera de que se reinicien las conversaciones de paz después de la esperada liberación del general Rubén Darío Alzate, capturado por las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

1. Movimiento Nacionalista Revolucionario. Partido político boliviano fundado en 1942 que gobernó Bolivia con las Presidencias de Víctor Paz Estenssoro, Hernán Siles Zuazo y Gonzalo Sánchez de Lozada.

Esta situación frenó las negociaciones de paz que se desarrollan en Cuba, sin embargo, pocos ven con esperanza este resultado. Lo anterior, porque una aceptación por Santos de la tregua generalizada que pretenden las FARC, pondría en un pie de igualdad a ambos bandos en un conflicto civil interno. Esta situación sería muy negativa para la imagen del mandatario, sobre todo si se considera que los anuncios de su campaña prometieron que se llegaría a la paz durante su nuevo periodo.

e) **Brasil**

Brasil por su parte, espera el nuevo gabinete que anunciará la Presidenta Dilma Rousseff antes del 1 de enero, fecha en que asume un nuevo periodo presidencial. Se supone que vendrá una renovación del equipo económico con la incorporación de ministros que prometen una cierta apertura para la estancada economía brasileña, de manera de atraer inversiones y dar impulso a las exportaciones. Esto ocurre en medio de un escándalo de corrupción –cada vez mas resistido por la población- que debería terminar con la condena de personajes importantes de su primera administración. Dichas sanciones la obligarán a proponer medidas que aseguren mayor transparencia en el manejo de la principal empresa estatal como es Petrobras.

La presidenta Rousseff enfrentará muchas complicaciones en este nuevo período, porque al estancamiento de la economía se añade ahora que tendrá un Congreso en que su partido, el PT (Partido de los Trabajadores), ha visto reducida su representación, sin embargo, la oposición del PSDB (Partido de la Social Democracia Brasileña) de Aécio Neves no cuenta con un número suficiente de parlamentarios para obstaculizar significativamente los planes oficiales. A pesar de esto, se presume que será más costoso (en argumentos, platas y contratos) para el Ejecutivo mantener la lealtad de la proliferación de partidos pequeños que surgieron en esta elección.

f) **Argentina**

Argentina parece estar encaminándose al fin del régimen kirchnerista. En efecto, las recientes actuaciones del Poder Judicial indican que hay menos

temor a las represalias por parte de la presidencia lo que hace que algunos se atrevan a desafiarla.

La presidenta entiende lo anterior y por lo mismo busca un sucesor débil o, mejor aún, alguien controlado por ella misma. Algo parecido a la fórmula del 73 (Cámpora al gobierno, Perón al poder). Mientras tanto, son muchos los aspirantes que se preparan y buscan reunir fuerzas. La economía sigue su curso descendente bajo la dirección de Alex Kiciloff, un neomarxista detestado por todo el entorno peronista y más aún por los opositores.

Por primera vez desde comienzos del siglo XX, Argentina muestra cifras de comercio exterior y exportaciones, inferiores a las de Chile, teniendo el doble de población, de tamaño de la economía y de territorio.

Por ahora, hay tres grandes candidatos a la sucesión. El Gobernador de Buenos Aires, Daniel Scioli, que hasta el momento ha logrado imponerse como el único sucesor posible que podría aparentar continuar el régimen de los K y ser el candidato del Frente para la Victoria creado originalmente por el primero de los Kirchner. Sin embargo, Scioli no da plenas garantías de que mantendrá el “modelo”, ya que ha señalado que se deberá pasar a una nueva etapa “de desarrollo”. Adicionalmente, el peronista disidente Sergio Massa, también ha iniciado su campaña transformándose en el postulante más temido por la Presidenta. El tercer candidato es Macri, que intenta atraer a las dispersas filas de lo que fuera el segundo partido argentino, la Unión Cívica Radical, que se ha convertido en una federación de líderes de provincia que no tienen peso en la Provincia de Buenos Aires.

Aún es prematuro aventurar escenarios. Mucho dependerá del curso de la economía y, por tanto, del precio de la soya. Igualmente, hay que mirar con atención el desarrollo de los procesos judiciales que hoy enfrenta la señora K, ya que el electorado condena fuertemente la corrupción cuando hay pobreza y está menos llano a creer y aceptar el mensaje oficial.

g) Uruguay

Por último, en Uruguay se cumplió lo que todos los analistas esperaban del resultado electoral: el ex Presidente del Frente Amplio Tabaré Vázquez, representante de la izquierda moderada se erigió nuevamente como presidente. Aunque los partidos más izquierdistas del Frente Amplio han aumentado su representación parlamentaria respecto de los moderados, Vázquez hizo un gesto hacia los inversionistas anunciando que designará, nuevamente, como Ministro de Economía a Danilo Astori, quien en la administración anterior tuvo un comportamiento muy moderado.

V. Conclusiones

Revisado el panorama regional es posible obtener algunas lecciones. América Latina presenta aún grandes deficiencias institucionales y una fuerte debilidad en los partidos políticos, lo cual posibilita el surgimiento de caudillos que buscan eternizarse en el poder con discursos y políticas públicas de corte socialista cuya ineffectividad ha sido demostrada.

Adicionalmente, la debilidad institucional se hace patente en virtud de la proliferación del narcotráfico internacional que encuentra en este continente, no sólo un clima favorable para los cultivos, sino además instituciones deficientes y en gran medida corruptas que facilitan su instalación.

Es indispensable trabajar en el fortalecimiento de las democracias del continente para que en el mediano plazo se puedan enfrentar los crecientes problemas globales de manera coordinada. Por ahora, los países se ven obligados de resolver sus crisis internas, marcadas por la corrupción y complicaciones económicas derivadas de malas políticas públicas, lo que impide tener miradas compartidas sobre problemas que se evidencian en toda la región.

La amenaza terrorista en un mundo globalizado

• 27 de enero de 2015 •

Durante el último tiempo, los atentados terroristas han ido teniendo cada vez más resonancia en el mundo, por lo que se hace necesaria una respuesta coordinada de parte de la comunidad internacional. No obstante, la inexistencia de un concepto claro de lo que se entiende por terrorismo –producto de visiones diferentes entre algunos Estados– ha debilitado y retrasado esa respuesta. En el presente número de Ideas y Propuestas se señalan las bases para una posible definición a la luz de las causas y elementos más constitutivos de la actividad terrorista.

I. Introducción

En el mundo globalizado la amenaza del terrorismo se ha vuelto cada vez más cercana y patente producto del avance de la tecnología, las formas inéditas de actuación y la masividad de los medios de comunicación. Las matanzas perpetradas el año pasado por el Estado Islámico en Irak y Siria; el secuestro de 200 niñas producido por el grupo Boko Haram de Nigeria, sus atentados recientes y últimos secuestros; la masacre de 141 personas ocurrida en una escuela pakistaní, ejecutada por un grupo Talibán hace unas semanas; la matanza de 12 personas que trabajaban para la revista Charlie Hebdo –junto con las tomas de rehenes simultáneas en París de hace unos días– son hechos recientes que acentúan la percepción de inseguridad en la que la gente está envuelta.

Luego de los atentados a las Torres Gemelas en septiembre del 2001 y de Atocha (Madrid) de marzo del 2004, el mundo se ha volcado hacia un nuevo tipo de guerra asimétrica que busca eliminar la lacra terrorista en pos de la seguridad mundial, la democracia, los derechos humanos y la libertad. Sin embargo, el gran problema que presenta esta nueva guerra es la invisibilidad del enemigo y su indefinición. Ello genera, en algunos casos, abusos que exigen contar con nuevos métodos, tecnologías y herramientas que, haciendo más efectivos los resultados no pasen a llevar los derechos de personas inocentes.

A pesar de que el terrorismo parece ser algo propio del recién comenzado siglo XXI, es una realidad bastante antigua. “El fenómeno terrorista, tal como se entiende en la actualidad, ha estado presente en la lucha política y militar desde fines del siglo XIX”. En un primer momento los actos terroristas habrían sido de carácter nacionalista y anarquista principalmente, enfocando sus lugares de acción a nivel regional o nacional. La amenaza internacional más significativa aparecería luego de la Segunda Guerra Mundial, durante los años de Guerra Fría, donde las grandes potencias patrocinaron e

1. M. Arroyo Lara, Eduardo; Pérez Gil, Luis V.; Garay Vera, Cristián, “El estatus del terrorismo y la violencia política transnacional en el sistema internacional de la posguerra fría”, en Foro Internacional, vol. 48, n° 3, jul – sept 2008, pág. 571.

instrumentalizaron diferentes grupos –principalmente de resistencia– para la defensa de sus propios intereses, llevando los ataques al territorio contrario, y otorgándoles así, un alcance propiamente internacional². De hecho, la aparición internacional de este fenómeno se da en los años sesenta, pasando a tener proporciones epidémicas en las décadas de los setenta y ochenta. En la post Guerra Fría, la desaparición del conflicto Este-Oeste generó el surgimiento y la proliferación de nuevos conflictos étnicos, políticos y religiosos que han incubado nuevos movimientos radicales que, sumados a las nuevas tecnologías, han sido capaces de producir formas inéditas de terrorismo³.

Ante esto la comunidad internacional no se ha hecho esperar y ya desde 1963 las Naciones Unidas ha redactado un total de 13 convenios sectoriales sobre diversas formas de terrorismo, como son el apoderamiento ilícito de aeronaves, actos ilícitos sobre la aviación civil, aeropuertos, materiales nucleares, navegación marítima, atentados contra personas internacionalmente protegidas, toma de rehenes, financiación del terrorismo, entre otras. No obstante lo anterior, Naciones Unidas no ha sido capaz de generar una definición clara sobre lo que es el terrorismo, lo cual “constituye un gran obstáculo a la hora de articular una respuesta coordinada de la comunidad internacional en materia antiterrorista”⁴. La inseguridad que genera una vaga definición de este fenómeno implica a su vez, una incertidumbre normativa, ya que al no saber o, al no tener un consenso sobre qué significa ser terrorista, la línea divisoria entre un delito terrorista y uno común se vuelve ambigua. Es necesario separarlo de otros tipos de violencia como pueden ser la insurgencia o la guerrilla, sin que por éstos también puedan incurrir en actos terroristas. De lograrse a nivel internacional una definición consensuada sobre qué es terrorismo ésta podría servir como base para los diferentes países que contienen problemas internos de esta índole.

2. Cf. *Ibíd*em, pág. 1 y 2.

3. Cf. Lagos Matus, Gustavo, “La amenaza multiforme del terrorismo”, en *Estudios Internacionales*, año 28, n° 109, ene – mar 1995, pág. 103.

4. Romeu, Jorge, “¿Hacia una definición jurídica de terrorismo?”, en *Política Exterior*, vol. 20, n° 110, mar – abr 2006, pág. 179.

II. Dos visiones en pugna

El principal problema para llegar a una definición consensuada en la Asamblea General ha sido el desacuerdo entre dos bloques de países que muestran una fuerte polarización sobre el asunto y que, “en términos generales, enfrentan al mundo occidental (G-8, Unión Europea, Grupo CANZ⁵, etcétera) con la Organización de la Conferencia Islámica (OCI, con Siria, Pakistán, Egipto, Jordania e Irán como actores más activos)”⁶.

El gran desacuerdo pasa por el problema de la lucha contra la ocupación extranjera. Mientras que los países occidentales abogan por encausar los actos criminales cometidos contra civiles dentro del marco del terrorismo, los países de la OCI abogan por una definición que excluya dichos actos realizados en un contexto de lucha contra la ocupación extranjera, basando su formulación en diferentes resoluciones de Naciones Unidas sobre el derecho de la autodeterminación de los pueblos⁷. Según ellas, un pueblo sometido a dominación externa podría hacer uso de cualquier medio a su alcance para resistir la agresión, incluso la violencia.

Sin embargo, el año 2006, el entonces secretario general de la ONU Kofi Annan manifestó en su informe del 27 de abril que “Las Naciones Unidas deben mantener su superioridad moral en esta materia [...] debemos dejar perfectamente claro que ninguna causa, por más justa que sea, puede ser excusa para el terrorismo. Ello incluye la legítima lucha de los pueblos por la libre determinación”⁸. En definitiva esto implica la supresión de la antigua norma que permitía la legítima defensa contra el ocupante extranjero, propia del período de descolonización, pasando a ser prioritaria la seguridad internacional y su equilibrio. La idea de los países de la OCI de considerar jurídicamente los actos criminales realizados contra la población civil como un crimen de guerra y no como un acto de terrorismo no les restaría

5. M Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

6. Romeu, Jorge, *Ibídem*, pág. 182 y 183.

7. Resolución de la Asamblea General 1514 (XXV), de 14 de diciembre de 1960 y 2625 (XXVII), de 24 de octubre de 1970.

8. Annan, Kofi, *Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo*, 27 de abril 2006, párrafos 9-10, pág. 3.

gravedad a dichas acciones, pero sí permitirían una lectura política distinta ya que “un planteamiento de este tipo podría llevar a negar la posibilidad conceptual de perpetrar actos terroristas en situaciones de conflicto armado, lo que no es aceptable”⁹, es decir, se negaría que el terrorismo existe. De hecho, las Convenciones de Ginebra prohíben de forma concreta todos los actos dirigidos a propagar el terror entre la población civil.

Por ende, la politización de un concepto de esta magnitud no se puede permitir, sobre todo cuando está en juego la vida de personas inocentes, lo que vuelve imperiosa una vez más la necesidad de llegar a una definición concreta. No existen terroristas buenos ni terroristas malos, toda persona que cometa un acto de terrorismo debe ser considerado como un terrorista, independientemente de las ideas o principios que lo muevan, puesto que “no debe olvidarse que quienes pretenden imponer por medio de la violencia sus ideas o convicciones a la mayoría, o incluso a la minoría, están cometiendo uno de los delitos más execrables: anular y someter la consciencia y la libertad humanas”¹⁰.

III. Un intento de conceptualización

Ahora bien, ¿qué se entiende por terrorismo? ¿Cuáles son sus características principales? ¿Cuál su finalidad? ¿Es posible sintetizar sus elementos en pos de generar un sólo concepto? En primer lugar, es necesario precisar que el terrorismo no es un fenómeno homogéneo, sino que es polifacético, vale decir, tiene causas, orígenes, justificaciones y manifestaciones diferentes según el contexto en el que se desarrolla, lo cual genera desde ya un problema en cuanto a su carácter conceptual. Además, la diversidad cultural, de sistemas políticos, jurídicos, incluso morales y religiosos se suma a lo anterior. Sin embargo, se cree que es posible lograr una definición consensuada que englobe las distintas manifestaciones de terrorismo, pero

9. Romeu, Jorge, *Ibidem*, pág. 184.

10. De Aristegui, Gustavo, “La cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo”, en *Política Exterior*, vol. 11, n° 60, nov – dic 1997, pág. 67.

que, sin embargo, tenga diferentes herramientas y medidas para cada una de las diferentes formas de actuación terrorista, lo cual mantendría vigente los diversos convenios que se han suscrito sobre el tema y ayudaría a generar nuevos acuerdos para necesidades específicas, siempre partiendo de la misma base, es decir, la definición. Por lo mismo, es necesaria una mayor voluntad política de la comunidad internacional para lograrlo.

Aunque no existe un acuerdo respecto a la definición, sí pareciera existir uno acerca de los distintos elementos que lo componen. Por ejemplo, la naturaleza del acto, de desmedida violencia; sus autores, como pueden ser individuos, grupos e incluso Estados; sus metas, entre ellas, políticas; sus resultados y las motivaciones que persiguen; sus objetivos y los métodos que emplean¹¹. Parece razonable pensar, que serían cinco los elementos esenciales que definen al terrorismo. A saber: el uso desproporcionado de la violencia; utilizado de forma indiscriminada contra la población civil; con la intención de provocar terror; el cual contiene un mensaje y utiliza una simbología especialmente importante para dicha población; y que está dirigido a presionar políticamente una decisión o a ejercer influencia sobre la opinión pública. A continuación un breve análisis de cada uno de estos elementos.

3.1 Al analizar diferentes actos terroristas, lo que primero sobresale es el uso desproporcionado de la violencia, la cual es concretada a través de diferentes medios como pueden ser bombas, aviones, autos, distintos tipos de armas, entre otros, además de la retención de personas o toma de rehenes contra su voluntad y que sean coaccionados o controlados por medios violentos. Estas prácticas buscan además realizar el mayor daño posible tanto a nivel de población como a nivel de infraestructura, lo que produce un daño psicológico mayor. La violencia desproporcionada e indiscriminada produce un efecto parálítico en la población, el cual es utilizado para generar control y poder sobre ella. Por otro lado, la capacidad de negociación que logran estos grupos aumenta considerablemente, “sustituyendo con la fuerza

11. Cf. Alexander, Yonah, “Respuestas al terrorismo: algunas reflexiones políticas y legales”, en Cuadernos de pensamiento político, n° 11, jul- sept 2006, pág. 177 y 178.

terrorista la capacidad política que no le proporciona un amplio electorado o base social de masas”¹².

3.2 En cuanto a la focalización en la población civil cabe destacar que este hecho es el que distingue al terrorismo de otros tipos de violencia política y militar, por cuanto éstas se desarrollan generalmente contra objetivos no civiles dentro de contextos de guerra o conflicto armado. De hecho, “la formulación adoptada por el Consejo de Seguridad resalta la referencia a los civiles. Este órgano quería así hacer hincapié en que los ataques contra civiles, en particular los especialmente indefensos [...] constituyen el ejemplo más inequívoco del carácter intrínsecamente injustificable de los actos terroristas”¹³. El hecho de que sea indiscriminada implica que el ataque no va dirigido contra un objetivo reconocido, sino que contra cualquier persona que en ese momento se encuentre en el lugar. Por lo tanto, su sentido deshumanizador es evidente: para el terrorista aquellos que mueren sólo representan un número, del cual depende el impacto del acto¹⁴. Por otro lado, los ataques contra personas internacionalmente protegidas también se encuadran dentro de este punto, ya que su cargo implica una representación de la comunidad, por ende trasciende su persona y pasa a ser un símbolo de la sociedad.

12. Varas, Augusto, “Jaqué a la democracia: terrorismo y anti-terrorismo en las relaciones sociales e internacionales contemporáneas”, en *Estudios Internacionales*, Año 23, n° 90, abr – jun 1990, pág. 157.

13. Romeu, Jorge, op cit, pág. 181.

14. “Se entiende por “persona internacionalmente protegida”: a) un Jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la Constitución respectiva, cumpla las funciones de jefe de Estado, un jefe de gobierno o un Ministro de Relaciones Exteriores, siempre que tal persona se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen; b) cualquier representante, funcionario o personalidad oficial de un Estado o cualquier funcionario, personalidad oficial u otro agente de una organización intergubernamental que, en el momento y en el lugar en que se cometa un delito contra él, sus locales oficiales, su residencia particular o sus medios de transporte, tenga derecho, conforme al derecho internacional, a una protección especial contra todo atentado a su persona, libertad o dignidad, así como los miembros de su familia que formen parte de su casa”. Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3166 (XXVIII), de 14 de diciembre de 1973.

3.3 La intencionalidad del terror es generar un miedo insuperable que trasciende a las víctimas atacadas o amenazadas¹⁵ y que se utiliza como un medio de control de dicha población con el fin de ejercer poder sobre ella. La creación de un sentimiento de inseguridad permanente genera una paralización social de toda la estructura, lo que dificulta generalmente una respuesta eficiente. “El propósito de este tipo de acción, su meta objetiva, el efecto neto de su conducta, es la internalización, en el actor definido como enemigo, de una disuasión simbólica. Se introyecta de hecho el terror en el oponente, convirtiéndolo así en un instrumento o recurso manejado externamente, pero que cuenta con un mecanismo de control interno: el terror. En este contexto, quien actúa o desata la acción terrorista puede contener y eventualmente modificar las acciones del otro”¹⁶. La internalización del control político a partir del terror actúa sobre un elemento clave de la seguridad social: la certeza; y en la medida en que el terrorismo actúa sobre ella “sus efectos son fundamentalmente desquiciadores de toda convivencia, especialmente de una democrática”¹⁷.

3.4 A pesar de que la percepción que se tiene sobre los actos terroristas es que se acercan a la irracionalidad, la verdad es que éste fenómeno es bastante más racional de lo que se piensa y se quiere hacer creer¹⁸. Sus actos, generalmente, son premeditados y contienen siempre una lógica y un mensaje que busca, por medio del impacto, llegar a la mayor cantidad de personas posible, lo cual es importante si se piensa en el alcance global y la inmediatez que tienen hoy los medios de comunicación. “La función simbólico-comunicativa consiste en que el acto violento representa un mensaje amenazador dirigido al entorno social de la víctima destinado a producir pánico induciendo formas de comportamiento dictadas por este sentimiento”¹⁹. La esencia del mensaje es la posibilidad de generar un cambio infundiendo terror, y es en este punto donde el símbolo se vuelve

15. Cf. Alexander, Yonah, op. cit, pág 178.

16. Varas, Augusto, op. cit pág. 154 y 155.

17. Ibídem, pág. 155.

18. Cf. Zolo, Danilo, “Las razones del <<Terrorismo Global>>”, en Mientras tanto, n° 101, invierno 2006, pág. 22.

19. Lagos Matus, Gustavo, op. cit, pág. 99.

fundamental. Se entiende por símbolo el lugar donde se lleva a cabo el atentado, o una persona que tenga un cargo de representatividad en la sociedad, vale decir, que representa códigos importantes en la mente de las personas que se ven afectadas, ya que representa algún elemento de la estructura social. Por ejemplo, el atentado del 11 de septiembre realizado contra las Torres Gemelas, implicó un ataque en el corazón del centro financiero de una de las ciudades más importantes de EEUU, de ahí la importancia de esos edificios; por no mencionar el ataque al Pentágono, sede del Departamento de Defensa del país.

El símbolo agranda el mensaje, lo vuelve aún más potente, por eso el terrorismo implica la premeditación del acto, más que una supuesta irracionalidad. Por otro lado, los medios de comunicación también juegan un papel fundamental en este punto. La violencia desmesurada busca generar un impacto potente, ya que eso produce la atracción de los periodistas, quienes se encargan de difundirlo. Es un círculo vicioso del cual los terroristas sacan provecho, ya que consiguen que sus acciones tengan mayor repercusión, sumando destinatarios. “Intentan lograr un acceso fácil a sus objetivos y, cada vez en mayor medida, procuran que sus acciones tengan mayores repercusiones, tanto por el número de víctimas como por la atención que les prestan los medios. Si se les niega el acceso a esas vías y objetivos se contribuirá a evitar futuros ataques”²⁰. La difusión los vuelve fuertes, se muestran ante el mundo como grupos capaces de atacar cualquier poder o estructura (símbolo), desde distintas partes, en cualquier momento; todo lo cual fortalece, por otro lado, la adhesión entre sus seguidores y ayuda a reclutar nuevos. Generalmente, “actúan sin base territorial ya que su estrategia consiste en estar presentes en todo lugar y en ninguno a la vez; sus atentados se sitúan en lugares simbólicos destinados a afectar a todos y alcanzar así a todo el mundo con sus señales”²¹.

3.5 Por último, el mensaje que contiene el terror tiene una intencionalidad política que es, para muchos autores, la característica principal que definiría

20. Annan, Kofi, op. cit., párrafo 38, pág 9.

21. Lagos Matus, Gustavo, op. cit, pág. 99 y 100.

este acto y lo diferenciaría de otras formas de violencia. “Lo que distingue al terrorismo de otras formas de asociación ilícita es la finalidad política, es decir, que persigue la destrucción del orden constitucional o, al menos, un cambio en las estructuras políticas y sociales vigentes y su sustitución por otra. Para lograrlo, emplea medios y recursos que generan un sentimiento de inseguridad permanente con el que se trata de condicionar las decisiones de los gobernantes”²². A pesar de que la concurrencia del elemento subjetivo anómalo del acto es parte fundamental del concepto, llegar a probar su existencia se vuelve una tarea prácticamente imposible, lo cual dificulta la posibilidad de imponer sentencias condenatorias. Mientras no se elabore una definición que describa cabalmente la conducta prohibida, terminando con la concurrencia de elementos anímicos, no habrá posibilidad de elaborar un instrumento penal eficaz de disuasión.

IV. Causas del terrorismo

Ahora bien, se cree que para generar un mecanismo de eliminación o freno de los actos terroristas es fundamental entender las causas que lo generan, comprendiendo el fenómeno desde su complejidad. No obstante, entender no es justificar; se debe captar el problema desde su raíz para poder establecer una base conjunta que vaya en pos de la seguridad, tanto nacional, como internacional. “Es esencial conocer las bases de su fundación, las bases ideológicas o políticas en que se asienta, sus métodos de reclutamiento, sus fuentes de financiación, el origen de su armamento, de qué intermediarios y mercados proceden dichas armas, cuáles son sus estrategias y sus métodos de acción, cuáles son sus apoyos internacionales, qué base social tiene –si la tiene– así como un sinnúmero de interrogantes [...] para que el combate contra los mismos, desde el respeto a la legalidad, sea lo más eficaz posible”²³.

En relación con este tema nuevamente hay visiones en pugna. Algunos se manifiestan escépticos sobre las posibilidades de contención por la

22. Arroyo Lara, Eduardo, Luis V. Pérez Gil, Cristián Garay Vera, op. cit, pág. 578.

23. De Arístegui, Gustavo, op. cit, pág. 77 y 78.

vía diplomática y privilegian las medidas de fuerza militar, por lo que la indagación sobre las razones es irrelevante, pues lo mejor sería no buscar comprender²⁴. En definitiva, según esta postura, la única respuesta hacia el terrorismo sería un castigo severo y violento²⁵.

No obstante, muchas veces el problema se agudiza, generando un círculo vicioso en que la violencia se reprime con violencia, multiplicando este mal²⁶. Es fundamental no animar ni incentivar el terrorismo, sino más bien buscar medidas eficientes que lo dejen sin justificaciones ni apoyo popular, pues en muchos casos el terrorismo tiene éxito, precisamente, porque existen gobiernos que combaten el terrorismo inspirándose en esos principios²⁷. Por lo mismo se insiste en la necesidad de aunar las posiciones para establecer una respuesta conjunta que sea eficaz en mantener y aumentar la seguridad internacional. “La persecución y las campañas violentas de los gobiernos suelen hacer que los movimientos de oposición se radicalicen [...] La experiencia ha demostrado que los gobiernos que recurren a un uso excesivo de la fuerza y a la represión indiscriminada para hacer frente al terrorismo corren el riesgo de reforzar la base de apoyo de los terroristas entre la población en general”²⁸, por lo mismo es esencial reforzar las vías diplomáticas y pacíficas; abrir espacios a los sectores marginados, mejorar las oportunidades y los accesos, procurar una real integración tanto nacional como internacional, entre otras medidas.

Es necesario comprender que el terrorismo no se produce en un vacío social o político, sino que el uso de este tipo de violencia puede entenderse –así no justificarse– como el producto de situaciones sociales especiales como la pobreza, el desorden, la violencia, y en especial la exclusión y la marginalidad. A nivel internacional, el terrorismo aparece como respuesta dentro de un sistema que presenta grandes asimetrías político-estratégicas, donde existe un alto número de actores gubernamentales, pero que presentan dificultades para la gestión colectiva y para la toma de decisiones

24 Por ejemplo, Alan Dershowitz, uno de los abogados liberales más famosos de EEUU.

25 Zolo, Danilo, op. cit., pág. 25.

26. Cf. Varas, Augusto, op. cit., pág. 158. Cf. Varas, Augusto, op. cit., pág. 158.

27. Ídem.

28. Annan, Kofi, op. cit., párrafo 33, pág. 8.

importantes²⁹. Por otro lado, la existencia de Estados en colapso o fallidos –aquellos que no son capaces de garantizar el orden social y que carecen de una estructura institucional fuerte– son generalmente los que presentan índices de violencia mayores y que, generalmente, han permitido a los grupos y organizaciones terroristas de relevancia internacional mantener sus bases de apoyo, de adiestramiento y de reorganización, principalmente cuando éstas han perdido poder en su lugar de origen³⁰.

A nivel micro, los principales focos de aparición de violencia, son los sectores radicalmente marginados de la sociedad, que están excluidos de la toma de decisiones tanto políticas como económicas y culturales. “El terrorismo prospera a menudo en ambientes en que se producen violaciones de los derechos humanos y donde los derechos políticos y civiles están limitados. De hecho, los terroristas pueden aprovechar las violaciones de los derechos humanos para obtener apoyo para su causa”³¹. La falta de canales pacíficos para expresar el descontento y buscar políticas alternativas puede llevarlos a recurrir a la violencia como un medio con el que pueden hacerse escuchar. Estas características pueden llevarlos a constituirse en grupos que son capaces de desafiar el orden político al cual no pueden acceder y que por lo mismo rechazan, tratando de “sustituir la legitimidad social por el uso de la violencia bajo la forma del terror”³².

La discriminación por motivos étnicos, nacionales o por creencias religiosas, además de la incapacidad de muchos Estados de integrar a ciertas minorías o a grupos de inmigrantes genera “resentimientos que pueden llevar al proselitismo terrorista, además de sentimientos de alienación y marginación y una mayor tendencia a socializar en grupos extremistas [...] Tomados en conjunto, los diversos tipos de exclusión pueden combinarse para producir una mezcla explosiva. La marginación, la alienación y el sentimiento resultante de victimización pueden impulsar el extremismo,

29. Cf. Varas, Augusto, op. cit., pág. 160.

30. Cf. Arroyo Lara, Eduardo; Pérez Gil, Luis V.; Garay Vera, Cristián; op. cit., pág. 576.

31. Annan, Kofi, op. cit., párrafo 32, pág. 7 y 8.

32. Varas, Augusto, op. cit., pág. 157.

que a su vez puede facilitar la explotación por parte de los terroristas”³³. Por lo mismo, resulta sumamente preocupante la aparición de grupos como el de “Patriotas Europeos contra la Islamización de Occidente” o Pegida Alemán, que ha sido relevante este último tiempo en Alemania, producto de su islamofobia y de sus marchas en diferentes ciudades del país, además de la organización de ellas en otras ciudades europeas como Oslo. Grupos como estos, no hacen sino potenciar la exclusión y la marginalidad de sectores disminuidos de la población, los cuales en ciertos casos, pueden llegar a formas extremas de actuación.

Por otro lado, estos sectores excluidos de la sociedad son, por lo general, fuente de atracción de ideologías fundamentalistas, las que se presentan como la solución a los problemas, generando que los seguidores dejen descansar en ellas todas sus esperanzas y sus ansias de reivindicación. Lo peligroso de lo anterior es que estos tipos de ideologías son radicales y generalmente carecen de tolerancia y respeto hacia lo distinto. De hecho, creen que su ideología es la correcta y que es el resto del mundo el que se encuentra perdido o va directo a su destrucción, por lo que lo rechazan radicalmente y lo atacan desde distintos ámbitos. Ellas “aparecen regularmente como un rechazo de la modernidad que invade a grupos minoritarios marginales”³⁴, por lo que para ellos, la ideología fundamentalista es “la que sirve de cemento ideológico y justificación de la declaración de guerra de parte de tales minorías al resto de la sociedad”³⁵.

V. Conclusión

No parece equivocada la expresión que señala que “la violencia sólo engendra más violencia”. “Debemos tener en cuenta los estragos sociales, educativos y hasta posiblemente morales. Hay generaciones enteras que han crecido sin conocer otra cosa que el sufrimiento, la destrucción y la desolación. El odio ha envenenado la convivencia, ha roto familias, ha

33. Annan, Kofi, op. cit., párrafos 35 y 36, pág. 8.

34. Varas, Augusto, op. cit., pág. 157.

35. Ídem.

condenado pueblos y ciudades. Ha sometido a millares de personas”³⁶. Es necesario que nuestros representantes sean capaces de generar políticas eficaces que vayan en pos de generar cambios en nuestra sociedad, de terminar con la pobreza, la exclusión, la discriminación y la violencia, de generar inclusión, participación y compromiso.

Entender las causas que generan grupos radicales y violentos, puede llevar a frenar las posibilidades de su surgimiento, por lo que se necesitan más especialistas y una mayor voluntad política por generar iniciativas en pos del crecimiento y del desarrollo, de la accesibilidad y de mayores oportunidades para las personas menos favorecidas.

Por último, el establecimiento de un concepto definitorio sobre lo que es el terrorismo se vuelve una necesidad imperiosa, tanto en cuanto la seguridad mundial se ve cada día más resquebrajada. Una definición consensuada serviría para generar una acción conjunta a nivel mundial que pudiera establecer bases y medidas generales y específicas en torno a este flagelo.

Ante el problema planteado, la comunidad internacional debe ser capaz de aprovechar las herramientas que se tienen en la actualidad desde el ámbito de la cooperación y el compromiso. En este sentido, es posible encausar el fenómeno globalizador hacia actos de esta índole, de aprovechar la cercanía comunicacional y los avances tecnológicos, de compartir información y herramientas para generar paz mundial, desarrollo y crecimiento. Sólo así se construirán las bases para un mundo más seguro.

36. De Arístegui, Gustavo, op cit, pág. 78.

¿Qué esperar de Latinoamérica el 2015?

• 11 de marzo de 2015 •

Este año se presenta lleno de dudas y desafíos para América Latina. El bajo crecimiento de la zona en general se agudiza por la crisis brasileña y las bajas expectativas de la economía mexicana. En materia política las elecciones más importantes serán las de Argentina; y para los observadores de las relaciones internacionales el acercamiento entre Cuba y Estados Unidos será la noticia a la cual prestar atención. No obstante, el gran problema de la región – instituciones débiles y democracias frágiles– no parece tener cerca una solución. Es indispensable avanzar en el fortalecimiento de las instituciones si se quiere algún día alcanzar el desarrollo.

I. Economía y energía

Todo indica que este año la región latinoamericana mantendrá una baja de la actividad económica. Los índices de crecimiento apreciados durante el 2014 serán probablemente similares. A la disminución de los precios de las commodities exportables se ha sumado con fuerza una sensible reducción de los precios internacionales de los hidrocarburos, los que podrían disminuir aún más en los próximos meses.

La baja de los precios ya ha repercutido notoriamente en los países exportadores tradicionales, como Venezuela, Ecuador, México y Bolivia, afectando con mayor fuerza a los que poseen una fuerte dependencia de su exportación, es decir que tienen mayores costos de producción y que no han sabido o querido prepararse adecuadamente para adaptar sus economías a la nueva realidad. Ese es, muy especialmente, el caso de Venezuela. Otros países, como Bolivia, podrán sortear mejor los efectos de las decisiones de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), ya que la implementación de políticas relativamente ortodoxas les permitirán adecuarse mejor al cambio.

Colombia, por su parte, que en los últimos años había incrementado su producción de petróleo y sus exportaciones sufrirá también, aunque nunca en las dimensiones de su vecino. Para México se tratará posiblemente de una reducción de sus expectativas, luego de que la reforma constitucional lograda por el Presidente Peña Nieto, para terminar con el monopolio estatal de la producción y exportación, hacía suponer que el 2015 habría un gran aumento de las inversiones privadas en ese campo.

Brasil, que empezaba a ser país exportador verá igualmente limitadas las inversiones, situación que seguramente se agravará por el impacto interno y externo que tendrá el desarrollo de las investigaciones judiciales y periodísticas sobre la corrupción en Petrobras.

Podía esperarse que la reducción de los precios fuera recibida con alivio por Argentina, –cuya importación de combustibles aumenta año a año debido a la baja de la producción local registrada en los Gobiernos Kirchner– que

debe gastar valiosas divisas en importaciones para una economía cuyas reservas se agotan, careciendo de crédito externo. Sin embargo, la caída de los precios internacionales puede echar por tierra uno de los proyectos exhibidos como uno de los mayores logros de la presidenta: la explotación del yacimiento de Vaca Muerta en Neuquén. Las considerables reservas de gas en ese lugar serían explotadas por una asociación entre la estatal YPF y Chevron, que para ello habían suscrito un contrato que, por ser contraído fuera del país y contener cláusulas no conocidas por los argentinos, habría motivado fuertes críticas, pues contradecía todo el nacionalismo económico proclamado por el Frente para la Victoria.

II. El plano político

En el plano político, no se avizoran grandes acontecimientos, si bien algunos seguirán esperando que la pérdida de ingresos signifique el derrumbe del régimen bolivariano de Venezuela, esto podría ser más deseo que realidad. Cuba, por su parte, probablemente continuará con el lento curso descendente de su tiranía.

América Latina vivirá como es habitual, la sucesión de Cumbres intrascendentes. Pocos dudan de que el Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay, Luis Almagro, sea elegido Secretario General de la OEA. No obstante, la sensibilidad de izquierda del Gobierno Uruguayo espera que Estados Unidos le retribuya el gesto de recibir en su territorio a prisioneros musulmanes salidos de la Base de Guantánamo.

En abril se celebrará en Panamá una nueva Cumbre de las Américas, a la que por primera vez ha sido invitada Cuba y a la que ha comprometido su asistencia el Presidente Obama. El encuentro de éste con Raúl Castro será sin duda el gran hecho noticioso del evento y cabe presumir que ambas partes les interesa mostrarse constructivas e iniciando a su vez una nueva etapa en sus relaciones. En la práctica, nada particularmente significativo ha ocurrido desde los acuerdos alcanzados en diciembre, en cuanto a la reanudación de relaciones diplomáticas plenas y a la reducción de los controles internos en Cuba. La asistencia de representantes de la

denominada “sociedad civil” cubana puede ser indicativa de la calculada velocidad con la cual el régimen castrista quiere recomponer sus relaciones y mejorar su imagen en Latinoamérica.

La mayor presencia de la República Popular China en la Región ha sido destacada últimamente, sobre todo por la asistencia de varios Presidentes (Maduro, Correa, Morales) a la reciente reunión con los países de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) en Beijing y a las aspiraciones de varios gobernantes de encontrar financiamiento chino para sus debilitadas economías.

La Presidenta Kirchner ha abundado en los últimos años en anuncios de inversiones chinas en la explotación de hidrocarburos, los que pareciera que no pasan de intentos exploratorios de empresas estatales chinas. Mejor resultado ha tenido la obtención de un crédito chino que sirva al país para optimizar en algo sus venidas a menos reservas de divisas.

En el curso de una gira imprevista que lo llevó a Rusia, Arabia Saudita y Argelia, el Presidente Maduro visitó igualmente Beijing, proclamando luego que Xi Jinping se habría comprometido a hacer inversiones en Venezuela por US\$20.000 millones, lo que representaría un gran aporte para las alicaídas finanzas bolivarianas, permitiéndole evitar (o quizás sólo postergar) un ajuste interno en su economía muy necesario, pero asimismo muy negativo para la adhesión del votante antes de las elecciones parlamentarias de fines de este año.

Otras versiones señalan que China, que es ya un fuerte inversor en la economía venezolana y un gran acreedor, no habría llegado a hacer más que promesas generales de inversión a largo plazo y sólo si se dan condiciones poco aceptables para Maduro respecto del control directo chino de nuevas explotaciones petroleras y de hierro, que quedarían así a salvo del habitual desorden con que se maneja la economía. Si eso es así, el Presidente Maduro se vería obligado a efectuar algunas rectificaciones al modelo bolivariano en las próximas semanas, esperándose al menos una devaluación siquiera disfrazada o un intento por unificar los múltiples tipos de cambio.

La región enfrentará menos elecciones que el año anterior. La más importante será la presidencial en Argentina en octubre, que posiblemente sea seguida por una segunda vuelta en noviembre para que el nuevo presidente asuma en diciembre. Otras presidenciales deben ocurrir en Guatemala, donde la tradición indica que vence el que resulta vencido en la anterior; y por último en Haití, cuya fecha de realización es difícil de cumplir y en el cual no cabe esperar cambios significativos. Haití parece estar destinado a ser, por largo tiempo, un enfermo incurable, cuyos males de ingobernabilidad y de no viabilidad económica podrán mantenerse por bastante tiempo más, debido en gran parte, a que constituye un campo de experimentación de Naciones Unidas y a la presencia de “fuerzas de paz” cuya permanencia ya no tiene justificación.

Mucho más relevantes serán las elecciones de junio de la Cámara de Diputados y de nueve gobernadores estatales en México, así como las parlamentarias en El Salvador que podrían alterar la precaria ventaja que el gobernante del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) tiene sobre la derechista Arena. Hay, asimismo, elecciones de autoridades regionales en Bolivia, donde se espera que, el ahora menos extremista MAS del Presidente Morales, ganará con facilidad, ayudado por la división de sus opositores de centro y de derecha. La elección municipal en Colombia será importante, con Bogotá como principal trofeo a conseguir. Se dará allí nuevamente un enfrentamiento entre el Presidente Santos y la oposición liderada por Uribe, presumiendo que el candidato apoyado por el primero recibirá el apoyo de la izquierda.

III. Acuerdo Cuba- Estados Unidos

Hechos trascendentes en el curso de este año, pueden ser los avances que se registren en la recomposición de relaciones diplomáticas y comerciales entre Estados Unidos y Cuba, fruto de un acuerdo entre el Presidente Obama y su par Castro. Este ha sido más una expresión de realismo de ambas partes que una reconciliación seria, y nunca, como exageradamente se ha dicho, un episodio de la trascendencia que tuviera la caída del Muro (la consecuencia más importante de éste es que trajo consigo la extinción de la República

Democrática Alemana “RDA”). Para el Presidente norteamericano se trata de poner fin a un presunto bloqueo que no daba resultados positivos y que afectaba la imagen de Estados Unidos en Latinoamérica, mientras que para los gobernantes cubanos es una concesión necesaria a fin de lograr acceder a divisas “imperialistas” que traerían nuevos viajeros y de eliminar las pesadas restricciones a sus relaciones externas dada su clasificación como Estado que fomenta el terrorismo. Ambos, sin duda, saben que aunque Obama lo intentara, el nuevo Congreso norteamericano y aún congresistas demócratas no aprobarán fácilmente un término a las normas aprobadas en los 90 por consenso bipartidario, que prohíben el comercio y las inversiones en la isla. Por su parte, Raúl Castro se ha comprometido a liberar algunos presos y a permitir el ingreso de una comisión de la Cruz Roja Internacional, a sabiendas de que, como ha ocurrido en otros momentos, los liberados pueden ser nuevamente detenidos y los gestos aperturistas revertidos.

Algunos comentaristas han puesto énfasis en que con el acuerdo el gobierno cubano pierde su aureola de solitario y heroico combatiente contra el “imperialismo”, que le hacía merecer reconocimientos incluso entre sectores no marxistas del continente. Pero pocos de esos admiradores tienen ya influencia política real en la región y, salvo la Venezuela de Maduro, no hay gobiernos ni partidos de importancia que sigan como antes las directivas cubanas y menos que dependan de su instrucción militar y abastecimiento bélico. Un producto de la ayuda cubana, el FMLN, gobierna en El Salvador en forma moderada y ni siquiera se ha planteado la posibilidad de eliminar al dólar como la moneda de curso legal en su país. Por su parte, el sistema sandinista en Nicaragua ha derivado en algo muy parecido al régimen patrimonial que derrocó, y ahora en manos del matrimonio Ortega Murillo, ha sido además el mejor y más eficaz colaborador de Estados Unidos en el control del tráfico de drogas que atraviesa Centroamérica desde Colombia y Perú con rumbo a México y a la frontera norteamericana. Los partidos marxistas otrora adoradores de Castro han desaparecido prácticamente, o reducidos a una mínima expresión hacen de comparsas menores a movimientos populistas, como en Venezuela, Brasil y Ecuador.

Descontando Venezuela, donde la influencia cubana cumple más un rol de parásito y de una presunta ayuda tecnológica (médicos, funcionarios,

servicios de inteligencia) cuyos beneficios son inferiores a la resistencia que despiertan, quizás el único país de la región en que la política cubana podría importar es Colombia, ello merced a su condición de lugar de encuentro y de facilitador de las conversaciones de paz entre el Gobierno del Presidente Santos y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (Farc), a las que se añadiría ahora el menos poderoso militarmente Ejército de Liberación Nacional.

Las informaciones de prensa destacan los avances que se estarían dando en esas negociaciones y la buena fe mostrada por la guerrilla comunista (en teoría las FARC fueron creadas como brazo militar del prácticamente extinguido PC colombiano) al liberar prontamente a un general de Ejército que cayó en sus manos y proclamar luego un cese de hostilidades unilaterales, cuyo cumplimiento por sus dispersos frentes hace creer que sus negociadores tienen efectivamente el control de los líderes guerrilleros locales. Si eso es así, podría culminar el año con un acuerdo de paz mediante el cual se pondría término oficial a una guerra interna de varias décadas y con la conversión de las FARC en un partido político izquierdista. A cambio de ello el gobierno debería garantizar cierta inmunidad a los jefes subversivos, impulsar medidas de corte social y facilitar la incorporación de los combatientes a la sociedad.

Un acuerdo de paz de ese tipo puede darse, y seguramente el Gobierno de Cuba, que da refugio a los jefes guerrilleros, se declarará muy satisfecho por su contribución al entendimiento, exhibiéndola como una prueba de su pacifismo y buenas intenciones. El acontecimiento sería proclamado como trascendental y vastamente celebrado, permitiendo a Santos terminar su segundo periodo como un gran pacificador y enterrando las críticas de Uribe y de su Centro Democrático, que perderían así sus perspectivas políticas.

Conviene recordar que acuerdos de ese tipo han sido intentados e incluso aparentemente logrados en el pasado. Otros grupos menores, como el EPL y el Quintín Lame, se pacificaron para convertirse en partidos; otro de ellos, que pudo tener mejor destino por tener influencia urbana y provenir de clases medias y altas –el M16– alcanzó después alguna importancia

electoral como partido de izquierda. Ninguno de ellos trascendió en el largo plazo y muchos de los antiguos combatientes volvieron a las armas en otros movimientos o con otros nombres. El asesinato de los líderes del partido de las FARC –la Unión Patriótica– en los 80 terminó con las esperanzas de crear un partido marxista electoral. Y siempre el tráfico de drogas será un emprendimiento mucho más lucrativo que cualquier actividad “normal”. Es posible así que pueda llegarse a un acuerdo de paz, pero que la adaptación de las FARC a la vida política no será nada fácil y que, quizás con otros nombres, pretextos y dirigentes, el tráfico de drogas va a ser, largamente, un buen motivo para la existencia de movimientos delincuenciales que se proclamen subversivos. Tendríamos así más un modelo Escobar antes que Guevara, como es el caso mexicano.

IV. Elecciones en México

En México, las elecciones de junio próximo de la Cámara de Diputados (500 integrantes) y de 9 nuevos gobernadores de Estados tendrán una especial significación. Con una maquinaria partidaria eficiente y el control del Estado y de la mayor parte de las gobernaciones, el predominio del Partido Revolucionario Institucional (PRI) difícilmente pueda ser afectado, pero sus aliados del “Pacto por México” pueden sí experimentar mermas importantes en su representación. El derechista del Partido de Acción Nacional (PAN) enfrenta los comicios con disensiones internas, a la vez que el izquierdista del Partido de la Revolución Democrática (PRD) ha sufrido la renuncia a sus filas de su fundador, Cuauhtémoc Cárdenas, y la escisión de un recién creado “Movimiento de Regeneración Nacional” (Morena) que lidera el varias veces candidato presidencial Andrés López Obrador.

Éxitos electorales de Morena y otros partidos menores, junto a una baja del PAN, reducirían el control que el Gobierno del Presidente Peña Nieto tiene sobre el Congreso y las Gobernaciones, con lo cual su política de acuerdos para impulsar reformas se verá en dificultades. Como se señaló antes, una de ellas ha sido la disminución de los precios de los hidrocarburos, que hace perder relevancia a la reforma constitucional que permite la inversión privada en su explotación y puso fin al monopolio de la estatal y siempre

cuestionada Pemex. Es de temer así que el 2015 no se de el masivo flujo de inversiones esperadas. Un anuncio reciente, de que por primera vez en la historia se importará cierta cantidad de combustibles desde Estados Unidos será indudablemente otro motivo para críticas nacionalistas.

La endémica violencia interna del país –que aumentó en intensidad y notoriedad tras la guerra proclamada por el anterior Presidente Calderón a los carteles del tráfico de drogas– ha disminuido en alguna medida en los últimos años. La incorporación de las Fuerzas Armadas en el combate a las mayores asociaciones delictivas iniciado por el Gobierno del PAN han desarticulado y dado muerte o llevado a prisión a sus líderes. Resultados no queridos de esa “guerra” han sido la división de las grandes organizaciones delictuales en numerosos grupos menores que compiten por el predominio en ciertas regiones, usando métodos más violentos y ostentosos que sus antecesores. Los carteles tradicionales antiguos, se dice, habían llegado a un modus vivendi armonioso con gobernantes locales y policías, que toleraban su comercio hacia Estados Unidos a cambio de comisiones y de compromisos de no interferir en las políticas locales ni recurrir en exceso a métodos violentos. La ofensiva lanzada por el Presidente Calderón, exitosa en apariencia, rompió ese compromiso y acrecentó así las manifestaciones de violencia interna, haciendo que los carteles pusieran énfasis en el control de gobiernos y policías estatales y locales. El Ejército estaría ya entre las instituciones contaminadas por la corrupción, lo que obliga actualmente al Ejecutivo a recurrir a las fuerzas de la Marina cuando se trata de capturar narcotraficantes de relieve.

El Presidente Peña Nieto ha anunciado la introducción de reformas destinadas a centralizar y reorganizar las numerosas y poco confiables fuerzas de seguridad, especialmente las de los Estados y municipios, pero esa tarea ha sido intentada ya antes sin mucho éxito y la misma aceptación popular del mandatario ha decrecido a raíz de negocios inmobiliarios poco felices.

V. Brasil en problemas

El nuevo periodo presidencial de Dilma Rousseff en Brasil comenzó con anuncios y declaraciones alentadores de su nuevo equipo económico, que manifiestan la intención de reducir el gasto fiscal, reducir subsidios, bajar la inflación y estimular la inversión privada. No obstante, a dos meses de haber ganado la reelección el estancamiento económico está adquiriendo características de recesión. La economía podría contraerse este año en un 0,58 % y la inflación podría llegar a un 7,5% (la meta era 4,5%) el peor resultado de los últimos 20 años. Para salir de este atolladero se ha anunciado un siempre impopular ajuste fiscal de casi dos puntos porcentuales del PIB para este año. A este desalentador panorama se suma un dato político relevante: la popularidad de la Presidenta Rousseff está en un 23%, un poco más de la mitad de lo que tenía al comenzar su segundo período.

El recibimiento dado por la Jefa de Estado al Vicepresidente de Estados Unidos, que asistió en Brasilia a la ceremonia del 1 de enero, y el nombramiento como nuevo Ministro de Relaciones Exteriores de un diplomático de Itamaraty que se desempeñaba como Embajador en Washington ha hecho pensar, asimismo, que se procurará una recomposición de las relaciones bilaterales. Sin embargo, el cambio anotado no muestra contar con un pleno consenso dentro del nuevo Gabinete de 39 Ministros ni en la coalición que acompaña al Partido de los Trabajadores, de los cuales el Partido del Movimiento Democrático Brasileño tradicionalmente es el más poderoso. Así, han surgido controversias públicas entre una Ministra de Agricultura empresaria y acusada de favorecer el latifundio y el Ministro de Desarrollo Agrario, que reclama dar nuevo énfasis a la reforma agraria. A pocos días de iniciado el nuevo gobierno, un número no determinante pero significativo de parlamentarios oficialistas votaron en contra de iniciativas del Ejecutivo.

El desarrollo del caso Petrobras va a ser posiblemente un problema serio para la Presidenta en el curso de estos cuatro años. Las mayores empresas constructoras del país, todas ellas con presencia externa, han sido sometidas a proceso por destinar parte de sus contratos a pagar comisiones a políticos y altos funcionarios, que se destinarían mayormente a financiar campañas. Se espera ahora la publicación por el Ministerio Público de una nómina de

54 personalidades acusadas de participar en un desfalco de casi US\$ 4.000 millones, con fines particulares y partidarios. Esa lista podría incluir a directivos del Congreso, de los partidos oficialistas e incluso a algún nuevo Ministro. Aunque es poco probable que la Presidenta sea directamente involucrada en la investigación –al menos por ahora– su imagen puede ser duramente dañada, pues como Ministra de Energía de Lula tenía la tutela de la empresa cuando se habría iniciado este sistema de corrupción. Además, ha confirmado en su cargo a la titular de Petrobras, que según denunciantes, sabía de las irregularidades y no hizo nada cuando recibió las primeras informaciones de otros funcionarios de la empresa. Como es lógico, el impacto del caso dañará más su popularidad que podría caer bajo el 20%, limitando aún más su margen de acción política.

Otro problema, no atribuible directamente al gobierno y que en algo puede afectar al principal partido de oposición, el Partido de la Social Democracia Brasileña, es la severa sequía que padece el Estado de San Pablo. Esta situación amenaza el abastecimiento de agua y energía eléctrica a su capital, la de mayor población en Latinoamérica y en cuyo entorno se encuentra entre el 20 y el 25% de la producción industrial brasileña.

VI. Conclusión

América Latina enfrentará un año de dificultades económicas con los mismos problemas de siempre: corrupción, aumento del narcotráfico, débiles partidos políticos y en consecuencia frágiles democracias que den garantías de respeto a las normas jurídicas y cumplimiento del estado de derecho para todos los habitantes de la región. Es indispensable avanzar en el fortalecimiento de las instituciones si se quiere algún día, como región, alcanzar el desarrollo.



Fundación
Jaime Guzmán

Capullo 2240 - Providencia - Stgo.
+ 56 (2) 29401100 - www.fjguzman.cl