Revista de Estudiantes

Diké

Vol 3, Nº 1, 2011

Facultad de Derecho
Universidad Alberto Hurtado

DIKÉ

Vol 3, Nº 1, 2011

ISSN: Derechos Reservados
Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado

Comité Editorial 2011

Victoria Martínez Placencia
Young Park Rojas
Karen Tapia Villa

Colaboradores

Luis Burdiles Villagrán
Gabriela Diaspro Higuera
Consuelo Galdamez Espinoza
Carolina Hevia Jordán
Katherine Hyde Estrada
Pamela Moya Matus de la Parra
Christian Nicolai Astorga
Evelyn Pino Moya
Betsabé Queroz Bravo
Sofía Reyes Sepúlveda
Susana Salas Vallejos
Delia Valdés Riesco
Catherine Ynciso Estrada

Comité Asesor

Hugo Rojas Corral
María Paz Valdivieso Ruiz-Tagle

Dirección

Cienfuegos 41, Santiago de Chile
www.uahurtado.cl

Diseño y diagramación

Revista Mensaje,
Nelson Torres

Impreso en GraficAndes®

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

INDICE GENERAL

Mensaje del Editor 7

1. Hacia la Igualdad de Oportunidades para el acceso laboral: régimen normativo para las personas con discapacidad 11

Juan Pablo González Gutiérrez

1. Introducción 11
   - 2.1 Conceptos relevantes según ADA 12
   - 2.2 Sujetos Protegidos 14
   - 2.3 Reasonable Acommodation 15
   - 2.4 Acciones ante la eventual infracción al ADA 16
3. Legislación nacional 17
   - 3.1 Concepto de Discapacidad 17
   - 3.2 Inserción Laboral 20
     - 3.2.1 Contratación en la Administración Pública 21
     - 3.2.2 Contratación en las Empresas Privadas 22
   - 3.3 Infracciones a la Ley Nº 20. 422 25
4. Desafíos Pendientes a Nivel Nacional 25

2. Un análisis de los principios en la compensación económica ante la ruptura matrimonial: ¿El derecho de familia como derecho privado? 27

Christian Nicolai Astorga

1. Introducción 27
2. ¿Cuáles son los principios que gobiernan la compensación económica? 28
   - 2.1 El problema de (el uso de) los principios en el Derecho de Familia33
3. Conclusiones 36

3. Los incentivos y la voluntad del Estado en la creación de normas jurídicas: Análisis Económico del Derecho con respecto a la figura legal de empresa 37

Cristian Fuentes Uribe

1. Introducción 37
2. Análisis económico de la conducta humana a partir del esquema de los incentivos 37
   - 2.1 El acto humano y sus motivaciones 37
   - 2.1.2 ¿Cómo analizar estos incentivos en un caso concreto? 39
   - 2.2. Los sistemas jurídicos y su relación con los incentivos 41

2.2.1 La voluntad inherente en las normas jurídicasy los Sistemas Jurídicos 41
2.2.2 Las formas de analizar económicamente el derecho 42
2.3. El concepto legal de empresa
bajo el análisis económico de los incentivos 44
2.3.1 El Código del Trabajo como modelo de un Estado activista 44
2.3.2. La figura legal de empresa y la evasión de los incentivos 45
3. Conclusión 47

4. ¿Qué se quiere decir cuando se habla de buenos o de malos argumento en el contexto del derecho? 49
Rodrigo Coloma Correa

5. Aproximación al Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo en el Derecho de Familia 53
Bernardita Conley Garrido
1. Introducción 53
2. Conceptos Preliminares 53
2.1 Concepto de Daño 54
2.2 Daño en el Derecho de Familia 55
3. Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo 56
3.1 Antecedentes del Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo
en el Derecho Romano 57
3.1.1 Principio de minima non curat Praetor 57
3.1.2 Principio del minimis lex non curat 58
3.1.3 Observaciones 58
3.2 Posibilidad de aplicación de este principio
en nuestro ordenamiento jurídico 59
3.2.1 Interpretación del vocablo daño 59
3.2.2 Interpretación de la expresión “Por regla general” 60
3.3 Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo en el Derecho de Familia 60
3.3.1 Origen y desarrollo del principio en el Derecho de Familia 61
3.3.2 Primera etapa: denegación de la indemnización de perjuicios 61
3.3.3 Etapa siguiente: denegación del resarcimiento por daño moral
y doctrina mayoritaria 62
3.3.4 Doctrina amplia permisiva 62
3.3.5 Tesis Restringida 63
3.3.6 Observaciones 63
4. Conclusiones 65

6. Legislación Internacional que protege la capa de ozono: análisis del convenio de Viena y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono 67
Claudia Espinoza Inostroza
1. Introducción 67
2. El problema global del deterioro de la capa de ozono 68
2.1. Capa de ozono 68
2.1.1 Deterioro de la capa de ozono 69

2.1.2 Descubrimiento del deterioro de la capa de ozono 70
2.1.3 Efectos del deterioro de la capa de ozono 71
3. Normativa internacional para la protección de la capa de ozono 71
3.1 Consideraciones previas 71
3.2 Convenio de Viena 73
3.3 Protocolo de Montreal 75
3.3.1 Objetivos y contenido del Protocolo de Montreal 76
3.3.2 Sustancias controladas por el Protocolo de Montreal 77
3.3.3 Enmiendas al Protocolo 78
3.3.4 Calendarios de eliminación de sustancias agotadoras del ozono (SAO) 79
3.3.5 Logros adquiridos a causa del Protocolo de Montreal 81
4. Conclusión 82

7. El Fenómeno de las Uniones de Hecho en Chile y su eventual regulación desde el ámbito patrimonial 85

Cristóbal Santander Santander
1. Presentación 85
2. ¿Por qué es necesario legislar las uniones de hecho? 86
3. ¿Cuáles son los inconvenientes ante la carencia de una regulación legal de las Uniones de Hecho? 88
4. Regulación Patrimonial actual de las Uniones de Hecho desde la Jurisprudencia Chilena 89
5. Proyecto de ley que crea la figura contractual denominada Acuerdo de vida en Común. Boletín n° 7.011-07. 90
6. Destinatarios ante una eventual regulación legal de las Uniones de Hecho 91
7. Alcances al concepto constitucional de familia tras una eventual regulación legal de las Uniones de Hecho 93
8. Conclusiones, Críticas y Comentarios 94

8. Algunas Reflexiones sobre el Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica y los Estados Unidos. Aspectos Comparados 97

Dante Figueroa Hernández
1. Presentación 97
2. Notas preliminares sobre la solución alternativa de conflictos comerciales internacionales 97
2.1 Un Componente Internacional en Disputas Comerciales 98
2.2 La Negociación y la Mediación Internacionales 99
2.3 Generalidades sobre el Arbitraje Comercial Internacional 101
3. El reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en la Región 103
3.1 La Evolución del Arbitraje Comercial Internacional en Estados Unidos 105
3.2 El Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica: Un Mecanismo Esquivo 108
3.3 Las Olas Cambiantes Hacia el Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica: El caso de Brasil 115
4. Conclusión 117

9. El IVA en la Venta de Libros en Chile **121**

Andrea Cerda González

1. Introducción 121
2. Situación Tributaria de la venta de libros 122
3. La exención del IVA a la venta del libro 123
   3.1. Exención total del IVA 124
   3.2. Exención parcial del IVA 126
   3.3. Adecuación del tratamiento tributario empleado en las exportaciones 127
4. Zona Franca Literaria 132
   4.1. Proyecto de Acuerdo Nº 810: Zona Franca Literaria para Valparaíso 134
5. Consideraciones finales 135

10. Acceso a Información Pública y Grupos Desprotegidos: Comentarios sobre la intervención del Consejo para la Transparencia en Chile **139**

Juan Pablo Olmedo 139

1. Introducción 139
2. Acceso a Información y Grupos Desprotegidos 140
   2.1 Transparencia Activa del Fondo Global para la Lucha contra el SIDA 140
   2.2 Rendición de cuenta a residentes de la Población La Legua 141
   2.3 Participación en Discusión de Proyecto de Ley de Migrantes 142
4. Conclusiones 144

Coloquio sobre Transparencia y Acceso a Información Pública **145**

Mesa redonda de acceso a la información pública (gestores de la Ley n° 20.285) **145**

Entrevista Andrea Sanhueza E. (Corporación Participa) **177**

MENSAJE DEL EDITOR

Puesto que la búsqueda es un tipo de amor y de deseo, los objetos de pensamiento sólo pueden ser cosas dignas de amor: la belleza, la sabiduría, la ***justicia,*** *etc.*

Hannah Arendt

Justicia, igualdad, *lo público,* educación. Palabras que se repiten en medio de movilizaciones y de organizaciones sociales que por diversas razones hacen suyo un espacio *público* a fin de expresar sus pensamientos y convicciones.

El tiempo y las decisiones sobre la contingencia nacional nos revelarán si efectivamente éstas se han concretado. Hemos sido testigos de hechos que provienen desde *lo privado* y que han (des)afortunadamente afectado a *lo público*. No es ésta la ocasión de analizar profundamente nuestra realidad económica, social, energética, ni menos política. Para ello, habría que abordar el caso sobre las repactaciones unilaterales con una empresa del retail; la situación de los alimentos transgénicos con las implicancias de eventuales conflictos de intereses; el caso del sacerdote Karadima, el caso de Hidroyasén; el caso de Kodama…

No obstante lo anterior, sí es necesario decir algo -al menos enunciar- respecto a la educación. Si las luchas sociales y políticas a lo largo de nuestra historia se han traducido en conflictos de desigualdad, de injusticia y de inequidad, entonces, la lucha que está pendiente y sin derrotero conocido es precisamente ésta: ¿qué hacemos para revertir tal situación?

La herencia que dejó un régimen de dictadura por tantos años, ha permanecido en las bases de la institucionalidad chilena, y aún habiendo cambios importantes en los períodos de transición a la democracia, no pudo plasmar a cabalidad en los gobiernos de la concertación un carácter eminentemente democrático y equitativo, en que además de la redistribución más igualitaria del ingreso, temas como la educación y la salud, fueran realmente una prioridad estatal, y no sólo simples porcentajes anuales exitosos (generalmente para la élite económica) como resultados de una evaluación como el SIMCE o la PSU, por ejemplo. En el período actual, es posible constatar que los conflictos y las diferencias tampoco pueden ser resueltos con un relato conformado por los meros anuncios o la formulación de promesas que, con la mejor intención, ni siquiera llegan a ser paliativos sólidos que permitan sostener que *lo público* sea una prioridad o una ocupación de las autoridades gubernametnales de turno.

Poder realizar una lectura del presente a través de un análisis del pasado nos obliga a encontrar en las situaciones históricas, herramientas para favorecer una cultura más democrática y más participativa, no sólo en apariencia, sino que en medio de la realidad más contingente y más explotada. La desigualdad no es un tema exclusivo y excluyente de instituciones benéficas, o de múltiples organizaciones juveniles de voluntariado, ni de organizaciones no gubernamentales pacifistas o ecologistas, ni del gobierno reinante. Pertenece a la nación entera, a la humanidad entera. Quizá, la lucha de clases propuesta un día por Marx para explicar la situación de su época, insistiendo en que la relación entre las clases sociales se basa en la explotación de una sobre la otra, siga surtiendo efectos en el tiempo, aunque ahora la *clase de la globalización*, representada por pequeños sectores privados económicos transnacionales, se oculten cuando explotan a la inmensa mayoría de *proletarios contemporáneos:* los inmigrantes, los desplazados, los indigentes, los trabajadores temporarios, desempleados, los cesantes ilustrados…

Una posible contribución a erradicar esta desigualdad (más allá de la discusión propia que ha de darse con los agentes involucrados en el tema de la educación) es la Transparencia.

Hace sólo 3 años que la Ley n° 20.285 fue publicada, y el acceso a la información pública pasó de ser una *mera expectativa ciudadana* a una concreción de un derecho que tiene en sus raíces la libertad de expresión que todo ciudadano posee.

Tampoco es ésta la ocasión de analizar lo saludable que es la tarea que realiza el Consejo para la Transparencia en términos de fiscalización de la Administración del Estado. Pero sin lugar a dudas, la historia sería distinta, si este órgano no existiera. La *lucha* contra la corrupción y los intereses solapados que pudieren darse en integrantes de la Administración, es el corazón de esta institución.

Una mayor transparencia, hace posible que los ciudadanos se informen, cuestionen y sobre todo, controlen a quienes eligen como autoridades. Que puedan controlar a quienes dirigen el destino del país cuidando supuestamente los intereses de toda la nación, y no sólo los de algún sector. Controlar *lo público*, también nos permite de algún modo, controlar lo privado.

En este sentido, Transparencia y Educación se vinculan, pues la tan cuestionada frase *fines de lucro*, adquiere mayor relevancia dependiendo del lugar desde donde se emite. En esta línea, sería interesante que, a la luz de toda la discusión sobre la educación superior, pudiera develarse si el lucro es un factor detonante sólo en el mundo de las universidades privadas que no pertenecen al Consejo de Rectores, o si lo es también en aquéllas que pertenecen a dicho Consejo, es decir, tanto a las privadas como las estatales. Tal vez, podríamos llevarnos una sorpresa al respecto.

En razón de todo lo anterior, hemos estimado conveniente que en esta edición se publicara lo que denominamos ***Coloquio sobre Transparencia y Acceso a la Información***. Éstos se llevaron a cabo por medio de una mesa redonda en la que dialogaron los agentes políticos que fueron *gestores* de la Ley n° 20.285. En este texto se da cuenta de cuáles fueron las razones y el itinerario que tuvieron que

seguir quienes apoyaron esta política pública, y -en cierta medida- también de quienes se oponían a ella.

Junto a este documento, se acompaña el texto de una entrevista efectuada a Andrea Sanhueza E. (Corporación Participa). Con ello, se espera confirmar que la sociedad civil tiene una labor y un desafío permanente en el área de la fiscalización y del control que le cabe en el ámbito de *lo público* y de lo privado.

Estamos ciertos que a la fecha de esta edición, se están decidiendo temas importantes en distintos establecimientos educacionales, tanto a nivel secundario como a nivel superior. Sólo queda esperar que, si realmente apostamos por una búsqueda de la justicia, habremos no sólo de cuestionar o criticar tal o cual sistema económico-político imperante, si no además, apostar por hacernos cargo de lo que a cada uno le compete como un ciudadano más en el rol que le corresponda en nuestra sociedad. Eso significa también hacernos responsables por las desigualdades que vamos reproduciendo y de tener la valentía necesaria para **evidenciarlas y transparentarlas**. Eso nos corresponde a todos, a las autoridades y a los ciudadanos. A la Iglesia y a las empresas, al mundo de los trabajadores y de los estudiantes…

La búsqueda de la justicia es un deber que nos corresponde a todos, pero especialmente, a quienes hoy detentan algún tipo de poder…

Karen Tapia Villa
Presidenta Comité Editorial
Revista Diké

Santiago, 23 de junio de 2011

HACIA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA EL ACCESO LABORAL: RÉGIMEN NORMATIVO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Juan Pablo González Gutiérrez[1]

1. Introducción

El objeto de este trabajo es analizar los mecanismos de integración con que cuentan los discapacitados para acceder al mercado laboral.

Es sabido que las personas disautónomas[2] pueden ejercer ciertas tareas con la misma eficiencia que un ciudadano plenamente capaz, por ello los organismos nacionales han adoptado políticas de no discriminación a favor de estas personas. Además, se han creado leyes para sentar una base normativa para el correcto funcionamiento de los incentivos y beneficios que conlleva la inclusión de los discapacitados en puestos de trabajos.

Si bien estos beneficios existen, la contratación en el mundo privado se ve mermada por el desconocimiento de la normativa existente y la aparente insuficiencia de ésta. Lo anterior produce que personas aptas para realizar labores de mediana o baja complejidad, no sean contratadas por la creencia que el gasto en ellas es mayor que el de una persona que no cuenta con un impedimento, o bien, por el temor que puedan causar accidentes en el ambiente laboral[3].

Con el objeto de tener una claridad mayor sobre el tema, se verá someramente la legislación pertinente norteamericana[4], especialmente la American Disability Act (en adelante ADA)[5].

Luego del análisis de la legislación foránea, se proseguirá al estudio de la legislación nacional, para así tener una comprensión acabada. Con estos pasos se logrará el objetivo de comparar las normas chilenas y estadounidenses para sistematizar los criterios de integración de los discapacitados a puestos de trabajo.

1 Alumno de quinto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Este artículo forma parte de la estancia de investigación desarrollada en Loyola University of Chicago, pasantía de intercambio patrocinada por la Facultad.

2 CISTERNAS REYES, María Soledad: «La discapacidad en Chile: análisis para un proceso integrador». En: *Revista de Derecho*, vol. 8, Valdivia, diciembre de 1997, pp. 152-172.

3 Cfr. CISTERNAS REYES, María Soledad: Ob. cit., pp. 152-155.

4 Todas las menciones y citas de la normativa estadounidense presentes en este artículo, son de traducción libre.

5 American Disabillity Act, 26 de julio de 1990.

2. Legislación norteamericana

La proclamación de Emancipación de 1776 conllevó tres promesas legislativas para con la sociedad: igualdad, libertad y oportunidad. Sin embargo, un grupo se ha visto restringido en la posibilidad de hacer efectivas estas promesas. En este marco se dicta el American Disability Act de 1990, que extiende las legislaciones existentes, estableciendo un mandato claro que terminaría con toda discriminación contra las personas con discapacidades en todos los aspectos de su vida[6]. Además, el propio Congreso Estadounidense reconoce *que ninguna discapacidad mental o física puede, en manera alguna, disminuir el derecho de la persona en participar en todos los aspectos de la sociedad*[7].

Esta normativa, en su Título primero trata sobre el empleo. A grandes rasgos, prohíbe la discriminación en la contratación e impone al empleador la obligación de hacer instalaciones razonables (*reasonable acommodation*), necesarias para que los individuos con discapacidades y calificados para trabajar, puedan realizar las funciones esenciales que componen el trabajo.

Ahora bien, hay varios conceptos que son imprescindibles de definir de acuerdo al ADA, ya que realiza algunas distinciones interesantes para determinar el grado de protección y quiénes son las personas que están bajo su aplicabilidad.

2.1 Conceptos relevantes según ADA

Empleador es entendido como,

> *(…) una persona que trabaje en un comercio o industria, que tiene 15 o más empleados por cada día de trabajo en cada una de veinte o más semanas en el año calendario actual o anterior*[8]. [También es] *cualquier agente de dicha persona (…) que trabaje en un comercio que afectan a la industria que tiene 25 o más empleados por cada día de trabajo en cada una de las 20 o más semanas de calendario actual o anterior*[9].

Se exceptúan del régimen de ADA: cualquier empresa estatal, el gobierno de los Estados Unidos -cuando actúa como empleador en la contratación de personas- y cualquier tribu indígena[10].

Se deben considerar dos fechas diferentes para hacer exigible la legislación, ya que desde el 26 de Julio de 1992 se aplica a los empleadores que tienen 25 o más

6 Cfr. INSTITUTE FOR COMMUNITY INCLUSION. Disponible en «www.communityinclusion.org» [última visita: 2 de junio de 2011].

7 American Disability Act, § 2 letra a nº 1.

8 American Disability Act, § 101 nº 5 letra A.

9 American Disability Act, § 101 nº 5 letra A.

10 American Disability Act, § 101 nº 5 letra Bi.

empleados. En el caso de los empleadores que tienen 15 a 24 empleados, comenzaron a regir las disposiciones del ADA desde el 26 de Julio de 1994[11].

La discapacidad consiste en *un impedimento físico o mental que limita sustancialmente una o más actividades importantes de la vida de una persona*[12]*, o que posea un registro o recuerdo de un impedimento o discapacidad*[13]*,* o por último que *se considere que tiene un impedimento que dure 6 meses o más*[14].

La ley considera que un individuo tiene un impedimento -físico o mental- cuando ha sido objeto de una sentencia dictada en virtud del ADA, o bien tiene un deterioro físico real o notorio, o el impedimento limita o podría limitar una actividad importante de su vida. A su vez, *actividad importante de la vida* no se limita al cuidado personal, la realización de tareas manuales, ver, oír, comer, dormir, caminar, hablar, respirar, leer, trabajar, entre otras. Sino también incluye una función corporal importante, incluyendo las funciones del sistema inmunológico, el crecimiento celular normal, digestivo, neurológicos, respiratorio, circulatorio, endocrino y las funciones reproductivas[15].

Es necesario hacer mención que la legislación norteamericana referida a la discapacidad, luego del caso *Sutton y Linton vs United Airlines inc*[16] y *Toyota motor MFG. Kentuchy Inc. Vs Williams*[17]*,* sufre una restricción interpretativa en cuanto a lo que debe ser entendido como *impedimento en actividades importantes de la vida*, provocando que sea muy complicado ser protegido por la legislación ADA. Frente a esto, el Congreso de los Estados Unidos realizó una serie de enmiendas en el año 2008[18], con el fin de que el concepto de discapacidad, además de *ser un*

11 American Disability Act.

12 American Disability Act, § 1 nº 1 letra A.

13 American Disability Act, § 1 nº 1 letra B.

14 American Disability Act, § 1 nº 1 letra C.

15 American Disability Act, §2 letra A y B.

16 El caso consiste en dos personas que no son consideradas como discapacitadas, ya que para el cargo al que estaban postulando (pilotos aéreos), eran necesarias cualidades que ellas no poseían por problemas visuales corregidos. Ahora bien, las demandantes alegaron que era necesario considerar la discapacidad sin las medidas de mitigación que tenían (anteojos correctivos), provocando que la Corte Suprema no considere que se encuentran dentro del concepto de discapacidad. Disponible en «http://www.law.cornell.edu/supct/html/97-1943.ZO.html» [última visita: 2 de junio de 2011].

17 El caso consiste en que Mss. William trabajaba con sus manos en una sucursal de Toyota. La empresa la despidió, lo que provocó que ella alegará que era discapacitada y por ende, se encontraba dentro del régimen de protección del ADA. La Corte Suprema, al considerar que su impedimento no afectaba a todas la actividades de la vida (ya que podía lavarse la cara y hacer actividades junto a su hija), no cabía dentro del concepto de discapacidad contemplado en el ADA. Disponible en «http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=00-1089» [última visita: 2 de junio de 2011].

18 Se dictan estas enmiendas *para rechazar la exigencia establecida por el Tribunal Supremo en Sutton v. AirLines Inc.* [donde se establece] *que la discapacidad tiene que ser un impedimento que limite sustancialmente las actividades cotidianas considerándolas con las medidas de mitigación que tengan* [también rechazan] *los estándares establecidos por el Tribunal Supremo en Toyota Motor Manufacturing Kentuchy, Inc. v Williams, (...) al considerar que una persona debe tener*

mandato nacional claro y completo para la eliminación de la discriminación contra las personas con discapacidad [permita] *garantizar que el Gobierno Federal desempeña un papel central en la aplicación de la normativa*[19].

Dejó en claro que un impedimento que limita sustancialmente actividades importantes de la vida, no tiene por qué limitar otras actividades importantes de la vida de la persona para ser considerada una discapacidad. Más aún, se tendrá en cuenta la discapacidad sin considerar los elementos que mitiguen o disminuyan los efectos reales sobre el sujeto[20], por ejemplo: prótesis o audífonos. Sólo se tendrá en cuenta estos artefactos, en el caso de lentes de lectura o lentes de contacto[21].

La discriminación laboral se entenderá como:

> (…) *segregar la clasificación de un aspirante a un puesto laboral, o las prerrogativas para que las oportunidades del aspirante, considerando su estado o habilidades para acceder a dicho cargo*[22], [como también] *los arreglos contractuales u otros acuerdos que se hagan con el fin de condicionar a un postulante calificado para el trabajo, produciendo una distinción discriminatoria*[23].

No cabría dentro de este concepto las preferencias que haga una empresa en la selección de un candidato al puesto de trabajo, en razón de la religión que profese dicha entidad.

2.2 Sujetos Protegidos

El ADA sólo protege a las personas con discapacidad que se consideren calificadas para el puesto del trabajo. Si bien este concepto puede ser mal entendido, la normativa se nos adelanta al establecer que el término calificado hace referencia a *una persona con o sin acomodación razonable,* [que] *puede realizar las funciones esenciales del puesto de trabajo que tiene o desea obtener*[24]. Debido a esto, recae

---

una discapacidad que impida o restringa rigurosamente la realización de actividades que son centrales en la vida más cotidiana. (…) la norma creada por la Corte Suprema (…) ha impuesto un nivel excesivamente elevado para obtener la cobertura del ADA. Enmiendas al American Disability Act de 2008.

19 Enmiendas American Disability Act de 2008, §2.

20 Son considerados también como medidas de mitigación: **a.** medicamentos, suministros médicos, equipos o aparatos, dispositivos de baja visión (no incluyendo los anteojos ordinarios o lentes de contacto), prótesis y dispositivos incluyendo extremidades, audífonos e implantes cocleares o audífonos implantables, dispositivos de movilidad, o aparatos de terapia de oxígeno y suministros; **b**. el uso de tecnologías de asistencia; **c.** adaptaciones razonables o ayudas auxiliares o servicios; **d.** las modificaciones neurológicas o de comportamiento adaptativo.

21 American Disability Act, § 3 nº 4, letra E i y ii. Se entiende por anteojos ordinarios, *los que tienen la intención de corregir completamente la agudeza visual o eliminar el error de refracción,* y por dispositivos de baja visión, *se entienden los dispositivos para ampliar, mejorar o aumentar una imagen visual.*

22 American Disability Act, § 102 letra b nº 1.

23 American Disability Act, § 102 letra b nº 2.

24 American Disability Act, §105.

en el empleador la obligación especial de hacer una descripción en los avisos de trabajo de las funciones esenciales que se consideran para el cargo[25], antes de hacer las entrevistas a los postulantes. No caben dentro de esta protección las personas que usen drogas ilegales (sin autorización médica para un tratamiento, por ejemplo), los homosexuales, bisexuales o que tengan conductas similares, ya que están protegidos por otras normas y su eventual discriminación nada tiene que ver con un impedimento o discapacidad[26].

Con esto se limita considerablemente el ámbito de discrecionalidad del empleador al momento de realizar un proceso de selección de personal, ya que se ve en la obligación de establecer claramente cuáles son las obligaciones esenciales del puesto de trabajo. Por ejemplo, para un trabajo en que la función esencial es contestar el teléfono en una oficina, no sería determinante que el sujeto reúna otras características físicas particulares como altura o rasgos físicos, pero sí que pueda satisfacer la obligación principal del puesto de trabajo.

2.3 Reasonable Acommodation

Es una de las grandes innovaciones que tiene el ADA, ya que impone la obligación al empleador de realizar adaptaciones razonables al puesto de trabajo, so pena de ser sancionado por una conducta discriminatoria.

Este concepto es determinado en §101, nº 9 y siguientes, siendo sus elementos principales:

a) Deben ocuparse *las instalaciones existentes usadas normalmente por los empleados y facilitar su accesibilidad para las personas con discapacidad*. Esta obligación que se impone al empleador, es concordante con el concepto integral de discapacidad que se expone en los tratados internacionales existentes[27], que busca la total integración de las personas con discapacidad en las actividades

25 *Ibídem*.

26 American Disability Act, §104 y ss. Más aún, una entidad cubierta por el ADA puede legítimamente prohibir el empleo ilegal de medicamentos, de alcohol y que los empleados no concurran a sus puestos de trabajo en estados etílicos, además de realizar exámenes periódicos, sin que dichas conductas sean consideradas necesariamente actuaciones discriminatorias contra las persona protegidas por este régimen jurídico.

27 Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la Igualdad de oportunidades para las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General en resolución 48/96 de 1993. En este texto se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiere atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio. A su vez, minusvalía es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra "minusvalía" tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo: información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad.

cotidianas de la vida, y claramente un aspecto importante para cualquier persona, es su desarrollo laboral.

b) *La reestructuración del trabajo, la jornada part-time o modificación del programa de trabajo, reasignación a puestos de trabajo vacantes, adquisición o modificación del mecanismo o equipamiento, ajustes adecuados o modificaciones a evaluaciones, capacitación de materiales o políticas de empresa, suministro de lectores o intérpretes calificados y otras similares acomodaciones para las personas con discapacidad*. Sin duda, este listado no es taxativo y que se puede adaptar dependiendo de la empresa específica, pero cabe destacar el detalle en la descripción de las modificaciones a realizar, que buscan volverlo un concepto flexible con la capacidad de integrarse en ámbitos no propiamente productivos del trabajo, sino a su plena adaptación al *work environment*[28].

El límite que tiene el empleador para realizar esta adaptación al lugar de trabajo, es que sea *excesivamente difícil*, que según §101 nº 10 del ADA, ocurre cuando la acción tiene una gran complejidad o el costo involucrado en su realización es alto. Para esto, se establece una serie de factores a considerar, entre los que destaca: *la naturaleza y costo del acto, los recursos totales involucrados, el número de personas empleadas en la realización, la relación gastos-recursos, el impacto de otras formas de acomodación razonable, el tamaño total del negocio, el número-tipo de instalaciones que tiene la empresa, el tipo de operación u operaciones de la entidad, entre otros*[29].

2.4 Acciones ante la eventual infracción al ADA

En su §107, letra b, ADA establece que el sujeto protegido tendrá acción para activar el procedimiento de queja administrativa contra el sujeto que haya infringido el Título primero sobre empleo. La queja debe presentarse ante la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Empleo (EEOC)[30], que tiene como función principal

28 Ambiente Laboral.

29 American Disability Act, §101, nº 10 letra B, i, ii, iii y iv.

30 *U.S. Equal Employment Opportunity Comission:* Authority & Role. Disponible en «*http://www.eeoc.gov/» [última visita: 2 de junio de 2011].* The EEOC has the authority to investigate charges of discrimination against employers who are covered by the law. Our role in an investigation is to fairly and accurately assess the allegations in the charge and then make a finding. If we find that discrimination has occurred, we will try to settle the charge. If we aren't successful, we have the authority to file a lawsuit to protect the rights of individuals and the interests of the public. We do not, however, file lawsuits in all cases where we find discrimination. We also work to prevent discrimination before it occurs through outreach, education and technical assistance programs. The EEOC provides leadership and guidance to federal agencies on all aspects of the federal government's equal employment opportunity program. EEOC assures federal agency and department compliance with EEOC regulations, provides technical assistance to federal agencies concerning EEO complaint adjudication, monitors and evaluates federal agencies' affirmative employment programs, develops and distributes federal sector educational materials and conducts training for stakeholders, provides guidance and assistance to our Administrative Judges who conduct hearings on EEO complaints, and adjudicates appeals from administrative decisions

velar por el correcto cumplimiento del ADA y lograr que las personas discapacitadas obtengan una plena integración en la sociedad. Además, las personas podrán presentar una demanda privada después de agotar los recursos administrativos.

La Ley de Derechos Civiles de 1991 permite que los tribunales de justicia puedan: ordenar al empleador a contratar o ascender en su puesto de trabajo a las personas discapacitadas calificadas, obligar a realizar las acomodaciones razonables, pagar los salarios u costas personales de los abogados. Además, pueden también establecer daños y perjuicios compensatorios y punitivos, en caso de discriminación intencional o maliciosa en el empleo[31].

La posibilidad de que un tribunal establezca daños punitivos es una innovación que busca crear conciencia en los empleadores, ya que la conducta de éstos debe ser acorde a las máximas de igualdad de oportunidades y libertad de elección laboral. En el caso que no se desee contratar a una persona con discapacidad con el fundamento de los costos involucrados en ello, permite que el sujeto discriminado pueda recurrir a sede judicial y accionar en contra del empleador. Ahora bien, los problemas que derivan de esto son netamente monetarios, ya que es mucho más costoso para un individuo llevar un juicio privado contra una empresa, en relación a la ganancia que podría obtener cuando se dicte sentencia favorable. Como es aleatorio el resultado del juicio, depende de varios factores -no analizables en este trabajo, ya que no es el prepósito de éste- que será necesario ponderar ex ante para ver la factibilidad de emprender una acción legal privada.

3. Legislación nacional

¿Qué sucederá en nuestro país en relación a este tópico? La discapacidad debe entenderse como un problema transversal que afecta a toda la sociedad sin hacer distinciones, por ello es necesario saber cuándo estamos frente a una persona con discapacidad y ver de qué manera se puede lograr su plena inserción a aspectos cotidianos como el trabajo.

3.1 Concepto de Discapacidad

Una primera aproximación para identificar el marco normativo nacional sobre derechos de las personas con discapacidad, es el Artículo 3 del Decreto nº 99 que promulga la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, que dice: [Es deber del Estado] *adoptar las medidas de carácter (…) laboral (…) necesarias para eliminar la discriminación contraria a las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad*[32].

made by federal agencies on EEO complaints.

31 U.S. Equal Employment Opportunity Comission: *Laws & Guidance*. Disponible en «http://www.eeoc.gov/laws/index.cfm» [última visita: 2 de junio 2011].

32 Decreto nº 99, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulga la Convención Interamericana

En tanto, el Decreto nº 201, que promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, establece*:*

> *Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y en entornos laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación*[33].

También existen otros cuerpos legales como las Normas Uniformes de la ONU que en su Artículo 7 recomienda un conjunto de medidas que pueden ser adoptadas voluntariamente. Sin embargo, tanto la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad como la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las personas con Discapacidad, tienen la importancia de obligar a los Estados contratantes a crear y modificar su legislación para que sea concordante a los preceptos contenidos en ellos. En este marco, se dicta la Ley nº 20.422 que deroga la Ley nº 19.284

para la eliminación de toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad (D.O. junio de 2002).

33 *Entre ellas* [están]: *a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos; c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás; d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público; h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto; k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad.* Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, adoptado en Asamblea General el 13 de diciembre de 2005. Decreto nº 201, promulga la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo (D.O. septiembre de 2008).

generando que el tratamiento normativo sobre la discapacidad en nuestro país sufra una drástica transformación.

Tanto es así que la definición de discapacidad en el antiguo Artículo número 3 de la Ley Nº 19.284 decía que persona con discapacidad es *toda aquélla que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, síquicas o sensoriales, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social*[34].

Es decir, la definición se centraba en las barreras que tenía que el sujeto con el medio, estableciendo, inclusive, un porcentaje determinado de afectación. Frente a esto, una persona que teniendo una deficiencia permanente que no afecte dicho tercio de su capacidad -según este precepto- no podía ser considerada discapacitada y por ende, quedaba fuera del régimen de protección. Las críticas hacia esta restricción se concretizaron principalmente en lo restrictivo de la definición, ya que la discapacidad -según los tratados ratificados por Chile- no sólo se contempla en una deficiencia específica sino también en el proceso de rehabilitación y prevención del sujeto, no siendo medible en porcentajes, sino en el concepto de cuántas actividades cotidianas de la vida son impedidas[35].

Por estas razones, en el año 2010 se decidió dictar una nueva definición de discapacidad contemplada en el Artículo 5 de la Ley nº 20.422, diciendo que:

> *es aquélla que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*[36].

Esta definición se ve complementada por los principios rectores que rigen la nueva legislación. Estos son: (i) *Vida independiente*, promoviendo que el Estado permita a la persona tomar decisiones, ejercer actos de manera autónoma y participar activamente en la comunidad. Este principio busca dejar de lado la actitud paternalista frente a las personas con discapacidad y permitir que puedan desarrollar su personalidad en forma plena; (ii) *Accesibilidad Universal*, delimitando un estándar en cómo todos los servicios y bienes deben ser utilizados en condiciones de seguridad y comodidad, de la manera más autónoma y natural posible por parte de la persona con discapacidad; (iii) *Diseño Universal*, las actividades deben ser posibles para cualquier persona, sin hacer distinciones sobre el grado de discapacidad que posea; (iv) la *Intersectorialidad* -uno de los principios más importantes existentes en la nueva legislación- obliga al Estado a que las políticas

34 Ley nº 19. 284, establece normas para la plena integración social de personas con discapacidad (D.O. 14 de enero de 1994).

35 Cfr. American Disability Act, §2 letra A y B.

36 Ley nº 20.422, establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad (D.O. 10 de febrero de 2010).

públicas deban considerar de manera transversal los derechos de las personas con discapacidad; (v) *Participación y Diálogo Social*, en el cual se reconoce que las personas con discapacidad, las organizaciones y sus familias, ejercen un rol activo en todo el proceso de implementación de las políticas públicas[37].

Estos principios son una innovación, puesto que buscan hacer más global el concepto de discapacidad, colocándolo en todos los aspectos de la vida de una persona humana y extendiéndolo tanto al ámbito privado como público.

3.2 Inserción Laboral

Tal como dice el Artículo 1 de la nueva legislación *el objeto de esta leyes asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad*[38], por ende, es deber del Estado promover la igualdad de oportunidades para que las personas con discapacidad puedan acceder a los puestos de trabajo ofrecidos en el mercado[39].

El Estado -en la antigua Ley sobre discapacidad- tenía una labor de promoción a través de los organismos competentes (por ej., centros educacionales, empresas de capacitación y Fonadis[40]) para permitir e incrementar la inserción laboral, teniendo en cuenta entre otras cosas, el nivel educacional, las capacidades reales del beneficiario y otros datos contenidos en el informe de diagnóstico que la autoridad respectiva otorgara[41]. Sin embargo, al ser una norma que confería al Poder Ejecutivo la función de realizar estos programas de promoción, fue difícil su real implementación en políticas públicas.

En cuanto al contrato que podrían celebrar, se establecía que era el contrato de aprendizaje sin límite de edad y con la obligación que el empleador, otorgara las herramientas o elementos necesarios para que el aprendiz realizara sus labores[42]. En cambio, la Ley nº 20.422, es mucho más garantista en la tarea de la inserción laboral, ya que en su Título IV denominado "Medidas para la Igualdad de Oportunidades", párrafo tercero Artículo 43 establece:

37 Ley nº 20. 422, Artículo 3.

38 Ley nº 20.422.

39 Ley nº 20.422, Artículo 4: *Es deber del Estado promover la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Los programas destinados a las personas con discapacidad que ejecute el Estado, deberán tener como objetivo mejorar su calidad de vida, principalmente, a través de acciones de fortalecimiento o promoción de las relaciones interpersonales, su desarrollo personal, la autodeterminación, la inclusión social y el ejercicio de sus derechos.*

40 Fondo Nacional para la Discapacidad, que según el Artículo 61 de la nueva legislación sobre discapacidad, será quién transmita todas sus obligaciones a la nueva institución creada. Esta institución es el Servicio Nacional para la Discapacidad (SENADIS).

41 Ley nº 19. 284, Artículos 33, 36 y 37.

42 Ley nº 19.284, Artículos 34, 35. Los problemas que trae consigo la aplicación de este contrato se verán posteriormente.

El Estado (…) promoverá y aplicará medidas de acción positiva para fomentar la inclusión y no discriminación laboral a las personas con discapacidad, específicamente deberá: a) Fomentar y difundir prácticas laborales de inclusión y no discriminación. b) Promover la creación y diseño de procedimientos, tecnologías, productos y servicios laborales accesibles y difundir su aplicación. c) Crear y ejecutar, por sí o por intermedio de personas naturales o jurídicas con o sin fines de lucro, programas de acceso al empleo para personas con discapacidad. d) Difundir los instrumentos jurídicos y recomendaciones sobre el empleo de las personas con discapacidad aprobados por la Organización Internacional del Trabajo.

En este precepto es mucho más latente la necesidad de una actuación positiva por parte del Estado, para lograr efectivamente los fines de inclusión laboral y lograr ejercer efectivamente los principios antes mencionado. En un mismo sentido, el Estado deberá fomentar el acceso a los beneficios sociales para lo cual *podrá desarrollar en forma directa o por intermedio de terceros, planes, programas e incentivos y crear instrumentos que favorezcan la contratación de personas con discapacidad en empleos permanentes*[43].

3.2.1 Contratación en la Administración Pública

Según el Artículo 45[44], los procesos de selección en los órganos de la Administración del Estado, sus organismos, las Municipalidades, el Congreso Nacional, los órganos de la Administración de Justicia y el Ministerio Público deberán seleccionar en igualdad de condiciones, sólo considerando el mérito para ello.

Debido a ello, se dictó un "Código de Buenas Prácticas Laborales" que establece que en caso de que a un postulante se le impida o dificulte la utilización de los instrumentos de postulación, los encargados del proceso deberán tomar las medidas necesarias para poner a su disposición dichos instrumentos debidamente adaptados[45]. Además el mismo reglamento dictado por los Ministerios de Planificación y Hacienda, obliga a la modificación de las estructuras físicas de los organismos de la Administración, con el propósito que las personas puedan acceder a estos lugares públicos de la manera más expedita posible. Esto en relación al Artículo

43 Ley nº 20.422, Artículo 44.

44 Ley nº 20.422.

45 Código de Buenas Prácticas Laborales para los Órganos de la Administración del Estado, Parte III, Directrices, 1, Procesos de reclutamiento y selección, letra g).

24 de la Ley nº 20.422[46], el Decreto Supremo nº 69/2004[47] y el Decreto con Fuerza Ley nº 29 del año 2005[48].

En todo caso, en el Poder Judicial, el Poder Legislativo y el Ministerio Público, serán sus propios órganos quienes deberán determinar la forma de dar cumplimiento a esta obligación, sin perjuicio que deberán respetar completamente las disposiciones de la Ley nº 20.422.

3.2.2 Contratación en las Empresas Privadas

En cuanto a las empresas privadas y la forma en que seleccione a los postulantes, la legislación no hace mención expresa de realizar adaptaciones a los procesos de evaluación o entrevistas, pero de todos modos se deben respetar los principios para no incurrir en infracciones a dicha normativa.

Ahora bien, el Artículo 47 establece que las personas con discapacidad podrán celebrar el contrato de aprendizaje sin límite de edad. A este respecto, el Artículo 78 del Código del Trabajo define contrato de aprendizaje como:

La convención en virtud de la cual un empleador se obliga a impartir a un aprendiz, por sí o través de un tercero, en un tiempo y en condiciones determinados, los conocimientos y habilidades de un oficio calificado, según un programa establecido, y el aprendiz a cumplirlo y trabajar mediante una remuneración convenida[49].

Es decir, del contrato nacen dos obligaciones, una para el empleador de entregar los conocimientos y otra por parte del aprendiz de cumplir la tarea pactada. Pero también la propia legislación impone algunas obligaciones especiales para el empleador, como: (i) ocupar al aprendiz solamente en los trabajos propios del programa de aprendizaje, proporcionando los elementos de trabajo adecuados; (ii) permitir los controles que al Servicio Nacional de Capacitación y Empleo le correspondan en los contratos de aprendizaje; (iii) designar un trabajador de la empresa como maestro guía del aprendiz para que lo conduzca en este proceso[50].

46 T*oda persona o institución, pública o privada, que ofrezca servicios de capacitación o empleo, (...) deberá realizar los ajustes necesarios para adecuar los mecanismos, procedimientos, prácticas de selección en todo cuanto se requiera para resguardar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que participen en ellos.* Ley nº 20.422, Artículo 4.

47 *Los postulantes que presenten alguna discapacidad que les produzca impedimento o dificultades en la aplicación de los instrumentos de selección que se administraran, deberán informarlo en su postulación, para los efectos de adaptarlos y así garantizar la no discriminación por esta causa*. Decreto nº 69 del Ministerio de Hacienda, establece reglamento sobre concursos del Estatuto Administrativo, Artículo 5 inciso final (D.O. 14 de agosto de 2004).

48 *Prohíbe cualquier acto de discriminación que se traduzca en exclusiones o preferencias basadas en diferentes motivos y que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades*. Decreto con Fuerza Ley nº 29, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley nº 18.834 sobre Estatuto Administrativo, Artículo 17 (D.O. 16 de marzo de 2005).

49 Código del Trabajo, Artículo 78.

50 Código del Trabajo, Artículo 83.

Por expresa disposición de la Ley sobre discapacidad, no se contempla la limitación de 21 años que establecía el Artículo 79 del Código Laboral. Esto permite, que sin importar la edad, las personas puedan acceder a este tipo de contrato que posee cualidades más amenas para una persona que recién esta insertándose en el mundo laboral.

Deberá contener -a lo menos- lugar y fecha del contrato; individualización de las partes con indicación de la nacionalidad y fechas de nacimiento e ingreso del trabajador; determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse; monto, forma y período de pago de la remuneración acordada; duración y distribución de la jornada de trabajo; plazo del contrato y demás pactos que acordaren las partes[51]. Además de la indicación expresa del plan a desarrollar por el aprendiz[52].

También deberá dictar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad -sólo las empresas que tienen más de 10 trabajadores- que contenga las normas especiales sobre los ajustes necesarios y servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado[53]. Es una disposición comparable a la contenida en la legislación norteamericana, pero con menos fuerza normativa, ya que deja a criterio del empleador la determinación de cuáles son los 'ajustes necesarios', sin establecer parámetros claros.

Se optó por este tipo de contrato, por los deberes especiales que tenía el empleador asociado a la entrega del conocimiento necesario para que el aprendiz pueda desarrollar de manera correcta y eficiente su trabajo. Por esta razón el Servicio Nacional para la Discapacidad reconoce: (i) el Empleo con apoyo[54], (ii) los talleres protegidos, consistente en lugares donde la persona realiza actividades laborales, con un horario no muy extenso y en la presencia constante de un instructor que los supervisa[55], (iii) empresas sociales, que son instancias productivas competitivas en el mercado cuyo propósito es la generación de empleo para las personas con discapacidad, coexistiendo con personas sin ella[56] y (iv) empleo formal o no normalizado, es el generado por el propio sujeto trabajando de manera independiente o autónoma[57].

51 Código del Trabajo, Artículo 10.

52 Código del Trabajo, Artículo 80.

53 *El reglamento interno deberá contener, a lo menos: 7.-las normas especiales pertinentes a las diversas clases de faenas, de acuerdo con la edad y sexo de los trabajadores, y a los ajustes necesarios y servicios de apoyo que permitan al trabajador con discapacidad un desempeño laboral adecuado.* Código del Trabajo, Artículo 154.

54 SENADIS: *Discapacidad y Trabajo*. Capítulo 4, pp. 59-60. Disponible en «http://www.senadis.cl/centro/tema_trabajo.php» [última visita: 13 de junio de 2011].

55 Cfr. SENADIS: Ob. cit., p. 60.

56 Cfr. SENADIS: Ob. cit., p. 61.

57 *Ibídem*.

En cuanto a la remuneración, será libremente pactada por las partes, no teniendo como límite inferior el "ingreso mínimo mensual". Tampoco podrán ser reguladas por un contrato colectivo o fallos arbitrales recaídos en una asociación colectiva[58]. Sin embargo, el hecho que se pueda pactar libremente la remuneración provoca que muchas de las personas con discapacidad tengan una remuneración inferior al mínimo legal. Ahora bien, el Poder Ejecutivo consciente de ello, ha dictado una serie de normas que otorgan beneficios tanto para empleadores como trabajadores, entre las que cabe destacar:

- El Decreto Supremo nº 250 del año 2004, que establece que los proyectos que postulen a licitaciones públicas pueden incluir como puntaje adicional el ítem de contratación de personas con discapacidad. De esta forma el postulante a la licitación se encuentra mejor posicionado que el resto de los competidores.
- La Ley nº 18.600 establece en su Artículo 10, que las personas jurídicas sin fines de lucro que mantengan talleres laborales protegidos con fines terapéuticos y haya sido declarada exentas -por decreto supremo- del pago al impuesto de primera categoría a la renta, podrán recibir donaciones de contribuyentes y estos recibir franquicias tributarias.
- También las Municipalidades tienen la facultad de conceder en forma gratuita, espacios para la instalación de negocios de propiedad de personas con discapacidad en las ferias autorizadas, y en caso que no existan ferias autorizadas, puede mantener puestos comerciales -de manera gratuita- para la instalación de negocios de pequeños y medianos empresarios con discapacidad[59].
- La Ley nº 20.255 sobre pensión, específicamente en cuanto a las materias de pensión solidaria de invalidez (PBS) y aporte provisional solidario de invalidez (APS), que se aplica a las personas que hayan quedado con impedimentos o discapacidades productos de un accidente laboral, establece: (i) derecho al 100% del PBS -$75.000- o APS de invalidez para los beneficiarios que perciban un ingreso laboral mensual igual o inferior al ingreso mínimo mensual; (ii) derecho a reducción gradual: sólo se aplica a las personas que teniendo APS o PBS, tengan un ingreso laboral mensual superior a un ingreso mínimo mensual, pero igual o inferior a dos de estos ingreso mínimos mensuales. Si se obtiene un ingreso laboral superior a dos ingresos mínimos mensuales, se deja de percibir el APS o PBS de invalidez. Cabe mencionar que el APS o PBS de invalidez se recibe íntegramente durante los dos primeros años en que comience a recibir ingresos laborales y durante el tercer año se entregará el 50% de la pensión, para que finalmente el cuarto año se produzca la total reducción de la pensión.

58 Código del Trabajo, Artículo 82.

59 SENADIS: Manual Ley 20.422, p. 24. Disponible en «http://www.senadis.cl/centro/tema_trabajo.php» [última visita: 13 de junio de 2011].

3.3 Infracciones a la Ley Nº 20. 422

Las infracciones al contrato de aprendizaje[60] serán sancionadas según el régimen del Artículo 506 del Código Laboral[61], debiendo el afectado ir a la Dirección del Trabajo.

En cuanto a las infracciones de la normativa sobre discapacidad, el título VI, Artículo 57 se refiere a acciones especiales por *toda acción u omisión arbitraria o ilegal que sufra amenaza, perturbación o privación en el ejercicio de los derechos consagrados en esta normativa*.

El sujeto legitimado es la persona con discapacidad protegida por la Ley n° 20.422, que tenga una certificación de discapacidad otorgada por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) o instituciones públicas o privadas reconocidas por el Ministerio de Salud- por sí u otra persona en nombre de ella.

Se presenta la acción ante el Juez de Policía Local competente del domicilio de la persona afectada. Este deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar y restablecer el derecho afectado, pudiendo:

a) Sancionar con una multa de 10 a 120 UTM -que serán depositadas en las arcas del Municipio respectivo-. En caso de reincidencia se duplicará el monto.

b) Si no se adoptan las medidas establecidas por el tribunal, éste podrá decretar la clausura del establecimiento que haya cometido la infracción.

Con todo, quedarán intactas las acciones administrativas y penales que procedan.

4. Desafíos Pendientes a Nivel Nacional

Si bien el marco normativo nacional difiere formalmente del existente en EE.UU, nos damos cuenta que hay elementos que se yuxtaponen:

- El concepto de discapacidad en la legislación norteamericana es más específico y el nuestro más genérico. Sin perjuicio de que se ve corregido por la instauración de principios que afectan a todo el ordenamiento jurídico existente.
- Es mucho más detallado el concepto de "acomodación razonable" en el ADA, en comparación a nuestra legislación. Sólo puede ser hasta cierto punto asimilable al tratamiento que se hace en la contratación de la Administración Pública. Aún en la contratación privada falta realizar un desarrollo más exhaustivo, sin perjuicio que podría tomarse a modo de recomendación la definición del ADA.

60 Código del Trabajo, Artículo 86.

61 *Las infracciones a este código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas (...) según la gravedad de las infracciones. A. Micro empresa y pequeña empresa, la multa será de 1 a 10 unidades tributarias mensuales (UTM). B. Medianas empresas, la sanción será de 2 a 40 UTM. C. Grandes Empresas, la sanción será de 3 a 60 UTM.* Código del Trabajo, Artículo 506.

- Se destaca el actuar del Congreso Nacional de EE.UU., al intervenir en las políticas adoptadas por los organismos competentes y los tribunales de justicia, en relación al concepto de discapacidad. Ahora bien, en nuestro país no se puede hacer un juicio a priori del desempeño del SENADIS, pues recién desde el año 2010 comenzó a funcionar y aún no ha pasado tiempo suficiente para examinar la efectividad de las políticas implementadas.
- En ambos sistemas hay acciones judiciales locales que permiten que el actuar del individuo sea menos complejo que interponer acciones de manera privada.

En el ámbito privado faltan incentivos para que los empleadores contraten a personas con discapacidad. Una recomendación que se plantea es la necesidad de crear subsidios especiales para la contratación; dar facilidad para que los empresarios a través de un financiamiento compartido (fiscal-empresarios), puedan realizar la adecuación necesaria a los puestos de trabajo[62].

62 SENADIS: *Discapacidad y Trabajo*. Capítulo 4, p. 65. Disponible en «http://www.senadis.cl/centro/tema_trabajo.php» [última visita: 13 de junio de 2011].

UN ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS EN LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA ANTE LA RUPTURA MATRIMONIAL: ¿EL DERECHO DE FAMILIA COMO DERECHO PRIVADO?

Christian Nicolai Astorga[63]

1. Introducción

La llamada nueva ley de matrimonio civil -Ley N° 19.947-, en vigencia desde el año 2004, introduce una de las figuras más discutidas en materia legislativa durante los últimos veinte años: el divorcio vincular. Esta institución nace a la vida del Derecho chileno para responder una de las inquietudes ciudadanas presentes en el ámbito del Derecho de Familia, cual es, la opción de 'comenzar de nuevo' después de una ruptura matrimonial. Entendiendo por ello la posibilidad, hasta entonces inexistente[64], de rearmar una relación de pareja sin tener materias jurídicas pendientes de relaciones que hubieren fracasado. En la misma ley, como consecuencia de la declaración de término del matrimonio, se consagra un efecto patrimonial de aquella ruptura denominado compensación económica. Asimismo, en conjunto con la introducción de la compensación económica, se implantó una serie de principios rectores de la misma en el reseñado cuerpo legal.

Largamente se ha considerado al Derecho de Familia como una parte de lo que denominamos derecho privado. Sin embargo, con la dictación de esta Ley ha ocurrido un giro inesperado en aquella relación haciendo que la pertenencia del Derecho de Familia al derecho privado se haya desdibujado, al menos en términos teóricos. El proceso de separación obedece, como se sostendrá en este artículo, *en parte* a la introducción de un mandato legal para el juez de familia en el Artículo 3 que pareciera, al menos *prima facie*, desligar el derecho de familia del derecho privado, identificándolo, más bien, con la regulación del derecho público. Decimos *en parte* porque, como se mostrará, ha sido la propia jurisprudencia la que ha colaborado a esta separación y, de esa manera, a pensar que el Derecho de Familia ya no responde a la lógica interna del derecho privado.

Así, en este trabajo nos haremos cargo de dos cosas fundamentalmente: la primera, hacer una revisión acabada de los principios -o mandatos de optimización si se prefiere[65]- que gobiernan la compensación económica en nuestra legislación

63 Estudiante egresado de la carrera de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, correo electrónico de contacto: cnicolai.a@gmail.com.

64 Sin perjuicio de que la institución de la nulidad matrimonial si lo permitía pero a costa de llegar a obligar a los cónyuges a mentir.

65 En el entendido en que se que se caracterizan, tal y como lo plantea Alexy, los principios pueden ser cumplidos en diversos grados ya que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas contraponiéndose al modelo de

y, la segunda, abordar la relación del Derecho de Familia con el derecho civil patrimonial y sus formas de comprender el uso de reglas, a raíz de la consagración de principios en el primero y cómo aquello juega con las pautas generales del segundo. En este sentido, se cuestionará la pertenencia del Derecho de Familia al derecho privado, tomando como punto de partida la lógica interna de éste y cómo es que en esa comparación se aprecian maneras diversas de abordar la resolución de conflictos, cuestión que repercute, finalmente, en la forma en que cada uno resuelve los conflictos.

2. ¿Cuáles son los principios que gobiernan la compensación económica?

Uno de los principios que dirigen la compensación económica en nuestra legislación, y a nuestro entender el más importante[66], es el de la protección al cónyuge más débil. No obstante su consideración como uno de los pilares principales de la compensación económica, no existe claridad respecto de lo que debe entenderse del precepto del Artículo 3 de la Ley N° 19.947[67]. La profesora Gómez de la Torre se ha planteado esta interrogante y ha sostenido que, como la ley no lo señala, podemos entender como tal al que se encuentre en una posición económica, psíquica, emocional o fisiológicamente desmedrada[68]. En otras palabras, nos plantea que la determinación del significado del cónyuge más débil deberá determinarse en el caso concreto.

En esta línea, se incorpora la figura de la compensación económica atendiendo a la situación de ese cónyuge débil[69], lo que, en palabras de la profesora Carmen Domínguez se traduce en que la única manera de entender esta figura es como *la* forma concreta de tutela del cónyuge más débil que la ley contiene en su articula-

reglas, las cuales exigen un cumplimiento pleno pudiendo ser o no ser cumplidas. ALEXY, Robert: *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica.* En: IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, San Sebastián, 1988, p. 143.

66 No es mero capricho considerar el principio de protección del cónyuge más débil como el más importante en materia de compensación económica, ya que en el momento en que el legislador indica que ciertas materias deberán ser resueltas en base a determinados principios -entre ellos el de la protección al cónyuge más débil- da a entender una prevalencia por sobre la consideración de las reglas únicamente para fallar aquellas materias. En el fondo, se le da un valor superlativo en consideración a otros elementos de los que se dispone para decidir en aquello que la ley señala.

67 El precepto citado dispone que las materias reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando siempre proteger el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.

68 Cfr. GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz: «La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil». En: *Seminario Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil.* Colegio de Abogados de Chile A.G. Santiago, Chile, p. 5, 2005.

69 Que en palabras del profesor Corral, puede tratarse tanto del marido como de la mujer, pero con la idea subyacente de que en la intención legislativa se pensó siempre en la mujer que dejó de trabajar para hacerse cargo de las labores del hogar común y/o el cuidado de los hijos. CORRAL TALCIANI, Hernán: «La compensación económica en el divorcio y la nulidad Matrimonial». En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 34, nº 24, 2007, p. 2.

do[70]. Asimismo, en el entendido de la necesaria protección que debe otorgarse a ese cónyuge más débil, la compensación económica persigue un objetivo de justicia: que el divorcio o la nulidad no deje a un cónyuge en una situación económica desmedrada para que pueda seguir viviendo con un mínimo de dignidad[71].

Así, nuestra legislación no permaneció indiferente ante la necesidad de resguardo de aquel que detenta una posición desmedrada[72], tal como se mencionó anteriormente, y demuestra -más allá de declaraciones programáticas contenidas en la Ley N° 19.947, en su Artículo 61- la más potente concreción de la protección del interés del cónyuge más débil que consagra el Artículo 3 del mismo cuerpo legal[73].

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, cabe la pregunta acerca de si la posición económica desmedrada será la única fuente en relación a la necesidad de proteger a ese cónyuge más débil. La respuesta acerca del por qué de la protección, sin embargo, es más compleja. Toda vez que los cónyuges se unen para formar una comunidad de vida, renunciando ambos, en mayor o menor medida, a una parte de sus aspiraciones personales y de desarrollo profesional[74] y en la medida en que ambos se sostienen sobre la base del estatuto protector del matrimonio, la ruptura de aquél necesariamente implicará la determinación, no muy amigable para quien la detente, de que existe un cónyuge más débil en la relación marital.

Entonces, añadiendo a los planteamientos hasta aquí hechos[75], podemos entender como fundamento de la protección al cónyuge más débil, la pérdida del estatuto protector del matrimonio una vez que éste ha finalizado por divorcio o por nulidad, en especial en los siguientes aspectos:

i) Pérdida de calidad de heredero ab intestato y legitimario del otro cónyuge,

70 Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen: «La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil». En: *Seminario Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil* Colegio de Abogados de Chile A.G, 2005, p. 9.

71 RAMOS PAZOS, René: *Derecho de Familia.* 6ª ed. Vol. I. Editorial Jurídica, Santiago, 2009, p. 120.

72 En este sentido se ha pronunciado expresamente la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en su Rol N° 676-2006 al referirse a la necesidad de la incorporación de la compensación económica en nuestra legislación, de modo que: dicha institución es, en nuestro ordenamiento, nítida expresión del principio de protección del cónyuge más débil (...). Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 676-2006. Asimismo, el Rol N° 199-2010 de la Corte de Apelaciones de La Serena que señala que este instituto (en referencia a la compensación económica) representa la concreción del principio de protección al cónyuge más débil, desde que pretende evitar o paliar los efectos derivados de la falta de equivalencia patrimonial y de perspectivas económicas futuras producidas entre los cónyuges (...). Un argumento exactamente igual de la Corte de Apelaciones de La Serena es el que hace la Corte Suprema en el Rol N° 578-2010.

73 Cfr. VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La Compensación económica por ruptura matrimonial. Una visión panorámica». En: *Compensación económica por Divorcio o Nulidad.* Marcelo Rojas Vásquez (editor): Cuadernos de Análisis Jurídicos N°5, Universidad Diego Portales, 2009, pp. 22-29.

74 *Ibídem.*

75 Referentes a la posición desmedrada que debiera detentar el cónyuge más débil.

ii) Pérdida del título legal para demandar alimentos o extinción de la obligación alimenticia existente,

iii) Desaparición de la institución de los bienes familiares,

iv) Pérdida de beneficios previsionales,

v) Disolución de la sociedad conyugal o del régimen de participación en los gananciales dependiendo del sistema que hubieren adoptado los cónyuges[76].

Entonces, sería precisamente la merma de los elementos señalados la que actuaría como causa de la posición del cónyuge para estimarlo más débil, por cuanto se traducen en aquella posición desmedrada que deberá enfrentar uno de los dos desde que se termine el matrimonio, por divorcio o nulidad[77].

Observando la importancia y los fundamentos que posee la protección al cónyuge más débil, cabe preguntarse si en el Derecho Comparado se le da tal énfasis a este elemento[78]. En el derecho español, la profesora Encarna Roca[79] afirma que la institución de la pensión compensatoria del Artículo 97 del Código Civil español persigue tutelar al cónyuge más débil[80].

Asimismo, en el derecho francés la compensación económica está destinada a la tutela de aquel cónyuge. Así nos parece al indicar que dicha figura debe compensar, en lo posible, la disparidad que la ruptura matrimonial hubiere provocado en las condiciones de vida de los cónyuges[81].

Otros ejemplos constituyen las disposiciones tanto del derecho italiano como el alemán. El primero consagra indirectamente la protección del cónyuge más débil en su Artículo 155[82], imponiendo a uno de los cónyuges la obligación de proporcionar al otro una asignación en proporción a sus bienes o rentas propias denominada como *assegno pero divorzio*. En otro tanto, el § 1569 impone, en caso

76 VIDAL OLIVARES, Álvaro: Ob. Cit., p. 25.

77 Aquellos elementos a que se refieren los profesores Ramos Pazos y Gómez de la Torre.

78 Nos referimos al elemento protector de aquél cónyuge más débil que existe en una relación matrimonial.

79 ROCA, Encarna, citado en: VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La Compensación económica por ruptura matrimonial. Una visión panorámica». En: ROJAS VÁSQUEZ, Marcelo (editor): *Compensación económica por Divorcio o Nulidad*. Cuadernos de Análisis Jurídicos Nº5, Universidad Diego Portales, 2009 p. 18.

80 En esta línea, el Código Civil español dispone en el citado artículo que el cónyuge al que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

81 Código Civil francés, Artículo 270. Disponible en «http://www.legifrance.gouv.fr/html/codestraduits/civestxt.htm». [última visita: 20 de Marzo de 2011].

82 Código Civil español, Artículo 97. Disponible en «http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/codciv.htm». [última visita: 20 de Marzo de 2011].

de divorcio, a uno de los cónyuges la obligación de dar alimentos al otro que no pueda por sí mismo subvenir a sus necesidades.

Ahora bien, aclarado el significado de *cónyuge más débil,* corresponde determinar ¿Cómo se sabe quién es el cónyuge más débil en los términos planteados en la Ley N° 19.947? De acuerdo a lo que nos plantea el profesor Vidal, será el cónyuge más débil:

i) Aquél que se dedicó durante el matrimonio, exclusiva o preferentemente, al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común.

ii) Que por esa dedicación -y no por otra causa- ese cónyuge no haya desarrollado una actividad remunerada o lo haya hecho en una menor medida que la que quería y que podía[83].

Un segundo principio informador de la compensación económica sería la denominada intención compensatoria. Ésta persigue reparar en términos distintos a la indemnización de perjuicios, por cuanto aquélla se refiere al daño o perjuicio como cualquier detrimento o menoscabo en los bienes, sean patrimoniales o extrapatrimoniales[84], lo que no resulta aplicable al Derecho de Familia y, consiguientemente, a la compensación económica. Esta última debe entenderse como una pérdida específica sufrida por aquel cónyuge que, independientemente de su voluntad -en los términos de si lo hizo por elección propia o no-, se dedicó al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común durante la vigencia del matrimonio no pudiendo desarrollar actividad lucrativa durante el mismo o por haberla realizado en menor medida de lo que quiso y pudo hacerlo[85].

Así, de acuerdo a este principio, tal y como lo plantea la profesora Domínguez, *la compensación es una especie de reparación de una ganancia dejada de obtener por haberse dedicado a la familia y no a su vida profesional, pero con un objeto distinto que el que persigue el lucro cesante en la responsabilidad civil*[86]. Bien vale hacer la diferenciación, ya que en el lucro cesante el objetivo es restituir al afectado todo aquello que legítimamente pudo haber recibido en un lapso determinado, todo atribuible a un ilícito civil. En cambio, la especie de reparación a que nos refiere la profesora Domínguez no apunta a reparar en el sentido civil, sino que está llamada a cumplir una función equilibradora entre ambos cónyuges.

83 VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La Compensación económica por ruptura matrimonial. Una visión panorámica». En: Rojas Vásquez, Marcelo (editor): *Compensación económica por Divorcio o Nulidad*. Cuadernos de Análisis Jurídicos N°5, Universidad Diego Portales, 2009, p. 18.

84 Además, es menester aclarar que para efectos de este trabajo entenderemos la voz 'reparar' en su sentido natural y obvio y no en uno técnico jurídico, del cual se hace cargo la postura que indica que nuestra compensación económica pueda tener carácter indemnizatorio.

85 En este mismo sentido; PIZARRO WILSON, Carlos: «La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil». En: *Revista chilena de Derecho Privado*, n° 3, Santiago, 2004, pp. 84-85.

86 DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen: «La compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil». En: Seminario *Compensación económica en la nueva Ley de Matrimonio Civil* Colegio de Abogados de Chile A.G, 2005, pp. 9-10.

De este modo, se le otorga compensación al cónyuge más débil o beneficiario para dejarlo en la mejor situación posible para enfrentar el futuro. Dicha mejor situación posible será fijada caso a caso por el juez, ya que una vez que se discute el *quantum* compensatorio, debe atenderse nuevamente al principio de protección del cónyuge más débil.

Un tercer principio informador es, de acuerdo a la exposición sistemática que hace la profesora Domínguez, la intención del legislador de querer concentrar la determinación de la cuestión económica en un solo momento[87].

Puede pensarse que el razonamiento desde el cual funciona este mandato de optimización resulte de toda lógica en la medida en que al tratarse de un efecto patrimonial de la terminación del matrimonio, aplicable a los casos de nulidad o divorcio, es probable pensar que los cónyuges no deseen seguir interactuando entre ellos.

Este principio se condice enteramente con la denominada doctrina del *clean break*, que en palabras del profesor Vidal:

> *busca poner punto final al conflicto entre los ex cónyuges en el orden económico, reconociendo a favor del más débil la existencia de una prestación que tiene por objetivo, por regla general, el pago en dinero o en especie y que a lo sumo permite pago en cuotas reajustables siempre que se ofrezca seguridad de aquel pago*[88].

Esta doctrina sigue de cerca al derecho francés, y también aparece en el derecho anglosajón. Conforme a aquella doctrina, las prestaciones entre los divorciados deben ofrecer al cónyuge más débil una base cierta para afrontar de manera autónoma una vida definitivamente separada[89]. Pero, como puede apreciarse esta intención del legislador de finiquitar todos los asuntos económicos entre los involucrados, parece incompleta ya que se determinó como una forma de pago de esta compensación económica la posibilidad de las cuotas. Aquella eventualidad parece romper con el esquema de un *clean break* en sentido estricto[90] y consagra una deformación del mismo para adaptarlo a la legislación chilena.

Un último principio informador de esta institución se desprende de una construcción jurisprudencial. De este ejercicio se puede concluir que, respecto de la

87 *Ibídem.*

88 VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La Compensación económica por ruptura matrimonial. Una visión panorámica». En: ROJAS VÁSQUEZ, Marcelo (editor): *Compensación económica por Divorcio o Nulidad*. Cuadernos de Análisis Jurídicos N°5, Universidad Diego Portales, 2009, pp. 19 y 29.

89 Vidal. Citado en: GUERRERO BECAR, José Luis: «La Compensación económica en la ley de matrimonio civil. Análisis jurisprudencial y sobre la necesidad de revisar los supuestos de procedencia». En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2006, vol. 27, nº 2.

90 En este sentido, el Artículo 273 del Código Civil francés consagra que la compensación tendrá un carácter a tanto alzado y, respecto de aquella disposición, la doctrina se ha inclinado por determinar que le mejor modalidad de pago es aquella que consiste en un pago único.

figura de la compensación económica, existen implícitamente principios de orden público, garantizados constitucionalmente, al consagrar a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Dichos principios de orden público no se pueden desconocer por aplicación de aspectos meramente formales y en relación a la aplicación del Artículo 1 inciso segundo de la Constitución Política de la República[91]. Puede entenderse, a partir de la formulación de este principio informador de la compensación económica, que la aplicación de esta institución no puede -en ningún caso- hacer omisión a lo preceptuado por las normas de orden público que se hacen cargo (*v.gr.* en la Constitución Política) de la institución de la familia y, consecuencialmente, de sus integrantes[92]. Asimismo, a partir de la construcción que hace la Corte Suprema de este principio, puede inferirse que cuando hablamos de la compensación económica, rompemos con el esquema tradicional de aplicación de normas en el derecho civil cuyas soluciones se caracterizan por la consideración del sistema como uno contenido exclusivamente por normas y comenzamos a resolver problemas mediante la aplicación de estándares que pueden entenderse como difusos o como conceptos jurídicos indeterminados.

Este tema -el de la aplicación de consideraciones externas al derecho civil y, por ende, al Derecho de Familia entendido como parte del primero- es del que nos haremos cargo a continuación, refiriéndonos a la relación que existe entre los principios del derecho de familia y la lógica propia del derecho civil y cómo es que se ésta influye en la resolución de los casos de los que se hace cargo la normativa contenida en la Ley N° 19.947.

2.1 El problema de (el uso de) los principios en el Derecho de Familia

Como se adelantó, el problema que se pretende abordar en esta parte, es el de la relación del Derecho de Familia con el derecho civil patrimonial y sus formas de comprender el uso de reglas en la resolución de conflictos. Además dilucidar cuál es el papel que se otorga a los principios en ese proceso resolutivo y cómo esto rompe, en cierto grado, con las pautas generales del derecho privado.

Desde antiguo, el derecho en aspectos generales y el derecho civil, en términos específicos, han sido considerados como entidades relativamente autónomas. En otras palabras, de acuerdo a como nos ilustra el argumento del profesor Atria: *el derecho civil parte de la base de tomar las decisiones frente a los problemas conforme a derecho, que no es lo mismo que decidir en base a la justicia*[93].

91 En este sentido se pronuncia la sentencia de Corte Suprema de Chile. Rol nº 1912-2007.

92 Es importante notar que la consideración de aspectos ajenos al derecho civil para la resolución de conflictos o, si se prefiere, la apelación a consideraciones sociales o públicas, puede encontrarse también en otros ámbitos importantes de la regulación del derecho privado. En este sentido podemos señalar la presencia de elementos ajenos, de la misma manera como lo apuntamos aquí, en las limitaciones al dominio a propósito del Artículo 582 del Código Civil.

93 ATRIA LEMAITRE, Fernando: «La Relevancia del Derecho Civil (a propósito de Barros, Tratado de Responsabilidad Extracontractual)». En: *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 8, Santiago, p.

Lo anterior por cuanto en ningún área del derecho esta pretensión de autonomía es tan fuerte como en el derecho civil, ya que éste posee una lógica justificadora propia caracterizada eminentemente por determinar los aspectos de una relación discreta entre partes y establecer, atendidas las circunstancias del caso concreto, qué es lo que corresponde a cada quien, es decir, funciona en buena parte de sus reglas, sobre todo de responsabilidad, en base a la justicia correctiva[94].

En esta línea, la óptica de la lógica y funcionamiento de la justicia correctiva, aquella que dentro de una relación discreta entre partes determina qué corresponde a cada quien, es la óptica del derecho civil y, consiguientemente, la base de su autonomía[95].

Sin embargo, como bien lo apunta el profesor Atria, esta autonomía devino en un derecho autorreferencial, no haciendo falta recurrir a nada más que a las reglas del Código para determinar qué corresponde a cada parte sin hacerse cargo, en lo más mínimo, de los efectos que pueda tener tomar esta determinación[96], ya que *stricto sensu* aquello no es tarea del Derecho Civil.

La pregunta en el ámbito del Derecho de Familia es si uno puede (o debe) plantearse los problemas entre cónyuges, entre padres e hijos, o bien, entre herederos del causante como cuestiones autónomas, que se agotan en la consideración de los intereses de los sujetos allí comprometidos (una madre y un padre por el derecho de visitas de un hijo en común), o bien, resulta necesario abrir la mirada hacia consecuencias extrínsecas a dicha relación, hacia las repercusiones sociales que tiene resolver de un modo u otro los problemas de familia.

En términos concretos, el derecho civil resuelve en base a sus reglas -determinadas como abstractas en la medida en que se transforman en *ratio scripta* una vez que han surgido como generalizaciones de casos particulares o concretos si se prefiere- que, a su vez, coexisten con los principios generales del derecho civil, es decir, el juez resuelve con la regla civil, la cual satisface a la justicia correctiva.

219, 2006.

94 Cabe destacar que no toda la doctrina está conteste en determinar que la justicia correctiva es el elemento justificador fundamental del derecho civil en general. Hay quienes sostienen que cuando hablamos de contratos la atención debe desviarse de la justicia correctiva hacia la conmutativa. No obstante, hay importantes autores que suscriben a la primera idea, es decir, que la lógica justificadora de todo el derecho civil es la justicia correctiva, así véase; WEINRIB, Ernest: *The Idea of Private Law*. Harvard, University Press, Harvard, 1995. El profesor Atria y el profesor Barros adhieren a esta postura.

95 Para una compresión cabal de lo que debe entenderse como justicia correctiva y cómo ésta funciona, véase: BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 33-43.

96 En ese mismo sentido: PEÑA, Carlos: *Los Desafíos actuales del Paradigma del Derecho Civil*. Ciclo de Derecho. Centro de Estudios Públicos, 1995, nº 60, p. 333-348. Señala que el desafío de la dogmática es hacer frente al análisis de las consecuencias de las decisiones.

Aclarado lo anterior, podemos señalar, *grosso modo*, que esa máxima bajo la que funciona el derecho civil se aplica a sus diversas categorías y, consecuentemente al tema que convoca a este trabajo, ubicado dentro del derecho de familia.

Sin embargo, en el derecho de familia tropezamos con una situación bastante particular dentro del conjunto conformador del derecho civil, porque aquí encontramos principios (en especial en la Ley N° 19.947 de 2004) entendidos como mandatos de optimización, los que tienen un papel preponderante dentro de esta materia. Por ejemplo, el Artículo 3 el reseñado cuerpo legal dispone que: *Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil*. Ante esta disposición es válido preguntarse sobre el papel de las reglas dentro del derecho de familia y su conjugación con los principios que gobiernan al mismo.

Las reglas, como bien dijimos, son consideradas como *ratio scripta*[97] dentro del Código, de carácter abstracto, generadas como manifestación de la voluntad soberana que manda prohíbe o permite[98]. Dichas reglas, como bien apunta Atria, ya no son concebidas como generalizaciones hechas a partir de la observación de la racionalidad intrínseca de las relaciones humanas, sino como un conjunto normativo que manda, prohíbe o permite tal y como lo señala el Artículo 1 de nuestro Código Civil[99].

Los principios, en cambio, pueden ser conceptualizados como mandatos de optimización caracterizados por admitir cumplimiento en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento depende tanto de las posibilidades fácticas como jurídicas del caso[100].

Así las cosas, en el derecho de familia deberá determinarse qué corresponde a cada quien apelando a la idea de justicia correctiva, ya que esa es 'la lógica' que posee el derecho civil. Sin embargo, pareciera que el legislador consagró en la normativa de la Ley N° 19.947 un cierto quiebre con la forma tradicional del derecho civil, ya que mediante aquella disposición se le está diciendo al juez que, en vez de fallar los conflictos de acuerdo a las reglas y la justicia correctiva, deberá decidir en base al interés superior del niño y al principio de protección al cónyuge más débil, alejándose así de encarar el conflicto entre particulares, abriendo el mismo a consideraciones públicas.

97 Se consideran *ratio scripta* por cuánto emanan de la abstracción de la racionalidad intrínseca de las relaciones discretas entre partes sofisticadas, las cuales, a su vez, corresponden a la esencia del derecho civil.

98 ATRIA LEMAITRE, Fernando: «La Relevancia del Derecho Civil (a propósito de Barros, Tratado de Responsabilidad Extracontractual)». En: *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 8, Santiago, 2006, p. 223.

99 *Ibídem*.

100 Cfr. ALEXY, Robert: *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. En: IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, San Sebastián, p. 143, 1988.

Lo anterior inexorablemente nos lleva a concluir que en el derecho de familia ya no se decide qué corresponde a cada quien mediante la interpretación sólo de reglas, sino que también de principios. Es decir, al decidir mediante la aplicación de aquellos principios, nos alejamos de la idea de justicia correctiva y entramos en consideraciones públicas o sociales, que usualmente no están presentes en los conflictos que definen al derecho privado[101]-[102].

3. Conclusiones

1. La Ley de Matrimonio Civil produjo la incorporación de la figura de compensación económica -como efecto patrimonial de la terminación del matrimonio por divorcio o nulidad- al Derecho de Familia chileno, con el propósito de paliar el desmedro en que quede uno de los cónyuges una vez terminado el matrimonio.

2. El otorgamiento de la compensación económica en cada caso concreto no podrá realizarse sin previo examen de los principios informadores de la institución, de modo que sólo podrá ser concedida a favor de quien sea calificado como el cónyuge más débil en la (disuelta) relación matrimonial.

3. El proceso intelectual en que se determina quién es el cónyuge más débil corresponde por mandato legal al juez, quien debe resolver las materias reguladas por la ley de matrimonio civil siempre atendiendo a los principios señalados.

4. La presencia de estos principios invita a reflexionar si acaso podemos seguir hablando de derecho civil cuando nos encontremos en el ámbito jurídico de la familia, por cuanto el derecho civil funciona con una lógica propia basada, según una de las lecturas más difundidas, en la justicia correctiva: se decide qué corresponde a cada quién en una relación discreta entre partes mediante la aplicación de la regla civil.

5. Por ello, si dejamos que nuestros jueces ya no fallen de acuerdo a reglas, sino que mediante principios, nos alejamos de la idea de justicia correctiva y entramos en consideraciones públicas o sociales que suelen no ser consideradas en los conflictos que definen al derecho privado.

101 Esto sumado a la idea manifestada anteriormente en relación a la idea de autonomía, ya que cuando se pierde la autonomía y se debilita la noción de agencia de la que nos habla el profesor Atria dejamos de hablar dentro del ámbito del derecho civil, tal y como ha sucedido por ejemplo con el derecho laboral e incluso el del consumidor. ATRIA LEMAITRE, Fernando: *La* Relevancia del Derecho Civil (a propósito de Barros, Tratado de Responsabilidad Extracontractual). En: *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 8, Santiago, p. 223-224, 2006.

102 Para una total profundización y entendimiento del tema, véase: ATIYAH, P. S y SUMMERS, R. S: *Form and substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford University, Oxford, 1991.

LOS INCENTIVOS Y LA VOLUNTAD DEL ESTADO EN LA CREACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CON RESPECTO A LA FIGURA LEGAL DE EMPRESA

Cristian Fuentes Uribe[103]

1. Introducción

A partir del texto Freakonomics[104], Steven Levitt fue denominado por el Wall Street Journal como el Indiana Jones de la economía. Fue llamado de esa manera por adentrarse en los misterios que se ocultan en las conductas de las personas, y por analizar económicamente estos misterios, estableciendo que para toda conducta humana existe un esquema de incentivos que la rodean.

Los sistemas jurídicos al estar compuestos por normas que pretenden regular el comportamiento de las personas, también pueden ser analizados económicamente. Incluso ha irrumpido una tendencia que pretende analizar económicamente el Derecho, utilizando la economía y sus herramientas como ciencia de medición, analizando la eficiencia y la forma de maximizar las riquezas a partir de las normas jurídicas. No obstante, este modelo clásico de análisis económico del Derecho no logra explicar cuál es la *voluntad* que tiene el legislador al momento de crear una norma jurídica.

Esta investigación tiene como base reflexiva el ejercicio realizado por Steven Levitt en su libro *Freakonomics,* a partir del análisis de la conducta humana desde los incentivos a los que se enfrentan los individuos. Esta investigación tiene como objetivo generar en el lector una mirada crítica, con respecto a los incentivos que existen en la creación de toda norma jurídica, como también que pueda determinar si los incentivos que motivaron la creación de algún precepto legal se cumplen o no.

2. Análisis económico de la conducta humana a partir del esquema de los incentivos

2.1 El acto humano y sus motivaciones

Un incentivo es una bala, una palanca o una llave: con frecuencia se trata de un objeto minúsculo con un poder sorprendente para cambiar una situación[105].

103 Alumno de quinto año de la carrera de Derecho, Universidad Alberto Hurtado.

104 DUBNER, Stephen; LEVITT, Steven: *Freakonomics*. Editorial Zeta Bolsillo, España, 2007. *Freakonomics* es un libro realizado por Steven Levitt, con la coautoría de Stephen Dubner. Ambos de profesiones diferentes: Levitt es economista y Dubner es periodista. Este libro se publicó el año 2005 en Estados Unidos bajo el nombre Freakonomics cuya traducción al español sería "economía de bichos raros", en: La Nación, El Confidencial (España). Disponible en «http://es.scribd.com/doc/11236305/Steven-Levitt».

105 DUBNER, Stephen; LEVITT, Steven: Ob. cit., p. 28.

Adam Smith era ante todo un filósofo que buscaba entender cómo se comportaba el ser humano. Estaba fascinado por comprender qué era lo que modificaba el pensamiento y el comportamiento de las personas, qué motiva al hombre a comportarse de una u otra manera. Halló su respuesta analizando las fuerzas y cambios que se producían en la economía. En 1750 cuando en el mundo recién se estaba gestando el capitalismo moderno, estableció que el modo en que las personas piensan y se comportan tenía directa relación con los cambios que se producían en la economía. Estas fuerzas y cambios generaban en los individuos incentivos que moldeaban su comportamiento.

Todas nuestras decisiones y actuaciones se encuentran motivadas por incentivos. *Aprendemos a responder a éstos, ya sean positivos o negativos, desde el comienzo de nuestras vidas; si uno cuando gatea hasta la estufa caliente y la toca se quema un dedo*[106]. Hemos llegado hasta un punto en que aprendemos a responder a los incentivos, a partir del beneficio que éstos nos puedan traer. Los asimilamos como inherentes a cada acto, pero nos resulta difícil reconocerlos y denotar la influencia de cada uno. Esta problemática se hace más patente en un mundo donde la economía, la sociedad y la tecnología cambian constantemente, produciendo que los incentivos crezcan y se multipliquen de un modo desconmensurado.

En términos simples, los incentivos serían la *causa* cuyo *efecto* directo provoca que pensemos y nos comportemos de una determinada manera. En la actualidad, *éstos constituyen la piedra angular de la vida moderna*[107]. Nuestros actos se encuentran siempre encaminados a lograr la mayor realización personal posible, para lo cual sopesamos entre estas motivaciones a fin de lograr el máximo bienestar. Ahora bien, ¿cuáles son estos incentivos? Podemos sintetizar estos estímulos dentro de tres categorías: los de carácter *moral*, los de índole *social* y los netamente *económicos*.

a) Incentivos morales: Son aquellos que residen en el fuero interno de cada persona. Como diría Hans Kelsen, *aquéllos que rigen únicamente a una conducta interna*[108] del sujeto, a fin de que este individuo no realice algo que *considere como incorrecto*[109]. Esta corresponde a una motivación propia y diferente para cada individuo. Estos incentivos son aquellos que rigen con mayor preponderancia la conducta de las personas; si llegásemos a averiguar cuáles son los incentivos morales que residen en una persona, podremos conocer en gran medida la *voluntad con que este individuo obra*. Por ejemplo: la valoración de la castidad es diferente con respecto a cada individuo, por lo cual dicho incentivo variará enormemente la influencia a tener o no relaciones sexuales dependiendo de cada persona.

106 *Ibídem*.

107 DUBNER, Stephen; LEVITT, Steven: Ob. cit., p. 22.

108 KELSEN, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 73.

109 DUBNER, Stephen; LEVITT, Steven: Ob. cit., p. 29.

b) Incentivos sociales: Corresponden a aquellas motivaciones que tiene un individuo para comportarse de igual manera que el resto de la sociedad, prevaleciendo la conducta externa de las personas. Si actuáramos de una forma distinta a la que los otros miembros acostumbran a hacerlo, seremos objeto de un *reproche social*, *puesto que la sociedad desea que el individuo se comporte de un modo externo determinado*[110]. *No queremos que otros nos vean hacer algo incorrecto socialmente por lo cual actuamos acorde a aquello*[111]. Por ejemplo: robar puede ser considerado por la sociedad como una conducta incorrecta que se sanciona por el derecho penal.

c) Incentivos económicos: Se traducen en aquellas motivaciones en las que el sujeto actúa para lograr su mayor realización personal cuantificada económicamente, a partir de sopesar el costo y beneficio de cada acto. Dicho de forma más sencilla, correspondería a ganar o perder algo susceptible de ser avaluado económicamente. Esta motivación responde a la figura reconocida doctrinalmente como *Homo económicus*, *aquel sujeto capaz de analizar económicamente la rentabilidad de un determinado acto*[112]. Por ejemplo: despedir o no a un trabajador por necesidades de la empresa[113] dependerá de la rentabilidad económica que el empleador puede obtener de dicho acto. Analizará primero el beneficio posible que conlleve el despedirlo (ahorrar en el pago del salario del trabajador en un determinado período), como también el costo que esto le puede significar (pago de indemnización por el despido[114]). Si el beneficio es superior al costo el despido sería rentable para el empleador, por lo cual debiese optar por el despido (así actuaría este *homo económicus*).

2.1.2 ¿Cómo analizar estos incentivos en un caso concreto?

Para este propósito revisemos un estudio realizado en Haifa, Israel. El objeto de este estudio fue analizar la conducta que tenían los padres con respecto a la hora en que estos iban a buscar a sus hijos a una guardería. Esta guardería tenía como política que los niños debían ser recogidos a las cuatro de la tarde en punto, el problema radicaba en que los padres tendían a recoger a sus pequeños pasado la hora límite, por lo cual dicho establecimiento estableció que por cada diez minutos de retraso los padres pagarían tres dólares adicionales a su cuenta mensual (que bordeaba los 380 dólares). ¿Qué sucedió? Si usted es de las personas que

110 Cfr. KELSEN, Hans: Ob. cit., p. 23.

111 DUBNER, Stephen; LEVITT, Steven: Ob. cit., p. 29.

112 LERICHE, Cristian; ROGELIO Oscar: *Racionalidad del homo económicus versus creencia racional: una visión a través de la teoría de juegos*. Disponible en «www.analisiseconomico.com.mx/pdf/4305.pdf» [última visita: 4 de Mayo de 2011].

113 Código del Trabajo, Artículo 161 (D.O. agosto de 2006). Este artículo aborda el despido unilateral por parte del empleador, fundamentado en la necesidad de la empresa.

114 Código del Trabajo, Artículo 159 y siguientes. Tratan sobre las causales de despido y las indemnizaciones respectivas si procedieren.

creyó que con esta sanción los padres serían más responsables con sus hijos está equivocado, ya que esto provocó absolutamente lo contrario. Los padres tendieron a aumentar el número de retrasos y más aún, se incrementó la hora promedio en la que los padres iban a buscar a sus hijos[115].

Ahora bien, desglosemos y analicemos económicamente de forma simple la conducta de los padres, a partir del esquema de incentivos propuesto por Steven Levitt.

a) Incentivos morales: En el caso anterior los padres recogían a sus hijos motivados por el grado de culpabilidad que estos tenían. Como se vio con anterioridad, cabe señalar que esta magnitud en la culpa es diferente según el fuero interno de cada uno de ellos.

b) Incentivos sociales: Motivaba a los progenitores a recoger a sus hijos a fin de no ser llamados por sus pares como *malos padres*. El rechazo que podría significar este reproche dentro del grupo de apoderados constituía un fuerte aliciente a recoger a tiempo a sus hijos.

c) Incentivos económicos: Debido a la falta de cumplimiento de la política de la guardería se introdujo un incentivo de índole económica: la sanción de tres dólares. Cabe señalar que este incentivo económico tiene como naturaleza el ser netamente un costo y no un beneficio, lo que afecta directamente el patrimonio de cada padre.

Este mismo caso nos permite analizar la jerarquía y prelación que tienen los distintos tipos de incentivos en la conducta de las personas. En el caso anterior, si bien el comportamiento deseado era que los padres llegasen puntualmente a recoger a sus hijos, esto en la práctica no se cumplió. Con la inserción de un incentivo económico, la situación empeoró: los padres vieron una forma de alivianar la culpa de dejar a sus hijos esperando, ya que los padres prefieren la sanción económica, de cierto modo comprando la culpa de dejar a sus hijos solos.

El incentivo económico que aquí aparece provoca que los padres puedan *evadir* los incentivos morales y sociales por uno de menor afectación como serían los incentivos de carácter económico. Esto deja claro que las personas antes de actuar analizan primero los incentivos morales que cada uno posee: analizamos lo que el fuero interno señala que es lo bueno y malo de una conducta. En segundo lugar analizamos la conducta social que consuetudinariamente nuestros pares o la comunidad en general realizan, a fin de no ser merecedores de una reprimenda social. Por último analizamos la concurrencia o no de algún incentivo económico que nos facilite el obrar. Este incentivo puede ser tanto un beneficio como un costo, no obstante cabe señalar que preferiremos un costo económico siempre y cuando

115 DUBNER, Stephen; LEVITT, Steven: Ob. cit., pp. 27-29. Cabe destacar que este caso es sólo un extracto del que se da cuenta en este libro. Para más detalles del estudio económico, se recomienda al lector leer directamente del texto Freakonomics o bien analizar el estudio de GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo: «A Fine is a Price». En *Journal of Legal Studies*, vol. 29, nº 1, enero de 2000, pp. 1-17.

nos permita atenuar o eliminar los incentivos morales y sociales que puedan resultarnos perjudiciales en un caso concreto.

2.2. Los sistemas jurídicos y su relación con los incentivos

Si la moral representa el modo en que nos gustaría que las cosas funcionaran, la economía representa cómo funciona este mundo en realidad[116].

2.2.1 La voluntad inherente en las normas jurídicas y los Sistemas Jurídicos

En el Derecho, es posible ver el esquema de incentivos a través de las normas jurídicas, ya que la función que tiene este tipo de normas es moldear las conductas de los habitantes de un Estado. Misma visión tiene Kelsen al señalar que *El Derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana, en cuanto enlaza a la conducta opuesta, un acto coactivo socialmente organizado*[117]. Aquella coercitividad es posible exigirla a partir de instituciones como los tribunales de justicia y la policía, a fin de que este tipo de norma de conducta sea respetada y capaz de obligar su cumplimiento.

Cada una de estas normas jurídicas contiene intrínsecamente una voluntad que el Estado desea transmitir a sus habitantes para que las conductas se encaminen a esa voluntad. Por lo cual es posible señalar que la norma jurídica representa un *acto de voluntad*[118] del legislador o del mismo Estado. Andrés Bello reconoce que las normas jurídicas tienen intrínsecamente una voluntad que las genera, al definir en el Código Civil que la Ley es *una declaración de voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite*[119]. Será fundamental para el legislador revisar con anterioridad el esquema de incentivos que impondrá en la norma jurídica, ya que de esa manera podrá plasmar en el Derecho la voluntad que desea imponer.

Si bien esta voluntad es diferente dependiendo del Estado en el cual se genera la norma jurídica, sí es posible señalar las directrices que motivan esta voluntad. Estas las podemos enmarcar dentro de dos tipos de sistemas jurídicos, entendiéndose estos como aquellas estructuras que reúnen todo el funcionamiento de las instituciones para aplicar el Derecho. Estos sistemas jurídicos, como señala Mirjan Damska[120], pueden ser de carácter *activista* o de carácter *reactivo*. Cabe

116 DUBNER, Stephen; LEVITT, Steven: Ob. cit., p. 57.

117 KELSEN, Hans: Ob. cit., p. 75.

118 KELSEN, Hans: Ob. cit., p. 24.

119 Código Civil, Artículo 1.

120 DAMASKA, Mirjan: *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2000. Mirjan Damaska en su texto denominado *"Las caras de la justicia y el poder del Estado"* analiza de forma compara los distintos tipos de proceso legal. Estableciendo dos sistemas jurídicos diametralmente opuesto. En cuanto a la forma en cómo estos desarrollan sus procedimientos, a fin de alcanzar lo que cada uno de estos sistemas avala como lo justo.

destacar que hoy en día ningún Estado es eminentemente activista o reactivo, ya que producto de la globalización los cuerpos normativos han mutado a una mixtura entre ambos caracteres.

a) Estado activista: Se caracterizan por su marcado rol paternalista. El Estado estará pendiente de suministrar bienes y servicios a las personas. Las normas jurídicas que dicta están fuertemente motivadas a vigilar y cuidar la forma en que los sujetos se comportan y se desarrollan personalmente. Es por esta razón que este tipo de Estados tiene como voluntad, al momento de crear normas jurídicas, que estas tiendan a proteger de mejor manera a sus habitantes. Damaska denomina esta función como de *implementación de una política de Estado*[121].

b) Estado reactivo: Por otra parte, el rol de estos Estados es de carácter secundario y pasivo; aquí el Estado da paso a que sea el mercado quien imponga su voluntad, pues se espera que éste coordine el bienestar de los individuos. Este modelo de sistema jurídico responde al principio económico del *laissez faire*[122]. Sólo subsidiariamente, cuando las partes y el mercado no puedan solucionar un conflicto, el Estado actuará.

2.2.2 Las formas de analizar económicamente el derecho

A partir de la globalización y de la mayor interacción que tienen los mercados, se ha producido un efecto llamativo en el Derecho, este es el esparcimiento de la economía como un virus dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La economía ya no es una ciencia que permite analizar solamente la forma en que operan los mercados, sino que se está convirtiendo de a poco en una herramienta para analizar también al Derecho, a partir de lo eficiente que puede resultar una norma. *Como también podemos reflexionar sobre la forma de maximizar de mejor manera las riquezas del estado y de las personas*[123]. *La economía como virus usa al Derecho, lo infecta y genera que el legislador, las instituciones y los operadores del derecho (jueces, funcionarios de justicia, abogados, etc.) la utilicen para analizar la eficiencia de la norma jurídica*[124].

El análisis económico anterior se enfoca solamente en un tipo de incentivo, el de carácter económico, generando la figura conceptual del *homo económicus* u hombre económico. Este individuo pretende *aprovechar toda oportunidad que le signifique la consecución de un objetivo, y no implique la pérdida de otros*[125]. En pocas palabras, este análisis radica en buscar e interpretar los incentivos económicos existentes en todas las normas jurídicas, permitiendo discernir si una

121 DAMASKA, Mirjan: Ob. cit., p. 253.

122 DAMASKA, Mirjan: Ob. cit., p. 170.

123 Cfr. WEBER, Spencer: *The Law & Economics Virus*. Disponible en «www.papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=145112» [última visita: 2 de mayo de 2011].

124 Cfr. WEBER, Spencer: Ob. cit.

125 LERICHE, Cristian y ROGELIO Oscar: Ob. cit.

norma jurídica es más *eficiente* que otra para la obtención de un mismo resultado (considerando el beneficio de una y los costos de la otra para un determinado caso), procurando explicar el beneficio económico que nos pueden otorgar ciertas normas jurídicas en un caso concreto sólo analizando los incentivos económicos.

Imaginemos que el *Sr. Económicus* ha tomado la gran decisión de convivir con una mujer para siempre, no obstante aún no sabe si contraer matrimonio con su pareja o no. Lo que racionalmente haría este individuo sería analizar los beneficios y los costos económicos de ampararse bajo las normas que rigen el matrimonio y las normas que protegen a las uniones de hecho, por ejemplo. Por lo cual pretenderá discernir qué normas jurídicas le permiten a futuro una mayor rentabilidad económica, analizando para esto la eficacia de ambos conjuntos de normas jurídicas (las que regulan el matrimonio y las que protegen las uniones de hecho). Por lo cual dependerá de este análisis si el *Sr. Económicus* pide o no matrimonio a su pareja.

El problema del anterior análisis económico del Derecho, radica en que al analizar sólo los incentivos de carácter económico no podemos indagar cuál era la conducta deseada por el Estado a la hora de crear dicha norma jurídica, impidiendo considerar la *eficacia* de la norma, pues no podemos comparar la voluntad del Estado con los efectos que en la realidad estas producen. No obstante, si observásemos el esquema de incentivos de una norma, esto nos permitiría analizar el objeto y la función que quería cumplir el legislador al dictarla. Para lograr dicha finalidad, todos los tipos de incentivos se deben analizar para observar dicha voluntad. Recuerde usted el caso de la guardería; aquí la directiva de esta institución impuso un incentivo económico, el cual nos permitió saber que no deseaban que los padres se retardasen. Para ello también se pudo haber utilizado un incentivo social, como publicar la lista de los padres que se demoran en buscar a sus hijos, a fin de acrecentar el reproche social hacia ellos.

¿Se cumplirá la conducta deseada por el legislador al dictar una norma jurídica, en relación a la conducta que en verdad ocurre? Para responder a esto, Steven Levitt nos invita a *retirar una o dos capas de la superficie de la vida moderna y observar lo que está ocurriendo debajo*[126]. A continuación utilizaremos el esquema de incentivos a fin de analizar económicamente la voluntad del legislador y sopesaremos si en la realidad lo deseado por el legislador se cumple o no. Analizaremos uno de los cuerpos normativos en el que se refleja al Estado como activista, que desea que su voluntad se cumpla para proteger a sus habitantes. Aquí nos referiremos al Código del Trabajo a partir del análisis del concepto legal de empresa.

126 Cfr. DUBNER, Stephen; LEVITT, Steven: Ob. cit., p. 57.

2.3. El concepto legal de empresa bajo el análisis económico de los incentivos

Por cada persona inteligente que se molesta en crear un esquema de incentivos, existe un ejército de gente, inteligente o no, que inevitablemente invertirá incluso más tiempo en tratar de burlarlos[127].

2.3.1 El Código del Trabajo como modelo de un Estado activista

Uno de los cuerpos normativos en el que más se ha notado la opción del Estado por la implementación de políticas a través del sistema jurídico, es el Código Laboral. Es en esta rama del Derecho donde se puede apreciar claramente la opción activa que toma el legislador por establecer fuertes incentivos para moldear una relación laboral deseada. Los incentivos morales predominan con mayor claridad que los incentivos sociales y económicos, claramente se denota lo que espera el Estado (deber ser) de cómo debieran relacionarse ambos actores (empresa y trabajador).

Este cuerpo normativo fue motivado por los abusos constantes en los que incurría el empleador contra el trabajador. Esta dominación se produjo por el actuar pasivo y neutral en el que incurrió el Estado, al no detener el incipiente capitalismo desenfrenado de inicios del siglo XX[128]. Existía hasta ese período una concepción de que el empleador debía lograr el máximo bienestar económico posible, a fin de que el Estado pudiera crecer por este auge económico. Aquello demuestra la importancia que tenían para esta época los *incentivos económicos,* situación que se extendió hasta la dictación del primer código que reunió de forma sistemática las leyes laborales en el año 1931. El fundamento de aquel rol paternalista que el Estado tomó, se debe a que entendió que *el trabajador es un contratante más débil y la norma laboral debe protegerlo*[129]. Rol que el Estado establece también en el actual Código Laboral, al señalar que su rol es *amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios*[130]. Además, dichas relaciones deberán siempre *fundarse en un trato compatible con la dignidad de las personas*[131]. De allí que se logra ver claramente la intención del legislador por crear normas que pudiesen cumplir con una expectativa proteccionista. Esta motivación responde a un incentivo de *carácter moral*, en cuanto se muestra cuál es la voluntad del Estado según la forma de proceder respecto de las relaciones laborales.

Cabe destacar que esta decisión política de crear un texto sistematizado que regule la dispersión normativa que existía a inicios del siglo XX, fue fuertemente

127 DUBNER, Stephen; LEVITT, Steven: Ob. cit., p. 32.

128 Cfr. GAMONAL, Sergio: *Introducción al Derecho del trabajo*. Editorial ConoSur, Chile, 1998, p. 11.

129 THAYER, William y NOVOA, Patricio: *Manual de Derecho del Trabajo. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1997, p. 27.

130 Código del Trabajo, Artículo 3 inciso tercero.

131 Código del Trabajo, Artículo 2 inciso segundo.

impulsada por la incorporación de Chile a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por la Ley n° 3.557 en 1919. Esta situación provocó una enorme influencia de esta organización para que Chile pudiera legislar y organizar de mejor manera las normativas laborales. Esta presión social o, como diría Levitt, estos *incentivos sociales,* provocaron que el Presidente de la época Alessandri Palma creara un proyecto que daría luz al primer Código del Trabajo ya en el año 1931[132].

La implementación de este esquema de incentivos demostró la preferencia en la voluntad del Estado al crear el Código Laboral, situando los incentivos morales en la cúspide de dicha prelación, seguidos por los incentivos sociales y por último los incentivos económicos, que se vieron supeditados a los incentivos anteriores. Cabe destacar que dicha prelación mantiene como objetivo que todos estos incentivos puedan armonizar y compatibilizar en este cuerpo normativo.

A partir del año 1973, y a consecuencia de este cambio de paradigma en el sistema jurídico, el rol regulador que tenía el Estado empezó a disminuir paulatinamente. El esquema de incentivos se descompensó y cambió, dado que los incentivos económicos prevalecieron antes que los morales y los sociales, ya que se prefirió el generar mayores utilidades para el empleador a costa de los derechos del trabajador. Esta situación afectó el espíritu paternalista que históricamente tenía el Código Laboral, debido a que se crearon normativas que desincentivaron la sindicalización y la negociación colectiva. Si bien con el regreso de la democracia se llegó a reinstaurar este espíritu de protección hacia el trabajador, reconociendo la sindicalización y dando mayor poder a la negociación colectiva.

2.3.2. La figura legal de empresa y la evasión de los incentivos

No obstante lo anterior, aún subsisten del período dictatorial preceptos legales cuyo origen se remonta a la debilidad del cuerpo normativo del trabajo. Esto provoca que los incentivos morales y sociales sean evadidos y olvidados en pro de la instauración de incentivos económicos a favor del empleador. Es el caso se la figura legal de empresa, el cual se introdujo en Chile a partir del DL nº 1006 de 1975 (Estatuto Social de la Empresa) y en el Acta Constitucional n°3 de 1976[133].

Como se vio con anterioridad, la voluntad del Estado por crear el Código Laboral fue proteger al trabajador frente al poderío que tenía el empleador en la relación laboral. Irónicamente, al incorporarse el concepto de empresa se produjo que el Estado protegiera al empleador frente al trabajador, dando pie para que el empleador pudiera evadir fácilmente sus responsabilidades legales con el trabajador.

El Código, al hacer referencia a la figura del empleador, señala que este puede ser una *persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o mate-*

132 Cfr. THAYER, William y NOVOA, Patricio: Ob. cit., p. 4.

133 Cfr. PALAVECINO, Claudio: «El concepto de empresa y su problemática». En: *Revista Laboral Chilena,* nº168, Chile, 2008, p. 80.

riales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo[134]. Este concepto establece que la relación laboral tendrá como agentes al trabajador y al empleador como persona natural o jurídica. No obstante en muy pocas situaciones nos encontramos con que una persona natural es el empleador (en general se trataría de casos de trabajadores de casa particular), por lo que la relación laboral transcurre principalmente con la figura de empresa.

El legislador, al ver que la relación laboral generalmente se produce entre el trabajador y la empresa, quiso conceptualizar dicho precepto de manera muy desafortunada señalando que: *se entiende por empresa toda organización de medios, personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada*[135]. Con este concepto de empresa, la legislación y los tribunales de justicia *tienden a identificar con la persona natural o jurídica titular de la misma y, a partir de esa identificación, a confundir empresa y empleador*[136].

Esta complicación ha surgido porque este precepto legal no logra determinar quién es el empleador en una relación laboral. El precepto de *individualidad legal determinada* se ha utilizado para crear filiales de una empresa matriz; al empleador sólo le ha bastado para eludir sus responsabilidades la mera creación de sociedades más pequeñas, constituyendo lo que en materia laboral se denomina como *razones sociales*. La profesora Irene Rojas resume esta situación en lo siguiente:

> *(…) Basta que un patrón constituya dos razones sociales distintas aunque las empresas funcionen juntas, sean del mismo dueño, tengan un mismo giro y sus operarios trabajen juntos para que se les considere dos entidades diferentes y los empleadores no puedan negociar efectivamente*[137].

Agrega Rojas que *la definición de la empresa es relevante para efectos de la identificación del empleador o empresario, para que asuma sus responsabilidades de tal*[138]. La vaguedad con la que se encuentra estipulado este concepto ha creado una grieta en la estructura de la norma. Recuerde que la figura del empleador se creó para determinar las responsabilidades laborales de este con el trabajador, el dilema es que esto provocó un efecto totalmente distinto a lo que el legislador en su voluntad esperaba.

El lector recordará la figura del *homo económicus*, pues bien, este caso demuestra que el empleador actúa de este modo: en su afán de buscar el máximo de bienestar y riquezas a partir de incentivos económicos, ha logrado burlar los incentivos morales y sociales que esta norma jurídica establecía a partir de la creación de nuevas

134 Código del Trabajo, Artículo 3 letra a).

135 Código del Trabajo, Articulo 3 inciso tercero.

136 PALAVECINO, Claudio: Ob. cit., p. 80.

137 ROJAS, Irene: *El Peculiar Concepto de Empresa para Efectos Jurídico Laborales: Implicancias para la Negociación Colectiva*. Disponible en «www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200018&script=sci_arttext» [última visita: 5 de mayo 2011].

138 ROJAS, Irene: Ob. cit.

razones sociales. Este es el fenómeno de la *evasión de incentivos*. De esta manera el empleador ha logrado evadir su responsabilidad con el trabajador. Llama la atención que la evasión ha sido provocada por el propio Estado, ya que la negligencia de éste por no ajustarse al esquema de incentivos que debía proteger, provocó la grieta por la que el empleador evadió su responsabilidad. Steven Levitt señala que todas las personas se transforman en este hombre económico, puesto que *algo que merece la pena tener es algo por lo que merece la pena engañar*[139].

Para evitar que se generen estas evasiones de incentivos en relación a las normas jurídicas, se hace necesario crear esquemas de incentivos claros y bien delimitados. En el caso del concepto legal de empresa, es menester establecer una distinción clara entre lo que es una empresa y la dirección de ésta. La responsabilidad como empleador debiese recaer en quien tiene la dirección de la empresa y no en razones sociales que provocan incertidumbre. De esta manera lograremos robustecer el esquema de incentivos, cuya motivación es proteger al trabajador, logrando que resulte difícil evadir las responsabilidades como empleador.

Por último, cabe destacar que el ejercicio aquí realizado de comparar la voluntad existente en el precepto legal de empresa en comparación a lo que producen en la realidad, es posible de hacer en todo tipo de normas jurídica, este análisis económico puede extrapolarse a toda norma de conducta. Toda norma contiene un deseo o voluntad que se desea imponer a partir de incentivos, los cuales producen a veces efectos notoriamente contrapuestos a los deseados. Queda ahora el desafío para el lector de poder tomar esta forma de analizar económicamente las normas de conductas y establecer si son o no son eficaces en relación a lo que se desea que cumplan o lo que cumplen en la realidad.

3. Conclusión

La economía se ha esparcido de forma potente en todo el Derecho. Normas jurídicas, instituciones, funcionarios de justicia y toda persona que tiene contacto con el Derecho se ha visto infectado por la economía. Este virus ha provocado que exista una tendencia a analizar las normas jurídicas a partir del análisis económico, a fin de poder establecer la eficiencia que tienen las normas jurídicas y el modo de maximizar las riquezas del Estado y sus habitantes. Para esto se ha utilizado la economía como ciencia de medición, es de esto que nace la noción del análisis económico del Derecho clásico.

No obstante, aquel sistema de análisis no nos permite reflexionar acerca de cuál es la voluntad que tiene un Estado cuando dicta una norma jurídica. Todas las normas, sean o no jurídicas, van encaminadas a moldear conductas, por lo que reside en ellas una voluntad de que se establezca en el individuo un determinado comportamiento. El análisis económico del derecho clásico no alcanza a analizar

139 DUBNER, Stephen; LEVITT, Steven: Ob. cit., p. 32. Cita recogida por Steven Levitt en referencia a lo señalado por W.C Fields.

dicha voluntad, como tampoco establece si en la realidad se logra o no moldear un determinado comportamiento. Esto se debe a que ese análisis sólo utiliza como parámetro de medición los incentivos económicos que residen en las normas jurídicas.

Para poder analizar la voluntad que reside en las normas como el efecto concreto que estas producen, debemos realizar otro tipo de análisis económico. Esto lo lograremos si desmenuzamos los incentivos que se encuentran inherentes a cada norma, puesto que en toda norma de conducta existen incentivos que coexisten entre sí, estos son los incentivos morales, sociales y económicos. En dicha convivencia existen incentivos que son más preponderantes que otros y que en consecuencia determinan de mayor manera la conducta de las personas. Con este modelo podremos analizar la voluntad del creador de la norma de conducta como también la eficacia en cuanto a si logra crear la conducta deseada.

Si bien toda norma de conducta puede analizarse bajo esta mirada, cabe tener especial cuidado a la hora de crear una norma jurídica. Pues estas tienen la función fundamental de reglamentar conductas entre los miembros del Estado a partir de la dictación de normas jurídicas dotadas de coerción. La gran dificultad que tendrá el Estado al crear normas jurídicas, será lidiar con la figura del *homo económicus*, quien siempre intentará evadir toda norma jurídica que le produzca alguna carga (o costo). Para no caer en situaciones como las del concepto legal de empresa, se deberá crear normas jurídicas claras y bien delimitadas. Para lograr este objetivo se deberá atender al esquema de incentivos que debemos establecer en toda norma, sea jurídica o no.

¿QUÉ SE QUIERE DECIR CUANDO SE HABLA DE *BUENOS* O DE *MALOS* ARGUMENTOS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO?

Rodrigo Coloma Correa[140]

Comenzaré con una afirmación que seguramente les resultará en exceso trivial, con lo cual asumo el riesgo (poco grato) de tentarles a abandonar tempranamente la lectura de este texto. La afirmación anunciada refiere a que uno de los factores que sería determinante para el éxito o el fracaso de quienes se desempeñan como jueces o como abogados, está representado por su capacidad (o incapacidad) para construir buenos argumentos en un contexto jurídico. La obviedad de dicha afirmación radica en que para nadie es un misterio que dada la naturaleza eminentemente práctica del derecho, una de las competencias básicas que sería esperable de cualquier abogado o juez tiene que ver precisamente con su capacidad de formular textos o discursos que puedan influir en un auditorio determinado a fin de que una cierta pretensión sea seriamente tomada en cuenta. Dicho en otras palabras, el núcleo de las intervenciones de jueces y de abogados apunta en último término, a influir en la distribución (y/o a justificar una forma de distribución) de cargas y/o beneficios entre sujetos que se encuentran sometidos a una relación regulada por el sistema jurídico, por regla general, de manera abstracta.

La afirmación precedente presupone la posibilidad de distinguir entre buenos y malos argumentos, asunto que ya deja de ser trivial y es a ello a lo que quiero abocarme en lo que sigue. Mi aproximación será de carácter conceptual pues quisiera arrojar algo de luz acerca de ¿qué es lo que queremos decir cuando sostenemos, en el contexto de lo jurídico, que un determinado texto o discurso es un buen o un mal argumento? Por cierto, no se trata de un problema que pueda ser agotado en unas pocas líneas, ya que para limar muchas de las imprecisiones que traen aparejadas las categorías 'buenos y malos argumentos' se requeriría realizar una serie de distinciones, contextualizaciones y valoraciones que me alejarían de los propósitos más modestos de este trabajo. Hecha tal aclaración, me limitaré en lo que sigue a explorar sólo dos de las propiedades de las cuáles podría hacerse depender que los argumentos que han sido formulados en un contexto jurídico lleguen a ser calificados como buenos o malos argumentos[141].

a) *La calidad de un argumento depende de su eficacia*. Según esta mirada, los buenos argumentos serían los que -de hecho- resultan eficaces en el contexto de un juicio, de un debate o de una negociación, por la vía de acoger una determinada

140 Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

141 Otro factor relevante, por ejemplo, y que no tendré en consideración para el análisis que se desarrolla, tiene que ver con la simplicidad o dificultad del caso que se plantea.

pretensión del hablante. En otras palabras, se trata de textos o de discursos que han resultado aptos para convencer a jueces o a abogados en cuanto a que un cierto curso de acción debiera ser adoptado, o bien que cierta creencia requiere ser incorporada al *background* de creencias de los destinatarios. Los malos argumentos, en cambio, son ineficaces, es decir, no logran que sus destinatarios modifiquen sus representaciones del mundo, o bien no resultan aptos para llegar a convencerlos de que hagan u omitan algo.

Como puede ser observado, cuando se habla de argumentos eficaces se está poniendo el foco en el auditorio al cual el hablante se dirige o, si se prefiere, se pone el acento en la llamada función *perlocucionaria* de los actos de habla (en la forma de alegatos, sentencias, presentaciones, etc.) que son formulados por parte de los abogados y de los jueces.

b) *La calidad de un argumento depende de su corrección*. Desde esta perspectiva, los buenos argumentos son aquéllos que logran identificar el derecho vigente, que interpretan adecuadamente textos o discursos normativos relevantes, o bien que reconstruyen un cierto caso, todo ello en términos acordes a lo que sería esperable de la aplicación de ciertos criterios de validación reconocidos. Los malos argumentos, en cambio, no superan las exigencias emanadas de dichos criterios ya que, por ejemplo, son imprecisos, incoherentes o confusos.

El foco de los argumentos correctos estaría puesto en el significado que puede darse al texto o al discurso que es planteado por el emisor, o si se prefiere, en la dimensión *locucionaria* de los actos de habla.

Por cierto, en muchas oportunidades la eficacia y la corrección irán de la mano, sin perjuicio de lo cual es dable observar que hay otras posibles combinaciones en que será necesario hacer un análisis más fino del argumento a evaluar. Las alternativas serían las siguientes:

a) *Argumentos correctos y eficaces*. Respecto a ellos no problematizaré en cuanto a que se trata de buenos argumentos.

b) *Argumentos incorrectos e ineficaces*. Respecto a ellos no problematizaré de que se trata de malos argumentos.

c) *Argumentos correctos e ineficaces*.

d) *Argumentos incorrectos y eficaces*

En cuanto a estas dos últimas combinaciones sostendré que los textos o discursos a los que refieren pueden ser calificados tanto como buenos o como malos argumentos.

Buenos argumentos correctos e ineficaces. Se producen cuando las razones del infortunio (perlocucionario) del argumento se relacionan con deficiencias en la forma de actuar del auditorio al cual están dirigidos, es decir, éste no ha aplicado criterios adecuados para el rechazo de la pretensión planteada por el emisor. Así, por ejemplo, un argumento correcto puede fracasar porque el auditorio ha actuado

de manera parcial o bien ha sido ignorante o indolente. El reconocimiento de que un buen argumento puede haber resultado ineficaz ante un determinado auditorio es importante en el contexto del derecho y, es posible encontrar señales que ello es así en los distintos sistemas jurídicos. Que un argumento ineficaz pueda, pese a ello, ser entendido como un buen argumento hace posible una labor de crítica respecto de la tarea desarrollada por quienes cumplen la función de adjudicación (jueces) o por otro tipo de destinatarios (por ejemplo, contraparte de una negociación). Por el contrario, si los argumentos ineficaces necesariamente fueran malos argumentos los distintos auditorios ante los cuales han sido planteados resultarían irresponsables de sus actos (no habría malos jueces, ni tampoco buenos) y el derecho pasaría a ser sólo un conjunto de sugerencias acerca de cómo debiéramos comportarnos (si las soluciones de las normas no se aplican regularmente, aquéllas resultan irrelevantes). En otras palabras, es el estatus de buen argumento que se reconoce al argumento que ha resultado rechazado lo que hace posible indemnizar por error judicial, sancionar a los jueces por prevaricación o removerlos en sus cargos, como también que se modifiquen justificadamente algunas sentencias por parte de un tribunal superior.

Buenos argumentos incorrectos y eficaces. Según ya fue esbozado, el juicio de corrección o de incorrección que se hace recaer sobre un argumento tiene que ver con un modelo ideal que se elabora a partir de distintos criterios o estándares interpretativos, epistémicos, etc. El argumento incorrecto pero eficaz es aquél que renuncia a la precisión o a la complejidad que podría esperarse de un argumento correcto en razón de que así será posible una mejor comprensión, de parte de un auditorio no experto, de los soportes con que cuenta una pretensión. El argumento incorrecto que se califica como buen argumento tiene en cuenta los saberes previos del juzgador, en la medida que éstos se ajusten a lo que es esperado en el contexto en el que operan. Así, por ejemplo, podrá invocarse el sentido común o la dogmática asentada entre los abogados -aun cuando no fuere la mejor- si ello hiciere posible una adecuada comprensión del problema y el ejercicio de un control básico por parte del tribunal. Llevando este punto de vista a un escenario distinto, puede sostenerse que la teoría de la relatividad es un mal argumento si se utiliza para explicar el movimiento de los planetas a un niño, resultando mucho mejor una versión simplificada de la hace ya tiempo derrotada teoría copernicana.

También puede haber malos argumentos si se tienen a la vista las combinaciones recién referidas y que, por cierto, ya han sido anticipados en lo hasta ahora dicho. Un mal argumento incorrecto pero eficaz puede ser encontrado cuando éste vence en razón de que el hablante se aprovecha de un auditorio que no actúa de manera adecuada (análogamente, el cuasi mítico gol que Maradona hizo con la mano al portero Shilton fue un mal gol). Por otra parte, un mal argumento que cuenta con las propiedades de corrección e ineficacia puede darse, por ejemplo, cuando el hablante no se ajusta al nivel de *expertise* esperado de parte del auditorio (es el caso que se da cuando *se habla en difícil*). Por ejemplo, de los jueces no se espera conocimientos científicos o matemáticos avanzados y en ese sentido un argumento

probabilístico muy abstruso, aun cuando con ello puedan satisfacerse las expectativas de los expertos, podría redundar en que se trate de un mal argumento en el contexto judicial, pues éste resultará incomprensible e incontrolable por el auditorio.

En consecuencia, los buenos argumentos en el contexto jurídico dependen de una cierta combinación que deberá darse entre corrección y eficacia. Desconocer la importancia de la corrección llevaría a debilitar la presión normativa del derecho frente a quienes tienen potestades para dirimir qué es lo que ha sido ordenado, permitido o prohibido por el sistema jurídico. Por su parte, desconocer la importancia de la eficacia incidiría en la prescindencia del componente práctico del derecho, lo cual no resulta recomendable pues a fin de cuentas -como hace más de un siglo nos advirtió O. W. Holmes[142]- el derecho nos importa en la medida que las acciones de sus agentes autorizados nos llegan a constreñir a (o a liberar de) hacer ciertas cosas.

142 HOLMES, O.W: «The path of the law», en: *Harvard Law Review,* vol. 10, 1897, pp. 460 – 461.

APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE TOLERANCIA DEL DAÑO ÍNFIMO EN EL DERECHO DE FAMILIA[143]

Bernardita Conley Garrido[144]

1. Introducción

El derecho de Familia debe ser una rama jurídica de naturaleza dinámica, puesto que en ella se deben reflejar los nuevos desafíos y estilos de vida que está adoptando nuestra sociedad. Es por ello, que se critica que las indemnizaciones en esta área no estén reguladas de forma expresa, y que por tanto la posibilidad de incoar una acción de tal naturaleza en las relaciones de familia sea un tópico bastante controvertido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Para poder analizar dicha problemática, debemos como misión primera, estudiar si se pueden satisfacer los requisitos básicos para que se configure una responsabilidad civil que permita indemnizar[145], esto es, la posible existencia del elemento subjetivo (dolo o culpa), relación de causalidad, capacidad y daño.

Es de este último elemento sobre el cual versa el presente análisis. Para la verificación de su existencia y determinación de su magnitud, se propone examinar el principio actualmente en desarrollo sobre la *Tolerancia del daño ínfimo*, y su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, tesis que ha tenido poco desarrollo en la literatura nacional, siendo solamente caracterizado por algunos autores, como Hernán Corral[146].

2. Conceptos Preliminares

Como ya se ha comentado, ante la interrogante que suscita la aplicación del sistema de responsabilidad en el Derecho de Familia, se ha señalado por la dogmática

143 El presente artículo corresponde a un extracto de la Tesina para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, denominada *Principio de Tolerancia del daño ínfimo como estándar normativo del daño indemnizable entre cónyuges*.

144 Egresada de la carrera de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Correo de contacto: bernardita.conleygarrido@gmail.com.

145 Es en este punto en el cual también se pueden producir divergencias, en razón a qué tipo de responsabilidad se trataría en estos casos, si contractual (atendida la propia definición de matrimonio de nuestro Código Civil en su Artículo 102, como un contrato solemne), o extracontractual, si por la naturaleza de la institución se entendiese que no estamos ante un contrato, atendidas las finalidades del mismo. Dicha discusión no tendría cabida, de optar, como nosotros, por la concepción de un sistema de responsabilidad unitario, basado en la responsabilidad extracontractual.

146 CORRAL, Hernán: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

que: *La respuesta en general ha sido afirmativa, pero siempre que se reúnan los requisitos que dan lugar a esa responsabilidad, es decir, un delito o cuasidelito civil imputable a dolo o culpa del otro cónyuge*[147].

Actualmente se asume, por parte de la doctrina afín a la posibilidad de solicitar indemnizaciones de perjuicios en las relaciones de familia que:

la particular configuración del Derecho de Familia, posicionado dentro del Derecho Privado, pero con una amplia gama de normas de Derecho público, no obsta la recepción de la reparación que dimana del daño, porque, en general, integra el Código Civil que sanciona a quien culposamente viola un deber jurídico, imponiéndole el resarcimiento del daño causado[148].

El presente trabajo aborda uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, recientemente mencionado: el daño.

2.1 Concepto de Daño

Como primera constatación hemos de señalar que nuestro legislador no estableció ninguna definición para la voz 'daño'. Para la doctrina, el daño, como requisito necesario para la configuración de la responsabilidad civil, es definido como un *menoscabo que, a consecuencia de un hecho determinado, sufre una persona en sus bienes vitales o su patrimonio*[149]. En una concepción más amplia del término, Alessandri Rodríguez señala:

> *(…) hay daño cada vez que un individuo sufre pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba, siempre que éstos sean lícitos, aunque esa pérdida, disminución, detrimento o menoscabo no recaiga sobre un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora y aunque su cuantía sea insignificante o de difícil apreciación*[150].

Creemos importante recalcar que debemos tener en consideración, al estructurar este concepto, la magnitud de dicho detrimento o pérdida. Alessandri, citando a Mazeaud y Savatier establece que:

> *el daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza*

147 CORRAL, Hernán: *Adaptación de la responsabilidad civil en los procesos de familia. La experiencia chilena de la "compensación económica" en caso de nulidad matrimonial y divorcio*. Disponible en «http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/compensayresponsab.pdf» [última visita: 14 de diciembre de 2010].

148 DUTTO, Ricardo: *Daños ocasionados en las relaciones de familia*. Hammurabi Ediciones, Buenos Aires, 2006.

149 ROGEL, citado por MORO, María Jesús; SÁNCHEZ, Ignacio: *Nociones Básicas del Derecho Civil*. Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

150 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil (Título 35 del Libro IV del Código Civil)*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, pp. 155- 156.

un individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son indiferentes; la ley no los considera[151].

De tal forma que, para Alessandri no interesa la magnitud del perjuicio para que éste pueda ser reportado como un daño digno de indemnizar.

Dicha apreciación no es del todo compartida en la doctrina, puesto que varios autores son de la opinión que el perjuicio debe tener una determinada magnitud o relevancia para ser considerado como daño. Bajo esta óptica podemos encontrar a Barros[152] y Corral[153]. En palabras de López Meza y Trigo Represas el daño debe tener *trascendencia: el daño debe ser significativo*[154]. Esta característica será analizada en las páginas siguientes a propósito de la explicación del Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo.

2.2 Daño en el Derecho de Familia

La naturaleza de las relaciones familiares es compleja, dado que por los vínculos que las generan se producen tanto beneficios como perjuicios, ya sean de orden moral como material. Así, por ejemplo, la felicidad que se produce en la familia por la llegada de un nuevo integrante a ésta es un beneficio de carácter moral, en cambio la posibilidad de lograr una compensación económica en el caso del divorcio es de carácter patrimonial. Del mismo modo, los perjuicios pueden ser clasificados dentro de este mismo esquema, de tal forma, desde el ámbito moral es un perjuicio las visitas restringidas del padre para con su hijo, también son perniciosas en el aspecto patrimonial, la limitación de la administración de los bienes que se producen en la sociedad conyugal.

Para catalogar los perjuicios provocados en las relaciones de familia como 'daño' en los términos expuestos precedentemente, debemos evaluar la intensidad de ellos, para diferenciar así, las simples molestias propias de las relaciones de convivencia que se dan en el entorno familiar, de auténticos daños indemnizables. Es por ello que analizaremos el Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo, que procura dar respuesta a este conflicto.

Recurrimos a este principio pues, en razón de que en nuestra legislación familiar no se ha establecido de forma expresa la posibilidad de solicitar indemnizaciones de perjuicios, tampoco se ha determinado qué se entenderá por daño en esta rama del derecho. Aún cuando, para algunos, se ha tratado de forma indirecta el término "daño en el derecho de familia", en el concepto de compensación económica.

151 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: Ob. cit., p. 153.

152 BARROS, Enrique: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006 p. 222.

153 CORRAL, Hernán: Ob cit., p. 147.

154 LÓPEZ MEZA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix: *Tratado de la Responsabilidad Civil. El Derecho de Daños en la actualidad: Teoría y Práctica.* Tomo I. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 420.

El supuesto de hecho fundamental que exigen las normas es que un cónyuge por el hecho del divorcio sufra "menoscabo económico". Se trata claramente de un daño, ya que esa es la inteligencia más clara y directa del vocablo "menoscabo". No compartimos la posición de quienes, al parecer siguiendo los criterios de la legislación y jurisprudencia española, pretenden identificar el menoscabo con un "desequilibrio económico" entre los cónyuges de cara a la nueva vida que deben enfrentar después de la disolución del vínculo[155].

Por tanto, no hay propiamente una reparación del daño como sucede en la responsabilidad civil, en que rige el principio de la integridad de la reparación: todo daño debe ser reparado. Se trata de una compensación paliativa que intenta en la medida de lo posible cubrir el menoscabo económico más manifiesto, y según pautas de orientación que la misma ley se encarga de fijar, aunque sea a modo ilustrativo[156].

Aunque dicha argumentación no es del todo mayoritaria, así La Corte de Apelaciones de Concepción, en su sentencia de 18 de octubre de 2006, declara*:*

(…) el menoscabo económico que conduce a la compensación, no constituye un perjuicio o daño que haya que evaluar, sino que el desequilibrio o disparidad económica entre los cónyuges tras la terminación del matrimonio como consecuencia del hecho esencial de haber dedicado la mujer un prolongado período de su vida al cuidado de los hijos del hogar, postergando su desarrollo personal que le habría permitido acceder a una actividad remunerada[157].

Teniendo en consideración este debate, procederemos al estudio del principio en comento.

3. Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo

Este principio nace al establecer una aplicación del derecho y de la justicia de una forma racional y objetiva, minimizando su aplicación en contextos donde se puede establecer claramente que su intervención es innecesaria; pues si bien cualquier persona que haya sufrido un daño y que además pueda imputárselo a otro, tiene la facultad de exigir su reparación, no resulta lógico que se utilice todo el aparato judicial para reparar perjuicios de una entidad insignificante o menor,

155 CORRAL, Hernán: «La compensación económica en el divorcio y la nulidad matrimonial». En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, nº 1, 2007, pp. 23-40. Disponible en «http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100003&lng=en&nrm=iso&tlng=es» [última visita: 12 de marzo de 2011].

156 *Ibídem.*

157 VIDAL OLIVARES, Álvaro: «La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial». En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. 21,* Valparaíso, pp. 289-321. Disponible en «http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=es» [última visita: 20 de octubre de 2010].

por tanto, debemos tolerar daños catalogados de ínfimos que no merecen indemnización alguna.

3.1 Antecedentes del Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo en el Derecho Romano

Creemos que si bien su aplicación al sistema civil de responsabilidad es novedoso, este principio no es un asunto nuevo en la ciencia jurídica puesto que, en nuestra opinión, no es más que la evolución de las máximas de *minima non curat Praetor* y del principio del *minimis lex non curat*.

3.1.1 Principio de *minima non curat Praetor*

Este principio, que traducido al castellano es que *el pretor no se ocupa de las cosas de escasa importancia*[158], recoge parte importante del contenido del Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo, puesto que no cualquier perjuicio o molestia puede constituir un daño del cual el 'pretor' deba tener reparos. Los perjuicios o molestias deben ser de una entidad relevante. En palabras de Zaffaroni,

> *el viejo principio minima non curat praetor es la base del enunciado moderno del llamado principio de insignificancia o de bagatela, según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen una ofensa relevante a los fines de la tipicidad objetiva*[159-160].

En el mismo sentido, se ha señalado que,

> *Desde los romanos rige el principio "de minimis, no curat praetoris", que significa que los jueces no deben ocuparse de nimiedades; los daños insignifi-*

158 MARTÍNEZ MARULANDA, Diego: *Fundamentos para una Introducción al Derecho*. Editorial Universidad de Antioquia, Colombia, 2007, p. 447.

159 Sentencia caratulada Adulteración de Aguas potables, alimentos o medicinas en la que resulta denunciante Personal Policial Comisaría de Mar de Ajó, IPP 03-00-102264-06, Mar de Tuyú, Argentina 2008. Citado en ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 372.

160 Como ocurre con otros elementos de la responsabilidad civil, existe una semejanza bastante marcada entre ellos y los elementos fundantes de la teoría del delito en el ámbito penal, por lo que no resulta extraño que este principio que ahora está siendo utilizado en el ámbito civil, haya tenido un mayor desarrollo en el Derecho Penal. Así, respecto de esta última rama del derecho se ha establecido, respecto del principio de *minima non curat Praetor* que *Otro principio que no puede obviarse es la romana máxima minima non curat Praetor, traducida hoy como principio de insignificancia: las afectaciones insignificantes o de bagatela no son suficientes para cumplimentar el principio de ofensividad, pues se entiende que los delitos deben afectar con cierta relevancia los bienes jurídicos, sin poder configurarles cuestiones más o menos baladíes o que no guarden proporción elemental con la magnitud de la pena conminada. En otras palabras, la consecuencia jurídica del delito, esto es, la pena, indica con su magnitud que se requiere un grado respetable de afectación del bien jurídico, lo que no cumplimenta una lesión o puesta en peligro insignificante*. ZAFFARONI, E. Raúl: «Derecho penal y protesta social». En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?* Disponible en «http://www.palermo.edu/cele/pdf/Protesta-social.pdf» [última visita: 16 de abril de 2011].

cantes, normalmente, esconden detrás suyo reyertas personales entre el actor y demandado, que no deben ser resueltas en estrados sino en otro ámbito, para descongestionar los tribunales de causas no trascendentes bajo ningún aspecto -ni material ni jurídicamente[161].

3.1.2 Principio del *minimis lex non curat*

También conocido como la máxima del derecho romano en que *la Ley no se preocupa por asuntos o conflictos menores*[162], sigue la misma línea argumental que el principio de *minima non curat Praetor*, puesto que la ley no puede ocuparse de todos los sucesos nimios o sin relevancia que pueden acontecer en la sociedad.

Efectivamente, esta máxima persigue restringir la admisión de demandas cuyo fundamento no sea sólido por ser poco relevante para el bienestar social, y de esa forma maximizar los recursos de los Tribunales de Justicia. De tal manera,

(…) the doctrine of the minimis non curat lex contradicts some people's idea that ours society is too litigious and that is it easy to sue and recover damages for any technical interference with a recognized legal interest. The doctrine frustrates lawsuits by people motivated by vengance, as the plaintiff in Taylor vs Barwick might have been, or who complain about acts courts believe are of little social consequence[163].

Por tanto, podemos observar que el Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo en relación con los latinazgos estudiados, hacen que este principio se enmarque dentro de una tendencia que algunos han denominado *minimis*, esto es, que no le corresponde al Derecho ocuparse de circunstancias o hechos que no tengan una entidad relevante o que afecten a bienes jurídicos de escasa importancia. De este modo, el Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo se estructura para evitar indemnizar situaciones en las cuales no exista un auténtico daño, en consideración a los valores y bienes jurídicos protegidos en cada cultura, en un momento dado.

3.1.3 Observaciones

Si bien en base a una primera lectura puede estimarse que las reglas precedentemente señaladas se concentran solamente en argumentos de economía procesal, la concepción cambia al analizar el Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo en el contexto en el cual lo desarrollaremos, esto es, en el ámbito familiar. De tal modo, nos damos cuenta que también adquiere un carácter sustantivo, puesto que atendida la complejidad de las relaciones de familia, activar todo el aparato judicial, más que solucionar los conflictos que se han suscitado en el seno familiar, puede empeorarlos, teniendo como prisma de observación las relaciones afectivas, que

161 LÓPEZ MEZA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix: Ob cit., p. 420.

162 Traducción libre.

163 BEST, Arthur; BARNES, David: *Basic tort law: cases, statutes, and problems*. Publishers Online, Estados Unidos, 2007, p. 39.

se entrecruzan con las jurídicas en este ámbito del derecho. De tal forma, si utilizamos el mecanismo judicial para dar cabida a asuntos cuya relevancia es menor, sometemos las relaciones familiares a un contexto generalmente invasivo (puesto que es un tercero quien decidirá la resolución de un conflicto que generalmente corresponderá a un ámbito íntimo de las personas), que puede agudizar los conflictos ya generados.

En este sentido, si bien la nueva Justicia de Familia ha incorporado diversos métodos para que los juicios sean menos traumatizantes para los actores, como la mediación obligatoria, no por ello desconoceremos que la actividad judicial se basa en intereses contrapuestos. Estas pretensiones serán defendidas por las partes con todos los mecanismos que la ley les otorgue, los cuales muchas veces son utilizados para la satisfacción de los intereses personales y no del bien común de la familia. Por tanto, aun cuando existen principios inspiradores que buscan palear dicha situación, como que el juez debe velar por el interés superior del niño, niña o adolescente, y que garantizan que la decisión del litigio tendrá como sustento un bien superior que los intereses de las partes, es el camino a esta decisión, y por ende, la defensa de las partes, las que pueden producir un incremento exponencial del problema que los llevó al juicio, resquebrajando más intensamente las relaciones de familia. En definitiva, es *conditio sine qua non*, que el asunto que sometamos a una jurisdicción debe ser de una entidad tal que merezca dicha intervención. Para salvaguardar los intereses familiares, proponemos la aplicación del Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo.

3.2 Posibilidad de aplicación de este principio en nuestro ordenamiento jurídico

El Artículo 2329 del Código Civil Chileno, establece que *Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*. Es esta norma la que da cabida a la incorporación en el Derecho de Familia al Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo, puesto que el Código Civil establece las reglas generales a nuestro ordenamiento jurídico al ser la base del 'derecho común', y por tanto, influye e inspira a otras ramas del Derecho como al derecho de familia.

La norma en comento nos hace analizar la siguiente frase: *todo daño es indemnizable*. El lector establecerá que es un contrasentido citar esta norma para señalar la cabida del Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo en nuestro ordenamiento, pero al efectuar una labor de interpretación podemos observar que existen dos lecturas que se pueden hacer de esta norma para dar cabida al principio.

3.2.1 Interpretación del vocablo daño

Podemos interpretar que el legislador utilizó la palabra daño y no sólo la palabra perjuicio, dado que el primer vocablo, está siendo aplicado en un sentido más técnico, ello en razón de que la voz daño tiene incorporado en su significado una

entidad mayor que la de una simple molestia o perjuicio, y por tanto, se constata que el legislador establece que no son indemnizables cualquier tipo de molestia o menoscabo, dando fundamento a la aplicación de la Tolerancia del daño ínfimo.

En este orden de ideas, somos del parecer que el legislador diferencia las expresiones 'daño' y 'perjuicios' de la siguiente forma: la voz daño la asimila al concepto jurídico de los hechos que afectan al patrimonio o el fuero interno de un individuo de entidad tal, que deben ser indemnizados, por ende, refiere a un concepto más puro y restringido, que 'perjuicio', que comprendería todos los hechos que sólo pueden reputarse como molestias cuya envergadura es menor, y por tanto, no cuentan con relevancia para poder configurar una pretensión indemnizatoria.

3.2.2 Interpretación de la expresión "Por regla general"

Se detecta que la norma establece que es una 'regla general' y no imperativa a toda circunstancia; tiene excepciones, como lo sería el principio en estudio.

De las dos posibles interpretaciones ya mencionadas, establecemos una clara preferencia por la primera de ellas, dado que entendemos que nuestro legislador al establecer criterios de cuidado medio, como el del buen padre de familia en diversas instituciones del Código Civil[164], entiende que pueden haberse reportado situaciones dañosas que dada su entidad inferior, no son indemnizables.

3.3 Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo en el Derecho de Familia

Pero es en materia de familia donde el terreno se comienza a hacer más árido. ¿Cuándo consideraremos que una determinada actuación es lesiva y debe ser indemnizado?

Sobre este punto, se discute cuál es el nivel de tolerancia que se debe mantener en las relaciones de familia, puesto que sobre este nivel la lesión debe ser indemnizada.

Respecto a este punto, Corral ha señalado:

> *En general, sostenemos que no todo daño debe ser reparado por medio de la responsabilidad civil sino aquellos que son significativos porque sobrepasan un umbral mínimo de tolerancia. Este umbral es claramente más alto en las relaciones familiares, por lo que muchos perjuicios no deben ser reparados a*

164 A modo de muestra, señalamos las siguientes instituciones: a) Sobre el derecho real de uso y habitación, el legislador establece un deber de cuidado medio respecto de los bienes sobre los cuales recaen estos derechos. Artículo 818: *El usuario y el habitador deben usar de los objetos comprendidos en sus respectivos derechos con la moderación y cuidado propios de un buen padre de Familia*. b) En el caso del arrendamiento, el deber de cuidado medio se mantiene. Artículo 1939: *El arrendatario empleará en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia*. c) Respecto de la prenda, Artículo 2394: *El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa.*

través de la responsabilidad civil, cualquiera sea la culpa con que se hayan causado, si ellos están dentro de ese deber de tolerancia que exige la solidaridad y la intimidad familiar. Se trataría de daños no considerados ilícitos para efectos de la responsabilidad civil. Por cierto, el umbral de tolerancia deberá ser analizado caso por caso y según el derecho lesionado, y aquí resulta importante distinguir si se dañan derechos fundamentales de la víctima o solo derechos o intereses de carácter civil. Pero si el umbral es sobrepasado, habrá responsabilidad aunque se pruebe que no se actuó con dolo o culpa grave[165].

En esta cita podemos observar la aplicación del Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo a las relaciones de familia, porque se supone que por la especial interacción que tienen los agentes, algunos daños no deben considerarse como indemnizables, y por ello deben tolerarse.

3.3.1 Origen y desarrollo del principio en el Derecho de Familia[166]

El nacimiento de este principio podemos circunscribirlo dentro del desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se produjo en Argentina, desde finales de los ochenta, a propósito de la pertinencia o no de indemnizaciones de perjuicios en el divorcio. En palabras de Ramos Pazos: [si bien] *nuestra Ley de matrimonio Civil no emite pronunciamiento alguno, (…) creemos que se podrá plantear entre nosotros la misma discusión que se ha producido en Argentina*[167].

En razón de ello, ofreceremos una vista panorámica de las posturas que se ofrecieron en Argentina al respecto, para así entender de mejor forma el desarrollo de este principio.

3.3.2 Primera etapa: denegación de la indemnización de perjuicios

Para esta tendencia, no se puede admitir las indemnizaciones de perjuicios por el divorcio. Los jueces basaban esta decisión en la protección de la *preservación de la moral y de las buenas costumbres*[168].

Lentamente, la jurisprudencia empezó a aceptar la indemnización del daño moral en los casos de divorcio culpable, trastabillando en sus inicios, puesto que

165 CORRAL, Hernán: *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Editorial Civitas, Madrid, 2009, p. 336. Disponible en «http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372010000100011&script=sci_arttext» [última visita: 28 de marzo de 2011].

166 Este acápite está íntegramente basado en el libro de MIZRAHI, Mauricio Luis: *Familia, matrimonio y divorcio*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 574.

167 RAMOS PAZOS, René: *Derecho de Familia. Tomo I*. Sexta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 116.

168 MIZRAHI, Mauricio: Ob. cit., p. 488.

no existía una decisión clara de la jurisprudencia respecto a este tópico, pasando de esa forma a la consiguiente etapa.

3.3.3 Etapa siguiente: denegación del resarcimiento por daño moral y doctrina mayoritaria

Si bien siguen existiendo fallos que deniegan la indemnización, las sentencias esgrimen fundamentos diferentes a los planteados en un primer momento (los cuales eran evitar la afectación de la moral y buenas costumbres). Ahora se basan en el respeto por la opción del legislador de no establecer expresamente la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios en el caso del divorcio, por lo tanto, los sentenciadores concluyen que la indemnización queda excluida. A su vez, la doctrina mayoritaria se aboca a la aceptación de las indemnizaciones de perjuicios, en lo que la doctrina ha denominado *Tesis Positiva Amplia*.

3.3.4 Doctrina amplia permisiva

Esta doctrina admite tanto las indemnizaciones de perjuicios por los daños que se producen por el divorcio, como por los hechos que lo generan.

Esta tendencia se consagra en Tribunales con la sentencia del CNCiv, Sala C, 17/5/88, JA, 1988-III-376, en la cual se admite la reparación de los daños provocados por el divorcio, basándose principalmente en los siguientes argumentos:

1. Las causales de divorcio son considerados hechos ilícitos, por los cuales sí pueden generar daño moral.

2. Las reglas de la responsabilidad civil son de carácter eminentemente general, por lo cual pueden tener aplicación en materia de divorcio.

3. El derecho de familia, si bien es una rama con características propias y determinadas, pertenece al derecho civil, por lo cual no es un argumento válido evitar la aplicación de las normas de responsabilidad civil arguyendo *la especialidad del derecho de familia*[169].

4. A juicio de los sentenciadores, no existe en la admisión de la reparación de los daños elementos que contraríen la moral, las buenas costumbres o la ética.

Junto con la admisión gradual de las indemnizaciones de perjuicios en esta materia en la jurisprudencia, la doctrina a su vez, sigue esta misma tendencia[170].

Un análisis levemente diverso, se plantea en las I Jornadas del Fin del Mundo de Derecho Privado de 1996, en la cual se concluye que *deben distinguirse los daños causados por los hechos generadores del divorcio de los que causa en sí*

169 MIZRAHI, Mauricio: Ob. cit., p. 493.

170 Lo cual se ve reflejado, tal como lo señala Mizrahi, en las I Jornadas Australes de Derecho Civil de 1980: *Se entiende por daños, tanto los derivados por los hechos o conductas constitutivas de la causal de divorcio, como los que provoca el divorcio mismo*.

mismo. Son resarcibles sólo los primeros, en cuanto cumplan con los presupuestos que exige la responsabilidad civil[171].

3.3.5 Tesis Restringida

Entre las tesis ya estudiadas, esto es aquellas que deniegan o aceptan totalmente las indemnizaciones de perjuicios en el divorcio, se genera una tesis intermedia, que ha sido denominada como tesis restringida, puesto que acepta la reparación de los daños y perjuicios, pero con ciertas reservas:

1. Se podría indemnizar por adulterio, cuando ese hecho tenga una magnitud tal, que pueda considerársele como un hecho de relevancia mayor.

2. O aceptar la indemnización solo por *los daños provenientes de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, denegándola en lo que hace a los daños ocasionados por el divorcio en sí mismo*[172].

3. Limitar la posibilidad de indemnizar los actos que tengan como fundamento la demostración de la *pérdida del vínculo afectivo y reservar la procedencia de las reparaciones para las hipótesis en que se configuran "agravios" al cónyuge*[173].

Así, esta tesis distingue entre 'Daños muy graves' y 'Daños menos graves'. Sostiene esta tendencia argumental Zanonni, quien en un principio optó por una tendencia amplia permisiva, pero que finalmente encontró en la tesis restringida una lógica más acorde a la finalidad de la institución y a las *valoraciones axiológicas del presente*[174], por tanto este autor *en lo atinente a los hechos ilícitos imputables al cónyuge que dio causa al divorcio, entiende sólo procedente la indemnización en supuestos excepcionales*.

Por tanto, se puede establecer que: *como conclusión, en suma, entienden autorizada la acción indemnizatoria sólo en supuestos extremos; o sea, para las hipótesis en que el cónyuge "desarrolla una actitud francamente delictual*"[175].

3.3.6 Observaciones

Respecto de las tesis mencionadas, es menester establecer que optamos por la tesis restrictiva, porque consideramos que en las relaciones familiares, más aún en las relaciones entre cónyuges pueden producirse diversos hechos que generan daño, lo que dependerá de su intensidad o magnitud. El hecho que el matrimonio busque conformar una comunidad de vida y la realización personal, no obstacu-

171 MIZRAHI, Mauricio: Ob. cit., p. 495.

172 MIZRAHI, Mauricio: Ob. cit., p. 499.

173 MIZRAHI, Mauricio: Ob. cit., p. 500.

174 MIZRAHI, Mauricio: Ob. cit., p. 500.

175 MIZRAHI, Mauricio: Ob. cit., p. 502.

liza la producción de daños, por lo cual, eximir a estas relaciones del sistema de responsabilidad civil atenta claramente con la equidad y la justicia.

Pero los hechos a indemnizar deben contar con una cierta relevancia o gravedad para poder ser considerados como daños indemnizables, puesto que es sabido que las pretensiones compensatorias pueden afectar más aún las quebrantadas relaciones entre los cónyuges que los llevan a solicitar el divorcio.

En relación con la distinción que se realiza en la Tesis Restrictiva de 'Daños muy graves' y 'Daños menos graves', creemos que existe una confusión terminológica.

De acuerdo a lo ya señalado respecto de la noción de daño, debemos establecer que no cualquier hecho que nos pueda perturbar puede ser reportado como tal, puesto que si fuera así, el concepto se vuelve difuso y sin utilidad práctica. En este mismo sentido, resulta del todo conveniente exponer lo planteado por Barros:

> *En definitiva, cualquiera sea la amplitud del concepto de daño, el ordenamiento de la responsabilidad civil tiene que definir los límites entre las turbaciones e intereses que son daños en sentido jurídico y las que forman parte de los costos que debemos asumir por vivir en sociedad. En nuestra tradición jurídica, se ha entendido que el interés debe ser legítimo, para que sea digno de reparación. La doctrina agrega el requisito de que el interés lesionado sea significativo*[176].

De tal forma, podemos establecer que existe entre el interés y el daño una relación de género a especie, siendo el género los intereses que puede poseer el individuo que no necesariamente deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico, y el daño corresponde a una especie de intereses jurídicamente relevantes para la sociedad. Siguiendo a Barros[177], somos de la opinión que si equiparamos el interés al daño, extenderíamos este último concepto a situaciones insospechadas, generando una deformación de la noción de daño, y por tanto, también de la responsabilidad civil.

Es precisamente por ello, que consideramos que esta tesis debe diferenciar entre hechos y no daños de mayor o menor gravedad. Puesto que, cuando estos hechos son considerados de una entidad relevante por perturbar un interés legitimo e importante, serán reportados como daños que deben ser indemnizados.

La distinción que proponemos, no es del todo ajena a la práctica legislativa en materia de familia, pues para determinar las causales de separación y de divorcio, (Artículo 26 y Artículo 54 de la Ley n° 19.947 respectivamente) se expone como requisito que los incumplimientos de los deberes matrimoniales deben ser graves, por lo tanto, se entiende que existen hechos cuya entidad es irrelevante y no son importantes para producir consecuencia jurídica alguna, al no constituir una causal de divorcio o separación.

176 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 22.

177 BARROS BOURIE, Enrique: Ob. cit., p. 22.

Por tanto, para que los hechos que se reportan en el contexto de las relaciones entre cónyuges, sean considerados como hechos dañosos deben tener una cierta entidad o magnitud, puesto que:

> *no basta cualquier daño, sino que éste debe tener relativa certeza, relevancia y consideración, en especial cuando de daños no patrimoniales se trate; así pues, las meras o simples molestias no constituyen daños resarcibles, más aún cuando en el matrimonio, atendida la convivencia de los cónyuges, al máximo grado de interrelación personal, éstos se encuentran expuestos a mayores conflictos que pueden acarrear ciertas molestias o desavenencias, pero que en ningún caso, constituyen daños o perjuicios a derechos subjetivos o intereses jurídicamente protegidos*[178].

De tal forma, somos de la opinión que el Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo debe ser entendido respecto de esta línea argumental, por tanto, los hechos de una envergadura menor deben ser soportados por los individuos, excluyéndolos, de posibles indemnizaciones, dado que no cumplen con los requisitos necesarios para ser entendidos como daños.

Así, debemos dilucidar cómo distinguir hechos de menor gravedad (que debemos tolerar) de los hechos muy graves (que reportaremos como daños). La doctrina ha sido escéptica al otorgar un criterio diferenciador, dado que *se nos ocurre arbitrario el mecanismo adoptado para la fijación de los parámetros de la gravedad*[179].

Es esta la finalidad que busca satisfacer el Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo. Establecer, según los valores y bienes jurídicos protegidos por la sociedad en una época determinada, cuales hechos deben ser tolerados. Creemos que es imposible determinar en abstracto cual será el estándar de tolerancia debido en el derecho de familia, por tanto, debemos diferenciar cada una de las relaciones que se configuran en el contexto familiar, y respecto de ellas, visualizar el posible estándar de tolerancia, labor que resolveremos en un próximo estudio.

4. Conclusiones

1. Existe una gran discusión acerca de la pertinencia de la aplicación del sistema de responsabilidad civil en el Derecho de Familia, más aún ante el silencio del legislador.

2. Para analizar su posible configuración en esta área de estudio, debemos establecer si se pueden estructurar los requisitos necesarios para que proceda una acción de tal naturaleza, en este caso, nos referiremos al daño.

178 VARGAS ARAVENA, David: «La Responsabilidad Civil en el Matrimonio: Problemática en el ordenamiento español y su eventual aplicación al sistema chileno». En: Gaceta Jurídica, nº 312, 2006. Disponible en «http://www.legalpublishing.cl» [última visita: 20 de octubre de 2010].

179 MIZRAHI, Mauricio: Ob. cit., p. 527.

3. En este sentido, consideramos pertinente utilizar el Principio de Tolerancia del Daño Ínfimo para establecer qué hechos deben ser indemnizados. Este principio declara que existen ciertos daños que, al poseer una entidad inferior, deben ser soportados por la víctima, quien no podría incoar por ellos una acción indemnizatoria.

4. Somos de la opinión que se produce una confusión de conceptos; si debemos tolerar hechos, que no serán indemnizables, porque su magnitud es menor, estos nunca deben ser entendidos como daños, sino como simples hechos. Serán daños si su relevancia es tal, que para la sociedad éstos deben ser indemnizados. Por tanto, este principio debe ser entendido como el deber de tolerar ciertos hechos que dada su poca importancia no deben ser indemnizados.

5. Establecer el nivel de tolerancia en un nivel abstracto es del todo apresurado, para ello, debemos diferenciar las diversas relaciones que existen en el ámbito familiar y, de esa forma, declarar cuál será el deber de tolerancia debido, según los bienes y valores protegidos por la sociedad en un momento dado.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL QUE PROTEGE LA CAPA DE OZONO: ANÁLISIS DEL CONVENIO DE VIENA Y EL PROTOCOLO DE MONTREAL RELATIVO A LAS SUSTANCIAS QUE AGOTAN LA CAPA DE OZONO

Claudia Espinoza Inostroza[180]

1. Introducción

El problema del deterioro de la capa de ozono es un asunto que convoca a todas las naciones de nuestro planeta con el objeto de restablecer los niveles naturales de concentración de ozono en la atmósfera. Esta convocatoria se origina en virtud de los descubrimientos científicos que tuvieron lugar en los años setenta, respecto a la formación y descomposición del ozono y especialmente a los efectos del CFC en la atmósfera. Posterior a los descubrimientos y avanzadas las investigaciones, el problema del deterioro es considerado por parte de los países una *causa legítima de preocupación*. Como resultado de estas indagaciones y del trabajo conjunto de los países para proteger la capa de ozono, se crea el Convenio de Viena y el Protocolo de Montreal.

La protección de la capa de ozono es un tema relevante en vista de los graves efectos que tiene su deterioro en la salud de las personas, animales y plantas. En las últimas décadas hemos visto cómo la disminución de ozono en la estratosfera ha traído importantes consecuencias en la salud humana, tales como aumento significativo del número de personas que padecen cáncer a la piel, cataratas en los ojos y otras enfermedades derivadas de la falta de protección ante niveles elevados de radiación ultravioleta.

Bajo este contexto se desarrolla el presente trabajo. En primer lugar describiremos este problema medioambiental, dando a conocer sus principales aspectos, especialmente las investigaciones científicas existentes al respecto. Luego nos adentraremos en la normativa internacional que protege la capa de ozono, esto es, el Convenio de Viena y el Protocolo de Montreal con sus respectivas enmiendas y ajustes.

La existencia de estos instrumentos internacionales son evidencia, por una parte, del carácter multidisciplinario del derecho medioambiental, de lo indispensable que son las instancias de diálogo entre distintas disciplinas y sectores involucrados, y por otra, del desafío ante el cual se encuentran los países partes, de implementar una normativa que proteja el medio ambiente y permita la utilización responsable de los recursos para contribuir al desarrollo sustentable. La actualización legislativa en esta materia es indispensable teniendo en cuenta que las consideraciones sobre

180 Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado.

el medio ambiente tienen cada vez más incidencia en los ámbitos político, económico y social, y también desde un punto de vista ético es necesario que así sea.

2. El problema global del deterioro de la capa de ozono[181]

2.1. Capa de ozono

El ozono es una molécula formada por tres átomos de oxígeno, inestable, creado y descompuesto por las radiaciones del sol, concentrado mayoritariamente en la capa de la atmósfera denominada estratosfera[182].

Entre los 18 y 50 kilómetros de altura, aproximadamente, sobre la superficie de la tierra, en la capa superior de la estratosfera, se forma lo que conocemos como la capa de ozono, compuesta por el 90% del ozono existente en la atmósfera. La cantidad de ozono, comparativamente, es muy poca si consideramos que el promedio son tres moléculas de ozono por cada diez millones de moléculas de aire. El 10% restante del ozono se ubica en la troposfera y constituye una fuente de contaminación del aire, que en niveles elevados afecta a los sistemas vivientes debido a su alta toxicidad. Respecto a esto, se suele distinguir entre 'ozono bueno' y 'ozono malo', siendo el primero el ubicado en la estratosfera llamado así por ser de gran utilidad para el planeta (capa protectora)[183], y el segundo, 'ozono malo'[184], se sitúa en la troposfera y recibe este nombre por las perniciosas consecuencias que genera; disminución del rendimiento de cosechas y del crecimiento de bosques, daños a la salud de las personas, principalmente al sistema respiratorio[185] y también incide en el calentamiento de la superficie terrestre[186].

181 El presente trabajo es parte de la tesina titulada *Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono y Ley n°20.096: Análisis de la incorporación del Protocolo de la legislación chilena,* cuyo profesor guía fue Eduardo Correa Martínez.

182 FUENZALIDA, H: *Morfología del ozono atmosférico. Naturaleza del ozono*. En CABRERA, S.; LISSI, E; HONEYMAN, J. (eds.): *Radiación ultravioleta y salud*. Santiago, Chile, 2005, p. 30.

183 Para proteger el 'ozono bueno', Chile cuenta con la Ley nº 20.096 que establece mecanismos de control aplicables a las sustancias agotadoras de la capa de ozono. Esta ley junto al Decreto Supremo nº37 de 2007 que establece normas aplicables a las importaciones de las sustancias agotadoras de la capa de ozono, los volúmenes máximos de importación y los criterios para su distribución, tienen como objetivo implementar el Protocolo ratificado por Chile el 26 de marzo de 1990.

184 La Región Metropolitana, desde 1998, tiene un Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica, esto por exceder los niveles permitidos de concentración de 'ozono malo' en la atmósfera, según consta en el Decreto nº131 de 1996 (Min. Secretaría Gral. De la Presidencia, CONAMA) que declara a la RM zona saturada por ozono.

185 OYARZÚN, M.: *Efectos del ozono troposférico en el sistema respiratorio*. En: CABRERA, S.; LISSI, E.; HONEYMAN, J. (eds.): Ob. cit., pp. 283-295.

186 *Las variaciones en el ozono estratosférico y troposférico representan forzamientos radiactivos que causan el cambio climático. El ozono estratosférico absorbe la radiación solar, calentando la estratósfera y afectando los movimientos de aire y los procesos químicos. Tanto el ozono estratosférico como el troposférico absorben la radiación infrarroja que emite la tierra, acumulando calor debajo de la atmósfera. El agotamiento del ozono estratosférico es el forzamiento radiativo negativo y el aumento del ozono troposférico, provocado por la*

La capa de ozono tiene la función beneficiosa de filtrar la radiación ultravioleta[187] proveniente del sol y de esta forma dar protección a las formas de vida existentes en el planeta. Después de ser absorbida por el ozono, la cantidad de radiación perjudicial que llega a la superficie de la tierra es muy pequeña, por lo que es imprescindible para la vida del ecosistema. La radiación que conocemos como dañina para la vida en la tierra es principalmente la de tipo B, debido a que es muy peligrosa y aumenta proporcionalmente al daño de la capa de ozono. La radiación UV-A es casi inofensiva y la UV-C es letal, pero es bloqueada casi por completo por la capa de ozono al ser una luz de menor longitud de onda[188].

2.1.1 Deterioro de la capa de ozono

En las últimas décadas, la capa de ozono ha presentado un considerable deterioro, lo que acarrea consecuencias negativas para las distintas formas de vida de nuestro planeta. Este fenómeno se debe principalmente a la reacción química entre determinadas sustancias, la mayoría producidas por el hombre, y el ozono. Estas sustancias son básicamente los clorofluorocarbonos (CFC), hidroclorofluorocarbonos (HCFC), tetracloruro de carbono, metil cloroformo, halones y bromuro de metilo, que al entrar en contacto con el ozono originan la destrucción de éste[189] imposibilitando su función filtradora y provocando diversos efectos desfavorables para la vida, pues la radiación UV-B alcanza la superficie terrestre ocasionando repercusiones negativas en los seres humanos, animales y plantas e interviniendo en el calentamiento global.

---

contaminación, representa un forzamiento radiativo positivo. El forzamiento radiativo debido al aumento del ozono troposférico es mayor que la del agotamiento del ozono estratosférico. Ambos son relevantes pero menores si los comparamos con el total de forzamiento radiativo de todos los demás gases de efecto invernadero. FAHEY, David: *Veinte Preguntas y Respuestas sobre la Capa de Ozono. Evaluación Científica del Agotamiento de Ozono: 2002*, pp. 34-35. Disponible en «www.mma.es/secciones/calidad_contaminacion/atmosfera/ozono/pdf/20_faq_sp.pdf» [última visita: 19 de mayo 2011].

187 Cfr. CABRERA, S.: *Radiación ultravioleta*. En: CABRERA, S.; LISSI, E.; HONEYMAN, J. (eds.): Ob. cit., pp. 88 y 89.

188 *UV-A (320-400 nm), que es la continuación de la radiación visible. Es responsable del bronceado de la piel. Este tipo de radiación no es absorbida eficientemente por los componentes atmosféricos y llega casi totalmente a la superficie de la tierra. UV-B (280-320 nm), este tipo de radiación es la llamada UV biológica debido a la influencia que tiene en los seres vivos. La RUV-B es fuertemente absorbida por el ozono estratosférico. La estratosfera es la capa atmosférica entre 8 y 45 Km en latitudes como las de Punta Arenas. UV-C (< 280 nm), los niveles de energía correspondientes a esta banda son altamente peligrosos para la vida terrestre, pero afortunadamente son totalmente absorbidos por la atmósfera terrestre*. LABORATORIO OZONO, UNIVERSIDAD DE MAGALLANES: *¿Qué es la Radiación Ultravioleta?* Disponible en «http://www.ozono.umag.cl/faq/queesruv.php» [última visita: 23 de junio de 2011].

189 Las sustancias agotadoras de la capa de ozono (SAO) tienen diferente capacidad de destrucción del ozono, denominado Potencial de Agotamiento del Ozono (PAO) y constituye un factor relevante en el establecimiento del Calendario de Eliminación de Sustancias del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, siendo el criterio de referencia el CFC- 11 en que su PAO es 1.0.

La utilización de los CFC comenzó alrededor de 1930, cuando fueron creados en Estados Unidos para ser utilizados en sistemas de refrigeración. A principios de la década del 60' crece su consumo, principalmente en los países desarrollados, para ser empleados en refrigeradores, sistemas de aire acondicionado, espumas, solventes, como propelentes de aerosoles, entre otros. En 1985, se estima que la producción anual alcanzaba 1.150.000 toneladas. Los CFC presentan la ventaja de ser no tóxicos, no corrosivos, poseer una alta estabilidad química y no inflamable. Debido a estas propiedades, aquellas sustancias son preferidas respecto de otras[190].

El bromuro de metilo (BrMe)[191] se utiliza abundantemente desde 1940 como desinfectante de suelos en el sector agrícola (70 a 75% del consumo mundial), en este caso, libera entre un 50 y 95% del gas a la atmósfera afectando a la capa de ozono. También es empleado para fumigar determinadas frutas, verduras o plantas en los períodos de cuarentena y para desinfectar lugares, aviones, camiones y barcos[192].

2.1.2 Descubrimiento del deterioro de la capa de ozono

El descubrimiento de este fenómeno, tiene su origen en las investigaciones científicas del profesor Paul Crutzen, en 1970, concernientes a la formación y descomposición del ozono, y de los profesores Sherwood Rowland y Mario Molina, en 1974[193], respecto de las sustancias que al estar en contacto con el ozono provocan la destrucción de éste, específicamente lo referente a los efectos del CFC en la atmósfera. Estos científicos descubrieron el impacto de estas sustancias en el ozono, la reacción química de éstas. Estas investigaciones tuvieron un fuerte impacto en la comunidad internacional y dará lugar a numerosos trabajos, donde la investigación y

190 Los CFC han sido las sustancias que más han dañado la capa de ozono y a su vez son gases que generan el efecto invernadero. Para mayor información véase: PNUMA: *Soluciones favorables tanto para el clima como para la capa de ozono. Guía simplificada del Informe Especial sobre los HFC y los PFC elaborado por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático y el Grupo de Evaluación Tecnológica y Económica.* Disponible en «www.unep.org/dec/docs/Guide_to_TEAP-IPCC_HFCs_report-Spanish.pdf» [última visita: 19 de mayo 2011].

191 *El bromuro de metilo se trata de un gas incoloro, con olor similar al cloroformo (tricloro-metano o tricloruro de metilo, CHCI3), que ha sido ampliamente usado como fumigante -de amplio espectro- de suelos y substratos para propagación de plantas. Además, es el principal producto empleado en tratamientos cuarentenarios, para desinfección de frutas en pre- y post- embarque, bodegas graneleras y barcos.* GONZÁLEZ, S. (ed.): «Bromuro de Metilo: un fumigante en retirada». En: *Serie Libros INIA,* Instituto de Investigaciones Agropecuarias, nº20, Santiago, Chile, 2006, p. 19.

192 *Históricamente América del Norte ha representado el mercado más importante, con el 41% de las ventas, seguido por Europa, con el 26%, Asia (incluyendo Israel y Oriente Medio) con el 23%, y finalmente África, Sudamérica y Australia con el 9%. Sin embargo, desde comienzos del siglo 21 se ha producido una disminución del consumo mundial, destacándose los países de la Unión Europea, como España donde, en la última década del siglo 20, se redujo, en promedio, en un 50%.* CARRASCO J.: «Alternativas al bromuro de metilo para la desinfección de suelos en tomate y pimiento». En: *Boletín INIA*, Instituto de Investigaciones Agropecuarias, nº 88, San Fernando, Chile, 2001, pp. 14 y 15.

193 Los científicos Paul Crutzen, Mario Molina y Sherwood Rowland reciben el 11 de octubre de 1995 el Premio Nobel de Química en reconocimiento de sus trabajos en química atmosférica y por sus importantes aportes en el descubrimiento del agotamiento de la capa de ozono.

cooperación por parte de los países será fundamental para hacer frente a este problema global, llegando a ser considerado en un momento el problema más importante que enfrenta la humanidad en su conjunto.

2.1.3 Efectos del deterioro de la capa de ozono

Respecto de la salud humana, los daños producidos por el aumento de radiación UV-B dicen relación con la quemadura de sol, llamada eritema, mayores posibilidades para desarrollar cáncer a la piel, con y sin melanoma, debido a que la radiación UV-B puede dañar el material genético de las células cutáneas, además de una disminución de las defensas del cuerpo contra enfermedades, pues se afecta el sistema inmunológico con importantes repercusiones especialmente en enfermedades como cánceres, alergias y enfermedades infecciosas. Asimismo, se incrementa la posibilidad de ceguera, cataratas en los ojos y melanoma ocular. Respecto de los animales, también afecta su sistema inmunológico, entre otras patologías. El incremento de radiación UV-B afecta gravemente los sistemas marinos, dañan al fitoplancton, al zooplancton, peces jóvenes, larvas de cangrejos y langostinos. Puede, a su vez, alterar la composición genética de las plantas, lo que implica menor rendimiento, reducción en el valor nutritivo de éstas y aumento en toxicidad, como también los denominados efectos indirectos tales como modificación de forma, de distribución de la biomasa de la planta y en la producción de sustancias químicas que impiden el ataque de insectos[194]. A su vez, el agotamiento del ozono puede tener incidencia en el calentamiento global en lo que dice relación con el ciclo de gases de efecto invernadero[195].

3. Normativa internacional para la protección de la capa de ozono

3.1 Consideraciones previas[196]

La protección del medio ambiente constituye una necesidad latente que ha generado acciones concretas en la búsqueda de asegurar un medio ambiente sano

194 PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe: *Ciencias del ozono*. Disponible en «www.pnuma.org/ozono/Ciencias.php» [última visita: 19 de mayo 2011].

195 *La vida marítima también cumple una función importante en el clima mundial porque el fitoplancton absorbe grandes cantidades de dióxido de carbono, principal gas de efecto invernadero. De allí que, una disminución de la producción del fitoplancton podría dejar más dióxido de carbono en la atmósfera, contribuyendo así al calentamiento de la atmósfera*. PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe: *Proyecto de Ciudadanía Ambiental Global, Manual de Ciudadanía Ambiental Global*, 2005, pp. 13-14. Disponible en «http://www.uneptie.org/Ozonaction/information/mmcfiles/2283-s.pdf» [última visita: 23 de junio 2011].

196 Ver historia de la protección de la capa de ozono y logros alcanzados en: PNUMA, Secretaría del Ozono: *Logros en la Protección del Ozono estratosférico. Informe sobre los adelantos logrados 1987 a 2007*. Disponible en «http://ozone.unep.org/Publications/MP_Achievements%20in%20Stratospheric-S.pdf» [última visita: 19 de mayo 2011)]

en el cual sea viable la vida en el ecosistema de todos los seres vivos que forman parte de éste. Hoy este ecosistema se encuentra gravemente amenazado, las formas de vida que conocemos se encuentran afectadas por los daños que ha generado, principalmente, la intervención del hombre en la naturaleza. Esto ha sido una señal de alerta para toda la comunidad a nivel global, se han creado diversas alternativas y emprendido innumerables acciones para proteger el medio ambiente. Frente al problema del deterioro de la capa de ozono, se ha trabajado fuertemente para enfrentar los efectos que esto tiene en el planeta, pues las consecuencias de la radiación ultravioleta (UV-B) cuando no es filtrada por la capa de ozono son nefastas para la salud humana, animales y plantas, considerando además su incidencia sobre el calentamiento global.

Desde las investigaciones científicas acerca de los efectos de los CFC en la atmósfera, en 1974, comenzó la inquietud a nivel internacional por las consecuencias que esto genera sobre la vida del ecosistema, al año siguiente, en 1975, el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) crea el programa de investigación para estudiar los peligros que tiene la utilización de los CFC en la capa de ozono. La comunidad internacional muestra gran preocupación, lo que posteriormente dará inicio a negociaciones internacionales para buscar alternativas que hagan frente a este problema especialmente lo que dice relación con la creación de un tratado internacional para reducir y eliminar las sustancias agotadoras del ozono. En marzo de 1977, 32 países acuerdan el Plan de Acción Mundial ante el problema de la capa de ozono en una conferencia convocada por el PNUMA y se establece el Comité de coordinación (CCOL) para elaborar guías de acción para los países. En 1980, siete países desarrollados y la Comunidad Europea piden la elaboración de un tratado internacional y posteriormente se dará inicio a las negociaciones internacionales para la creación de un convenio que proteja la capa de ozono.

Las negociaciones internacionales para desarrollar un convenio que proteja la capa de ozono empiezan en 1981, emprendidas por el Consejo de Administración del PNUMA. En 1982, el Grupo de Trabajo del PNUMA, creado para estos efectos, comienza a desarrollar lo que será el Convenio de Viena, basado en un texto presentado por tres países: Finlandia, Noruega y Suecia. Posteriormente, en marzo de 1985, se adoptó por 28 países el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, que contiene 21 artículos y dos anexos en los que se promueve la cooperación entre los miembros, la investigación e intercambio de información. En 1986, continúan las negociaciones internacionales para la creación de un protocolo de la Convención, pues la necesidad de proteger la capa de ozono se hace aún más evidente con las investigaciones dadas a conocer en el artículo publicado en la revista *Nature*, en mayo de 1985, por científicos del Reino Unido en que se confirman los graves daños que genera el deterioro de la capa de ozono, especialmente en la Antártica.

Ante esta problemática generaron variadas respuestas, debido a que el deterioro de la capa de ozono fue considerado por los países *causa legítima de preocupa-*

ción, teniendo como punto importante de inicio en la definición de objetivos la creación del Convenio de Viena adoptado en marzo de 1985, que entró en vigor el 22 de septiembre de 1988. Este Convenio, que a pesar de no contener obligaciones legales ni controles, constituye el antecedente previo de cooperación intergubernamental para hacer frente a este problema global tan significativo, incita a la investigación, cooperación e intercambio de información. Posteriormente, el 16 de septiembre de 1987, después de varios esfuerzos por crear un tratado con obligaciones vinculantes, 24 países firman el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, el que entrará en vigor el 1 de enero de 1989, estableciendo obligaciones para las partes y controles en la producción de sustancias consideradas en ese momento agotadoras de la capa de ozono. Ese mismo año, varios países europeos dictan normas para limitar el uso de CFC en aerosoles. Posteriormente, se acuerda la Enmienda de Londres en 1990, la Enmienda y los Ajustes de Copenhague en 1992, los Ajustes de Viena en 1995, la Enmienda y los Ajustes de Montreal en 1997 y la Enmienda y los Ajustes de Beijing en 1999[197].

3.2 Convenio de Viena

El 22 de marzo de 1985 se aprueba en Viena el Convenio para la protección de la capa de ozono[198], como resultado de las negociaciones emprendidas por el Consejo de Administración del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), siendo ésta la primera norma internacional en que se plasma la preocupación y el trabajo realizado, por parte de los países, para dar solución al problema del deterioro de la capa de ozono, constituyendo antecedente importante para posteriores normativas. Entró en vigor el 22 de septiembre de 1988 y hasta la fecha de 8 de abril de 2011, 196 países la han ratificado.

El Convenio de Viena tiene como base jurídica la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano[199], especialmente el principio 21 que establece que:

> *De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus*

197 Cfr. PNUMA, Secretaría del Ozono: *Acción por el Ozono*. Disponible en «http://ozone.unep.org/pdfs/ozone-action-sp.pdf» [última visita: 19 de mayo 2011]. PNUMA: *Historia del Ozono*. Disponible en «http://ozone.unep.org/Publications/ozone-cartoons-sp.pdf» [última visita: 19 de mayo 2011].

198 Véase el texto del Manual del Convenio de Viena para la protección de la capa de Ozono (1985), Séptima edición (2006), en que se encuentra el Convenio de Viena, las Decisiones adoptadas por las Conferencias de las Partes en el Convenio de Viena y el Reglamento de las Reuniones de la Conferencia de las Partes en el Convenio de Viena y de las Reuniones de las Partes en el Protocolo de Montreal. Disponible en «http://ozone.unep.org/spanish/Publications/VC-Handbook-07-es.pdf» [última visita: 19 de mayo de 2011].

199 VEGA, M., PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe: «Tratados Internacionales para la Protección a la Capa de Ozono», 2006. p. 2. Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono. Preámbulo. Disponible en «http://www.pnuma.org/ozono/Documentos/DiaOzono/tratados%20internacionales%20ozono.pdf» [última visita: 23 de junio 2011].

propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional[200].

Este Convenio contiene 21 artículos y dos anexos, en los cuales se establecen los objetivos, las obligaciones generales, los compromisos de las Partes referentes a la investigación, cooperación e intercambio de información, asimismo, se establece una Conferencia de Partes y una Secretaría de Ozono.

El Convenio tiene entre sus objetivos:

La promoción y cooperación de las Partes por medio de observaciones sistemáticas, investigaciones e intercambio de información concerniente al impacto de las actividades humanas sobre la capa de ozono y a la adopción de medidas legislativas y administrativas contra las actividades que puedan acarrear efectos negativos sobre la capa de ozono[201].

Las obligaciones generales del Convenio son aquellas establecidas en el Artículo 2, y son las siguientes:

1. Las Partes tomarán las medidas apropiadas, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos en vigor en que sean Parte, para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos adversos resultantes o que puedan resultar de las actividades humanas que modifiquen o puedan modificar la capa de ozono.

2. Con tal fin, las Partes, de conformidad con los medios de que dispongan y en la medida de sus posibilidades:

200 Véase el texto de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Disponible en «http://www.pnuma.org/docamb/mh1972.php» [última visita: 19 de mayo de 2011]. Esta Declaración tiene gran importancia en la legitimación del derecho humano al medio ambiente, pues es la primera vez en que la comunidad internacional afirma su importancia, ya no desde una perspectiva sanitaria, como lo habían hecho textos jurídicos anteriores, sino visto desde la relación que debe existir entre el hombre y la naturaleza, la integración de todos los elementos pertenecientes al ecosistema. Cfr. DÉJEANT- PONS, M.: *Los derechos del hombre al medio ambiente en el ámbito internacional.* En: HERRERA CARRILLO, Ricardo (ed.): *Justicia Ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*. Bogotá, Colombia, 2001.

201 *Este objetivo ha sido alcanzado en gran medida, de acuerdo con las últimas evaluaciones científicas respecto a la reducción de la capa de ozono, esta última debería recuperarse para el año 2049 en las latitudes medias (30-60 grados al norte y sur). La evaluación sugiere, además, que la capa de ozono sobre el Antártico estaría recuperada para el año 2065- 15 años más tarde de lo esperado debido a las especiales condiciones creadas por el frío y los vientos extremos en el Antártico. A pesar de esta demora, es claramente visible que las Partes del Convenio de Viena están teniendo éxito en la solución de un mayor problema global del medio ambiente, y por lo tanto pueden estar justificadamente orgullosas de sus logros*. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Manual del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono (1985), Séptima edición (2006). Disponible en «http://ozone.unep.org/spanish/Publications/VC-Handbook-07-es.pdf» [última visita: 23 de junio 2011].

a) Cooperarán mediante observaciones sistemáticas, investigación e intercambio de información a fin de comprender y evaluar mejor los efectos de las actividades humanas sobre la capa de ozono y los efectos de la modificación de la capa de ozono sobre la salud humana y el medio ambiente;

b) Adoptarán las medidas legislativas o administrativas adecuadas y cooperarán en la coordinación de las políticas apropiadas para controlar, limitar, reducir o prevenir las actividades humanas bajo su jurisdicción o control en el caso de que se compruebe que estas actividades tienen o pueden tener efectos adversos como resultado de la modificación o probable modificación de la capa de ozono;

c) Cooperarán en la formulación de medidas, procedimientos y normas convenidos para la aplicación de este Convenio, con miras a la adopción de protocolos y anexos;

d) Cooperarán con los órganos internacionales competentes para la aplicación efectiva de este Convenio y de los protocolos en que sean Parte.

Respecto de la Conferencia de Partes, el Artículo 6 dispone que ésta examinará en forma continua la aplicación del Convenio y establece diversas funciones para dar cumplimiento a esta obligación, por lo cual la Conferencia tiene un rol preponderante junto con la Secretaría de Ozono. En consideración a esta última, el Artículo 7 enumera las funciones que le corresponden dentro de las cuales está organizar las Reuniones de la Conferencia de Partes, preparar y transmitir informes, desempeñar funciones que les pudiere encomendar los protocolos, preparar informes de actividades, entre otras.

En consideración a los Anexos I y II, éstos se refieren a la investigación y observaciones sistemáticas y el intercambio de información. A su vez, el Anexo I menciona las sustancias que se estiman que tienen potencial de modificar las propiedades químicas y físicas de la capa de ozono, entre las cuales están los CFC.

Este Convenio representa un avance importante y paso previo en lo que será el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, además de ser un tratado histórico en lo que dice relación a la protección del medio ambiente, pues es de gran necesidad que la comunidad a nivel global se comprometa en la solución de este tipo de problemas, y se empleen los conocimientos, la tecnología y todas las demás herramientas necesarias para poder hacer frente a esta problemática, dando respuestas adecuadas y oportunas, en que se tenga presente, como valor preponderante, el respeto a la vida.

3.3 Protocolo de Montreal

El 16 de septiembre de 1987, 24 países firman el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono[202]. Es el resultado de grandes esfuer-

202 Cfr. Texto del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono.

zos de parte de las naciones por crear un tratado con obligaciones vinculantes, y entra en vigor el 1 de enero de 1989. El Protocolo de Montreal, al 8 de abril de 2011, tiene 196 partes[203]. Es a través de este cuerpo legal que se hace operativo el Convenio de Viena.

3.3.1 Objetivos y contenido del Protocolo de Montreal

El objeto del Protocolo es:

Establecer los mecanismos que los signatarios del Convenio de Viena debían implementar, para limitar la producción y el consumo de las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, con mayor importancia, desde el punto de vista comercial y ambiental[204].

Siendo la obligación de las Partes aquélla contenida en el Convenio de Viena, esto es *tomar las medidas adecuadas para proteger la salud humana y el medio ambiente contra los efectos nocivos que se derivan o pueden derivarse de actividades humanas que modifican o pueden modificar la capa de ozono*[205]. El Protocolo consta actualmente de 20 Artículos y cinco anexos, en que se introduce un cronograma de eliminación de SAO, estableciendo distintas fechas según el país. Esto dependerá si la parte está o no afecta al Artículo 5, pues las obligaciones son diferenciadas para países desarrollados y países en desarrollo. Los países señalados por el Artículo 5 son aquéllos en desarrollo y con un nivel de consumo anual de sustancias controladas en el Anexo A inferior a 0,3 kilogramos per cápita a la fecha en que el Protocolo entre en vigor para dicha parte o en otra fecha a partir de entonces hasta el 1 de enero de 1999. En consideración a esto, los países que operan bajo este Artículo tienen derecho, para suplir las necesidades básicas domésticas, a aplazar por diez años el cumplimiento de las medidas de control impuestas por el Protocolo, asimismo, tienen derecho a la cooperación financiera prevista en el Artículo 10 y a la transferencia de tecnología del Artículo 10A[206]. Respecto de esto, es necesario destacar la modalidad con que opera el Protocolo, pues el hecho de que contenga un Mecanismo Financiero es un elemento innovador y clave en el éxito del Protocolo. Este mecanismo comprende un Fondo Multilateral[207] destinado

Disponible en «http://ozone.unep.org/spanish/Publications/MP-Handbook-07-es.pdf» [última visita: 19 de mayo 2011].

203 PNUMA, Secretaria del Ozono: *Estado de Ratificación y Evolución del Protocolo*. Disponible en «http://ozone.unep.org/spanish/Ratification_status/» [última visita: 19 de mayo 2011].

204 VEGA, M., PNUMA: Ob. cit. p.3.

205 Protocolo de Montreal, Preámbulo.

206 Chile, de acuerdo a las cifras que presenta respecto del consumo de sustancias controladas, opera al amparo del Artículo 5, por lo cual, recibe ayuda financiera establecida en el Protocolo, lo que ha sido determinante para realizar proyectos y programas con miras al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

207 *El Fondo Multilateral (EX COM) que está destinado a cubrir todos los costos adicionales acordados en que incurren las Partes del artículo 5.1, cubre a título de donación, entre otros gastos, la elaboración de los "Programas-País", la organización de la cooperación técnica, de*

a ayudar a los países para que puedan cumplir con el cronograma correspondiente; de no existir este fondo, muchos países podrían verse en una situación de incumplimiento por no tener la capacidad para convertir su tecnología[208].

El cronograma de eliminación de SAO contiene fechas diferenciadas, según vimos anteriormente, y en los Anexos se encuentra el listado de sustancias y productos controlados. Por otra parte, se hallan en el Protocolo disposiciones referentes al control del comercio con Estados que no sean Partes, que son las comprendidas en el Artículo 4.

3.3.2 Sustancias controladas por el Protocolo de Montreal

El Protocolo de Montreal, en sus Anexos A, B, C y E establece el listado de sustancias controladas junto a su Potencial de Agotamiento de Ozono (PAO) que mide la capacidad de destrucción de la sustancia según el criterio de referencia. Es importante tener en consideración que como resultado de investigaciones científicas se han ido descubriendo en el transcurso del tiempo nuevas sustancias agotadoras de la capa de ozono que se han agregado al Protocolo junto a medidas de control más estrictas mediante enmiendas y ajustes. Las sustancias reguladas son los *clorofluorocarbonos (CFC)* utilizados en refrigeradores, sistemas de aire acondicionado, espumas, propelentes de aerosoles, solventes, entre otros, y su tiempo de permanencia en la atmósfera es de 50 años aproximadamente, su PAO es entre 0.6 y 1.0 según el tipo de CFC; *Hidroclorofluorocarbonos (HCFC)* empleados como sustitutos de los CFC, debido a sus propiedades similares, con tiempo estimado de permanencia en la atmósfera de 1,4 a 19,5 años, su PAO es 0,005 a 0,520; *Tetracloruro de carbono,* con permanencia atmosférica de 42 años aproximadamente, su PAO es 1.1 y *Metilcloroformo* (PAO: 0.1), ambas sustancias son usadas como solventes en el sector industrial y de producción en lo que dice relación con limpieza de metales; *Halones,* que son sustancias químicas que contienen bromo, tales como el *bromoclorometano* (PAO: 0.12) utilizado como solvente, y el *bromofluorocarbonos* que pueden llegar a ser muy dañinos para la capa de ozono debido a su PAO que va de 3.0 a 10.0; *Hidrobromofluorocarbonos* con PAO de 0.02 a 1.0 y el *bromuro de metilo* que es muy destructor de la capa de ozono, se utiliza en la fumigación contra plagas y otras actividades de la agricultura, su PAO es 0.6 y su tiempo de duración en la atmósfera es de 0.7 años[209].

capacitación, la difusión de información y los proyectos de inversión. Su financiamiento proviene de contribuciones de las Partes que no operen al amparo del párrafo 1 del artículo 5 sin perjuicio del fomento de las contribuciones de otras partes y la colaboración de las organizaciones señaladas. El Banco Internacional de Reconstrucción y fomento (Banco Mundial) es la agencia implementadora del Fondo Multilateral. MONTENEGRO S. *et. al: Los Tratados Ambientales: Principios y Aplicación en Chile.* CONAMA, Santiago, 2001, pp. 326-327.

208 Ver CHRISTOFFERSEN, L. *et. al*: «Primer decenio del FMAM, Segundo estudio sobre los resultados globales», 2002, pp. 17-19. Disponible en «http://www.thegef.org/gef/sites/thegef.org/files/documents/GEF.A.2.4.Spanish.pdf» [última consulta: 23 de junio 2011].

209 MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, España: *Sustancias que agotan la capa de ozono*. Disponible en «http://www.mma.es/secciones/calidad_contaminacion/atmosfera/ozono/

En el Anexo D se encuentra la lista de productos que contienen sustancias controladas especificadas en el anexo A.

3.3.3 Enmiendas al Protocolo

Mediante la figura de Enmiendas y Ajustes se ha ido desarrollando aún más el texto original del Protocolo, lo que ha contribuido de manera considerable en la protección de la capa de ozono. Se han incorporado, conforme a las consideraciones científicas y técnicas, nuevas obligaciones para las Partes y otras sustancias consideradas agotadoras de la capa de ozono.

El Artículo 9 del Convenio de Viena es la norma que regula las enmiendas del Protocolo de Montreal, pues él hace una remisión al Convenio en su Artículo 14, expresando: *Salvo que se disponga otra cosa en el presente Protocolo, las disposiciones del Convenio relativas a sus protocolos serán aplicables al presente Protocolo*. Es el Artículo 9 el que dispone la forma del proceso de enmiendas que puedan acordar las Partes.

Estas figuras jurídicas se diferencian, entre otros aspectos, en que las enmiendas son aplicables sólo a las Partes que la ratifican, en cambio, los ajustes son obligatorios para todas las Partes.

Las Enmiendas al Protocolo son las siguientes:

- La Enmienda y los Ajustes de Londres (1990): los Delegados a la Segunda Reunión de las Partes del Protocolo, mediante Ajustes adelantan las medidas de control para los países afectos al Artículo 2. Por vía de enmienda se agregan 10 CFC a la lista de SAO, se regula lo pertinente al comercio de estas sustancias con Estados que no son Parte en el Protocolo, se incorporan los HCFC como sustancias de transición. Asimismo, esta Enmienda aprueba el mecanismo financiero del Protocolo (Fondo Multilateral para la Implementación del Protocolo de Montreal). Esta Enmienda entró en vigor el 10 de agosto de 1992. Hasta la fecha 8 de abril de 2011, 195 países la han ratificado.

- La Enmienda y los Ajustes de Copenhague (1992): los Delegados de la Cuarta Reunión de las Partes convienen en profundizar las medidas de control, adelantan la eliminación de ciertas sustancias tales como los halones, los CFC, tetracloruro de carbono y metilcloroformo. Se incluyen en la lista de sustancias controladas los hidroclorofluorocarbonos, los hidrobromofluorocarbonos y el bromuro de metilo. Se regula lo pertinente al procedimiento para los casos de incumplimiento y se establece el Comité de Aplicación. Esta Enmienda entra en vigor el 14 de junio de 1994 y a la fecha, 8 de abril de 2011, cuenta con 192 ratificaciones.

- Los Ajustes de Viena (1995): la Séptima Reunión de las Partes incorpora medidas de control para los Anexos A, B y C aplicables a los países que operan

susagotcapaozono.htm» [última visita: 19 de mayo 2011].

bajo el Artículo 5 del Protocolo. Para los países que se rigen por el Artículo 2 se establece la fecha de eliminación total del bromuro de metilo.

- La Enmienda y los Ajustes de Montreal (1997): la Novena Reunión de las Partes incorpora al Protocolo disposiciones que buscan hacerse cargo, en consideración a las demostraciones científicas respecto del bromuro de metilo, de la urgencia de adelantar su eliminación para los países desarrollados y de establecer una fecha de eliminación para los países en desarrollo. Asimismo, se busca resolver el problema del comercio ilícito de las sustancias agotadoras del ozono; se establece una prohibición de importar y exportar bromuro de metilo a países que no son Partes en la Enmienda de Copenhague. Esta Enmienda entra en vigor el 10 de noviembre de 1999 y a la fecha 8 de abril de 2011, 182 naciones son parte de esta Enmienda.

- La Enmienda y los Ajustes de Beijing (1999): En la Decimoprimera Reunión de las Partes en el Protocolo de Montreal, celebrada en Beijing desde el 29 de noviembre al 3 de diciembre de 1999, se acuerda incorporar controles en la producción y el consumo del bromoclorometano para enero del 2002, controles en la producción de hidroclorofluorocarbonos y restricciones para comerciar los hidroclorofluorocarbonos, el hidrobromofluorocarbonos y bromoclorometano con Estados que no sean Partes en la Enmienda. Esta Enmienda entra en vigor el 25 de febrero del 2002 y hasta la fecha 8 de abril de 2011 la han ratificado un total de 167 países[210].

3.3.4 Calendarios de eliminación de sustancias agotadoras del ozono (SAO)

El cronograma establecido en el Protocolo de Montreal establece diferenciaciones respecto de las sustancias que se regulan tomando en consideración su potencial de agotamiento de ozono (PAO) y también son diferentes dependiendo del grado de desarrollo de los países. Si se trata de un país en desarrollo, se aplica lo dispuesto en el Artículo 5, si es un país desarrollado, se aplica el Artículo 2, para los cuales el lapso de tiempo en que deben cumplir con determinados niveles de consumo es mucho menor que el de los países en desarrollo, pues las medidas de control son más estrictas. Las obligaciones contraídas dicen relación con la eliminación del consumo y producción de acuerdo a las fechas acordadas y van en consideración a las responsabilidades correspondientes para cada país. A continuación se presenta el calendario de eliminación de sustancias establecido en el Protocolo de Montreal[211].

210 VEGA, M., PNUMA: Ob. cit. pp. 5-7.

211 Cfr. UNEP, Ozone Secretariat: *Production and consumption of ozone depleting Substances under the Montreal Protocol. 1986 -2004,* Edición 2005. Disponible en «http://ozone.unep.org/Publications/Production_and_consumption2005.pdf» [última visita: 19 de mayo de 2011].

Resumen de las medidas de control de los países amparados por el artículo 5°

Grupos de sustancias	Anexo/ Grupo	Años y medidas de control aplicables (% de cambio relativo al valor basal correspondiente)																	
		1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2040
CFCs	A/I	Congelar						-50%		-85%			-100%							
Halones	A/II				Congelar			-50%					-100%							
Otros CFCs	B/I					-20%				-85%			-100%							
CCl4 (CTC)	B/II							-85%					-100%							
Metil Cloroformo	B/III					Congelar		-30%					-70%					-100%		
HCFCs Consumo	C/I																		Congelar	-100%
HCFCs Producción	C/I																		Congelar	
HBFCs	C/II	Eliminado en 1996																		
BCM	C/III				-100%															
Bromuro de metilo	E/I				Congelar			-20%										-100%		

Resumen de las medidas de control de los países afectos al artículo 2°

Grupos de sustancias	Anexo/ Grupo	Años y medidas de control aplicables (% de cambio relativo al valor basal correspondiente)																
		1989	1992	1993	1994	1995	1996	1999	2001	2002	2003	2004	2005	2007	2010	2015	2020	2030
CFCs	A/I	Congelar			-75%		-100%											
Halones	A/II		Congelar		-100%													
Otros CFCs	B/I			-20%	-75%		-100%											
CCl4 (CTC)	B/II					-85%	-100%											
Metil Cloroformo	B/III			Congelar	-50%		-100%											
HCFC Consumo	C/I						Congelar					-35%		-65%	-90%	-99,50%	-100%	
HCFC Producción	C/I											Congelar						
HBFCs	C/II						-100%											
BCM	C/III									-100%								
Bromuro de metilo	E/I					Congelar		-25%	-50%		-70%		-100%					

3.3.5 Logros adquiridos a causa del Protocolo de Montreal

El Protocolo de Montreal ha tenido logros en diversas áreas, tales como en la contribución al diálogo y participación de más de 190 países, lo que ha llevado a la eliminación de un gran número de sustancias agotadoras de la capa de ozono, teniendo como consecuencia el mejoramiento de ésta, lo que trae beneficios a la salud y respecto del cambio climático[212].

La reducción, desde la entrada en vigor del Protocolo de Montreal, de la producción y el consumo mundial de SAO ha sido considerable. Respecto de algunas sustancias se ha obtenido un cumplimiento exitoso, como es el caso de los CFC, pero lo que dice relación al bromuro de metilo ha sido más difícil cumplir con el calendario fijado, pues para ciertas funciones en que se utiliza esta sustancia aún no se han encontrado sustitutos, lo que ha permitido, por medio de acuerdos de las partes, la utilización de esta sustancia frente a determinados usos y períodos, lo que se conoce como usos críticos. A pesar de esto, se puede decir, de acuerdo a las cifras que se conocen, entre otras cosas, que el Protocolo ha tenido éxito en el cumplimiento de sus objetivos.

Los resultados correspondientes a continuas evaluaciones de la capa de ozono indican se está regenerando, sin embargo, la aplicación del Protocolo no es la única causa, sino que además están involucrados fenómenos naturales, según las informaciones dadas por la NASA. Es necesario considerar que, si bien los resultados han sido bastante positivos, la situación actual de la capa de ozono es alarmante aún, por lo que es preciso tomar las precauciones correspondientes al cuidado de la salud y dar cumplimiento responsable al cronograma fijado en el Protocolo, continuar con los esfuerzos necesarios acorde con el compromiso adquirido para que se pueda restaurar la capa de ozono a niveles saludables. Respecto de esto, si la tendencia continúa, se espera que la capa de ozono debiera regenerarse a los niveles de 1980 entre los años 2030 y 2070 aproximadamente.

El Protocolo de Montreal ha constituido en una medida eficaz en la recuperación de la capa de ozono con resultados bastante positivos, como también, un antecedente importante para la solución de otros problemas globales, pues sus resultados son consecuencia de la cooperación, consenso y participación conjunta de casi todos los países de nuestro planeta, por lo que es considerado un precedente para problemas ambientales como el cambio climático, escasez de agua, etc. Es necesario destacar la adhesión al Principio Precautorio que ha tenido el Protocolo de Montreal, debido a que las medidas se han tomado antes de esperar los resultados de pruebas científicas completas, lo que es relevante en consideración a la materia que se está regulando, pues la espera para tener seguridad absoluta es un riesgo que puede significar daños irreversibles al medio ambiente.

212 Cfr. PNUMA: Resumen de Prensa- Daily News, América Latina y el Caribe. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Unidad de Comunicaciones e Información Pública, Oficina Regional del PNUMA en Panamá. 1 de Agosto de 2007. Disponible en «http://www.pnuma.org/informacion/noticias/2007-08/01/01ago07.doc» [última visita: 19 de mayo 2011].

4. Conclusión

Esta investigación se presentó con el propósito de dar a conocer el problema de deterioro de la capa de ozono y tratar sus aspectos jurídicos desde una perspectiva internacional. Para cumplir con este objetivo, se presentó en un primer capítulo el problema del deterioro de la capa de ozono, explicando brevemente sus alcances con el objeto de ilustrar la situación concreta en la cual el derecho debe intervenir. Consecuentemente, se revisó los instrumentos internacionales que buscan, mediante el acuerdo y la cooperación de los países, solucionar este problema que nos compromete a todos: el Convenio de Viena y el Protocolo de Montreal con sus respectivas Enmiendas y Ajustes.

Apreciando los avances que se han desarrollado a partir de los descubrimientos científicos acerca del deterioro de la capa de ozono hasta el día de hoy, podemos concluir que el trabajo desplegado internacionalmente junto con la implementación del Protocolo de Montreal ha sido exitoso y la gran mayoría de los países han cumplido sus compromisos derivados de la ratificación de dicho tratado. Sin embargo, uno de los desafíos que se presentan actualmente es enriquecer la información a la comunidad sobre los graves efectos que genera la radiación ultravioleta en la salud. Si bien existen avances a nivel cultural, aún es necesario incrementar los esfuerzos con información clara, completa y oportuna, para orientar la conducta y contribuir en la prevención de las enfermedades derivadas de la exposición a elevados niveles de radiación ultravioleta. En esta línea, es deber de los Estados incentivar, y en determinados casos obligar, el uso de los medios de protección, especialmente en las personas que se encuentran más expuestas.

Por lo anterior, es aún más necesario fiscalizar la calidad de los productos que se encuentran disponibles para el consumo y hacer recomendaciones a la comunidad sobre los productos que serían más adecuados y eficaces en la protección contra la radiación ultravioleta teniendo en cuenta la situación particular de cada país y población.

Por otra parte, considerando los problemas a la salud ya generados por el deterioro de la capa de ozono, especialmente el importante aumento en el porcentaje de personas que padecen cáncer a la piel y otras enfermedades derivadas de la exposición a niveles elevados de radiación ultravioleta, es indispensable un rol activo del Estado, especialmente en las materias contenidas en los párrafos anteriores, esto es, enriquecer la información a la ciudadanía, otorgar prestaciones en salud, continuar con la fiscalización respecto al tráfico transfronterizo, profundizar en educación e implementación de tecnologías alternativas, fiscalización y orientación a la ciudadanía referente a los productos que permitan prevenir eficazmente las enfermedades provocadas por el deterioro de la capa de ozono.

Como comunidad internacional, debemos continuar avanzando en la reducción del consumo y producción de los HCFCs, en algunos países del consumo de Metil Cloroformo y Bromuro de Metilo de acuerdo al cronograma presentado. Para un

adecuado cumplimiento será indispensable la incorporación de tecnologías alternativas compatibles con el cuidado del medio ambiente.

Finalmente, con los elementos de análisis que se presentan en esta investigación, podemos concluir que la capa de ozono aún requiere, para regenerarse a niveles saludables, de la cooperación, participación y compromiso de todos los países. En vista de los éxitos que ha tenido el Protocolo de Montreal, por la participación conjunta de los países de nuestro planeta, lo que tendrá como resultado el restablecimiento de los niveles saludables de concentración de ozono en la estratosfera para las próximas décadas, con las consecuencias positivas en la salud del ecosistema, es de esperar que constituya un importante referente para la solución de otros problemas globales, tales como cambio climático, escasez de agua, entre otros.

EL FENÓMENO DE LAS UNIONES DE HECHO EN CHILE Y SU EVENTUAL REGULACIÓN DESDE EL ÁMBITO PATRIMONIAL

Cristóbal Santander Santander[213]

Toda reforma fue en un tiempo simple opinión particular.

Ralph W. Emerson

1. Presentación

Este trabajo tiene por finalidad estudiar el fenómeno de las Uniones de Hecho en Chile y las consecuencias patrimoniales derivadas de la actual falta de regulación legal. Todo esto a propósito del Proyecto de Ley Boletín n° 7.011-07 que regula *la figura contractual denominada Acuerdo de vida en Común,* el que se encuentra en su primer trámite constitucional. Fue ingresado al Congreso el 29 de junio del 2010, siendo derivado a la Comisión de Constitución del Senado.

En este proyecto se define el Acuerdo de Vida en Común y se especifican los fundamentos de hecho y de derecho que avalan la necesidad de legislar sobre los cambios que han surgido en las estructuras sociales no sólo en Chile, sino también en toda Latinoamérica.

Esto último evidencia la importancia de abordar el fenómeno, al reflejar las ventajas que traería la incorporación del contrato de Acuerdo de Vida en Común, que en el Artículo 1 del proyecto lo define como:

> *Un contrato celebrado por dos personas naturales, mayores de edad, para regular sus relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.*

Además, la investigación intentará reflejar las ventajas que traería consigo la incorporación del contrato de Acuerdo de Vida en Común, al solucionar graves problemas que afectarían a parejas de distinto sexo que han convivido largo tiempo y que por su propia voluntad han resuelto no casarse.

Complementando lo anterior, el Acuerdo de Vida en Común se haría cargo de las personas homosexuales y los problemas derivados en diversos ámbitos de la vida en sociedad y, que en definitiva, se explican por la falta de un espacio jurídico que permita formalizar sus relaciones. De ahí que el proyecto presentado por el Senador Andrés Allamand señale que:

> *El acuerdo de vida en común, en cuanto a las parejas de un mismo sexo, asume una premisa fundamental: No hay razón alguna para estigmatizar las relaciones homosexuales, libremente consentidas entre personas mayores de*

213 Alumno de quinto año de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado.

edad. El ordenamiento jurídico que reserva el matrimonio para personas de distinto sexo, no puede ignorar a las parejas homosexuales y debe brindarles reconocimiento legal[214].

El proyecto sugiere incluir en el Artículo 983 del Código Civil[215] una definición de convivencia para quienes quieran hacer valer derechos hereditarios y de alimentos estableciendo como requisito que la cohabitación subsista al momento del fallecimiento del causante.

También es necesario destacar lo diversos que han sido los intentos por parte del Legislativo de regular el fenómeno en cuestión. Al respecto puede nombrarse el Boletín nº 3283-18 o *Proyecto de ley de fomento de la no discriminación y contrato de Unión Civil entre personas del mismo sexo*, ingresado el 10 de julio de 2003, así como también el Boletín nº 4153-18, que establece *una regulación para las Uniones de Hecho*, con fecha de ingreso al 12 de abril de 2006.

Por otro lado, cabe mencionar que el proyecto de ley que abordará esta investigación no se encuentra en estado de urgencia, lo que podría suponer que al legislador no le interesa regular de manera rápida este fenómeno.

El objetivo general de este trabajo será analizar la situación actual de las Uniones de Hecho en Chile, explicando el proyecto de ley que desea regularlas desde el ámbito patrimonial. Por su parte, dicho objetivo se desglosará en las siguientes actividades, a saber: explicar brevemente las causas del aumento de las Uniones de Hecho en Chile y la necesidad de su regulación legal, describir las soluciones que le ha dado la jurisprudencia a estas Uniones de Hecho desde el ámbito patrimonial -analizando conjuntamente el proyecto de ley-, que pretende regularlas bajo un régimen contractual, señalando a su vez los destinatarios de esta eventual regulación.

2. ¿Por qué es necesario legislar las uniones de hecho?

Para empezar, hemos querido utilizar el concepto de Uniones de Hecho y no de Concubinato, pues nos parece mucho más explicativo a la hora de entender los diversos tipos de relación que existen en una sociedad moderna, agrupando con ello a las minorías sexuales. Entenderemos el término Unión de Hecho como *aquella unión entre personas de sexo diferente o del mismo sexo, que conviven de manera exclusiva, continua y estable*[216].

Por su parte, también es necesario destacar que la convivencia de Hecho puede obedecer a diversos motivos, tales como: la independencia de los jóvenes del hogar de los padres, la convivencia por razones económicas o de minimización de gastos de dos o más personas, y por motivos de solidaridad en el estrato de la tercera edad.

214 Proyecto de Ley Boletín nº 7.011-07, ingreso al Senado 29 de junio de 2010.

215 CÓDIGO CIVIL, Artículo 983: *Son llamados a la sucesión intestada los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, sus colaterales, el adoptado, en su caso, y el Fisco*.

216 FUEYO LANERI, Fernando: *Derecho Civil*. Tomo VI, Volumen II. Editorial Universo S. A., Santiago, 1959.

Todo esto nos lleva a comprender la situación actual del fenómeno en Chile. Al revisar algunas cifras del último Censo, realizado el año 2002, se exhibe que durante el período 1992-2002 en el país disminuyeron los matrimonios desde 89.370 a 60.971; aumentando paralelamente la convivencia de un 5.7% el año 1992 a un 8,9% el 2002[217]. De ahí, que estos dos antecedentes permitan concluir que el fenómeno de las Uniones de Hecho se ha acrecentado[218].

Desde un enfoque sociológico, lo anterior es producto del proceso de modernización, que lleva aparejado tres cambios bien diferenciados, como bien lo señala Eugenio Tironi, al sostener que:

> *(...) la diversificación de las formas de familia, la des-diferenciación de la división sexual del trabajo y la desinstitucionalización del vínculo matrimonial agregando que el matrimonio pierde importancia como vínculo formal y normativo, aumentando las tasas de divorcio y derivando nuevas y más flexibles formas de vinculación entre parejas, con un marcado acento en la dimensión afectiva ayudado por el cambio en la principal característica de la familia matrimonial, es decir, la separación entre el trabajo remunerado por parte del hombre y el trabajo doméstico por parte de la mujer*[219].

Vista la estructura actual de la familia chilena y el aumento de las uniones de hecho, podríamos plantear los siguientes inconvenientes: ¿Qué consecuencias patrimoniales derivan de una relación de hecho en caso de enfermedad grave de uno de los convivientes o muerte de uno de ellos? O bien, ¿qué sucede con los bienes obtenidos con dineros comunes, en caso de separación de los integrantes de una unión de hecho?

Sin duda, estos inconvenientes sin solución sirven de argumentos para responder a la gran pregunta inicial: ¿Por qué es necesario legislar las uniones de hecho? Interrogante que esperamos evolucione a una solución, con forma de ley.

Con todo, y a pesar de no existir una regulación orgánica expresa de estas relaciones de convivencia sin vínculo legal, existen referencias a algunos derechos del conviviente, en diversas normas del ordenamiento chileno.

Algunos ejemplos de lo anterior los encontramos en el Código Procesal Penal, cuando enumera las víctimas de algún delito, destacando al conviviente[220], o en la Ley sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales[221], cuando se re-

217 Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. *Censo de Población y Vivienda, Síntesis de Resultados marzo del 2003*. Disponible en internet: «http://www.ine.cl/cd2002/sintesiscensal.pdf» [última visita: 20 de abril 2011].

218 Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. *La Familia Chilena en el Tiempo. Estadísticas del Bicentenario*. Disponible en «http://www.ine.cl/filenews/files/2010/noviembre/pdf/enfoquefamilia_11_11_10.pdf» [última visita: 23 de mayo 2011].

219 Cfr. TIRONI, Eugenio: *El sueño Chileno: Comunidad, Familia y nación en el bicentenario*. Editorial Taurus, Santiago, 2005, pp. 91-93.

220 CÓDIGO PROCESAL PENAL, Artículo 108, letra c).

221 Ley nº 16.744, sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

conoce la calidad de beneficiaria de una pensión a la madre de los hijos naturales del causante, soltera o viuda, que hubiere estado viviendo a expensas de éste hasta el momento de su muerte.

Por su parte, las citadas referencias de nuestro ordenamiento jurídico a las Uniones de Hecho, permiten abordar cómo se han referido los tribunales en su jurisprudencia a estas relaciones de facto, demostrando que aun no registrando una regulación orgánica expresa, no han quedado del todo desamparadas. Esto queda demostrado en la sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, que el año 2005, señaló:

> *Si bien es cierto que el legislador no ha reglamentado de modo expreso y orgánico la institución del concubinato, no lo es menos que se ha referido a él a través de ciertas disposiciones legales dispersas en diversos cuerpos normativos. Por otra parte, es un hecho reconocido que la doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales han ido elaborando un "corpus" sobre tal instituto, resultando de esto una realidad social-jurídica que no escapa a la atención y tratamiento del mundo del derecho*[222].

3. ¿Cuáles son los inconvenientes ante la carencia de una regulación legal de las Uniones de Hecho?

Los principales inconvenientes de la falta de regulación de las Uniones de Hecho, derivan en los siguientes problemas:

a) En la indeterminación del régimen de bienes aplicado a los convivientes, en caso de término de la relación de Hecho.

b) En las pensiones de sobrevivencia, surgiendo la duda acerca de si el conviviente sobreviviente tendría derecho a esta pensión.

c) En caso de Adopción, ¿pueden las Parejas de Hecho adoptar?

d) En la circunstancia en que el conviviente esté sumamente grave por alguna enfermedad o dolencia, surge la pregunta acerca de si el conviviente sano tiene la atribución de poder decidir por el conviviente enfermo.

Es por éstas y otras razones, que las Uniones de Hecho merecen regularse legalmente.

Es posible distinguir dos posturas de fácil identificación, la primera plantea la idea de legislar las Uniones de Hecho integrando solamente a parejas de hecho heterosexuales. La segunda postura llama la atención por su afán de incluir a las relaciones homosexuales.

Algunos, por su parte, plantean que con la regulación de las uniones de hecho se produciría una trilogía de estatutos jurídicos, distinguiéndose el estatuto jurídico del matrimonio, el estatuto de las uniones de hecho y el estatuto jurídico que ha

222 Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena. Rol nº 1005-2005.

regulado la jurisprudencia a las personas que no estando casadas no han convenido voluntariamente un contrato de Unión Civil[223].

Esta postura proviene, principalmente, de organizaciones Pro-derechos de la Familia y grupos políticos de derecha. Dicha postura argumenta que la regulación de las uniones de hecho importa una homologación con el matrimonio, consecuencia que debería evitarse pues generaría una lesión inaceptable a la institución matrimonial, considerando al matrimonio como el pilar de la sociedad[224].

4. Regulación Patrimonial actual de las Uniones de Hecho desde la Jurisprudencia Chilena

Con respecto a la regulación patrimonial que ha desarrollado la jurisprudencia, se distinguen tres grandes respuestas o soluciones jurídicas. La primera guarda relación con la existencia de una sociedad de hecho, producto de los aportes que han realizado los integrantes de una unión de hecho en pro de utilidades comunes. La segunda solución, que ha dado la jurisprudencia, se refiere a la existencia de un cuasicontrato de comunidad. La tercera aduce que producto de la convivencia se han prestado servicios personales, de tipo laboral, los cuales al término de la unión de hecho deben pagarse[225].

Por tanto, según lo analizado, la jurisprudencia ha resuelto desde estos tres criterios la regulación patrimonial de las uniones de hecho, destacando en la mayoría de las sentencias de sus tribunales aquella solución que concibe a la unión de hecho como un cuasicontrato de comunidad como fuente de derechos y obligaciones[226].

Es por ello que, para graficar mejor el criterio usado por la jurisprudencia, nos remitiremos al siguiente fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, en donde dadas las partes *Guillermina González Vásquez con Luis Antonio Aravena Aravena*, se señala que:

223 En otro sentido el abogado y académico Pablo Rodríguez Grez ha señalado 3 observaciones: 1) Que el problema de la actual falta de regulación de las Uniones de hecho no se resuelve con la aplicación, a este tipo de relaciones, de las normas derivadas del matrimonio, ya que la institución matrimonial es la única llamada a formalizar todo tipo de convivencia. 2) Que al regular legalmente las uniones de hecho se crearía un nuevo estatuto jurídico, fundado en distintos valores adaptado a una realidad ajena a nuestra legislación, como se desprende de lo dispuesto en la Ley de Matrimonio Civil y el Código Civil. 3) La solución de las Uniones de Hecho estaría dada en flexibilizar algunas normas a fin de hacerlas más accesibles a quienes procuran dar estructura legal a su vida en común. Cfr. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *¿Modificación o Destrucción del sistema legal (del matrimonio)?* Disponible en «http://www.redprovida.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2846&Itemid=105» [última visita: 15 de mayo 2011].

224 Cfr. FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN: *Regulación de las Uniones de Hecho*. Disponible en «http://www.fjguzman.cl/interna_noticias.php?id=17953» [última visita: 11 de abril 2011].

225 Cfr. DONOSO VERGARA, Florencia; RIOSECO, Andrés: *El Concubinato ante la Jurisprudencia Chilena*. Lexis Nexis, Chile, 2007, pp. 29-32.

226 Cfr. DONOSO VERGARA, Florencia; RIOSECO, Andrés: Ob. cit., p. 48.

Resulta acreditado en los términos referidos por la apelante, que la actora contribuyó con trabajo, esfuerzo y sacrificio a la adquisición y conservación de dicho inmueble. De la prueba testimonial rendida por la demandante, reseñada en la decisión de primer grado, aparece que la mujer ayudaba en la parcela, en todo, y, especialmente en trabajos como plantar cebollas, picar porotos, hacer huerta, excavar chacras (…) además de realizar las tareas domésticas, como las de hacer pan, cocinar y lavar para él y sus hijos.

Que, consecuente con lo anterior, resulta probada la existencia de la comunidad habida entre la demandante y el demandado durante el tiempo del concubinato, por lo que ambos tienen igual derecho sobre las cosas que les pertenecen, siendo dable aceptar lo impetrado a través del presente recurso de apelación[227].

Sin embargo, según la directora del Centro de familia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Carmen Domínguez, que exista una regulación jurisprudencial de las uniones de hecho no hace necesaria una regulación legal, ejemplificando lo anterior con la regulación jurisprudencial del daño moral. Además agrega que existe un deber constitucional de protección de la familia consagrado en el Artículo 1 de la Carta Política, señalando que la ausencia de un estatuto jurídico de las uniones de hecho no importaría una discriminación del ordenamiento jurídico chileno[228].

5. Proyecto de ley que crea la figura contractual denominada Acuerdo de vida en Común. Boletín n° 7.011-07.

Con respecto a la regulación de las Uniones de Hecho, el Estado de Chile en la actualidad presenta una postura abstencionista al no existir una regulación orgánica al respecto. Ante esto y teniendo en cuenta la importancia de esta realidad, se ha presentado un proyecto de ley que permitiría regular los efectos patrimoniales en caso de término de estas uniones.

El proyecto es obra del senador Andrés Allamand, y se encuentra en el primer trámite constitucional en la Comisión de Familia, teniendo como principal objetivo establecer un contrato denominado Acuerdo de vida en común para resguardar así el patrimonio generado durante la convivencia. Es importante señalar que el referido acuerdo no deriva de manera alguna en el matrimonio, sino que regula el ámbito exclusivamente patrimonial.

Por su parte, al analizar el citado proyecto de ley, es posible distinguir las siguientes características[229]:

227 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca. Rol nº 338-2010.

228 Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, en Comisión de Familia de la Cámara de Diputados de Chile, 17 de Junio de 2009.

229 Cfr. Proyecto de Ley Boletín nº 7.011-07, sobre la figura contractual denominada Acuerdo de vida en Común, ingreso al Senado 29 de junio de 2010.

a) Se trata de un contrato entre dos personas naturales mayores de edad, que tienen la libre administración de sus bienes.

b) El acuerdo debe otorgarse por medio de escritura pública.

c) Ambos contratantes conservarán la propiedad, goce y administración de los bienes adquiridos a cualquier título antes y durante la vigencia del contrato, salvo que se sometan a una serie de reglas caso en donde los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo, se considerarán indivisos por mitades entre las partes, con excepción de los muebles destinados para el uso personal de la parte.

d) La celebración de este contrato no genera por sí solo un régimen de comunidad entre los contratantes, salvo que así lo señalen.

e) El contrato determina una serie de derechos a los convivientes, tales como los relativos a alimentos, las decisiones en caso enfermedad o inhabilidad de uno de los contratantes y los derivados de la sucesión.

f) Finalmente, se analizan las causales de terminación del acuerdo de vida en común, tales como: el mutuo acuerdo; la voluntad unilateral de una de las partes; el matrimonio posterior de una de las partes, entre sí o con un tercero; la muerte natural o presunta de una de las partes; y por la declaración judicial de cese de la convivencia, a petición de cualquiera que tenga intereses sucesorios.

Por tanto, al analizar el proyecto en cuestión, es posible concluir que éste presenta una serie de ventajas para el contratante débil, las cuales son difíciles de desconocer, pues se estaría regulando una realidad actual y en aumento.

6. Destinatarios ante una eventual regulación legal de las Uniones de Hecho

Poniéndonos en la hipótesis de aprobarse el proyecto que regula, por medio de un contrato voluntario de unión civil, los efectos patrimoniales de los convivientes, cabe analizar cuáles serían los sujetos favorecidos actualmente con dicha promulgación. Destacamos dos importantes destinatarios:

a) La familia de hecho: definida como aquella convivencia estable y duradera entre dos personas (hombre y mujer) no enlazadas entre ellas por vínculo matrimonial, con o sin hijos, que se comportan como si fueran marido y mujer, unidas por el afecto conyugal, calificada externamente por los aspectos típicos del matrimonio (cohabitación, asistencia recíproca, colaboración, contribuir a las necesidades comunes, fidelidad)[230].

b) Las Uniones Homosexuales: entendidas como convivientes del mismo sexo ligados por intereses comunes, fidelidad y asistencia recíproca. Cabe señalar que este grupo es el más interesado en la aprobación del proyecto que crea la figura

230 SAN MARTÍN NEIRA, Lilian: «Uniones Civiles en Europa: La Problemática Italiana». En: *Debates Jurídicos y Sociales*. Volumen 1, nº 1, Universidad de Concepción, 2008, p. 12.

del contrato de unión civil, por los beneficios que le reportaría la regulación de su patrimonio común y por el reconocimiento legal de sus derechos, sin distinción ni diferenciación arbitraria. Lo anterior se ve reforzado por lo consagrado en nuestra Constitución Política, al asegurar a todos los individuos de la sociedad una participación en igualdad de condiciones.

Es primordial abordar que la familia de hecho ha sido distinguida de otras uniones de hecho por la doctrina chilena y por la jurisprudencia, al destacar tres elementos constitutivos, tales como: la unión de un hombre y una mujer, relaciones sexuales o comunidad de lecho, y la vida en común o comunidad de vida[231].

De estos componentes es posible deducir que tanto la doctrina como la jurisprudencia han querido excluir las relaciones homosexuales, las uniones con un fin distinto, y las uniones que tengan un carácter momentáneo.

Esta exclusión ha dado origen a variadas críticas, provenientes principalmente del Movimiento de Liberación Homosexual (MOVILH), dado que al excluir a la realidad homosexual de una eventual regulación legal constituiría una discriminación arbitraria sin fundamento constitucional a la hora de distinguir.

Con respecto a este último antecedente, el académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Hernán Corral, ha señalado que al excluir a las uniones homosexuales de una eventual regulación legal de las uniones de hecho no se incurre en discriminación alguna, puesto que la diferencia de tratamiento jurídico deriva de una causa justificada. Las uniones homosexuales no pueden expresar ni el amor conyugal (necesariamente complementario en lo sexual) ni la apertura a la procreación (inviable en los actos sodomíticos)[232].

En lo personal, no nos parece que ésta sea la postura que haya que seguir respecto a la regulación de las relaciones homosexuales, pues sería distinguir un amor de primera y de segunda clase por el hecho de una orientación heterosexual u homosexual, aspecto que además contradice el *principio de igualdad constitucional*[233].

Por su parte, toda esta discusión produce la evaluación y redefinición del concepto legal de familia, tanto en la doctrina nacional como en los fallos de nuestros tribunales.

231 Cfr. en BARRIENTOS GRANDON, Javier: *De las Uniones de Hecho*. Lexis Nexis, Chile, 2008, p. 134. Dicho autor señala que tanto la doctrina como la Jurisprudencia uniformemente han sostenido que no es posible considerar como concubinato o unión de hecho no matrimonial la que podrían formar dos personas del mismo sexo, porque se estima como requisito esencial de ellas la diversidad de sexo de las dos personas. Véase además Corte de Apelaciones de Valparaíso, en Gaceta Jurídica nº 206, p. 90, en sentencia de *Bejarano y otros con Araya*: al señalar que el concubinato se define como la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común.

232 CORRAL TALCIANI, Hernán: *Uniones homosexuales y matrimonio*. El Mercurio, Santiago de Chile, 24 octubre, 2005, A-2.

233 El principio de igualdad constitucional chileno se funda en el Artículo 1 de la Constitución Política de Chile, al señalar que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

7. Alcances al concepto constitucional de familia tras una eventual regulación legal de las Uniones de Hecho

Nuestra Constitución Política considera a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, sin embargo no señala la causa generadora de ésta ni tampoco distingue entre las diversas estructuras familiares[234]. De ahí que surjan razones para incluir dentro de la definición, a la familia de hecho pudiendo ésta ser del tipo heterosexual u homosexual.

Se ha señalado también que la unión entre dos individuos del mismo sexo no constituiría una familia, pues no cumpliría la función procreadora, sin embargo desde el ámbito nacional se ha sostenido que la función de la familia contempla no sólo la procreación sino que también la promoción, preservación y transmisión de valores[235].

Además, se plantea que la familia está integrada por personas y que en virtud de los derechos a la libertad, intimidad e inviolabilidad del hogar (Artículo 19 n° 4, 5, y 7 CPR), el derecho a la igualdad (Artículo 19 n°2 CPR) y el principio de bien común y servicialidad estatal, es que se concluye que la Constitución protege a todas las familias, ya que protege a todas las personas[236].

Del mismo modo, como señala la encuesta Adimark *La familia del Bicentenario*, hoy 3 de cada 10 chilenos consideran que sí son hogares las familias compuestas por parejas del mismo sexo; esto sin perjuicio que el 61,4% de los encuestados señale que este tipo de uniones no lo son. En definitiva, se trata de un reconocimiento a la diversidad en comparación a las generaciones anteriores, por ejemplo hace 20 años las parejas del mismo sexo alcanzaban un 2,9% respecto a su consideración como familia ascendiendo ese porcentaje el 2010 a un 32,7%[237].

En este sentido, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha tendido en los últimos años a reconocer expresamente que las diversas especies de familia, antropológicamente consideradas, caben dentro de la noción constitucional de ella[238].

234 Tratamiento distinto lo encontramos en la Ley n° 19.947, sobre matrimonio civil, Artículo 1: *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia. Esto último significa que el matrimonio es causa principal de la familia pero no exclusiva pudiendo existir familias cuya causa generadora es otra como la convivencia e igualmente destinatarias de protección estatal.* Véase en QUEZADA, Flavio: «Concepto Constitucional de Familia». En: *Debates Jurídicos y* Sociales, Universidad de Concepción, vol. 1, n° 1, 2008, pp. 38-39.

235 Cfr. Gaceta del Tribunal Constitucional, n° 10, Abril- Junio, 2008, p. 7.

236 Cfr. QUEZADA, Flavio: *Concepto Constitucional de Familia*. Universidad de Concepción, 2008, volumen 1, n° 1, pp. 40-41.

237 ESTUDIO ADIMARK: *La familia del Bicentenario*. Septiembre de 2010, p. 14. Véase también Diario La Tercera, 9 de septiembre de 2010. Disponible en «http://diario.latercera.com/2010/09/09/01/contenido/tendencias/16-38103-9-estudio-revela-fuertes-cambios-en-la-percepcion-de-la-familia-chilena.shtml» [última visita: 13 de junio de 2011].

238 Cfr. en BARRIENTOS GRANDON, Javier: *Nuevo Derecho Matrimonial Chileno*. Lexis Nexis,

Por tanto, una eventual regulación legal de las uniones de hecho desde el ámbito patrimonial implica no sólo reconocer un tipo de familia que existe en la sociedad sino que también ampliar el concepto constitucional de familia chilena.

8. Conclusiones, Críticas y Comentarios

Con todo el material analizado a lo largo de este trabajo es posible concluir que el fenómeno social de las uniones de hecho no concita interés en los legisladores, dado el estancamiento en la tramitación de un proyecto de ley que permitiría por un lado regular una realidad que desde hace varios años está presente en la sociedad chilena y, por otro, generar una unificación de criterios de solución, propuestos por la jurisprudencia, respecto a esta importante realidad, claramente en aumento. Esta indiferencia ante las uniones de hecho se demostró también al investigar la tramitación del proyecto de ley en cuestión, pues debido al escaso desarrollo legislativo que presenta hasta el día de hoy, sólo fue posible analizarlo a través de los medios de comunicación.

En lo relativo a la regulación actual, encargada a la jurisprudencia, es posible destacar tres elementos: el primero se refiere a la manera en que se ha interpretado la unión de hecho, desde figuras ya existentes en el sistema jurídico, tales como la comunidad, la prestación de servicios personales y la sociedad de hecho. El segundo elemento se vincula con las referencias expresas que se han establecido, en diversos cuerpos normativos respecto al conviviente. El tercero dice relación con la realidad de las uniones homosexuales, sujetos que en la actualidad no poseen un estatuto que les permita reclamar derechos sociales y principalmente patrimoniales, teniendo que esperar que nuestros legisladores se motiven a regular su situación particular.

Con respecto, al referido proyecto de ley que crearía la figura contractual *Acuerdo de vida en común*, creemos que éste presenta evidentes ventajas, relativas a los efectos jurídicos, en caso de terminación de una unión de hecho. Por otra parte, no compartimos lo planteado por algunos autores, que señalan que la promulgación de este proyecto generaría tres estatutos jurídicos distintos, así como tampoco creemos que de aprobarse se atentaría con la protegida y tradicional institución del matrimonio.

Con todo, quien señale que una eventual regulación de las uniones de hecho atenta contra los valores de la familia por incluir al grupo homosexual, sólo plantea una visión extemporal y ajena a los tiempos modernos. Del mismo modo, se

Chile, 2004, p. 14. El autor en este manual incorpora la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que declara en el considerando 7 de su sentencia de 28 de octubre de 1999, confirmado por la Corte Suprema en fallo del 8 de noviembre de 2000 que: *un hombre, una mujer y un hijo que viven juntos en un hogar, constituyen, sin ninguna duda, una familia.* Igualmente la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el Considerando 29 de su sentencia del 17 de abril de 2003, señalaba que la disposición del Artículo 1 de la Constitución cubre también a la familia nuclear con independencia de la existencia de hijos.

debe interpretar el concepto constitucional de familia bajo una mirada amplia que agrupe tanto a la familia tradicional como a la familia de hecho, garantizando el desarrollo igualitario de cada uno de sus integrantes.

Finalmente, creemos que el Derecho debe adaptarse a las nuevas realidades sociales, no dejándose influir por pensamientos conservadores que, a fin de cuentas, imposibilitan con su discurso el desarrollo armónico de una nación.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS. ASPECTOS COMPARADOS

Dante Figueroa Hernández[239]

1. Presentación

El propósito de este artículo es revisar algunos aspectos comparados de la regulación del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica y los Estados Unidos, con un particular énfasis en la ejecución de los laudos arbitrales comerciales internacionales.

2. Notas preliminares sobre la solución alternativa de conflictos comerciales internacionales

La manera más tradicional de solución de conflictos entre particulares es a través de la adjudicación judicial en procesos sustanciados por tribunales creados por la Constitución Política o por la legislación. Es el Estado el que crea un sistema primario de determinación de justicia, tanto penal como civil, en un sentido amplio, en que los jueces son designados de forma permanente y ocupan sus posiciones mientras mantienen su buena conducta. Sin embargo, históricamente también los litigantes privados han acudido a terceros para que resuelvan o ayuden a las partes a resolver sus conflictos conforme a pautas entregadas por dichos litigantes. Es así como un tercero independiente, llamado árbitro, designado no por el Estado sino por las partes mismas, actúa en una disputa privada[240]. Este método de solución de conflictos se denomina alternativo por cuanto es diverso a la adjudicación judicial, y se fundamenta en una suerte de percepción de que el Estado es lento en administrar justicia, o en que sus agentes carecen de la imparcialidad o de la experiencia requeridas para el efecto, o en que los costos son prohibitivos para los litigantes. En síntesis, el método del arbitraje nace de una desconfianza o decepción de parte de los litigantes privados hacia el Estado como administrador de justicia.

Los objetivos de los medios alternativos de solución de disputas se centran, precisamente, en contrarrestar los elementos negativos percibidos en la adjudicación

239 Abogado chileno y miembro de la barra de abogados de Nueva York y Washington, D.C. Profesor Adjunto de las Facultades de Derecho de la Universidad de Georgetown, y de la American University en Washington, D.C. Posee grados de maestría de la Universidad de Chile y de la American University. Su correo electrónico es: df257@georgetown.edu.

240 Cfr. LI, Ya-Wei: *Dispute Resolution Clauses in International Contracts: An Empirical Study*. 39 Cornell Int'l L.J. 789, 2006, pp. 794-797. (destacando que las principales características de las cláusulas de arbitraje comercial internacional son su predecibilidad, neutralidad, ejecutabilidad, confidencialidad, y finalidad).

judicial, esto es, en disminuir los costos de litigar, en aumentar la celeridad en la decisión de los juicios, en garantizar la imparcialidad o la sofisticación jurídica, o en obtener flexibilidad en la conducción de los procedimientos aplicables.

Es decir, estamos en un momento de creciente complejidad en el tema del arbitraje internacional, y estos desafíos han recibido soluciones diversas en distintas partes del mundo. Estos no son temas exclusivamente chilenos, latinoamericanos o estadounidenses. Lo que vamos a ver más adelante en este artículo es qué soluciones latinoamericanas se han encontrado para estos desafíos, y efectuaremos una comparación con la evolución del mismo tema en los Estados Unidos[241].

En el caso de Chile, es sabido que un litigio común está gobernado por el sistema de producción de la prueba reglado en el Código de Procedimiento Civil. En este sistema, las partes no tienen libertad para determinar qué medios de prueba pueden elegir, qué medios serán aceptados, ni con qué valor probatorio. Raramente está permitido a las partes cambiar plazos procesales, esto es, aumentarlos o disminuirlos, suprimir presunciones, alterar el peso de la prueba, incorporar nuevos medios de prueba, entre otras materias. De tal manera, para salir de alguna manera de este 'zapato apretado' que significa el litigio estatal se han diseñado métodos de solución alternativa de disputas.

2.1 Un Componente Internacional en Disputas Comerciales

El recurso al arbitraje presenta mayores complicaciones si se trata de litigios que contienen un componente internacional. Un componente internacional, en términos simples, dando una definición por antonomasia, ocurre cuando cualquiera de los elementos del litigio no es nacional. Ante la pregunta de ¿qué no es nacional?, en primer lugar la respuesta se refiere a un litigante extranjero. Igualmente, un componente extranjero ocurre cuando el asiento del tribunal está ubicado en un lugar distinto de aquél del domicilio de las partes, o la cosa litigiosa está ubicada físicamente o registrada en otra jurisdicción. Estos son algunos ejemplos que ilustran el fenómeno de la presencia de un componente extranjero en un litigio que de otra manera sería enteramente nacional o doméstico.

Un componente internacional añade un peldaño más de complejidad relativo a la intervención del soberano en la solución de disputas cuando se trata de decisiones extranjeras. De hecho, los efectos de un caso pueden tener repercusiones en más de una jurisdicción nacional, y es aquí donde el elemento soberano se alza como un obstáculo insuperable al reconocimiento de las acciones de otro soberano. Quizás el área más elocuente y visible es el caso de las disputas de inversión. Cuando los inversionistas extranjeros vienen al país y surge un conflicto, bien sea con una contraparte nacional o con el Estado, es latente la existencia potencial del problema de la aplicación de una decisión no nacional en el territorio del Es-

241 CHAITMAN, Helen: «Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the United States». En: *NYSBA International Law Practicum,* vol. 19, nº 2, 2006 (efectuando una revisión de las causales de denegación de la ejecución de sentencias extranjeras en los Estados Unidos).

tado. En este contexto, en ninguna parte del mundo los inversionistas extranjeros son proclives a someterse a los tribunales locales; ellos desean sustraerse de los tribunales nacionales[242].

Por otra parte, los juicios no son concebidos para satisfacer los honorarios de abogados, ni para lucir las habilidades retóricas ante un jurado, ni para ventilar la vida privada de partes y testigos. Nadie piensa en una sentencia definitiva estelar que va a permitir el lucimiento del abogado. Se trata más bien de un tema de negocios. Con respecto al uso de litigios judiciales, o la amenaza de ellos, todo el tema legal en realidad se orienta a los de los negocios.

En definitiva, se enfatiza que los métodos de solución alternativa de conflictos, a saber, la negociación, la mediación y el arbitraje, también están disponibles en caso de una disputa con un componente extranjero. La conciliación es igualmente un medio alternativo de solución de disputas, pero dejaremos su análisis para otra ocasión.

2.2 La Negociación y la Mediación Internacionales

En cuanto a la *negociación* directa, ésta es la manera de solución de controversias tradicional y más básica entre las partes; éstas conversan directamente y resuelven sus conflictos[243]. Esta aproximación se da tanto en el ambiente privado de las familias, de las relaciones interpersonales de amistad, como también entre los Estados. Los Estados dialogan. Por ejemplo, el Viceministro de Relaciones Exteriores de Chile conversa con su contraparte peruana sobre temas limítrofes o de cooperación. Lo mismo se da en todas partes del mundo. Entonces, precisamente en el diálogo directo consiste el método de negociación a conflictos comerciales internacionales.

El segundo método es la *mediación*, el cual en materia internacional no se reserva solamente a los Estados. Está también disponible para los privados que tienen disputas entre sí. Tomando un ejemplo de derecho comparado, en Estados Unidos el tema de la mediación está bastante avanzado y es un método disponible

242 Sobre el particular cabe notar la actitud general de la judicatura chilena hacia el arbitraje comercial internacional definida por la Corte Suprema de Justicia en el caso Rol nº 5228-2008, de fecha 15 de diciembre de 2009, relacionado con una solicitud de exequátur de una sentencia dictada en un procedimiento arbitral desarrollado con sede en Francia, cuya Corte Suprema señaló que no procede denegar el reconocimiento de tal sentencia arbitral extranjera en Chile (citado por BENNINGHOFF, Ingrid: *Corte Suprema de Chile Reconoce Sentencia Arbitral Extranjera Sujeta a Procedimiento de Anulación en País de Origen* (fuente CAM Santiago), publicado por Asadip el 27 Agosto de 2010. Disponible en «http://asadip.wordpress.com/2010/08/27/corte-suprema-de-chile-reconoce-sentencia-arbitral-extranjera-sujeta-a-procedimiento-de-anulacin-en-pas-de-origen/».

243 THOMPSON, Lisa: «International Dispute Resolution in the United States and Mexico: A Practical Guide to Terms, Arbitration Clauses, and the Enforcement of Judgments and Arbitral Awards», 24 Syracuse J. Int'l L. & Com. 1, 1997. Relacionado con la ejecución de sentencias y laudos arbitrales en los Estados Unidos y México.

en muchas áreas de la vida social. Existe una suerte de política pública de parte del Estado en favorecer que la menor cantidad de conflictos lleguen a tribunales. Esa política pública es un propósito del Estado. Ahora bien, ¿cómo se logra tal objetivo? ¿Qué medios se utilizan? En dicho país existen centros de mediación con mediadores expertos y procedimientos predeterminados para una amplia solución de disputas privadas individuales y colectivas. Si las partes tienen un conflicto de cualquier naturaleza, principalmente económico, se dirigen a dichos centros de mediación y solicitan la designación de un mediador. El mediador, así por ejemplo, puede revisar una disputa relativa a una concesión de un particular para explotar una vía y cobrar peaje, cuando producto de la inflación el Estado determina congelar las tarifas o subir los montos de los pagos del concesionario. El sistema de mediación está disponible también para la situación de conflictos entre partes en un contrato privado. Así, un agricultor puede reclamar el pago de un producto agrícola ya entregado, o de interés sobre el precio. La política pública de desincentivo del uso de los recursos fiscales en la forma de adjudicación judicial implica, igualmente, una política estatal de favorecimiento de los procesos de mediación. Los mediadores son comúnmente expertos en áreas determinadas: en nuestros ejemplos, en el área de la agricultura, o en el área de las concesiones de infraestructura. Ellos escuchan a las partes separadamente y también en algunas evoluciones más interesantes escuchan presentaciones orales de sus abogados casi como si el proceso de mediación se tratara de un juicio. El método de mediación es muy exitoso y las estadísticas demuestran que aproximadamente el 10% de las disputas llegan a juicio en Estados Unidos. El resto se soluciona directamente entre las partes a través de mediación o de conciliación en un foro judicial antes de ir a juicio.

Obviamente el método de la mediación está sujeto a críticas fundadas, primordialmente, en que el mediador sería una especie de 'león sin dientes'. En efecto, la crítica apunta en dos sentidos. Por un lado, porque en el tema de la mediación el intermediario no tiene la capacidad de dictar una sentencia que sea obligatoria para las partes. La otra crítica apunta a que el proceso de mediación permite a la parte que está de mala fe tener acceso a la información confidencial que se revele, y a la que de otra manera no tendría acceso. En tal sentido, la mediación sería simplemente una estrategia para ganar tiempo, información y energía para la verdadera guerra, que sería el proceso judicial posterior.

Sin embargo, la experiencia demuestra que los mediadores usualmente conocen bien el área en que son llamados a intervenir. Los mediadores son usualmente personas prudentes, comúnmente jueces jubilados de al menos cortes de apelaciones. Se trata de personas con experiencia, que han estado durante muchas décadas sentados en dichas cortes y que conocen las maneras en que puede evolucionar un conflicto. Entonces, el mediador usualmente se sienta con una de las partes y, tal como sucede en un juego de ajedrez, le presenta los posibles escenarios de triunfo o derrota. Para tales efectos el conocimiento del derecho y las tendencias judiciales ayuda a clarificar las expectativas de las partes. En un ejemplo de cobro de sumas

adeudadas, podría hacer ver a la parte que de lo pedido (100), únicamente 60 corresponden a la deuda real, y lo demás son intereses y honorarios de abogados, y costas. Podría hacer ver a la parte que los tribunales, por ejemplo, son reticentes en otorgar más del 20% de las sumas iniciales adeudadas. De esta forma, se agrega un elemento realista y de criterio práctico, o casi de *sinceramiento* para la revisión de lo pedido por las partes. La intervención de un mediador experto puede hacer presente a las partes la fortaleza o la debilidad de sus medios de prueba, *v.gr.* testigos, o la caducidad de reclamos, o cualquier otro elemento. Finalmente, el mediador experto intentará evitar el litigio, en armonía con la política pública de Estados Unidos. Tal es dicha política que en materia criminal también existen numerosos ejemplos de acuerdos entre los fiscales y los acusados también dirigidos a evitar la adjudicación judicial.

Así las cosas, bien se trate de litigantes privados, o de materias civiles o criminales, y precisamente bajo el halo del estímulo estatal, en Estados Unidos existe una clara política pública para evitar la solución de conflictos en sede judicial. La otra cara de la medalla de esta política muestra la desconfianza hacia la adjudicación judicial a favor de una solución privada de conflictos privados.

Ahora bien, a nivel internacional también existe la posibilidad de que las compañías o los inversionistas extranjeros que invierten en determinadas jurisdicciones se avalen de sistemas de mediación con la misma filosofía ya vista. Existen numerosas instituciones diseñadas para tales efectos, por ejemplo, la Cámara Internacional de Comercio ofrece tales posibilidades de mediación.

2.3 Generalidades sobre el Arbitraje Comercial Internacional

La insuficiencia o el fracaso de los métodos alternativos de solución de conflictos, en disputas que poseen un componente internacional, se enfrenta a la realidad de que no existe un poder judicial mundial con jurisdicción sobre todos los tribunales del planeta que pueda solucionar conflictos con alcances definitivos. En este contexto arribamos al tema del arbitraje internacional.

Recordemos que la palabra *arbitrar* proviene del latín *arbitrare*, esto es, adjudicar o decidir una disputa con un valor obligatorio para las partes. El concepto del arbitraje ha evolucionado a través de los siglos hasta transformarse en la alusión a un procedimiento en que un tercero decide una disputa fuera del contexto judicial. Por otra parte, el arbitraje puede ser doméstico o nacional, e internacional. El doméstico como ya mencionamos, involucra aquél en que no existe un componente internacional, y puede estar permitido, prohibido o ser facultativo para las partes, conforme a la legislación del Estado respectivo.

Es esencial, sobre todo si el arbitraje internacional involucra la presencia de algún componente internacional, reconocer que la intervención del soberano determinará qué materias son susceptibles de arbitraje conforme a la legislación doméstica. Por ejemplo, en el caso hipotético de que un inversionista español que ha ganado una concesión para la construcción de carreteras en Chile, tuviera

un conflicto con el Estado, en este caso puede ser que la ley nacional, presente o futura, determine que las disputas entre los concesionarios y el Estado no puedan ser sometidas a arbitraje internacional porque involucran un interés público. En otras palabras, para que el arbitraje sea una opción para las partes, no basta el consentimiento voluntario de los involucrados en la disputa. Es necesario, además, que el soberano afirme dicho acuerdo, previo o posterior al momento en que surja la disputa, para arbitrar. Por otra parte, nadie puede ser forzado a arbitrar una disputa en contra de su expreso consentimiento. En suma, es la ley nacional la que restringe o permite el arbitraje de una disputa con un componente extranjero.

Existen varios temas complejos relacionados con el arbitraje comercial internacional. Entre ellos, la validez de las cláusulas y de los acuerdos arbitrales, el lugar o el asiento del arbitraje, la elección de los árbitros, los poderes otorgados a estos, las medidas precautorias o tutelares posibles dentro del procedimiento arbitral, la ley sustantiva conforme a la cual se resolverá el conflicto sujeto a arbitraje, sólo por nombrar las principales.

En un simple ejercicio, veamos cómo nuestro ejemplo hipotético del concesionario español y el sub-concesionario chileno, puede llegar a un gran grado de complejidad.

Las partes intervinientes podrían pactar entre ellos una cláusula arbitral para que su litigio sea llevado a arbitraje ante un tribunal arbitral de Australia, es decir, una cláusula de elección del asiento del tribunal arbitral. ¿Cuál sería el impedimento en este caso? ¿Y por qué no una corte arbitral de Buenos Aires o de Honduras? Es decir, el tema de fondo se refiere a las restricciones impuestas por el soberano sobre la procedencia de la elección del asiento del arbitraje. En este contexto, tratándose del asiento del arbitraje existen muchas jurisdicciones que facultan a los árbitros a dictar medidas precautorias, y estos poderes arbitrales pueden determinar la elección de las partes. Pero, ¿qué son las medidas precautorias arbitrales? Son medidas provisionales, interinas que permiten al árbitro ordenar que ciertas cosas se ejecuten antes de que se dicte el laudo arbitral definitivo. Como dijimos, algunas jurisdicciones proveen dichas medidas, ¿pero qué sucedería si en nuestro ejemplo el arbitraje entre el concesionario y el sub-concesionario se llevara a cabo en Brasil y la ley brasileña le permitiera a los árbitros dictar medidas provisionales, pero ello no fuera aceptable para la ley chilena? Y si el árbitro brasileño ordenara que se suspenda la concesión, ¿qué efecto tendría en Chile dicha medida interina?

Otro tópico también para solucionar dentro del contexto del arbitraje internacional es el idioma en que se conducirá el arbitraje. Si el concesionario de la autopista en Chile es español, el lenguaje del contrato de concesión será probablemente el castellano. El idioma del contrato es importante ante la realidad de los *efectos de la Torre de Babel*, esto es, ante la carencia de un idioma universal. Lo cierto es que no todo el mundo habla japonés, ni todo el mundo habla chino, ni todo el mundo habla castellano, ni portugués. Pero lo que sí es cierto es que hay muchos árbitros que son de Portugal, España, Japón, y China, y muchos inversionistas también de dichas jurisdicciones que, presumiblemente, se sentirían más cómodos efectuan-

do sus transacciones en sus lenguas maternas. En tal sentido, el peso monetario, económico, o estratégico de los contratantes es determinante para determinar el lenguaje de las transacciones o contratos conforme a la regla de oro en materia de negocios, esto es, de *quien pone el oro pone las reglas*. Consecuencialmente, la tendencia natural será que los contratantes con mayor fuerza económica buscarán que el idioma del contrato sea aquél de su determinación. Estos son temas claves que hay que solucionar para llevar a cabo un litigio arbitral exitoso. Es necesario contar con traductores o intérpretes, y esto puede significar costos muy elevados para las partes, especialmente tratándose de traducciones entre idiomas de un menor uso universal.

También es de relevancia la elección de los árbitros. Varias opciones existen a este respecto. Tribunales unipersonales o colectivos. En el último caso, los árbitros pueden ser elegidos por las partes o por un tercero. También existe la posibilidad de auto-generación parcial del panel arbitral cuando los árbitros designados por las partes designan a otro u otros árbitros. Conectado con esta materia está el tema de la confidencialidad del arbitraje. Basta pensar en las implicancias para derechos de propiedad intelectual, de fórmulas, de propiedad industrial, o de marcas comerciales. En muchos casos, los árbitros van a tener acceso a información confidencial y privilegiada de los litigantes. En tal sentido, los litigantes poseen un interés legítimo que debe ser protegido, pero en un contexto de balance para lograr un tratamiento racional, efectivo y justo que permita a los árbitros adjudicar las disputas. La forma usual de enfrentar estos temas es vía acuerdos de confidencialidad que son planteados antes del arbitraje y sobreviven luego de la adjudicación arbitral, y por cierto de la ejecución del laudo arbitral. Incluso en muchos casos las partes pactan que el laudo arbitral permanezca confidencial frente a terceros después de emitido.

3. El reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en la Región

Sin embargo, ninguno de los tópicos mencionados que hacen complejo el arbitraje internacional, supera en importancia a aquél que se refiere esta presentación, esto es, el reconocimiento y aplicación de un laudo arbitral comercial extranjero dentro de una jurisdicción nacional[244].

En nuestro ejemplo, si el concesionario español y un sub-concesionario acordaran llevar a arbitraje su disputa ante los centros arbitrales de la Cámara de Comercio de París o de Londres, o de São Paulo, el punto clave va a ser que en algún momento dicho laudo arbitral tendrá que ser ejecutado en Chile. Incluso, puede ocurrir que el laudo arbitral extranjero incluya aspectos que van en contra de la legislación nacional. Por ejemplo, si el laudo dijera que las tasas de interés

244 Cfr. MILLER, Robin: *Construction and Application of Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, 1 A.L.R. Fed. 2d 309, 2005. Analizando de manera detallada las normas relativas a la ejecución de laudos arbitrales internacionales en jurisdicciones parte de las convenciones de Panamá y Nueva York.

adeudadas al concesionario llevan un interés anual de un 8%, cuando, en nuestro caso, la ley chilena permite, a vía de ejemplo, solamente un máximo de un 5%. La pregunta es ¿qué sucede con dicho laudo arbitral cuando se desea aplicar en Chile?, ¿puede el laudo ser ejecutado en Chile, o sería necesario reducir la tasa cobrada desde el 8% al 5%? El asunto se complica aún más si Chile fuera parte de convenciones internacionales que proveen que los laudos arbitrales extranjeros tienen que ser ejecutados como están, esto es, sin modificaciones. Es decir, los laudos arbitrales extranjeros terminarían siendo una vía disponible efectiva para circunvenir el derecho nacional. Así pues, el tema del arbitraje internacional presenta una complejidad creciente y sí puede afectar la vida jurídica nacional.

En otra variante del arbitraje internacional, desde mediados de los años sesenta existe al alero del Banco Mundial el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Dicho Centro tiene por objeto, por primera vez en la historia, permitir que privados de un Estado parte de la Convención que crea el CIADI demanden directamente a un Estado por disputas de inversión. Chile ha participado como demandado en algunos casos. Un ejemplo reciente es el caso Clarín, en que privados interpusieron una demanda ante el CIADI en contra del Estado chileno por alrededor de 500 millones de dólares. La demanda se fundamentó en la confiscación del diario Clarín, que era un diario que existió hasta el año 1973 en Chile, efectuada en contravención del derecho internacional, según los demandantes. Chile perdió el caso, el cual se encuentra a la fecha en etapas de impugnación del laudo arbitral. Pues bien, las disputas ventiladas ante el CIADI no son disputas comerciales entre comerciantes de distintos países sino, como se vio, entre un privado y un Estado. Es posible que este tipo de casos se vean muy lejanos a la realidad diaria del actuar jurídico nacional, pero estos litigios de inversión son muy reales y cercanos cuando, como ha sucedido, la Tesorería General de la República debe hacer uso de recursos fiscales y ha escrito vales vista u otros documentos pagaderos a privados en bancos neoyorquinos por decenas de millones de dólares. Estamos frente, entonces, a temas muy reales, máxime cuando la economía nacional chilena, como es el caso, deriva sus ingresos en muy alto porcentaje de la inversión extranjera[245].

En este contexto, podemos ver el caso, por ejemplo, de inversionistas chilenos en Argentina que pueden llegar a conflictos con el Estado argentino, o con otros inversionistas privados argentinos. En el primer caso, al ser tanto Chile como Argentina Estados parte del CIADI, el inversionista chileno puede iniciar una disputa de inversión directamente en contra del Estado argentino. En la segunda hipótesis en tanto, las partes pueden haber pactado una cláusula arbitral dando jurisdicción a una corte arbitral establecida conforme a las reglas de arbitraje comercial internacional de la Cámara de Comercio de Londres o de otro país. Obviamente, la opción de

245 CREMADES, Bernardo M.: *Disputes Arising out of Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and other Jurisdictional Issues*, 59-JUL Disp. Resol. J. 78, 2004. Refiriéndose a la relación entre la Doctrina Calvo y la extensa aprobación de tratados bilaterales de protección de inversión suscritos por Estados latinoamericanos en décadas recientes.

arbitraje ante el CIADI no está disponible entre litigantes privados. En el caso del arbitraje en Londres, los árbitros no tienen que ser únicamente británicos, es más, pueden serlo de cualquier país del mundo por cuanto los árbitros no representan a sus Estados, ni están designados por sus Estados. Se trata entonces de un sistema de justicia privada internacional.

3.1 La Evolución del Arbitraje Comercial Internacional en Estados Unidos

Todos los temas enunciados han sido enfrentados y han evolucionado a través de los años en los Estados Unidos. En materia legal dicho país se erigió sobre las bases del derecho inglés. Por lo tanto, es preciso revisar primeramente el derecho de Inglaterra.

Inglaterra ya en el siglo XVI prohibió los acuerdos arbitrales, es decir, los acuerdos para sustraer la solución de conflictos desde el poder judicial de las cortes reales hacia particulares en la forma de tribunales arbitrales. Es decir, Inglaterra rechazó lo que hoy llamaríamos la tendencia hacia la *privatización de la justicia adjudicatoria*. La lógica de la prohibición del siglo XVI se fundó en la idea que corresponde al poder soberano decidir los conflictos entre los ciudadanos y no a los ciudadanos entre sí, lo cual poseía un carácter de política pública. En la Inglaterra moderna, cuna del industrialismo capitalista, la intervención del poder soberano actuó como una garantía para el más débil, esto es, el vasallo, frente al poderoso, *v.gr.* el dueño de la tierra, en caso de conflicto. Así entonces, el principio de prohibición del arbitraje privado de controversias actuó como una protección para asegurar la igualdad en la adjudicación de disputas entre ciudadanos diversos. Esta es, por lo demás, una perspectiva común a casi todas las jurisdicciones a través de la historia. De tal manera, la herencia inglesa sobre el arbitraje en Estados Unidos es contraria al arbitraje por razones de soberanía, y consecuentemente calificó los acuerdos arbitrales privados como esencialmente revocables, esto es, anulables.

La novedad surgió primero en Estados Unidos, en el Estado de Nueva York, donde en 1768 la Cámara de Comercio decidió crear una cámara de arbitraje, pero reservada sólo a disputas entre comerciantes. La lógica de esta decisión se fundamentó en la naturaleza del comercio internacional, que es tan antiguo como la humanidad misma. Se asumió que los comerciantes venden y compran todo tipo de productos de manera periódica y constante; se conocen y desarrollan relaciones con el tiempo. Basta recordar las guildas medievales. De tal manera que cuando surge un desacuerdo entre ellos sobre, por ejemplo, un despacho o una mercancía específica, su tendencia natural es evitar 'contagiar' toda la relación comercial entre las partes. Así, el entendimiento entre comerciantes es que con reglas distintas se pueden solucionar de manera también distinta sus disputas, lo que no sucede entre privados. Por ejemplo, un conflicto predial de límites entre A y B que disputan que la línea medianera debería ubicarse diez metros más (o menos) hacia el predio del otro litigante, es un evento *único* en la vida de las partes. Esto es, difícilmente los vecinos se verán involucrados en un conflicto semejante entre ellos en el transcurso

de sus relaciones de vecindad. Los comerciantes, como hemos indicado, tienen históricamente una relación continua. Siendo en este contexto la Cámara de Comercio el lugar de concentración de los comerciantes en la ciudad de Nueva York, tocaba a dicha entidad ser pionera en el tema del arbitraje entre sus miembros. Fue dicha entidad, entonces, la que en Estados Unidos creó la posibilidad del arbitraje mediante un tercero independiente designado por las partes para su solución. Así es como la idea de justicia privada entre comerciantes surgió en dicho país. En el caso chileno, la Cámara de Comercio de Santiago siguió esta tendencia y creó su centro de arbitraje a fines del siglo XX.

Luego, en 1817, la Bolsa de Valores de Nueva York, redactó la primera cláusula arbitral modelo para contratos de inversión accionaria. Así vemos que desde el intercambio comercial de bienes y servicios la posibilidad arbitral se extendió hacia las inversiones intangibles, siempre estimulada por el impulso privado. El modelo de Nueva York pronto se extendió a otros Estados de ese país que, como sabemos son independientes, autónomos, y soberanos para dictar su propia legislación, con excepción por cierto de las facultades del gobierno federal en conformidad a la Constitución Federal de ese país.

El año 1854 la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció la existencia del arbitraje, y aceptó la discreción de los privados para resolver sus disputas privadamente con fuerza obligatoria. Pero la Corte clarificó que dicho reconocimiento es dependiente de la condición de que los laudos arbitrales estén sujetos al control de la revisión judicial por los tribunales ordinarios. Es decir, abrió la puerta al arbitraje pero la cerró en cierto punto. Como el sistema del derecho común está basado en los precedentes judiciales, la misma Corte Suprema puede cambiar de opinión, lo que sucedió en 1874 al sostener que los acuerdos arbitrales son válidos únicamente después de surgida la disputa. De tal manera, resolvió la Corte Suprema, los acuerdos arbitrales prejudiciales son nulos. Es posible entender esta retrogresión si se mira el legado de siglos del precedente del sistema inglés contrario al arbitraje.

Luego en 1920, y en reacción a la tendencia federal anti-arbitraje marcada por la Corte Suprema en 1874, Nueva York aprobó su propia Ley de Arbitraje. Dicha Ley validó los acuerdos arbitrales tanto anteriores como posteriores al surgimiento del litigio. Igualmente, estableció que los acuerdos arbitrales son válidos, irrevocables y ejecutables para todas las partes, y reconoció ciertas defensas para evitar su ejecución. Entre estas defensas incluyó la corrupción de los jueces, la nulidad del acuerdo arbitral, y la parcialidad de los árbitros. Existen ciertamente causales adicionales para la anulación de los laudos, pero éstas son las principales. El gobierno Federal reaccionó cinco años más tarde y dictó en 1925 la Ley Federal de Arbitraje. Aquí es importante indicar que, como se trata de un país de derecho común en que, dicho coloquialmente, el Congreso propone y la Corte Suprema dispone, dicha Ley Federal de Arbitraje debía pasar el test de constitucionalidad para ser aplicado plenamente. Ello sucedió en 1932 al declarar la Corte Suprema la constitucionalidad de la Ley Federal de Arbitraje, y permitir que se extendiera a otras materias incluso las laborales.

Así, poco a poco, el tribunal supremo fue ampliando su visión hacia el arbitraje privado y con ello demoliendo la exclusividad del Estado para la solución de conflictos en casos civiles y comerciales, y ahora también en materias laborales. La sentencia de 1932 es también destacada en cuanto estableció, o más bien reconoció, dos doctrinas que poseen una importancia vital para la subsistencia de la que devendría luego en una política oficial sobre el arbitraje. Así, la Corte definió la *teoría de la separabilidad*, que reconoce que si en un contrato existen muchas cláusulas, y una de ellas es la cláusula arbitral, la nulidad de alguna de las demás provisiones no afecta necesariamente con nulidad la cláusula que establece el arbitraje, o que designa árbitros, o que de otra manera consagra el método arbitral para la solución de las eventuales disputas que surjan del contrato. Dicho de otro modo, la validez, o nulidad, de la cláusula arbitral debe analizarse con independencia de las demás cláusulas del contrato. Por lo mismo, el juez debe rechazar todo ataque en contra de la cláusula *basado* en causales que afectan al contrato subyacente mismo. Así las cosas, es el árbitro designado en conformidad a la cláusula arbitral el que decidirá sobre la nulidad o validez del contrato en que se encuentra inserta la cláusula arbitral. De allí la enorme importancia del principio de la separabilidad que, de no existir, afectaría de forma muy negativa la institución del arbitraje privado.

La segunda doctrina es el principio denominado en alemán, *Kompetenz-Kompetenz*, que quiere decir: "Competencia-Competencia". Pues bien, ¿qué significa esto? Significa que los jueces arbitrales son los que tienen el poder para decidir, por sí y ante sí, si ellos tienen jurisdicción o no para decidir un conflicto que haya sido llevado ante ellos. Esto demuestra una gran evolución, o involución dirían quienes se oponen al arbitraje, en el sentido de que es el juez árbitro mismo y no el juez común quien tiene la última palabra para decidir si tiene o no jurisdicción sobre un caso determinado. Se trata entonces, de un principio accesorio al arbitraje de mucho peso legal.

Como vemos, la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tema arbitraje en general se desarrolló a través del siglo XIX en Estados Unidos, en el sentido que las posibilidades de arbitraje fueron progresivamente ampliadas a aspectos que nosotros podríamos encontrar inusuales. Un ejemplo se da en el contexto del área antimonopolios, llamada en Chile de *defensa de la libre competencia*, en que actores en el mercado se ponen de acuerdo para fijar los precios o incurren en otras prácticas contrarias al principio de la libertad de los mercados. Pues bien, existe un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos que dice que los conflictos que surjan de prácticas supuestamente antimonopólicas pueden ser sometidos a arbitraje. Esta decisión implica una validación de la sustracción de los conflictos de libre competencia desde el Estado hacia el ámbito privado del arbitraje. Alguien podría decir que los mismos 'malos' se ponen de acuerdo y después designan un árbitro para decidir cuál de los dos 'malos' tiene la razón o para que 'parta la torta en la mitad', pero al final del día los mismos 'malos' se quedan con los lados de la torta. Por otra parte, el contra-argumento es que existen muchos aspectos de la

libre competencia que son simplemente temas de negocios, que no importan una repartición indebida del mercado en contra de la ley. Además, conforme a esta perspectiva, si el juez árbitro es quien decide este conflicto antimonopolios simplemente observará la ley de manera que no existe ningún problema. Sin embargo, estas críticas han tenido eco durante la segunda parte del siglo XX en Estados Unidos y en otro caso la Corte Suprema ha dicho que los acuerdos arbitrales en materia antimonopolios son inadmisibles en vista de una teoría sobre el bien común que ha esbozado. Con posterioridad, la Corte Suprema volvió a cambiar la doctrina que ya había cambiado una vez y sostuvo que no se trataba de una materia de orden público el que el Estado tuviera la facultad exclusiva de determinar cuándo hay una práctica antimonopólica. En fin, existen otros casos posteriores que matizan esta jurisprudencia. Lo importante de este ejemplo es que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos permite, a diferencia de Chile y probablemente de la mayoría de las naciones del continente americano, y con variados grados de admisibilidad, la posibilidad del arbitraje privado de conflictos en materias consideradas de derecho público que, como en este caso, involucran alegaciones de violaciones a las leyes que protegen la libre competencia.

En cuanto al avance del arbitraje internacional durante el siglo XX, se puede decir que desde la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) ha habido una suerte de explosión hemisférica en la aceptación del arbitraje privado como fórmula para solución de disputas comerciales. El avance y consolidación del tema del arbitraje no se encuentra circunscrito a nivel de tratados bilaterales sino que también de tratados multilaterales. El arbitraje se ha transformado en una suerte de política pública de los Estados de América del Norte, incluido México, el único país Latinoamericano en la ecuación. En tal sentido, el TLCAN ha venido a *codificar* el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos entre partes privadas. Adicionalmente, instituyó el arbitraje como una alternativa para las disputas entre Estados. Así, el TLCAN fuerza a sus Estados miembros a validar, reconocer, y ejecutar cláusulas arbitrales, compromisos arbitrales, y garantizar su ejecución en sus jurisdicciones internas. El TLCAN consagró dos capítulos al tema del arbitraje: uno relativo a la solución de disputas de inversión entre privados de algunos de los Estados parte y otro Estado, y otro capítulo sobre el arbitraje de disputas entre Estados. Como vemos, el arbitraje se transformó con el TLCAN en una suerte de política pública internacional a nivel del continente, o por lo menos en el hemisferio norte del continente y ha quedado validado como la principal herramienta para la solución de conflictos.

3.2 El Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica: Un Mecanismo Esquivo

La pregunta fundamental es ¿por qué elegir un arbitraje en Latinoamérica, o qué beneficios existirían en hacerlo? Obviamente, los beneficios de proximidad geográfica, de idioma, y la similitud de sistemas jurídicos civiles son aspectos muy

atrayentes. Sin embargo, la experiencia demuestra que los inversionistas extranjeros generalmente evitan llevar sus arbitrajes en Latinoamérica.

Existen muchas respuestas posibles para entender esta desconfianza hacia el arbitraje comercial con asiento en Latinoamérica, pero quizás la mejor hipótesis se centra en la actitud de política legal hacia el respeto, la validación, y la ejecución de los compromisos arbitrales y de los laudos arbitrales por los tribunales estatales en la región. Es decir, la expectativa razonable de los inversionistas o comerciantes extranjeros es que si existe una cláusula arbitral pactada en un contrato, ésta será respetada por las legislaciones nacionales. Este es un punto esencial. El segundo punto, es que una vez que el arbitraje termina y hay un laudo arbitral que éste laudo sea respetado y ejecutado en el país en que se busca su reconocimiento y ejecución. De otra manera, carecería de sentido el principio de la efectividad de los laudos arbitrales, que por lo demás es el mismo principio que se aplica a las sentencias judiciales extranjeras. Este principio se denomina técnicamente de *finalidad del laudo arbitral*, esto es, de que dicho laudo sea definitivo, conclusivo, obligatorio, y no sujeto a ningún recurso o apelación posterior.

Es en este contexto en el que surge una institución esencialmente latinoamericana, cual es la *doctrina Calvo*[246]. Según esta teoría esbozada a fines del siglo IX, los conflictos de todo tipo entre los nacionales de un Estado y los nacionales de otro Estado deben resolverse exclusivamente por los tribunales nacionales. Esta doctrina niega a los extranjeros el privilegio de la institución denominada *Protección o Amparo Diplomático*. Ahora bien, ¿de qué se trata esta institución? La protección diplomática es el derecho de todo ciudadano, y por consiguiente el deber del Estado respectivo, de amparar diplomáticamente a sus nacionales cuando éstos tienen algún conflicto fuera de sus fronteras, o cuyos intereses son afectados por un soberano extranjero.

La antigua institución de los embajadores, cónsules, enviados especiales, entre otros, tiene como principal propósito el proteger los derechos del Estado en territorios extranjeros y, por consiguiente, los intereses de los connacionales afectados por las acciones de otras jurisdicciones o de sus sujetos. En lo que se refiere a conflictos comerciales o de inversión que afectan a nacionales en otras jurisdicciones, el Estado de origen puede otorgar protección diplomática a su nacional. Esto implica que el Estado 'hace suyo' el reclamo de su nacional y se subroga en todos los derechos de aquél. En definitiva, el reclamo se convierte ya no en el reclamo de un nacional frente a un Estado extranjero, sino de un Estado en contra de otro Estado. Comúnmente, el nacional amparado y su Estado, llegan a un acuerdo sobre los términos permisibles de la reparación buscada.

246 FOLSOM, Ralph H.: *Chapter 33. Expropriation of an Investment, in International Business Transactions*. Current through the 2010 Update, 2 International Business Transactions § 33.20, 2010. Revisando la posibilidad de protección diplomática para inversionistas estadounidenses cuyas inversiones sean afectadas por el uso de la cláusula Calvo en Latinoamérica.

En el caso de Latinoamérica, luego de las guerras de independencia, los inversionistas extranjeros afectados por alguna acción estatal de expropiación recurrían a sus gobiernos para solicitar amparo diplomático, y así una disputa privada se convertía en internacional[247]. Obviamente, como puede verse, el uso del amparo o protección diplomática excluía la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales para dirimir la disputa entre las partes. La realidad fue, sin embargo, que ante el no pago de deudas o expropiación de intereses extranjeros en Latinoamérica, y basados en la protección diplomática, los estados acreedores, principalmente europeos, emprendieron durante el siglo XIX acciones armadas en contra de países latinoamericanos. Así, por ejemplo, las costas de Caracas fueron bombardeadas en 1823 por las armadas inglesa y francesa con el sólo propósito de cobrar deudas impagas. A la luz de estos eventos, Carlos Calvo, un jurista argentino que hizo su vida académica en Francia, propuso que los inversionistas extranjeros en Latinoamérica no tienen más derechos o privilegios que los nacionales latinoamericanos. Por otra parte, también indicó que los inversionistas extranjeros que invierten en Latinoamérica no tienen el derecho a recurrir a sus gobiernos para solicitar protección diplomática en caso de conflictos que pueden ser normalmente resueltos por los tribunales nacionales. Últimamente, indicó Calvo, si los Estados extranjeros desean cobrar sus deudas, deben acudir ante los tribunales ordinarios locales tal como lo hace cualquier otro ciudadano latinoamericano.

Entonces, la doctrina Calvo emergió a fines del siglo IX como un mortal enemigo del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica[248], al postular que si el arbitraje internacional no es una alternativa para los ciudadanos nacionales, entonces tampoco debe serlo para los extranjeros. De tal manera, la Doctrina Calvo ha sido considerada tradicionalmente, y correctamente, como el principal obstáculo del punto de vista de los países desarrollados y como la principal defensa desde el punto de vista de los países en desarrollo latinoamericanos hacia el arbitraje. De tal manera que la única posibilidad de hablar de arbitraje en Latinoamérica era superando la doctrina Calvo[249]. No existe otra manera. Es decir, si se admite la doctrina Calvo, se niega el arbitraje, y si se acepta éste se rechaza aquélla.

El problema se agravó en Latinoamérica por cuanto la doctrina Calvo se convirtió prontamente en la *Ley Calvo*. En efecto, a comienzos del siglo XX México insertó en su Constitución Política una *cláusula Calvo* que, entre otras cosas,

247 WIESNER, Eduardo A.: *ANCOM [Andean Common Market]: A new attitude Toward Foreign Investment?* 24 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 435, 1993. Revisando la relación entre la expropiación de inversiones extranjeras en Latinoamérica y la Doctrina Calvo.

248 SHAN, Wenhua: *From "North-South Divide" to "Private-Public Debate": Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law*, 27 Nw. J. Int'l L. & Bus. 631, 2007. Conteniendo un estudio de la evolución histórica de la Doctrina Calvo desde el siglo diecinueve en adelante en Latinoamérica.

249 CALVO, Carlos; ORREGO, Francisco: *Honorary Nafta Citizen*, 11 N.Y.U. Envtl. L.J. 19, 2002. Explicando las amplias relaciones entre la Doctrina Calvo y la inversión extranjera, los derechos humanos, la defensa del medio ambiente, y conceptos de soberanía en Latinoamérica.

prohibía a los inversionistas extranjeros hacer uso del amparo diplomático, y los sujetaba exclusivamente a la jurisdicción nacional mexicana. La constitucionalización de la doctrina Calvo pervivió en México por casi 100 años, hasta que en 1993, ese país modificó su Constitución eliminando parcialmente la cláusula Calvo y, paralelamente, dictando una ley sobre arbitraje comercial internacional[250].

Fuera de México, Brasil, Argentina, Chile y otros países latinoamericanos incorporaron variantes de la doctrina Calvo tempranamente en su legislación interna y, en muchos casos, en sus constituciones políticas. En el caso de Chile, por ejemplo, tenemos que el Código Civil indica en su Artículo 16 que todos los bienes raíces situados en Chile se rigen solamente por la ley chilena, aunque sus dueños sean extranjeros o no estén domiciliados en Chile. Es decir, la ley civil chilena original contiene una postura hostil hacia el arbitraje comercial internacional, la que fue cambiada únicamente en el año 2005, con la dictación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional[251].

Entonces, cabe preguntarse ¿qué ha pasado en los últimos veinte años luego del cambio de actitud de México hacia Calvo en el año 1993? Pues bien, la ley de arbitraje comercial internacional mexicana establece, entre otros aspectos, que los acuerdos arbitrales y los laudos arbitrales extranjeros serán respetados en México tal como lo son las sentencias definitivas inapelables dictadas por los tribunales nacionales ordinarios. Así, una gran revolución jurídica que comenzó en México se desató a través del continente americano[252]. El efecto en cadena consistió en la dictación de leyes de arbitraje comercial internacional en casi cada país del continente[253]. Chile, que ha sido históricamente un país muy favorable al arbitraje internacional, curiosamente, fue uno de los últimos países latinoamericanos en agregarse a dicha tendencia al dictar su propia ley de arbitraje comercial internacional el año 2005[254].

250 Para una revisión de la tortuosa historia de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, ver el estudio de VARGAS, Jorge A.: *Enforcement of Judgments and Arbitral Awards in Mexico: The 1988 Rules of the Federal Code of Civil Procedure*, 14 Nw. J. Int'l L. & Bus. 376, 1994.

251 Cfr. ALLARD, Juan: *The Chilean Law on International Commercial Arbitration*, 18 Int'l L. Practicum 69, 2005. Revisando la Ley chilena sobre arbitraje comercial internacional.

252 BISHOP, Doak: *The United States' Perspective Toward International Arbitration with Latin American Parties*, 8-AUT INT'L L. PRACTICUM 63, 1995. Incluyendo un amplio estudio de las particularidades de las nuevas leyes de arbitraje comercial internacional en Latinoamérica.

253 BRIONES, Joshua, *et al.*: *International Arbitration in Latin America in Danger?* 16 L. & Bus. Rev. Am. 131, 2010, p. 3. Comentando la adopción de leyes de arbitraje comercial internacional por México, Perú, y Chile durante las últimas dos décadas siguiendo la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional aprobada por UNCITRAL en 1985. Ver también: GONZÁLEZ, Daniel E., *et al.*: *International Arbitration: Practical Considerations with a Latin American Focus*. Disponible en «http://www.iinews.com/site/pdfs/JSPF_Spring_2003_Gonzalez.pdf».

254 LINDSEY, David M. *et al.*: *The 2004 Chilean Arbitration Act on International Commercial Arbitration. Selecting Chile as Seat of Arbitration: A Real Option?* 739 PLI/Lit 635, 2006. Analizando extensamente los principales aspectos de la Ley de Arbitraje Comercial International de Chile del año 2005.

Estas leyes de arbitraje comercial internacional latinoamericanas obviamente contemplan dentro de sus normas clave el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros dentro de las jurisdicciones nacionales. La fórmula jurídica empleada es indicar que tales laudos se consideran como sentencias definitivas emanadas de tribunales nacionales, y sin derecho a apelación o recurso de ninguna clase. Los países latinoamericanos además dieron un paso adicional en infringir una segunda sepultura a Calvo, al ratificar tratados internacionales sobre arbitraje. Así, la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional del año 1975 (llamada "Convención de Panamá") y la Convención de Nueva York de 1958, ambas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, fueron ampliamente ratificadas en Latinoamérica en las últimas décadas. En muchos casos, estas convenciones adquirieron un valor constitucional en los ordenamientos internos.

Ahora bien, tanto Estados Unidos como Latinoamérica han llegado a una suerte de convergencia hacia la promoción y el respeto de los acuerdos arbitrales, y los laudos arbitrales. Ya habíamos mencionado que desde el año 1932, en que la Corte Suprema ratificó la Ley de Arbitraje Federal, la promoción del arbitraje comercial privado se transformó en ese país un asunto de política pública[255]. La consecuencia lógica de esta política pública es que las causales para rechazar el cumplimiento de un laudo arbitral son muy restringidas. Así es como existe un acervo jurisprudencial muy basto, que no es el caso revisar aquí, que afirma esta política pública tanto del Congreso como de la Corte Suprema estadounidenses en favor del arbitraje. Sólo baste mencionar que hay casos en que la Corte Suprema ha afirmado la validez de los acuerdos arbitrales celebrados incluso con anterioridad a la entrada en vigencia interna de las convenciones arbitrales ya mencionadas en ese país. Es decir, la retroactividad de tales tratados ha sido expresamente aceptada por la jurisprudencia del tribunal máximo.

Con la diseminación del arbitraje comercial a nivel internacional en la región, se presenta una dificultad adicional: el problema de la coexistencia de tribunales nacionales y arbitrales. Ahora bien, ¿qué significa esto? De alguna manera ya lo hemos mencionado, y consiste en que hay dos soberanos por así decirlo, dos intereses coetáneos: los jueces nacionales que actúan dentro del poder judicial nacional establecido de acuerdo a la Constitución, y los jueces árbitros reconocidos conforme a la misma Constitución o en tratados internacionales vigentes para el Estado nacional. Ahora bien, ¿quiénes son los jueces árbitros? Ellos son usualmente profesores de derecho o expertos en derecho comercial cuyos nombres son incorporados en listas disponibles para designación de las partes. No se sientan en una corte arbitral pre-constituida a la espera de que lleguen los casos. Se trata de jueces *ad-hoc*, esto es, designados específicamente para efectos del caso que van a decidir. Esto sucede con el arbitraje tanto a nivel nacional como internacional.

255 Para una revisión de la evolución histórica del reconocimiento legal del arbitraje comercial en los Estados Unidos de América, ver: FULKERSON, Bret: *A Comparison of Commercial Arbitration: The United States & Latin America*, 23 Hous. J. Int'l L.537, 547-48, 2001.

Ahora bien, resta preguntarse entonces ¿cuáles son los matices de la interacción entre los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales internacionales, sean estos institucionales o *ad-hoc?* La pregunta de fondo es cómo reacciona el poder judicial soberano estatal frente a la existencia de estos tribunales arbitrales que existen en alguna parte, y que deciden conflictos que afectan a ciudadanos nacionales o a extranjeros con intereses sobre los cuales el Estado nacional posee autoridad. Entonces, ¿son los tribunales arbitrales internacionales, mejor dicho extranjeros, parte de la jurisdicción nacional? Los árbitros nacionales obviamente lo son, por lo que la pregunta se refiere a determinar si cuando existe un componente internacional en tales tribunales arbitrales éstos dejan de ser parte de la judicatura nacional. La respuesta es compleja, por cuanto según la mayoría de las constituciones políticas latinoamericanas todos los jueces están sometidos a la supervisión de las cortes supremas nacionales, con limitadas excepciones. Por otra parte, no existe un 'poder judicial mundial' al cual tales árbitros deben responder. Ahora bien, veamos a continuación las posibles respuestas a la pregunta de si los jueces o cortes arbitrales extranjeros son o no parte de la jurisdicción nacional.

La primera actitud es decir los tribunales arbitrales son foráneos y no son parte de la jurisdicción nacional. Esta es la aproximación adoptada por la Corte Suprema de Venezuela a fines de la década de los noventa[256]. Venezuela es un caso interesante en cuanto a las tendencias referidas al arbitraje comercial internacional. En los años noventa hubo una tendencia en dicho país a suscribir tratados internacionales sobre arbitraje, a validar los compromisos y acuerdos arbitrales, y a reconocer los laudos arbitrales extranjeros. La Corte Suprema de Venezuela ratificó la validez de estos instrumentos repetidamente. Sin embargo, dicha actitud cambió drásticamente con el cambio de administración a fines de los años noventa. En efecto, se percibió una actitud menos favorable hacia el arbitraje. En tal perspectiva, los tribunales arbitrales extranjeros pasaron a ser considerados como sospechosos al entrometerse en el sistema nacional en materias que están sujetas conforme a la Constitución nacional a los tribunales estatales, y deben ser decididos puramente de acuerdo al derecho nacional, en materias que usualmente son de orden público. Hay un caso interesante que marcó esta nueva tendencia hacia el arbitraje tramitado por años y resuelto en el 2002[257]. Se trató de un inversionista estadounidense que compró unos terrenos para construir hoteles en Venezuela. Para dichos efectos contrató con un inversionista venezolano que iba a aportar capital parcial y construir el hotel. El contrato de inversión, que fue un contrato perfectamente privado con ninguna participación o intervención del Estado, prescribió que en caso de conflicto entre las partes, este se resolvería conforme a un procedimiento de arbitraje seguido en la ciudad de Miami, Estado de Florida. Luego de surgido el conflicto, el estadounidense solicitó la constitución del tribunal arbitral en Miami y solicitó que éste dictara una orden provisional o precautoria prohibiendo que el inversionista

256 GRIGERA, Horacio: *Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: A Latin American Experience*, 739 PLI/Lit 663, 2006, p. 2.

257 GRIGERA, Horacio: Ob. cit., p. 3.

venezolano siguiera adelante con el proyecto. Así lo hizo el tribunal arbitral de Miami. El inversionista venezolano, en tanto, acudió a su juez natural, esto es, el juez ordinario venezolano y le solicitó ordenar al tribunal arbitral constituido en Miami dejar sin efecto todo el arbitraje y la medida precautoria fundados en la violación de las leyes venezolanas. A este punto surge la pregunta de ¿cómo se soluciona este *conumdrum*? Obviamente el tribunal nacional venezolano, quizás como probablemente reaccionaría un juez letrado chileno, razonó que los hechos subyacentes en el conflicto sucedieron en el territorio nacional, y por tanto conforme a la Constitución Política él poseía jurisdicción para conocer y decidir el conflicto. En consecuencia, el tribunal arbitral recibió la orden judicial venezolana ordenándole paralizar el procedimiento arbitral, tomó conocimiento de ella, y la archivó. El tribunal arbitral, en tanto, sostuvo claramente que el contrato estipulaba que todos los conflictos surgidos de la relación contractual entre las partes habrían de ser solucionados conforme al procedimiento arbitral designado por las partes. De tal manera, asumió jurisdicción plena sobre el caso y rechazó la inhibitoria enviada por el tribunal ordinario venezolano. El caso luego subió a la Corte Suprema venezolana, que sostuvo que el tribunal arbitral de Miami no era parte de la jurisdicción nacional y, por tanto, las decisiones que primaban eran aquellas dictadas por los tribunales nacionales. En consecuencia, dicha Corte Suprema ratificó la orden dirigida al tribunal arbitral de Miami para que éste dejara sin efecto su procedimiento y le envió una orden dándole un plazo para que pusiera término a tal procedimiento. El tema no fue solucionado, sino que más bien terminó con la renuncia del miembro venezolano del panel arbitral de Miami, a fin de evitar que a su regreso a Venezuela una orden de arresto por desacato lo estuviera esperando en el aeropuerto. Su reacción fue entendible pues para dicho jurista el caso en comento era simplemente otro caso, no probablemente el más importante de su vida, y obviamente para seguir ejerciendo la profesión en Venezuela la última cosa que habría esperado hacer era entrar en conflicto con su Corte Suprema. El caso siguió adelante con los nuevos integrantes del panel arbitral de Miami, que dictó un laudo que no pudo ser ejecutado en Venezuela pues la Corte Suprema le denegó el exequátur[258]. Entonces, el punto es que si se considera que los tribunales arbitrales no son parte de la jurisdicción nacional, pues no son confiables, entonces sus decisiones deben necesariamente ser analizadas a la luz de la jurisdicción nacional de la Corte Suprema respectiva quien tendrá la última palabra en la materia.

La segunda actitud, en tanto, es considerar los tribunales arbitrales extranjeros como parte del poder judicial nacional. En esta perspectiva los tribunales arbitrales serían parte de la jurisdicción nacional pero, como se verá, tampoco serían estimados como confiables, debido a la presencia de un elemento extranjero, esto es, de jueces árbitros extranjeros que no forman parte del poder judicial nacional. Esta es la posición adoptada por algunas cortes superiores argentinas a fines de los años noventa y comienzos de la década del dos mil. La Corte Suprema argentina incluso sostuvo en algunos casos que los jueces arbitrales son parte de la jurisdicción

258 GRIGERA, Horacio: Ob. cit., p. 4.

nacional y, en cuanto tales, cuando surge un conflicto de competencias entre un Juez Ordinario y un Juez Arbitral, al ser ambos parte del mismo sistema jurídico nacional, tocaba resolver tal conflicto conforme a la legislación nacional relativa a conflictos de competencia o jurisdicción. Entonces, bien sea vía inhibitoria o declinatoria, la corte superior a ambos tendría el poder para resolver tales conflictos. En este punto cabe recordar del principio del *Kompetenz-Kompetenz*, que faculta a los propios jueces arbitrales para decidir si tienen jurisdicción (o competencia) para decidir un caso determinado[259].

En suma, bien se considere a los tribunales arbitrales extranjeros como integrantes o extraños al poder judicial nacional, los resultados han sido los mismos en los ejemplos citados de Venezuela y Argentina cuando se trata del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros dictados en materias comerciales. Esta divergencia revela un estado de cosas más profundo, cual es la actitud de los actores legales más relevantes hacia el arbitraje comercial internacional en general en las jurisdicciones latinoamericanas. Este tema nos ocupará a continuación.

3.3 Las Olas Cambiantes Hacia el Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica: El caso de Brasil

Quizás el caso más complejo en lo que se refiere a la actitud hacia el arbitraje comercial internacional en Latinoamérica es aquél de Brasil[260]. Luego de ratificar la Convención de Panamá en 1995 y en un contexto de amplia reticencia hacia el arbitraje internacional en general[261], Brasil dictó su propia ley de arbitraje en 1996. Baste mencionar únicamente que dicho país es uno de los pocos países latinoamericanos que no ha ratificado la Convención del CIADI. Históricamente, desde 1860, en Brasil la cláusula arbitral fue interpretada como un pacto de hacer entre las partes[262]. Como sabemos, una obligación de hacer se resarce en la indemnización de los perjuicios para el caso de no cumplimiento. Por tanto, para el caso en que un inversionista extranjero y un nacional brasileño hubieran pactado un acuerdo arbitral y uno de ellos, usualmente el brasileño, se negara a arbitrar, el extranjero sólo podía reclamar daños pero no podía forzar a su oponente a arbitrar. En tal contexto, sólo un puñado de laudos arbitrales extranjeros recibió exequátur en Brasil en la era previa a la iniciada con la ley de arbitraje comercial internacional en 1996. Con posterioridad a esta fecha, Brasil ratificó la Convención de Panamá

259 GRIGERA, Horacio: Ob. cit., pp. 5-6.

260 BARBOSA, Julio C.: «Arbitration Law in Brazil: An Inevitable Reality», en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 2002-2003, p. 131. Revisando la compleja historia del arbitraje comercial internacional en Brasil.

261 HAMILTON, Jonathan: *Three Decades of Latin American Commercial Arbitration*, 30 U. Pa. J. Int'l L. 1099, 2009, p. 8.

262 Cfr. ZIMBLER, Brian L.: *Debtor State Law and Default: Enforcement of Foreign Loan Agreements in Brazilian Courts*, 17 U. Miami L. Rev. 509, 1986. Estudiando la ejecución de acuerdos de préstamo extranjeros en Brasil.

de 1975, y también la Convención de Nueva York de 1958[263]. A pesar de esta brusca tendencia, a juicio de observadores calificados, el sistema legal brasileño sí mantuvo ciertos aspectos históricos que todavía limitan de alguna manera el desarrollo del arbitraje. Los principales obstáculos emergen dentro del sistema de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales a través del denominado *Juicio de Homologación o de Ratificación*[264].

En este punto es posible identificar ciertos paralelos entre el sistema más permisivo o favorable hacia el arbitraje, representado por Estados Unidos, y el más reticente, incluso hostil al arbitraje, representado por Brasil[265]. En Estados Unidos, como se vio, las materias que son susceptibles a arbitraje son más amplias: el sistema está abierto a materias laborales e incluso de antimonopolios. En tanto, en Brasil, influenciado por la Doctrina Calvo, la lista de materias arbitrables es mucho más restringida.

En Brasil la libertad de las partes en materia arbitral es también monitoreada más cercanamente por la ley. Un buen ejemplo ocurre tratándose de contratos de adhesión, esto es, aquellos en que las provisiones substanciales son forzadas por la parte más fuerte a la parte más débil de la relación contractual; en estos casos, si tales contratos incluyen una cláusula arbitral, la ley brasileña obliga a las partes a pactar un acuerdo separado de arbitraje que requiere el consentimiento expreso de la parte más débil, que será normalmente el consumidor. Aun así, la ley permite sólo a éste recurrir al arbitraje. El contratante más fuerte, en tanto, únicamente puede hacerlo previo consentimiento expreso de la parte más débil.

Por otro lado, en Estados Unidos los árbitros tienen el poder de aprobar medidas precautorias, por ejemplo para embargar bienes, y estas medidas son regularmente apoyadas por los tribunales ordinarios. En Brasil, en tanto, dicho poder es ampliamente rechazado por los tribunales ordinarios de justicia. Aún más, en este país los árbitros son considerados como empleados públicos para efectos del delito de prevaricación, esto es, cuando fallan más allá o en contravención a la letra expresa de la ley. En Estados Unidos, que se basa en el sistema opuesto de reconocimiento del precedente judicial, obviamente dicha figura penal es inexistente.

En Estados Unidos existe la *Doctrina de la Inmunidad Arbitral*, esto es, se da más protección a los árbitros frente a sus acciones. Igualmente, los tribunales ordinarios poseen poderes amplios para aplicar sanciones directas, multas o incluso cárcel, para el caso de desacato. Si, por ejemplo, una de las partes se niega a

263 HAMILTON, Jonathan: Ob. cit., p. 2. Refiriéndose a la adopción de las convenciones de Panamá y Nueva York por países latinoamericanos.

264 JARDIM, Maria: *Recognition and Enforcement of United States Money Judgments in Brazil*, 19 N.Y. Int'l L. Rev. 1, 2006. Refiriéndose a los juicios de homologación de sentencias arbitrales extranjeras en Brasil.

265 HEAPHY, Matthew: *The Intricacies of Commercial Arbitration in The United States and Brazil: A Comparison of Two National Arbitration Statutes*, 37 U.S.F. L. Rev. 441, 2003. Comparando los sistemas de arbitraje comercial internacional disponibles en Brasil y los Estados Unidos de América.

producir documentos solicitados por la contraparte y el juez lo compele a hacerlo, éste puede enviar a la parte contumaz a la cárcel hasta que decida cumplir con la orden judicial. Los jueces arbitrales estadounidenses poseen amplia latitud para solicitar a los jueces ordinarios la aplicación de estas medidas a los litigantes privados. Como la promoción del arbitraje es una materia de orden público, los jueces ordinarios raramente deniegan estas peticiones de los jueces árbitros. Brasil obviamente carece de este sistema.

El proceso de homologación de fallos extranjeros en Brasil tiene lugar a nivel de la Corte Suprema Federal. En cambio, en Estados Unidos es a nivel estatal. Es decir, cada uno de los cincuenta estados de la Unión tiene su propio sistema de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Existen proyectos de ley modelos para uniformar estas prácticas, los cuales han sido recogidos y transformados en leyes en algunos estados de la Unión, pero estos son casos excepcionales. También existe una ley modelo redactada por la barra americana de abogados en 1963 para el reconocimiento y ejecución de sentencias monetarias extranjeras, que ha sido aprobada por numerosos estados de la Unión. Pero a pesar de su nombre, se refiere únicamente a sentencias emanadas de otros estados de la Unión, no de jurisdicciones extranjeras. En suma, el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros es de resorte exclusivamente del Estado en el cual se solicita en Estados Unidos.

Al igual como sucede con los jueces ordinarios, en Estados Unidos los jueces arbitrales también pueden imponer costas y honorarios que una parte debe pagar al abogado de la otra parte por el incumplimiento de ciertas normas procesales. Congruente con la tradición del derecho civil en general, esta posibilidad no existe en Brasil.

Existen otras diferencias interesantes aún en otros países latinoamericanos, como el caso de Argentina en que solamente los abogados pueden ser árbitros. O el caso del Perú, en que una reforma reciente permite que extranjeros puedan ser designados como árbitros en un juicio arbitral con sede nacional[266]. Pero, en fin, las diferencias esenciales quedan esbozadas en el caso de Brasil.

4. Conclusión

Ha habido una suerte de repudio de la Doctrina Calvo en Latinoamérica durante los últimos veinte años para dar espacio al movimiento arbitral. Sin embargo, cabe recordar que esto ha sucedido en un contexto en que la Doctrina Calvo fue prácticamente suprema durante más de un siglo en Latinoamérica. Es más, han transcurrido sólo 18 años desde que México dictó su ley de arbitraje comercial internacional en 1993 y ya existen señales de saturación e incluso de fastidio hacia el tema del arbitraje internacional en algunas latitudes del hemisferio[267]. En efecto, Ecuador,

266 HAMILTON, Jonathan: Ob. cit., p. 6. Aludiendo a la aprobación de la ley peruana de arbitraje comercial internacional en el año 2008.

267 Cfr. NELSON, Timothy G.: «Down in Flames: Three U.S. Courts Decline Recognition of Judgments from Mexico, Citing Corruption», en *The International Lawyer,* vol.44, nº 2, 2010, pp. 897-913.

Bolivia, y Venezuela, principalmente, han declarado su hostilidad frontal hacia el arbitraje internacional, principalmente al arbitraje de disputas de inversión. Sin embargo, dicha actitud tiene un 'derrame' hacia el arbitraje comercial internacional debido a dos razones. La primera, basada en una suerte de desazón fundada en que dichos estados han sido llevados a litigar ante tribunales arbitrales con sede en los principales centros arbitrales del mundo, sea Nueva York, Londres, o París. Esta tendencia habría aumentado innecesariamente los costos para tales jurisdicciones. La segunda razón se relacionaría con una suerte de percepción de que tanto arbitrajes de inversión estatal o comercial privados son generalmente desfavorables a los actores latinoamericanos. Estas percepciones estarían provocando, al menos en tales jurisdicciones, un rechazo de parte de los poderes estatales, incluyendo el poder judicial, hacia el arbitraje internacional en general. Entonces, aún a comienzos de la segunda década del siglo XXI, el destino del arbitraje comercial privado está íntimamente ligado al sino del arbitraje de disputas de inversión en Latinoamérica[268].

En esta actitud percibida como hostil hay, sin embargo, matices. Existen países en Latinoamérica, tales como Bolivia, Ecuador y Venezuela, que, por ejemplo claman por la designación de jueces arbitrales exclusivamente latinoamericanos. Es decir, más que antagonismo en contra de la institución del arbitraje comercial internacional *per se*, lo que se presencia es una suerte de deseo de cambio en el estado actual del arbitraje. Es decir, si se tratara de un rechazo como materia de principio, lo que dichos países deberían hacer es derechamente denunciar las convenciones de arbitraje que han ratificado (Panamá y Nueva York siendo las principales), lo que no han hecho, al menos hasta la fecha.

En esta etapa de modelación del arbitraje a las nuevas necesidades políticas de los gobiernos latinoamericanos, difícilmente va a emprender una retirada repentina. La razón es que está muy íntimamente conectado con los flujos de inversión extranjera[269]. Además, las entidades financieras internacionales más poderosas propician fuertemente el arbitraje al punto incluso de condicionar asistencias económicas significativas a la región a la mantención y profundización del arbitraje. Aún más, existen inversionistas exclusivamente locales que ventilan sus conflictos ante tribunales arbitrales extranjeros. Existen, como se ve, intereses muy poderosos, tanto internos como externos, que favorecen una larga estadía del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica. Adicionalmente, ante la realidad, o la percepción, de las dificultades para obtener justicia pronta, eficaz, profesional, e imparcial ante los tribunales internos, la alternativa de la justicia arbitral privada es

268 BRIONES, Joshua *et al.*: Ob. cit., p. 4. Recalcando el hecho que un gran número de jurisdicciones latinoamericanas continúan demostrando una alta consideración por mecanismos confiables de arbitraje internacional como un medio para atraer la inversión extranjera.

269 BAKER, Mark B. *et al.*: *Analysis of Latin American Investment Law: Proposals for Striking a Balance between Foreign Investment and Political Stability*, 23 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 1, 1991. Estudiando la posibilidad de encontrar un balance entre inversión extranjera y estabilidad política en Latinoamérica.

particularmente llamativa. Muchas materias requieren de un nivel de sofisticación jurídica, técnica, e incluso científica de la cual carecen usualmente los tribunales ordinarios. Baste pensar en las disputas de telecomunicaciones, de prácticas anti-competitivas, tarifarias, o que incluyan fórmulas de securitización financiera, por mencionar sólo algunos ejemplos.

Por otra parte, es verdad que Carlos Calvo ha estado muerto por más de cien años, pero la verdad es que sus postulados no están tan muertos[270]. Su doctrina posee aún raíces muy profundas en la región que pueden resurgir en cualquier momento. Incluso podría decirse que la fuerza de dicha doctrina recae tanto en su racionalidad como en su 'visceralidad'. Es decir, por una parte, es enteramente razonable pensar que los inversionistas extranjeros no deben tener más privilegios que los inversionistas nacionales. Y por la otra, la percepción de que los extranjeros obtienen más beneficios que los nacionales resulta chocante para un gran número de actores en la vida jurídica nacional. En suma, el arbitraje comercial internacional probablemente seguirá incrementando su presencia en el continente americano hasta que fuerzas al menos similarmente potentes, sino superiores, a las que lo han potenciado durante las últimas casi dos décadas, lo reemplacen con fórmulas sobre las cuales hoy sólo podemos especular.

270 SHAN, Wenhua: *Is Calvo Dead?* 55 Am. J. Comp. L. 123, 2007. Postulando que la Doctrina Calvo ha experimentado un resurgimiento reciente en Latinoamérica.

EL IVA EN LA VENTA DE LIBROS EN CHILE

Andrea Cerda González[271]

1. Introducción

El libro es una fuente de desarrollo social y cultural y, además, es generador de beneficios económicos dado su carácter de industria[272]. En Chile el cobro del Impuesto al Valor Agregado -en adelante IVA- encarece los costos del producto y en cierta forma deja sin acceso a un porcentaje del mercado demandante. Este hecho ha dado pie a la creación de distintas asociaciones que han intentado motivar la exención del IVA en la venta de los libros, uno de estos grupos es conocido como *Libros sin IVA*[273].

De conformidad al Artículo 1, inciso cuarto de la CPR *el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Para ello debe contribuir a crear las condiciones sociales para que todas las personas puedan alcanzar la mayor realización espiritual y material posible*, por tanto, para satisfacer las necesidades presentes en la sociedad el Estado debe ser capaz de generar y administrar recursos. Una de las herramientas con las que el Estado cuenta para este propósito es el sistema tributario, cuya principal finalidad es financiar las políticas públicas del Estado[274].

El objeto central de este artículo es analizar el sistema tributario actual que rige la industria de los libros en Chile, es decir, el cobro de IVA en sus transacciones, con la finalidad de proponer una rebaja en el precio final y de esta manera fomentar la lectura a nivel nacional.

Para ello, se revisará la alternativa de la exención del IVA a esta industria, buscando determinar qué consecuencias traería aparejado, en especial, cuál sería el detrimento en la cadena de IVA y cómo esto podría afectar la industria. Siguiendo esta misma línea, veremos otras posibilidades aplicables, como la adaptación del sistema empleado en el área de las exportaciones. Otra línea de solución que se

271 Egresada de la Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado.

272 DÁVILA C., Rosa Luz: «El libro en América Latina: situación actual y políticas públicas». En: *Gestión Cultural*, Boletín nº 13, 2005, p. 2. Disponible en «http://www.gestioncultural.org/gc/boletin/pdf/bgc13-RLDavila.pdf» [última visita: 30 de diciembre de 2010].

273 LIBROS SIN IVA: Disponible en «http://twitter.com/librossiniva» [última visita: 20 de diciembre 2010].

274 YÁÑEZ H., José: «Tipos de Sistemas tributarios y principios de tributación». En: *Documento Serie de Investigación,* Departamento de Economía, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad de Chile, nº 80, Santiago, 1987, p. 1.

presentará en este trabajo será el sistema de zonas francas, donde analizaremos su practicidad en nuestra sociedad.

2. Situación Tributaria de la venta de libros

El Decreto Ley nº 825 sobre el Impuesto a las Ventas y Servicios -en adelante Ley IVA- en su Artículo 8 señala como hecho gravado por este impuesto: *la venta de bienes muebles ubicados en territorio nacional*. Para ello el mismo cuerpo legal se encarga de definir venta en el Artículo 2, como *toda convención independiente de la designación que le den las partes, que sirva para transferir a título oneroso el dominio de bienes corporales muebles*. Por tanto, como el libro corresponde a un bien corporal mueble, ubicado en territorio chileno y que se comercializa por medio la venta, se encuentra afecto a este impuesto.

Asimismo, en el Artículo 8 de la ley en comento, se establece que las importaciones, sea que tengan o no carácter de habituales serán considerados como ventas, por tanto se encuentran afectas al IVA.

El contribuyente de este impuesto puede ser una persona natural como jurídica[275] que realice la venta habitual o importación de un bien corporal mueble. El sujeto pasivo es el vendedor del libro, no obstante el consumidor final se lleva la carga económica de soportar[276] el costo del tributo.

De esta manera se genera para el sujeto pasivo el débito fiscal que corresponde a la *suma de los impuestos recargados en las ventas (…) efectuados en el período tributario respectivo*[277], es decir, para formar el débito fiscal se debe calcular el IVA de todos los bienes vendidos dentro del período correspondiente a un mes, que luego el sujeto pasivo deberá enterar al Servicio de Impuestos Internos.

No obstante, antes de proceder al pago de impuestos, el contribuyente realiza otra operación, esta vez relacionada con el crédito fiscal formado por *el impuesto soportado o pagado en las operaciones que recaigan sobre especies corporales muebles o servicios destinados a formar parte de su Activo Realizable o Activo Fijo, y aquellas relacionadas con gastos de tipo general, que tengan relación con el giro o actividad*[278].

El sujeto pasivo determina su impuesto a pagar a partir de la diferencia entre el débito y crédito fiscal, es decir, al monto obtenido por concepto del débito fiscal se le debe sustraer el correspondiente al del crédito y la diferencia obtenida deberá ser enterada finalmente al Servicio de Impuesto Internos -de ahora en adelante SII-.

275 ARA GONZÁLEZ, Carlos: *Guía práctica sobre IVA*. Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 59.

276 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Sostener: Sostener o llevar sobre sí una carga o peso*". Disponible en «http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=soportar» [última visita: 20 noviembre 2010].

277 Decreto Ley nº 825, Artículo 20 (D.O. diciembre de 1976).

278 Decreto Ley nº 825, Artículo 23, número 1.

Es necesario señalar que este impuesto, como el resto de los percibidos por el Estado, se encuentra regido por el principio de no afectación de los tributos, establecido en el Artículo 19 nº 20 incisos 3 y 4 de la Constitución Política, motivo por el cual todo lo recaudado ingresará de igual forma al patrimonio de la Nación y no podrá estar afecto a una destinación determinada[279]. No obstante lo ya señalado, es materia conocida que año a año el Presidente de la República envía a tramitación la Ley de Presupuesto[280], donde se detallan los gastos que se realizarán al año siguiente. Siguiendo esta línea podemos encontrar que en el Presupuesto del año 2010, en la sección correspondiente al Ministerio de Educación, Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y Fondos Culturales y Artísticos[281] se ubica un ítem denominado Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura, Ley nº 19.227, al que se le asigna un monto de $3.588.594.000[282] con la finalidad que se realicen todas las actividades incluidas en este programa.

Bajo estos antecedentes, y si bien no existe una afectación directa del impuesto IVA, es posible señalar que parte de lo recaudado por este tributo -el cual ha dominado la recaudación tributaria en Chile en los último 15 años, con un porcentaje de 47.7%- va en beneficio del ya citado Plan Nacional de Fomento del Libro y Lectura en Chile. Este Plan Nacional es administrado por el Consejo Nacional del Libro y la Lectura, ente encargado de asignar los fondos en los distintas áreas en las que trabajan, quienes desde el año 1998 han desarrollado distintos programas que tienen por finalidad estimular esta área mejorando y habilitando bibliotecas públicas, trabajando con editoriales, promocionando obras de autores chilenos, entre otros. De esta manera, durante los años 1993 al 2003 se destinaron más de $11.268.000.000 para el financiamiento de estos programas[283].

3. La exención del IVA a la venta del libro

Para comenzar, nos haremos cargo de analizar la posibilidad de establecer legalmente una exención de pago de IVA en la comercialización de libros, la que será focalizada en el universo de los contribuyentes que realicen ventas minoristas de este producto, con la finalidad de descubrir cuál sería el impacto de este hecho en los consumidores.

Una exención es una limitación al área de aplicación del impuesto, en cuanto determina su no aplicación a bienes o convenciones que, de otro modo, deberían tributar por reunir las condiciones señaladas por la ley para la procedencia y cobro

279 Constitución Política de La República.

280 Constitución Política de La República, Artículo 65, inciso 3º, número 1.

281 Ley Nº 20.407, sobre presupuesto del sector público año 2010, Partida 09; Capítulo 16; Programa 02; Subtítulo 24; Ítem 03 (D.O. de Diciembre del 2009).

282 *Ibídem*.

283 CONSEJO NACIONAL DEL LIBRO: *Ley 19.227, "Ley del Libro"*. Disponible en internet: «http://www.camaradellibro.cl/archivos/leyes/Consejo%20Nacional%20del%20Libro.ppt» [última visita: 30 de diciembre de 2010].

del gravamen[284], en otras palabras, la ley de IVA prescribe que toda venta o prestación de servicios que se ajuste a ella deberá pagar este tributo, sin embargo con la presencia de esta figura, dicho impuesto exime de tal obligación al sujeto pasivo.

Actualmente las exenciones se encuentran establecidas en el párrafo 4º *"De las ventas y servicios exentos del impuesto"* y los Artículos 12 y 13, los cuales enumeran taxativamente aquellas actividades exentas, lo que por constituir un tipo de eximición tributaria son de derecho estricto, es decir, no pueden ser aplicadas por extensión o analogía a otros casos distintos[285]. Entre estas exenciones no se encuentra la venta de libros, sin embargo, años atrás este bien sí se encontraba presente dentro del listado, pues en el año 1974 el Decreto Ley nº 1.024 en su Artículo 4, se encargó de incorporarlo a esta nómina. Esta exención sólo duró dos años, pues en 1976, con la dictación del DL nº 1.606 donde se fijaba el nuevo texto de la ley de IVA, se eliminó.

En las siguientes páginas analizaremos tres posibilidades relacionadas con la exención. La primera en revisar será la exención total de IVA, en un segundo momento veremos qué sucedería si aplicamos una tasa diferenciada a la comercialización de este bien, es decir, una eximición parcial, y finalmente observaremos cuál sería el resultado si adaptamos el sistema empleado con los exportadores a la venta de este bien.

3.1. Exención total del IVA

Para crear una exención aplicable sólo a la venta de libros, debemos encontrarnos frente a un contribuyente que realiza ventas minoristas, ya que lo que se busca observar es si la eximición del IVA en la comercialización de libros se traspasa al consumidor, es decir, si se refleja en una rebaja considerable para quien lo adquiera.

Cabe señalar que efectuar un cambio tributario de este tipo trae consigo una serie de consecuencias económicas para el contribuyente, porque instaurada la exención del tributo, será el vendedor minorista el que deba soportar el IVA recargado en la adquisición de bienes o contratación de servicios para poder desarrollar su giro, ya que en realidad, el IVA no admite exenciones sin generar distorsiones que afectan su neutralidad. Además, la exención supone en cierto modo una penalización, al no permitir a la empresa o profesional la deducción del IVA soportado en la actividad exenta; el sujeto pasivo exento 'rompe la cadena' del IVA y aunque no está obligado a pagar el impuesto lo soporta como si fuera un consumidor final[286].

Estos efectos de carácter económico surgen a partir de lo prescrito en el nº 2 del Artículo 23 de la ley de IVA, donde se señala que *no procede el derecho a crédito fiscal por la importación o adquisición de bienes o la utilización de servicios que se*

284 ARAYA SCHNAKE, Gabriel: *Exenciones y hechos no gravados*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, pp. 7-8.

285 ARAYA SCHNAKE, Gabriel: Ob. cit., p. 9.

286 ALBI IBÁÑEZ, Emilio: *Economía Pública II*. Ariel S.A., España, 2009, pp. 274-275.

afecten a hechos no gravados por esta ley o a operaciones exentas o que guarden relación con la actividad directa del vendedor. En otras palabras, el beneficio que hoy poseen los vendedores minoristas[287] de poder utilizar la figura del crédito fiscal cuando realicen ventas afectas se perderá, provocando un detrimento en la cadena del IVA -ya que antes este sujeto tenía la facultad de recuperar el impuesto que había soportado-. En estos casos el Servicio de Impuestos Internos, ha interpretado que el IVA no recuperable *puede considerarse como un costo mayor de adquisición o como gasto*[288], para efectos de llevar a cabo su contabilidad.

Otra secuela típica de la exención de IVA es el denominado efecto de *recuperación*. El sujeto que soportó el impuesto en sus adquisiciones, y no lo recupera, tratará de hacerlo mediante su incorporación a los costes de sus productos o servicios exentos, aumentando el precio final[289]. Pues resulta necesario considerar que este contribuyente minorista, al momento de fijar los precios de sus productos, considera un margen de utilidad.

Por ejemplo, supongamos que para el comerciante los costos netos del libro equivalen a $3.000, por tanto, el 19% equivalente al IVA es de $570. En la situación actual -aplicando IVA al valor final- el cálculo del precio será sobre la base de los $3.000[290] multiplicados por el factor de utilidad que se desee, en este caso 4. Luego, sobre este valor se calcula el 19% del IVA, resultando un precio final de $14.280. Con la eliminación del IVA, el cálculo se hará sobre los costos totales del libro, es decir, $3.570[291], ya que ahora el sujeto no podrá recuperar de otra forma lo ya soportado. Si este valor lo multiplicamos por el factor de utilidad 4, nuevamente dará como resultado $14.280[292] como precio final.

Por medio del ejemplo, se deja en evidencia que la mera eximición del IVA constituye sólo un beneficio hipotético en el precio final de los libros, ya que en la práctica, este contribuyente ha visto incrementado sus gastos debido a que debe soportar el IVA. Como no desea ver mermados sus ingresos, finalmente decidirá externalizar dichos costos al valor de sus productos, por ende quien lo adquiera igualmente estará soportando IVA, sólo que ya no por la venta del libro que adquirió, sino que por todas las operaciones que tuvo que incurrir el vendedor para poder comercializar el bien.

287 Se plantea de esta forma debido a que la propuesta entregada en este punto sólo hace referencia a ese tipo de contribuyente.

288 CHÁVEZ MARTÍNEZ, Paulo: *La falacia que los libros son caros por culpa del IVA*., p. 2. Disponible en internet: «http://www.estrategiatributaria.cl/asesoria-legal-tributaria-financiera-en-concepcion» [última visita: 28 de diciembre 2010].

289 ABELLA POBLET, Manuel: *Manual del IVA*. Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2006, p. 391.

290 Recordemos que los $570 no son considerados, pues el sujeto los emplea como crédito fiscal.

291 Ahora los $570 son incorporados a los costos, pues al no poder recuperarlos traspasará este monto al precio final.

292 CHÁVEZ MARTÍNEZ, Paulo: Ob. cit., pp. 2-3.

La eximición del tributo, además de mantener los precios de los libros, traerá aparejada otra consecuencia: el desincentivo de la industria. Las razones serían, por un lado, el 'descontento social' que provocaría la invariabilidad de los precios de los libros a pesar de la exención tributaria. Y por otro, podría generar descenso en la demanda de este producto, pues se preferirá adquirir estos bienes por otros medios más económicos como por ejemplo la compra online, donde los valores son menores a los presentes las librerías. De este modo, el mercado interno se debilitaría, haciendo poco atractivo el negocio editorial y el relacionado con la venta de libros en general, lo que inevitablemente provocará una disminución de la oferta.

Cabe preguntarse qué pasará con el actual Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura, ¿será posible que perdure en el tiempo? Porque si bien no hay una remisión directa entre lo recaudado y el financiamiento de este programa -debido al principio de no afectación- el IVA es el impuesto que más recauda para nuestro Fisco, por tanto el que más ingresos genera para financiar programas como el de fomento del libro. Respecto de este punto, habría que optar entre la exención del impuesto o la mantención de planes a nivel nacional como el que hoy se encuentra en nuestro país.

3.2. Exención parcial del IVA

En esta oportunidad nos permitimos presentar una segunda alternativa: aplicar un régimen de exención parcial a la venta minorista de libros. Este mecanismo no es ajeno a nivel mundial, algunos países como Canadá (7%), Alemania (7%), Austria (10%), Bélgica (6%), España (4%), Francia (5,5%), Grecia (4%), Hungría (12%), Italia (4%), Portugal (5%), entre otros[293], han insertado el sistema de un IVA diferenciado -el promedio cobrado a nivel comparado es de 6,7%[294]- para la venta de este tipo de bienes, con el fin de incentivar su adquisición. Quizás es ésta la forma que debiéramos implementar en nuestro país, establecer una eximición parcial del IVA, aplicando, por ejemplo, un sobrecargo del 9% en la venta de libros en Chile.

El valor propuesto surge a partir de una comparación de las tasas de IVA impuestas por los países ya mencionados, y con la tasa impuesta en Chile del 19%. Por ejemplo, en Hungría el símil del IVA equivale al 25%, y la tasa diferenciada para la venta minorista de libros es del 12%. Es posible señalar que como otras naciones emplean una tasa más elevada para recaudar impuestos en otro tipo de ventas y servicios, ello les permite reducir aún más el porcentaje cobrado en el caso de los libros. Por tanto, para nuestro país, considerando la tasa de IVA de 19%, parece que un 9% de exención parcial es una cifra razonable para nuestro contexto tributario.

293 PIZARRO CARRASCO, Jaime: *El I.V.A. en América y Unión Europea,* Agencia Chilena del ISBN, 2004. Disponible en internet: «www.camaradellibro.cl/archivos/estadisticas/iva.doc» [última visita: 1 de junio de 2011].

294 Promedio calculado en base a los porcentajes expuestos en el presente trabajo.

Junto con reducir la tasa del arancel del IVA, y para que no se produzca el mismo problema expuesto en el apartado anterior, el mecanismo presentado en esta oportunidad, consiste en aplicar un valor menor al precio de venta, pero que ello no implique un perjuicio al momento de elaborar el crédito fiscal. Es decir, aunque el contribuyente entere un valor diferenciado al SII, el sujeto estará facultado para utilizar la totalidad del IVA recargado en sus adquisiciones, de este modo sí se podría hacer un traspaso real de la reducción de la tasa, ya que el contribuyente minorista no deberá traspasar sus costos a sus clientes.

Ciertamente, con una reforma que afecta el valor de la tasa del IVA deberá modificarse la forma práctica de realizar el cálculo de su pago. Al variar la forma contable se debe modificar el formulario 29 -el utilizado para declarar el IVA- con la finalidad de crear un 'tópico' nuevo donde se pueda identificar la venta de libros como un ítem distinto y por ende, se le aplique un porcentaje diverso al resto.

Junto con lo anterior, será necesario llevar contabilidad en libros separados -asimilando esta situación a lo que ocurre con las exportaciones.

3.3. Adecuación del tratamiento tributario empleado en las exportaciones

Como otra alternativa en la búsqueda de reducir costos para el consumidor final e incentivar la lectura en nuestro país, presentamos la adaptación del modelo que se emplea hoy en día en las exportaciones a la venta minorista del libro. Como esto implica un área un tanto diversa se presentará en breves términos cómo funciona este sistema.

Para comenzar el desarrollo de este tema es menester señalar que exportación es toda salida legal de mercancías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo en el exterior[295]. El DL nº 825 establece la exención del pago de IVA[296] para esta actividad -ya que por la definición del hecho gravado debiera ser una actividad afecta a IVA[297]- y además les concede a los exportadores el derecho a recuperar el impuesto recargado al adquirir bienes o prestar servicios[298], esto indiferentemente si por dicha salida se obtiene o no un pago[299]. Un exportador puede sacar mercadería al extranjero y efectivamente obtener lucro con ella, sin embargo está la posibilidad de que este mismo sujeto invierta en productos sólo con la finalidad de publicitarlos en el exterior, ya que las normas legales no atienden al retorno de divisas sino a que la operación tenga la calificación de exportación[300].

295 Oficio Nº 5.058, del Servicio de Impuestos Internos, del 26 de diciembre de 2005.

296 Decreto Ley nº 825, Letra D, Artículo 12.

297 ARA GONZÁLEZ, Carlos: *Manual de consultas tributarias: IVA exportador*. Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 28.

298 ARA GONZÁLEZ, Carlos: *Manual de consultas*...Ob. cit., p. 27.

299 ARA GONZÁLEZ, Carlos: *Manual de consultas*...Ob. cit., p. 28.

300 Oficio Nº 5.058, del Servicio de Impuestos Internos, del 26 de diciembre del 2005.

El Artículo 36 de la norma en comento señala que *los exportadores tendrán derecho a recuperar el impuesto (…) que se hubiere recargado al adquirir bienes o utilizar servicios destinados a su actividad de exportación.* Para esto existen dos procedimientos, el primero por la imputación de IVA en aquellos gastos realizados en relación con la exportación[301], y la segunda, presentando la solicitud ante el SII conforme al DS Nº 348 del Ministerio de Economía (de 28 de mayo 1975) donde se regula todo el proceso. El Artículo 2 de dicha norma exige la presentación de una declaración jurada ante el SII donde se debe indicar el valor total de las exportaciones de bienes y servicios, el valor total de las ventas y servicios del mes y el valor total de las operaciones. Además se indica el monto total del crédito fiscal que tenga derecho a deducir[302]. Ciertamente el contribuyente deberá acreditar en la respectiva documentación que pruebe la recarga del impuesto y que ha sido registrada en libros especiales tal como lo dispone el Artículo 59 de la ley del IVA.

Ante la pregunta de quién puede recuperar IVA, la respuesta es todo contribuyente descrito en la ley, que quede sometido a sus disposiciones[303]. Por tanto, será un requisito que cumplan, en el caso de ser persona jurídica, con todos los requisitos de dicha institución y además con lo dispuesto en el Artículo 68 del Código Tributario, es decir, aquellas personas que inicien un negocio susceptible de rentas gravadas deberán presentar la iniciación de actividades y por consiguiente la inscripción en el Rol Único Tributario -de ahora en adelante RUT- esto ha sido reafirmado por el SII donde señala que *la línea aérea extranjera que no se ha constituido en Chile como persona jurídica ni tampoco ha inscrito en el RUT se encuentra en la imposibilidad de recuperar el IVA*[304], esta inscripción al mismo tiempo cumple con lo solicitado en el Artículo 51 de la ley IVA, para efectos del registro de contribuyentes de este impuesto.

En el presente capítulo analizaremos la posibilidad de aplicar este tratamiento utilizado con los exportadores de bienes nacionales o nacionalizados, a la venta de libros en nuestro país. En un primer momento analizando la forma, para luego ver a qué bienes se debiera aplicar, si a los productos nacionales o si es posible extenderlo a los libros que provienen desde el extranjero.

a) Implementación de este sistema en la venta de libros

El Artículo 36 de la ley IVA, permite recuperar todo el impuesto que hubiese sido recargado al adquirir bienes o utilizar servicios destinados a su actividad de exportación. Siguiendo la temática de este trabajo, si se implementa este sistema se debiera aplicar uno similar a la venta de libros en el mercado interno. Sin embargo,

301 Para deducir este impuesto deberán llevar a cabo el procedimiento establecido en el Párrafo 6º de la ley del IVA.

302 ARA GONZÁLEZ, Carlos: *Manual de consultas*...Ob. cit., p. 27.

303 En el contexto de este trabajo es el contribuyente de este impuesto puede ser tanto una persona natural como jurídica mientras realice la venta de un bien corporal mueble.

304 Oficio Nº 3.093, del Servicio de Impuestos Internos, del 20 de junio del 2003.

ello no es lo más importante de la acepción recién entregada, sino que la palabra clave es "destinados" que en palabras de la RAE significa *ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto*[305]. En esta oportunidad debiera entenderse por destinados todos aquellos bienes adquiridos o servicios suscritos para poder llevar a cabo la venta de los libros y de ese modo poder crear el crédito fiscal que luego se recuperará.

En cuanto a los requisitos debemos ceñirnos a la regla general, es decir, a la dispuesta en el Artículo 10 de la ley de IVA, que señala que *el impuesto establecido en el presente Título afectará al vendedor, sea que celebre una convención que esta ley defina como venta o equipare a venta*. Lo anterior va en concordancia con lo ya expuesto en relación al IVA exportador, donde el sujeto es todo contribuyente susceptible de originar impuestos de la ley de IVA[306].

Asimismo, deberán cumplir con lo dispuesto en el Artículo 51 de la ley IVA, donde tratan el registro de los contribuyentes y se indica que l*as personas que inicien actividades susceptibles de originar impuestos de esta ley, deberán solicitar su inscripción en el Rol Único Tributario, antes de dar comienzo a dichas actividades*.

Otro requisito será formar parte de un registro especial para la identificación de estos contribuyentes, donde se individualice al individuo y su giro, que en este caso será la venta minorista de libros.

Los vendedores de libros, tal como lo hacen los exportadores que recuperan IVA, deberán llevar libros especiales según lo que determine algún reglamento, donde registren todas sus operaciones de compras, ventas y servicios utilizados[307].

Al igual que al revisar la exención parcial del IVA, se postula que es mejor diferenciar entre los distintos contribuyentes para presentar este proceso de una forma más clara.

b) Contribuyentes que sólo realizan venta de libros

Como fue señalado en líneas anteriores, el Artículo 36 de la Ley IVA faculta a los exportadores a recuperar todo el IVA soportado en la adquisición de bienes y servicios para poder llevar a cabo su giro.

En este momento analizamos el procedimiento que deberán llevar a cabo aquellas entidades comerciales que se dedican exclusivamente a la venta de libros, haciendo un paralelo con la figura de los exportadores resulta necesario señalar que ellos poseen este beneficio tributario pues el Estado procura que al salir al

305 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Destinar*. Disponible en «http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=destinar» [última visita: 10 de enero 2011].

306 ARA GONZÁLEZ, Carlos: *Manual de consultas*...Ob. cit., p. 30.

307 Ley IVA, Artículo 59. Éstos son los mismos requisitos que se aplican a los exportadores que recuperan IVA, ya que este artículo surte efectos en el Título II de la ley en comento, donde se encuentra el exportador -Artículo 12, letra d)- donde se tratan las exenciones del pago de IVA.

extranjero puedan competir en igualdad de condiciones con sus símiles, pues al ingresar la mercadería a los distintos países se les aplicarán las tasas correspondientes. Mientras que para los vendedores de libros este beneficio se aplica con la finalidad de incentivar los hábitos de lectura en nuestro país.

Otro requisito esencial para optar a este beneficio tributario es que el solicitante, antes de presentar la solicitud, haya enterado los impuestos correspondientes al período tributario por el cual solicita la devolución[308], por medio del formulario 29 denominado "Declaración y Pago Simultáneo Mensual".

El momento para presentar este formulario será al mes siguiente del pago del IVA soportado, para poder llevar a cabo la actividad comercial, con la finalidad de evitar confusiones y retardos en el procedimiento.

Finalmente, los montos solicitados para la devolución del IVA deberán ser expresados en pesos, aunque el comercio esté facultado para llevar la contabilidad de otro tipo de divisas.

c) Contribuyente que junto con la venta de libros realiza otras actividades

Un procedimiento distinto se debiera implementar para aquellos comercios que efectúen una venta variada de productos, por ejemplo, un supermercado donde podemos encontrar una variada oferta de bienes que incluye la venta de libros. Para este caso lo más conveniente sería seguir las normas generales establecidas en la ley del IVA, que señalan que los exportadores que realicen operaciones gravadas por este impuesto podrán deducir en los términos indicados en el párrafo 6º, es decir, imputándolo al crédito fiscal[309]. El objeto de este procedimiento sería optimizar la realización del pago de este tributo, toda vez que llevar dos procesos a cabo sólo complejiza la recaudación fiscal, ya que cada una debiera tramitarse por separado y probablemente en tiempos distintos -primero solicitando la devolución del IVA por concepto de venta de libros y luego el pago del impuesto por el resto de las ventas efectuada- por tanto imputar el IVA soportado en aquellas operaciones relacionadas a la comercialización de los libros al total del crédito fiscal facilita el pago del mismo en el resto de las actividades del giro del comercio.

Este crédito se formará por todo el impuesto que ha sido recargado en las adquisiciones o la utilización de servicios que tengan por destinación la realización de la actividad. Luego de este monto deberán deducirse los impuestos correspondientes a las cantidades recibidas en el mismo período por concepto de bonificaciones, descuentos y devoluciones[310]. El paso siguiente sería la operación matemática de sustraerle dicho total al débito fiscal correspondiente al período tributario y dicho monto enterarlo al SII.

308 Resolución Exenta nº 208, del Servicio de Impuestos Internos, de 2009.

309 Decreto Ley nº 825, Artículo 36.

310 Decreto Ley nº 825, Artículo 24, inciso 1.

Si tras la realización de esa operación resultara un remanente a favor del contribuyente, este se acumulará al crédito fiscal del mes inmediatamente siguiente[311]. Luego el contribuyente podrá reajustar dichos remanentes, convirtiéndoles en unidades tributarias mensuales y cambiándolas a su valor pesos cuando se impute efectivamente dicho remanente[312].

Otro beneficio relacionado con el remanente es el indicado en el Artículo 27 bis que aplicado a los vendedores de libros, significaría que si poseen un remanente de crédito fiscal durante seis períodos tributarios consecutivos originados por el recargo de IVA en la adquisición o utilización de servicios relacionados con la venta de este tipo de bienes, y reajustado en la forma establecida en el Artículo 27 del mismo cuerpo normativo, podrán imputar dicho monto a cualquier tipo de impuesto fiscal o podrán optar por un reembolso del dinero por parte de la Tesorería General de la República[313] -de ahora en adelante Tesorería-. Para este último procedimiento, los contribuyentes deberán presentar una solicitud en el SII, para que este organismo verifique y certifique con anterioridad el cumplimiento de los requisitos ya señalados, aquí el SII tendrá 60 días para evacuar su resolución, en caso de no hacerlo dentro de plazo se entenderá aprobada el reembolso y será la Tesorería quien deberá efectuar el pago.

d) Contribuyente que junto con la venta de libros realiza otras actividades exentas

Al enfrentarse a esta situación, el contribuyente podrá recuperar todo el IVA que tenga directa relación con el giro de la venta de libros, como en el primer caso. Sin embargo, respecto de las actividades exentas, este beneficio no correrá y será el sujeto quien deberá soportar el IVA de aquellas operaciones necesarias para desarrollar esta segunda actividad.

Frente a esta situación será muy posible que el contribuyente realice acciones similares a las mostradas en el caso de la exención total, pues traspasará los costos extras que no puede recuperar al valor de todos los bienes que comercialice, de este modo si bien el libro tendrá la rebaja por la exención de IVA, igual acarreará otros costos que probablemente ni tengan relación con el mismo.

Si bien estas propuestas podrían considerarse muy similares a la presentada en la exención total, hay que dejar claro que ello no es así, pues hay una gran diferencia entre ambas. En la primera, sólo se exime del pago de IVA, mientras que en la segunda no sólo se libera de tal obligación sino que además el Estado le devuelve al contribuyente todo el IVA soportado en las actividades que poseen

311 Decreto Ley nº 825, Artículo 26.

312 Decreto Ley nº 825, Artículo 27, inciso 1.

313 Este último sería efectuado en pagos efectivos realizados por la Tesorería General de la República, tal como lo dispone el inciso 2º del Artículo 27 bis de la ley IVA.

relación con su giro. Es decir, además de dejar de percibir un tributo, se encarga de devolver al contribuyente el impuesto que debió soportar.

Realizando un juicio crítico, es posible señalar que este sistema puede resultar más costoso al Estado, porque por un lado el contribuyente no genera un débito fiscal que enterar al SII, pues se encuentra eximido de dichas obligación, y por otro observamos cómo el Estado devuelve -en el caso del contribuyente que sólo realizan venta de libros- la totalidad del impuesto soportado o que reduce el débito a pagar -al hablar del contribuyente que junto con la venta de libros realiza otras actividades-.

Si bien aquí el contribuyente no traspasa sus costos al precio final -exceptuando el caso del contribuyente que junto con la venta de libros realiza otras actividades exentas, que ya fue analizado- lo que se ve reflejado en una disminución en el valor de los libros, esto ciertamente limitará el actuar del Fisco el que deberá cancelar programas como el Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura por tanto, tendremos que vernos en la tarea de ponderar cuál es el foco que mejor potencia la figura del libro en nuestra sociedad: si un precio final que beneficia de modo individual -ya que al momento de ir a comprar un libro podremos ser beneficiarios-, o de este programa que existe en nuestro país donde entre otros puntos tratan temas como el mejoramiento de infraestructura bibliotecaria y habilitación de bibliotecas públicas que llegan a un mayor número de personas.

Un sistema de este tipo sólo acarreará mayores costos, ya no para las personas que deseen adquirir un libro sino que para el Estado, porque dejará de recaudar un porcentaje de ingresos, y por otro lado deberá desembolsar más para poder implementar un sistema que favorezca la lectura.

4. Zona Franca Literaria

Como un último punto a tratar en este trabajo, presentaremos la alternativa de la instauración de una Zona Franca especializada y exclusiva a la comercialización del libro, ubicada en una zona determinada de nuestro país.

Para analizar esta posibilidad de reducción de impuestos en la venta de libros, primero haremos una breve reseña sobre el funcionamiento y estructura de las Zonas Francas presentes en nuestro país.

El Decreto con Fuerza de Ley nº 341 de 1977, del Ministerio de Hacienda fue el encargado de establecer las Zonas Francas de Iquique y Punta Arenas, sin embargo no sólo se hace cargo de ello sino que se responsabiliza de establecer las bases de estos sistemas tributarios, en qué consisten, la organización, los procedimientos que deben llevarse a cabo para acceder, cuál es el beneficio que reportan estas franquicias, etc.

De esta manera el texto comienza con la conceptualización de una zona franca como *el área o porción unitaria de territorio perfectamente deslindada y próxima a un puerto o aeropuerto amparada por presunción de extraterritorialidad aduane-*

ra[314], las que funcionarán en los sitios que sean determinados por el Ministerio de Hacienda mediante Decreto Supremo, y en éstas sólo podrán depositarse mercancías extranjeras en la forma y condiciones establecidas en el presente decreto[315]. Por tanto, una zona franca corresponde[316] a un sector geográfico específico, el cual es administrado y explotado por una sociedad -valga la redundancia- administradora, que corresponde a una persona jurídica designada por el Ministerio de Hacienda.

Otro elemento presente en este sistema es el depósito franco que debe entenderse como el local o recinto unitario, perfectamente deslindado amparado por presunción de extraterritorialidad aduanera, en el cual las mercancías extranjeras podrán ser sometidas a las operaciones señaladas en el inciso 1º del Artículo 11 del Decreto Ley Nº 1.055, de 1975[317]. Los depósitos estarán a cargo de toda persona natural o jurídica que haya convenido con la sociedad administradora el derecho a desarrollar estas actividades[318].

Cada zona franca posee su reglamento donde establecen los requisitos que debe reunir una persona para adquirir la calidad de usuario[319].

El gran beneficio que reporta pertenecer a una zona franca es la exención de determinados de impuestos, como el impuesto de primera categoría de la ley de renta y el proveniente por las ventas y servicios.

Con respecto al impuesto de primera categoría es necesario efectuar una distinción: si el contribuyente ejerce únicamente dentro de la zona franca el beneficio se hará efectivo al presentar la declaración anual sin requerir algún tipo de aprobación del SII[320]. Si el contribuyente efectúa una o más de las actividades señaladas por el Artículo 20 de la Ley de Renta, deberá presentar el conjunto de sus rentas en la declaración anual, de este modo se creará un crédito[321], este monto se calculará en relación a las rentas provenientes de estas franquicias regionales y siempre que estén debidamente acreditadas por medio de contabilidad separada como se establece en la Circular Nº 95 de 1978 del SII[322]. Lo anterior se produce porque el beneficio tributario sólo se extiende sobre las rentas obtenidas dentro de la zona franca.

Actualmente nuestro país cuenta con tres zonas francas Iquique, Tocopilla y Punta Arenas, pero en 2009 un grupo de parlamentarios enviaron una carta a la Presidenta Bachelet, con la iniciativa de promover la creación de una nueva

314 Decreto Con Fuerza De Ley nº 341, Artículo 1 (D. O. junio de 1977).

315 Decreto Con Fuerza De Ley nº 341, Artículo 3.

316 Decreto Supremo nº 1.355, Artículo 1 (D. O. noviembre de 2004).

317 ARA GONZÁLEZ, Carlos: *Manual de consultas tributarias: franquicias regionales*. LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 40.

318 *Ibídem*.

319 Circular Nº 95, del Servicio de Impuestos Internos, de 1978.

320 ARA GONZÁLEZ, Carlos: *Manual de consultas tributarias: franquicias regionales.*

321 Idem.

322 Idem.

franquicia en la región de Valparaíso. Por tanto, será necesario en este capítulo dar a conocer este proyecto de acuerdo originado en la Cámara de Diputados y las implicancias que involucra el establecimiento de una zona franca literaria.

4.1. Proyecto de Acuerdo Nº 810: Zona Franca Literaria para Valparaíso

El 2 de julio de 2003 la UNESCO declaró por unanimidad a la ciudad de Valparaíso como patrimonio de la humanidad, tras este hecho que ciertamente sentó un nuevo hito en la historia de nuestro país, se gestó una iniciativa al interior de la Cámara de Diputados entre quienes figuran como autores los Diputados Joaquín Godoy, Francisco Chahuán, Alfonso Vargas, Osvaldo Palma, René Manuel García, Amelia Herrera y Pablo Galilea.

El documento -acuerdo de proyecto 810- va dirigido al Presidente de la República, puesto que es la única autoridad investida por el Artículo 65 de nuestra Carta Magna para este tipo de legislación, y que tiene por objeto instar la creación de una zona franca para la venta de libros en la Región de Valparaíso y de este modo fomentar la lectura en nuestra sociedad.

Es necesario señalar que esta zona se encontraría solamente exenta del impuesto devengado por las ventas y servicios relacionadas con el comercio de libros, he ahí donde se marca la gran diferencia con el resto de las zonas francas presentes en la actualidad en nuestro país, pues esta actividad sí estará afecta al impuesto a la renta, del cual también se encuentran exentas las otras franquicias.

Los fundamentos esgrimidos en el documento hacen alusión principalmente a tres puntos:

a) En Chile existe una política nacional del libro y la lectura que tiene como norte fomentar los hábitos lectores además, promover la figura del libro como la de un bien cultural y de esta manera elevar el desarrollo de nuestra industria editorial[323].

b) La zona de Valparaíso, al ser declarada patrimonio de la humanidad por la UNESCO debe ser potenciada como una capital cultural y por ende un polo de estímulo al crecimiento intelectual[324].

c) El gran impedimento para fomentar la lectura en nuestro país es la existencia del IVA, que no discrimina entre los productos que se comercializan en el mercado y que encarece el costo de los libros[325].

Tras la presentación de este proyecto de acuerdo no ha sido enviado ningún mensaje por parte del Presidente de la República que tenga relación con la declaración de una zona franca en la región de Valparaíso.

323 Proyecto de Acuerdo nº 810, del 02 de julio de 2009.

324 Ibídem.

325 Proyecto de Acuerdo nº 810.

La implementación de este sistema no es desconocido para nosotros, pues tal como se señaló en apartados anteriores este sistema tributario ya se encuentra internalizado en nuestro país, existiendo todo un protocolo para adquirir las calidades de zona franca y depósito franco. Probablemente habrá que confeccionar un mecanismo de transición para aquellos locales comerciales que hayan estado vendiendo libros con el sistema impositivo del IVA y que ahora pasarán a gozar de los beneficios aparejados a la zona franca y que por tanto necesitarán una reestructuración tributaria.

Una clara ventaja que traería aparejada esta franquicia sería la consolidación de la Región en cuestión como la capital cultural del país, pues si ya se realizan actividades culturales durante el año en dicha zona, con este beneficio tributario se podrá impulsar la lectura y otro tipo de actividades relacionadas con este bien.

La gran crítica se presenta como una paradoja, porque si bien la implementación de una zona franca para la venta de libros en la V Región disminuye barreras al bajar el precio final sobre este tipo de bienes, beneficiando a un grupo de personas para poder adquirir los libros, por otro lado, resulta del todo lógico pensar que dicho privilegio no podrá ser aprovechado por la totalidad de la población, pues aquellas personas que residan en lugares distanciados de dicho sector no tendrán las mismas facilidades que el resto, así que estaríamos en presencia de un beneficio territorial más que de un mecanismo que fomentaría la lectura en nuestro país.

Como gran parte de las iniciativas surgidas en el Parlamento, ésta no ha presentado mayores avances, ya que desde su presentación en el año 2009 a la fecha nada ha pasado con ella. El Ejecutivo no se ha pronunciado al respecto, ya que como se mencionó al comienzo de este trabajo la facultad de *imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión*[326] sólo le corresponde a él.

Si bien la propuesta presentada por un grupo del Poder Legislativo es atractiva, siendo muy críticos podría responder más a un trabajo sobre imagen país, que la verdadera búsqueda de lograr un incentivo en la comercialización del libro y fomento de la lectura puesto que tras el acto de la 'promoción' del proyecto de acuerdo no se ha vuelto a tratar el tema, ni siquiera por sus promotores, lo que hace creciente el cuestionamiento planteado. Quizás la historia de esta propuesta sería distinta si nos viéramos enfrentados a una posición más activista donde realmente se demostrara interés para alcanzar el objetivo.

5. Consideraciones finales

Comenzamos este trabajo planteándonos la inquietud de si es posible implementar un sistema tributario distinto al empleado en la actualidad -la aplicación de una tasa de 19% por concepto de IVA- en la comercialización minorista de

326 Constitución Política de La República, Artículo 65, inciso 4°.

libros, con el objetivo de ver si alguna de ellas provocaría un cambio en la imagen que la gente tiene con respecto a este bien y si ello provocaría un aumento en su comercialización.

Por estos motivos, a lo largo de este trabajo se desarrollaron diversas propuestas tributarias -la exención total de IVA, la eximición parcial, la adecuación del sistema empleado con las exportaciones y el establecimiento de una zona franca literaria- todo con la finalidad de revisar el impacto que éstas podrían generar y ver si es posible, por medio de alguna de ellas, fomentar la lectura en nuestro país.

En un primer momento se postuló la idea de establecer una exención total de IVA a la comercialización minorista del libro. Pero al revisar los efectos prácticos de ésta pudimos observar que el contribuyente no transará el ver aumentados sus costos -al no tener la posibilidad de recuperar el IVA ya soportado por carecer de acceso al crédito fiscal, tal como lo se señala en el numeral 2 del Artículo 23 del DL nº 825- motivo por el cual trasladará dichos montos al precio final del bien provocando que los precios se mantengan estancados, lo que generará un fuerte desincentivo en la industria porque se pierde el beneficio del crédito fiscal y al ver que los precios no variarán, a pesar de la exención establecida, la demanda disminuirá y por tanto el objetivo de ver fomentada la lectura no se podrá alcanzar.

Luego de constatar que la exención total no era la alternativa más viable, se expuso un término medio entre el pago de IVA y su eximición, surgiendo la exención parcial. Aquí se planteó cobrar una tasa del 9% por la venta minorista de libros, pero manteniendo el beneficio de recuperar la totalidad del IVA soportado por la realización de aquellas actividades necesarias para desarrollar el giro. De este modo sí se lograría traspasar un beneficio al lector. Sin embargo, también se mencionó que frente a esto habrían dos fuertes posturas, una que se mostrará favorable a este cambio, la que estará dispuesta a una mayor carga de trabajo para lograr un fomento de la lectura y crear un hábito en nuestra sociedad, y por el contrario, aquella que creerá que la reducción del precio final será tan ínfima que no valdrá la pena implementar y modificar todo un sistema para ver si la población se interesa más por la lectura.

Por otro lado, se analizó la posibilidad de adaptar el sistema empleado en las exportaciones donde no se paga IVA -pues como se explicó, el Estado por medio de esta normativa busca que los exportadores compitan en igualdad de condiciones en el extranjero- pero con la gran diferencia de que se tiene acceso a solicitar la devolución del impuesto soportado. Esta alternativa resultó atractiva, pues se estimaría que al suplir la carencia del crédito fiscal presente en la exención total se evitaría el traspaso de costos al precio final y así se podría lograr el incentivo de la lectura.

Surge entonces la pregunta de si es posible sostener una convivencia pacífica entre alguna de las alternativas planteadas y el Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura, la respuesta es tajante y negativa, pues será del todo insostenible para el gobierno de turno. A nivel nacional este Fondo es poco conocido por

la población, pero tiene mejores resultados para alcanzar el fomento a la lectura que si pensamos en soluciones como la exención total o la adaptación del sistema de los exportadores. Pero quizá se podría tener una segunda lectura frente a una exención parcial -que al parecer beneficia a los contribuyentes que sólo realizan ventas de libros- porque si bien importa un mayor esfuerzo por parte del aparataje público, es un cambio que la sociedad puede ver reflejado *in situ* y que ello podría motivar el hábito de la lectura.

Finalmente, revisamos el Proyecto de Acuerdo nº 810: Zona Franca Literaria para Valparaíso, que no pasó de ser sólo una propuesta que generó grandes expectativas en un comienzo, pero que luego desapareció entre todas las gestiones propias del gobierno y Congreso de nuestro país.

ACCESO A INFORMACIÓN PÚBLICA Y GRUPOS DESPROTEGIDOS: COMENTARIOS SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA EN CHILE

Juan Pablo Olmedo[327]

1. Introducción

Mediante la publicación de la Ley nº 20.285 sobre Transparencia y Acceso a Información Pública de los Órganos de la Administración del Estado, de agosto de 2008, se concretiza el mandato constitucional de apertura, transparencia y probidad que obliga el Artículo 8 de la Constitución Política tras la reforma introducida el año 2005. Por su intermedio, Chile ratifica el compromiso, liderazgo y participación en la comunidad internacional de las sociedades democráticas y abiertas.

La Ley crea una institucionalidad regulatoria que se funda en el principio de transparencia activa de la Administración y el derecho de acceso a información pública de los ciudadanos. Mediante ella, los órganos estatales se encuentran en la obligación de mantener en forma permanente, accesible y actualizada en los sitios webs institucionales, información pública sobre, entre otras, remuneración del personal, auditorías, contrataciones, transferencias de fondos, subsidios y beneficios. Así también, se habilita a los ciudadanos a requerir la información en poder de la Administración, en un procedimiento administrativo reglado que establece plazos y garantiza respuesta; sea a través de la entrega de lo solicitado o la negativa fundada en alguna de las causales de reserva legal referidas al buen funcionamiento del órgano, los derechos de terceros, la seguridad de la nación y el interés nacional.

La entrada en vigencia de la Ley ha exigido y provocado cambios culturales sustantivos en la Administración del Estado, que impactan directamente las esferas de derechos humanos, prevención de la corrupción, modernización del Estado y protección de datos personales.

La institucionalidad es complementada con la creación de un órgano de supervisión denominado Consejo para la Transparencia (en adelante, CpT), de naturaleza autónoma, integrado por 4 miembros nominados por el Presidente de la República y ratificados por 2/3 del Senado e investido de competencias de fiscalización, decisión, regulación, promoción, estudio y capacitación.

La capacidad del derecho de acceso a información pública para fortalecer el ejercicio de otros derechos fundamentales -en particular, aquellos que detentan grupos y colectivos que exigen especial protección- es analizada a la luz de la

327 Abogado Consejero del Consejo de la Transparencia.

experiencia institucional desarrollada en el contexto de la Ley de Acceso a Información Pública en Chile.

Este artículo da cuenta de decisiones emblemáticas adoptadas por el Consejo para la Transparencia, referidas a la fiscalización de los deberes de transparencia activa en la gestión estatal de fondos internacionales para el apoyo y tratamiento de personas portadoras de VIH; la obligación de rendición de cuenta a la comunidad sobre las medidas de respeto policial a los residentes en poblaciones; y, la incorporación de la sociedad civil en la discusión y el avance legislativo a favor de los derechos de los migrantes.

2. Acceso a Información y Grupos Desprotegidos

En el ámbito de los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre ellos Chile, el derecho de acceso a información pública es un derecho fundamental que deriva de la libertad de expresión. Es también un instrumento para prevenir la corrupción y, por último, un presupuesto que habilita el ejercicio de otros derechos fundamentales.

De allí que, las competencias del Consejo para la Transparencia en función del derecho de acceso a información pública, lo definen como un órgano de protección de derechos humanos. Desde el año 2009 a la fecha, el Consejo ha priorizado el ejercicio de sus competencias resolutivas que derivan de la presentación de reclamos ciudadanos ante la negativa o silencio de los Órganos de la Administración del Estado frente a solicitudes particulares de acceso a información pública. Las decisiones adoptadas han dado claridad y certeza a los contenidos de la Ley, son pedagógicas para los órganos de Estado y la ciudadanía y, algunas de ellas, han sido emblemáticas por su capacidad de desarrollar los contenidos del derecho de acceso a información pública y las causales de reserva legal.

Resulta útil realizar un comentario sobre la labor decisional desarrollada por el Consejo para la Transparencia en casos que concretizan la aptitud del derecho de acceso a información pública como presupuesto habilitador para el ejercicio de otros derechos humanos e instrumento de prevención de la corrupción, a favor de grupos sociales desprotegidos con demandas pendientes de acceso a la justicia, e incentiva reflexiones posteriores del mundo académico, autoridades, organizaciones no gubernamentales y, por cierto, en el seno del propio Consejo.

2.1 Transparencia Activa del Fondo Global para la Lucha contra el SIDA[328]

El derecho de acceso a información pública, como instrumento de prevención de la corrupción, se concretiza mediante las obligaciones de transparencia activa contenidas en el Artículo 7 de la Ley.

328 Resolución del Consejo para la Transparencia, Amparo A-50. De 14 de julio de 2009.

La prevención, cuidado y tratamiento de personas portadores del VIH cuenta con la colaboración y el aporte del Fondo Global para la Lucha de la Malaria, Tuberculosis y SIDA, constituido por una asociación mundial público-privada, durante el período comprendido entre el año 2003 a 2008. Los recursos destinados a nuestro país ascendieron a US$ 38.059.416.

La estructura de administración y asignación de recursos del Fondo Global favorece el trabajo colectivo de los actores involucrados que, en el caso de Chile, involucran a CONASIDA, órgano dependiente de la Subsecretaría de Salud Pública; el Consejo para las Américas; Fundación Ideas -receptora principal de los fondos- y las ONG's Vivo Positivo y la Asociación Chilena de Organizaciones No Gubernamentales (ACCION).

El Consejo para la Transparencia conociendo del reclamo ante la negativa de CONASIDA de acceso a los antecedentes, informes, evaluaciones, auditorías, de la gestión estatal del programa del Fondo Global, constató dispersión de responsabilidad institucional, fragilidad de mecanismos de control de gestión y potenciales conflictos de interés en la asignación de fondos entre las entidades involucradas.

En concreto, la inexistencia de información sobre el Fondo Global en la página web del Ministerio de Salud, habilitó el ejercicio de las competencias fiscalizadoras del Consejo que ordenó la entrega de la información requerida y adicionalmente la incorporación en la página web del Ministerio de Salud del Fondo Global *debiendo considerarse especialmente en ello el interés público comprometido en su divulgación para efectos del control social por parte de la ciudadanía, en particular sobre un tema de salud pública tan relevante como la lucha contra el SIDA*[329].

2.2 Rendición de cuenta a residentes de la Población La Legua[330]

El Ministerio del Interior es responsable del mantenimiento de la seguridad, tranquilidad y orden público en el país. Para ello, su estructura orgánica incluye una División de Seguridad Pública entre cuyas funciones se encuentra el desarrollo de iniciativas para mejorar la eficacia de la acción policial y potenciar el trabajo coordinado entre ésta y las autoridades locales.

La problemática de seguridad pública en la Región Metropolitana reviste especial preocupación en la Población La Legua. Los reiterados anuncios gubernamentales sobre un Plan de Intervención para reducir el narcotráfico en la población, la presencia permanente de Carabineros y las prácticas de control de identidad y trato abusivo a los residentes motivaron una solicitud de acceso a información al Subsecretario del Interior circunscrita a documentación sobre el 'fundamento de los controles de identidad'.

329 Resolución del Consejo para la Transparencia, Amparo A-50, Considerando 7º. De 14 de julio de 2009.

330 Resolución del Consejo para la Transparencia, Amparo C-39. De 6 de agosto de 2010.

La respuesta gubernamental se limitó a adjuntar documentación de proyectos de desarrollo social y comunitario impulsados por el Ministerio. Considerada como insuficiente, los dirigentes poblacionales requirieron la intervención del Consejo para la Transparencia mediante un procedimiento de amparo de acceso a información pública. En la audiencia pública convocada por el Consejo, el representante del Subsecretario del Interior rectificó los fundamentos de la respuesta inicial y sostuvo la inexistencia del documento requerido, añadiendo que su referencia pública obedecía a un nombre de fantasía para las actividades institucionales del Ministerio.

La afirmación motivó una investigación propia del Consejo, que constató la referencia al Plan de Intervención en la Legua en diversas publicaciones en los medios de comunicación, incluso por parte de la autoridad recurrida, con la específica connotación de seguridad pública indicada en la solicitud de acceso original.

La decisión del Consejo da cuenta de su convicción de la participación e intervención del Ministerio del Interior en la Población La Legua para elevar los niveles de seguridad pública, *lo que supondría contar con información al margen de la sanción formal de un plan específico* y un reproche a la autoridad por el empleo de *nombres de fantasía* que aludan a ciertas realidades y cuando se consulte sobre ellas se niegue su existencia. Asimismo, sostiene que *resulta esencial en un régimen democrático que la autoridad rinda cuenta de sus acciones y lo haga de manera proactiva* y, por último, recuerda que el derecho de acceso a información, no sólo es una herramienta para combatir la corrupción, sino también *parte sustantiva de la libertad de expresión y de la participación ciudadana en cuanto permite a las personas participar del debate público debidamente informadas*[331].

Atendido lo anterior, se ordenó al Subsecretario informar por escrito las actividades que ha realizado o está realizando en relación a la seguridad pública en la población La Legua.

2.3 Participación en Discusión de Proyecto de Ley de Migrantes[332]

La adecuación de los estándares legales y prácticas estatales a los compromisos internacionales asumidos por Chile en materia de migración, fueron objeto de especial preocupación durante el Gobierno de la Presidenta Bachelet. Mediante Oficio Presidencial nº 9, de 2 de septiembre de 2008, se impartieron directrices a la Administración del Estado sobre la "Política Nacional Migratoria" y se dispuso la creación de un Consejo de Política Migratoria encargado, entre otras materias, de generar propuestas que regulen los efectos de la migración entre las cuales se comprometió una nueva legislación.

331 Resolución del Consejo para la Transparencia, Amparo C-39, Considerando 10º. De 6 de agosto de 2010.

332 Resolución del Consejo para la Transparencia, Amparo C-248. De 23 de julio de 2010.

La referencia a un anteproyecto legislativo elaborado durante el año 2007, contenido en un informe denominado "Evolución de la Gestión Gubernamental desde 1990", alojado en la página web del Ministerio del Interior, motivó el interés por conocer tal anteproyecto por las *organizaciones de la sociedad civil que trabajan temas migratorios, que conocen su realidad y que pueden dar una opinión fundada al respecto*.

La negativa al acceso por parte del Ministerio del Interior se fundamentó en la reserva de afectación del debido cumplimiento de las funciones del órgano, al ser el documento requerido un antecedente previo de un futuro proyecto de ley, a través de un Mensaje del Presidente de la República, sobre materias de Extranjería.

Habiéndose elaborado el texto por un Gobierno anterior a la actual Administración, y ante el explícito reconocimiento de la autoridad recurrida de falta de definición sobre los cursos de acción a adoptar en esta materia, el Consejo ordenó la entrega del documento destacando además que:

(…) *la información requerida, recae en un tema de alta relevancia pública, tanto por la trascendencia social que revisten los temas migratorios como por la necesidad de incorporar los compromisos internacionales sobre la materia, por lo que el interés público exige facilitar el control social de esta información*[333].

3. Sociedad Civil

La activa participación de la sociedad civil ante el Consejo para la Transparencia debe ser estimulada.

El trabajo conjunto de Fundación Pro Acceso y la Clínica Jurídica de Acceso a Información Pública de la Universidad Alberto Hurtado en los casos de VIH y de Migrantes precedentemente relatados, merecen especial consideración. La participación de alumnos de derecho en la preparación y tramitación de casos, la claridad en el abordaje de los ejes temáticos y la convocatoria y articulación a las organizaciones sociales representativas de estos sectores da cuenta de una estrategia exitosa que merece ser profundizada y, en su mérito, replicada.

Con todo, la intervención y el apoyo de las organizaciones de la sociedad civil deben ir más allá y transitar al ejercicio de las competencias de fiscalización, regulación y recomendación del Consejo que permiten abordar problemas y fenómenos sistemáticos que exceden las posibilidades que otorga el procedimiento individual de reclamo.

En materia de los derechos del adulto mayor, por ejemplo, la interposición ante el Consejo de más de 100 amparos individuales en contra del Instituto de Previsión Social por falta de respuesta y resolución de procedimientos administrativos de revisión de la situación previsional, preocupa. No obstante los esfuerzos en la

333 Resolución del Consejo para la Transparencia, Amparo C-248, Considerando 10º. De 23 de julio de 2010.

búsqueda de mecanismos alternativos de solución a los afectados, las insuficiencias procesales en la tramitación inicial de las solicitudes de acceso y el reclamo posterior ante el Consejo han inhibido y limitado su intervención.

El fenómeno excede el interés particular y requiere una solución global orientada a la revisión y rectificación de los mecanismos y procesos de gestión de transparencia y acceso a información del Instituto de Previsión Social. Las competencias regulatorias de recomendación que la Ley otorga al Consejo para la Transparencia habilitan tal resultado, pero para ser eficaz, se requiere el impulso y una activa participación y organización de los interesados.

Asimismo, el cumplimiento de las resoluciones del Consejo en los casos relatados muestra retardo, dilación y una creciente tendencia de impugnación judicial de las decisiones adoptadas ante las Cortes de Apelaciones. Sin perjuicio de la legítima discrepancia sustantiva con la opinión del Consejo, lo cierto es que, en algunas ocasiones, la interposición de acciones legales obedece a evidentes prácticas dilatorias para inhibir el cumplimiento de la decisión adoptada. Es precisamente el caso del Ministerio de Salud en el Fondo Global para la Lucha contra el SIDA relatado precedentemente. Aquí, el rol colaborador de la sociedad civil a través de proyectos de monitoreo y control social, mediante el seguimiento del cumplimiento de las resoluciones del Consejo y la participación ante los tribunales de justicia en apoyo a los estándares de protección contenidos en las decisiones del Consejo para la Transparencia resulta útil y debe ser estimulado.

4. Conclusiones

Todo lo anterior, devela algunas de las potenciales oportunidades que concede la institucionalidad de acceso a información en la protección de los derechos de sectores y comunidades desprotegidas. Tal intervención resulta fundamental para la efectiva consolidación del Consejo para la Transparencia como instancia estatal de protección de derechos humanos en Chile que requiere, además de la clara voluntad institucional, el compromiso, uso y respaldo de las organizaciones de la sociedad civil.

MESA REDONDA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA (GESTORES DE LA LEY N° 20.285)

Participantes: Rafael Blanco, Hernán Larraín, Alejandro Ferreiro, Francisco Díaz, Jaime Gazmuri, Alberto Cardemil, Edgardo Riveros, José Antonio Viera-Gallo, Ramiro Mendoza, Juan Pablo Olmedo, Davor Harasic, Eolo Díaz-Tendero (moderador).

Rafael Blanco: Esta mesa redonda responde a una inquietud que Chile tiene actualmente y, en ese contexto, nosotros como Facultad de Derecho hemos desarrollado distintos niveles de trabajo: tenemos una Clínica de Acceso a la Información, tenemos en el pregrado varias iniciativas encaminadas a constituir un elemento de análisis normativo y dogmático. Además, el profesor Juan Pablo Olmedo dirige un proyecto que es precisamente éste, que es el que nos vincula con la Fundación Ford.

Poder reunir a tantas figuras que tuvieron y tienen relevancia en el quehacer público -y especialmente lo que tiene que ver con la gestación de la Ley marco de Acceso a la Información y del Consejo para la Transparencia- es algo complejo. A mí me parece que los problemas de nuestras políticas públicas en general es que tienen serias dificultades para ir documentando el cómo se gestan, por qué se gestan y cómo esto va permitiendo de alguna u otra forma generar un acopio de un análisis que pueda servir de base para futuras investigaciones académicas y de política pública.

Por eso, nos ha parecido que en esta segunda mesa redonda de análisis sobre este tema debíamos contar con todos ustedes, ya que tuvieron un rol protagónico en los distintos niveles: en el poder Ejecutivo, en el Legislativo, en la sociedad civil, en los poderes públicos en general. Nos ha parecido que es muy relevante que esto pueda quedar en un documento que posteriormente dará lugar a un proyecto de investigación que está dirigiendo Juan Pablo Olmedo. A nombre de la Facultad de Derecho les doy la bienvenida.

Entonces, sean todos muy bienvenidos, es un placer contar con ustedes y esperamos que este debate sea uno más de los que podamos encaminar en el marco de este proyecto. Le voy a dar la palabra a nuestro moderador, que es el jefe de la Dirección de Estudios del Consejo para la Transparencia.

Eolo Díaz-Tendero: Muchas gracias Rafael. Antes de hacer una pequeña introducción de cómo ordenar una conversación, la idea es poder poner algunos puntos de discusión para dar lugar fluidamente a las opiniones. Es decir, destacar la posibilidad de contar con el nivel del grupo de personas con que compartiremos

en esta mesa. Agradecerles ese esfuerzo. Eso es un dato ya relevante en términos de lo que está siendo este proyecto de investigación.

Nos sentamos a conversar con Juan Pablo Olmedo para pensar en cómo ordenar este proceso de investigación acerca de esta política pública de la Transparencia -que es de larga data-, y lo que decidimos hacer en términos de método fue separar algunos ámbitos de conversaciones, hicimos una separación fundamentalmente metodológica que en la práctica no es necesario que se dé de esa manera.

En este sentido, concordamos en que, en un primer momento, había una agenda de toda política pública que tiene que ver con un problema público en general, que está en la discusión de los medios o en una agenda general de la sociedad de preocupación por un tema en particular. En este caso, se trataba de la transparencia, del acceso a información y también vinculado a estos temas se encontraba la agenda de la corrupción.

En un segundo momento, visualizamos claramente el ámbito de decisión técnico, es decir, cómo a propósito de esa discusión pública se fueron generando opiniones, fundadas y basadas en datos que posibilitaron soluciones que podrían dar respuesta a las preocupaciones de esta política pública. Es así como surgió una agenda de pro-transparencia y modernización del Estado bastante amplia y en distintos momentos de los últimos 20 años. Para recoger los frutos de este ámbito de aspectos técnicos de esta política pública, hicimos un primer taller donde vinculamos actores de la decisión más técnica-política, los que estuvieron involucrados en la *cocina interna,* es decir, de cómo se tramitaba en el ámbito parlamentario el proyecto final de la Ley n° 20.285.

Y finalmente, nos quedaba un tercer ámbito de observación que era justamente el espacio de la decisión propiamente política, a propósito del sistema político chileno. Esto supone el ámbito de aquéllos que tenían en este proceso decisional de gestión de la política pública -o de generación de la política pública- los espacios para poder decir: *esto es lo que va en la ley y esto es lo que no va en la ley*. Es en este ámbito en el que es necesario destacar la decisión final de cuáles son los elementos que se privilegian en el diseño institucional de esta política pública, pero también en sus contenidos específicos, en las facultades que se le dio al Consejo para la Transparencia y cosas por el estilo.

La motivación de esta reunión es, justamente, efectuar esa tercera conversación que tiene que ver con cuáles son los elementos que estuvieron en la mesa al momento de decidir qué perfil tiene la institución, qué bien fundamental vamos a resguardar en la política pública, en el proceso legislativo, en el proceso decisional en torno a esta política pública.

Para ello, se sugiere abrir una conversación al respecto, responder algunas preguntas básicas. Por ejemplo, ¿cuál es la preocupación principal de este debate legislativo? ¿Cuál era el valor a resguardar y, por lo tanto, qué diseño institucional o qué ámbito facultativo de la ley se le debería incorporar? Como Edgardo debe

retirarse temprano, le cedo la palabra para que inaugure 'los fuegos' en este intercambio de opiniones.

Edgardo Riveros: Perfecto, agradezco mucho, porque la verdad es que debiera escucharlos a todos y después irme. Voy a tratar de quedarme la mayor cantidad de tiempo posible en relación a un compromiso que tengo de presentación de un libro.

Ahora bien, en materia de transparencia hay algunas ideas que yo creo que son bastante concretas. Los hitos políticos que influyen en el tema jurídico y en el tema legislativo. Después que el país reconquista su democracia, surge la necesidad de ir logrando mayores niveles de transparencia. Es cierto que también está ligado a esto resguardar mayores niveles de probidad en el país. Esto es un proceso de aproximaciones donde, desde luego, hay hitos jurídicos importantes: la ley de probidad; la incorporación del principio de probidad en la Ley Orgánica de Administración del Estado; dictámenes de la Contraloría. Bueno, con la Contraloría tuvimos trabajos bastante intensos. Ahora, en esa intensidad del trabajo una vez el señor Contralor me preguntó: qué bonita tu corbata, ¿dónde la compras? Y yo le dije dónde la compraba, lo que no pensé es que hoy día se la iba a colocar (…)

[Risas]

Bueno, eso habla del trabajo en equipo que hubo con muchos actores, incluidos los órganos constitucionalmente autónomos en nuestro país.

Jaime Gazmuri: Después vamos a ver si esto es o no ChileCompra.

[Risas]

Edgardo Riveros: No, fueron con recursos privados, absolutamente privados.

Bueno, un punto muy importante e imposible de no tener como elemento de referencia básica fue la reforma constitucional del año 2005. En ella se logra un consenso político fundamental porque, dentro de las reformas a la Constitución en el año 2005, y en este caso, más que reforma fue un agregado, tanto es así que se utiliza el espacio que había en el Artículo 8 de la Constitución para incorporar por una parte el principio de probidad en el inciso primero del Artículo 8 y, luego, el acceso a la información pública en el inciso segundo, con un elemento central a nivel constitucional, y por eso que en la pirámide jurídica, esto es esencial tenerlo presente, es que la regla general es la del acceso a la información que obra en los órganos del Estado, esa es la regla general y, la excepción, es el hecho de que puede resguardarse en ámbitos de reserva y así está redactado el inciso segundo del Artículo 8. Con esta impronta, que la regla general es el acceso a la información pública y a todos los elementos que le sirven de fundamento, y la excepción es el no acceso, exigiendo además características especiales para el no acceso, que esto esté legislado y esté legislado en una ley de quórum especial. Por lo tanto, también en ese plan, definir qué es lo que queda al margen del acceso a la información pública requiere también de un consenso político para la excepcionalidad.

Ya debo partir, tengo un compromiso en otro lugar. Muchas gracias por esta invitación.

[Edgardo Riveros se retiró por compromisos asumidos previamente a esta reunión].

Jaime Gazmuri: La Ley n° 20.285 es una criatura que tiene muchos padres y me parece muy bien que se haga este esfuerzo de registro histórico, de esta Ley y otras políticas públicas, que entiendo es el objetivo de la Universidad.

Quisiera referirme básicamente a los momentos originales y a cuáles fueron, a mi juicio, siguiendo el cuestionario que se nos plantea, los hitos fundamentales. Creo que el telón de fondo es el conjunto de perfeccionamientos que se hizo en la institucionalidad del país, a partir del proceso de transición: la transparencia, las reformas en ese sentido, reformas estructurales fuertes que se hicieron en muchos ámbitos, desde la reforma procesal penal, el secretismo del viejo sistema procesal, en fin, hay una demanda democrática creciente y fuerte por mejorar la transparencia, y las responsabilidades de los distintos órganos del Estado.

En materia de acceso a información y de probidad, creo que también jugaron su papel tanto discursos de la sociedad civil como del sistema político, el descubrimiento de irregularidades y el debate público que se originó en malas prácticas de la Administración del Estado. En ese sentido creo que un momento muy importante en este debate es todo lo que se originó a través de las investigaciones que se hicieron en el Ministerio de Obras Públicas de la época, durante la gestión del ministro y después Presidente Lagos. Diría que un momento muy sintomático fue el episodio de los sobresueldos, que era el ejemplo emblemático de cómo figuras jurídicas que habían sido usadas durante mucho tiempo ya no eran toleradas por una sociedad en creciente proceso de democratización. Creo que jugaron un papel muy importante instituciones de la sociedad civil, que hicieron un trabajo sistemático durante muchos años en términos de transparencia: recuerdo que me impactó mucho un informe de transparencia internacional, donde Chile aparecía en los lugares más bajos en esta materia. Por tanto creo que ése es el contexto político general.

Hubo en materia de transparencia un par de iniciativas, las ha señalado aquí Edgardo R., que fueron la Ley de Probidad y las transformaciones que se hicieron a la Ley Orgánica de la Administración, donde se establecía el principio de la transparencia y del acceso a toda la información pública. Pero la verdad es que se entregaba la gestión del sistema a la propia Administración, y por tanto la necesidad de una legislación específica se planteó con mucha fuerza a partir del 2000, de allí coincidimos en la iniciativa con el Senador Larraín -en ese tiempo Presidente del Senado, ahora Vicepresidente-, por tanto asumimos esta iniciativa como mesa del Senado, una mesa que además había sido producto de un acuerdo político entre el gobierno y oposición: porque al elegir esa mesa, se empató, y ante la disyuntiva que establece el Reglamento del Senado de la moneda al aire, todos prefirieron quedarse con la mitad del período. Nos correspondió, por estas circunstancias del destino, compartir la mesa del Senado. Y allí la primera iniciativa fue una iniciativa conjunta:

lo señalo porque eso significa que se logró construir en torno a esta iniciativa un acuerdo político en el Senado, que cubría gobierno y oposición.

Revisando algunos materiales para esta intervención, me encontré con una declaración conjunta con Hernán L. del 15 de junio del 2004 donde anunciamos que íbamos a presentar un proyecto de ley, y donde la crítica principal era que la legislación que existía al entregar la gestión de la información pública a la propia Administración, significaba un conjunto muy grande de decretos de distintos organismos del Estado, que eran francamente ominoso, por ponerle un calificativo a esto. Se declaraban secretos asuntos que eran de las plantas, de las adquisiciones, etc. En esa primera declaración establecemos 10 criterios que orientaron un primer proyecto, que lo trabajamos con el Senador Larraín, donde tuvimos el apoyo sistemático de la Fundación Jaime Guzmán. Y presentamos un primer proyecto. Esto fue durante el gobierno del Presidente Lagos. Obviamente este proyecto, como el sucesivo, necesitaban un patrocinio del Ejecutivo, dada las escasas facultades de iniciativa legal que tienen los parlamentarios. Solamente quiero señalar que recuerdo que tuvimos el patrocinio del gobierno del Presidente Lagos, y eso permitió el inicio de la tramitación del proyecto, y ése es un trabajo que, se hizo básicamente en ese momento con el Ministro Dockendorff. Sin embargo, con la Administración de Lagos no llegamos a acuerdo con el establecimiento, que era una idea que ya teníamos, de que era indispensable generar una institucionalidad autónoma y específica para la fiscalización de la ley; y ese acuerdo con el gobierno del Presidente Lagos no se logró. El argumento creo que fue más bien práctico, el tipo de argumento que dan los Ministros de Hacienda, los Directores de Presupuesto: que esto iba a ser muy caro. Y por tanto en su primer trámite, hubo acuerdo en general en los contenidos que hacen a la cuestión de la transparencia, pero no en el tema institucional.

Y este asunto se resuelve de una manera distinta con el gobierno de la Presidenta Bachelet. Aquí está el ministro y el subsecretario que participaron muy activamente en todo el trámite de la ley y en la configuración de lo que ya fue el proyecto definitivo. El gobierno de la Presidenta Bachelet estuvo de acuerdo en generar un asunto que para nosotros era central, y era que la fiscalización correspondiera -no sólo la fiscalización, porque el Consejo tiene además otras funciones- a una entidad autónoma de la propia Administración, independiente de ésta. Tal como se discutía durante el período anterior, esto quedaba referido más bien a la administración ordinaria de la justicia, a nosotros nos parecía que todo el seguimiento, la fiscalización del sistema de transparencia entregada a la justicia ordinaria no iba a funcionar. De lo que recuerdo, los técnicos aquí, y los hay suficientes, tienen información o antecedentes más concretos, creo que los modelos institucionales de los que más se observó, fueron las experiencias de Gran Bretaña y México, como dos experiencias distintas y relativamente modernas. Creo que en general se trabajó en la dirección de generar una legislación que fuera lo más completa y más moderna posible, y en ese sentido creo que hicimos una legislación específica sobre transparencia más bien tardía, comparando Chile con el resto de países de América Latina, pero creo que eso también significó que es una legislación, por así llamarla, de última generación.

Por último, para seguir en los temas que propone la pauta, respecto al debate sobre empresas públicas, creo que hubo una discusión que existió, pero que no se logró convertir en proyecto de ley porque no hubo acuerdo; y es que algunos planteamos en distintos momentos del proceso legislativo, que se incorporara también en esta ley, algunas exigencias de transparencia a empresas privadas que tienen la gestión y la administración de servicios o de bienes públicos, que es un área no directamente pública, pero que tampoco es una área químicamente pura-privada, sino que hay un conjunto de empresas que normalmente administran algún tipo de monopolios que proveen servicios públicos o que utilizan recursos públicos para su funcionamiento. Para ello no hubo acuerdo político, por tanto ése es el pendiente.

Eolo Díaz-Tendero: Empiezan a aparecer algunos temas interesantes: la diferencia de los momentos de la Agenda y cómo en algún momento surgen las siguientes preguntas: ¿Por qué la urgencia se instala en este momento de la Agenda y no en momentos anteriores? ¿Cuáles son los factores que intervienen, que hacen que esto cristalice en este momento, en esta Agenda y no anteriormente?

Alberto Cardemil: Muchas gracias. Agradecer la invitación de participar con gente tan importante en un ámbito universitario, en la dictación de una ley que, a mi juicio es una ley trascendental para la organización del Estado chileno, y agradecer el aporte de todos a esa decisión. Y un sano recuerdo: las políticas públicas no son fruto de la naturaleza, del acaso, son fruto del esfuerzo largo, sucesivo, de mucha gente, que desde distintos puntos de vista crea y organiza una decisión.

Las preguntas que nos proponen [en el cuestionario], están imbricadas unas con otras, entrar en una, es de alguna manera contestarlas todas. Creo que es importante que no se nos quede atrás la prehistoria de la norma: hay esfuerzos importantes antes del 2003 y desde la década del ochenta -que fue una época súper interesante. A mí me gusta mucho la historia, el país tomó una serie de decisiones y en general no se equivocó en las decisiones que tomó. Existe todo un genio liberalizador en el mundo, se promulgó una Ley sobre Bases Generales de la Administración del Estado en pleno gobierno militar, que es interesante en ese sentido. Por supuesto, la Ley de Probidad de 1999 que aquí se ha tocado, interesante. Eso es prehistoria, pero también vale.

Se ha destacado aquí el funcionamiento de las ONG's chilenas, activas, ligadas al tema, que nos siguen acompañando. Ustedes las conocen: el programa de libertad de expresión, la coalición Pro Acceso, la corporación Participa, la corporación Forja, Chile Transparente y por supuesto el Capítulo Chileno de Transparencia Internacional, ayudaron muchísimo al impulso de la idea. Había también un insoslayable movimiento mundial en pro de la transparencia; es un fenómeno que llegó para quedarse. Un dato al 2005, sólo 70 países disponían de una norma de rango legal o constitucional que imponía el deber de dar acceso a la información pública. Al 2010 eran más de 140 los países que ya tenían ley.

Creo que dentro de ese ambiente, y lo tocó con razón Jaime G., en Chile la causa directa y eficiente de la ley es la crisis de transparencia derivada del escándalo

MOP-GATE el 2003. ¿Qué fue eso? Fue simplemente actividad pública financiada con aportes privados de alguna manera; típico problema de transparencia, al margen de los problemas penales, personales.

Esa crisis genera en Chile acuerdos importantes en el Congreso sobre medidas prácticas de transparencia, pactadas entre gobierno y oposición, y alerta sobre la necesidad dramática de mejorar la institucionalidad pública sobre la materia. Después vienen las reformas constitucionales del 2005 que fueron votadas por unanimidad. Es importante que esté en la Constitución, porque cuando no está en la Constitución parece que no existieran en las normas de rango legal. Surge el Artículo 8º inciso 2°, es un Artículo impecable, dice: "*Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional*". Es una norma básica, hermosa, y aprobada por unanimidad, más hermosa todavía. Entonces, el esfuerzo tan importante de los Senadores Gazmuri y Larraín que representan en ese momento gobierno y oposición tiene mucho valor. La norma buscaba introducir enmiendas a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley sobre Procedimientos Administrativos y a la Ley Orgánica del Congreso.

El 2006 se convoca a un comité de expertos, formados en su mayoría por miembros de la sociedad civil, quienes elaboran un informe sobre medidas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública, con recomendaciones concretas: que se dictara una ley especial que se encargara de precisar y hacer efectivo el derecho ciudadano de acceso a la información pública; y recomendó limitación de las causales de reserva, en conformidad con la norma constitucional; positivización de los principios de acceso a la información reconocidos internacionalmente; consagración del deber de transparencia activa y creación de un órgano autónomo con rango constitucional, cuya tarea fuese garantizar el acceso a la información pública. Por lo tanto, con esas recomendaciones precisas que venían avaladas, el Ejecutivo incorpora estas recomendaciones al proyecto de ley a través de una indicación sustitutiva que son la estructura y el formato de la actual Ley n° 20.285 que finalmente es publicada el 20 de agosto del 2008.

Creo que va a haber una historia del establecimiento de la ley impecable, activa, trabajada, ilustrada, con buenos argumentos. Un punto clave, y lo quiero destacar, fue la asignación de un responsable o encargado o jefe de la Agenda pro-transparencia, estas cuestiones si no tienen un responsable no funcionan, porque los ministros tienen mucho que hacer, el Congreso tiene mucho que hacer y tiene que haber alguien que impulse en forma concreta y que sea responsable del avance de esa Agenda.

Quiero destacar que una de las claves de la aprobación de la ley fue la decisión de la oposición de la época, de sumarse al esfuerzo, había posiciones internas conservadoras, que de alguna manera estaban ligadas a la reserva, como una base, como un eje de un buen gobierno; claro, un buen gobierno tiene que deliberar harto

y entonces ser un poquito impermeable y decidir. Había voces que lo planteaban, pero la decisión de meterse en la ley fue consciente y se hizo a través de los Institutos Libertad y Desarrollo, del CEP, y de discusiones profundas de las bancadas parlamentarias de la Alianza en el Senado y en la Cámara.

Creo que con esto la Alianza hizo súper bien porque recupera un gen de su pensamiento, que es el gen portaliano que básicamente es transparencia; yo siempre recuerdo una ley de Diego Portales, de las primeras leyes que se dictaron bajo su Administración, que establecía que un funcionario público que es acusado de corrupción debía querellarse por injuria o calumnia dentro de un plazo breve y si no tenía que renunciar a su cargo, porque era la manera de despejar dudas sobre la probidad en el ejercicio de la función. Creo que cuando se embarcó en la ley, la Alianza produjo curiosamente, una lógica de expansión de la misma; bueno si tenemos ley, tengamos una ley completa, tengamos una ley que realmente funcione, que realmente cubra todos los ámbitos y que abarque entidades que primitivamente habrían quedado fuera como las empresas del Estado, el Poder Judicial e incluso el propio Congreso.

Creo que la gran parte de la fisonomía actual del Consejo, su composición y sus atribuciones tienen una influencia interesante de la Alianza. En relación con el modelo adoptado me parece que una clave, que no debe quedarse fuera porque las cosas tienen su historia, fue la visita de una comisión parlamentaria, del Contralor General de la República, del encargado de la Agenda de Transparencia, de miembros de las ONGs y de periodistas incluso, al Reino Unido que fue súper interesante, con un amplio programa de trabajo en las Oficinas del Comisionado de información. Yo tomo lo que planteaba Jaime, creo que las potestades del Consejo son básicamente las mismas, salvo un bien importante, como es la figura del Comisionado con una solución a la chilena, muy hispanoamericana. Que nos encantan los Consejos, nos encantan las juntas. Una solución distinta, pero con las mismas características respecto de la institución anglosajona por excelencia que es la existencia de los Comisionados. Incluso percibí que después de esa gira el Contralor General de la República, tenía serios cuestionamientos del nuevo sistema, aduciendo, no sin razón, conflictos y contiendas de competencia y de funcionamiento. El Contralor tuvo un rol muy importante y muy activo en la comisión mixta que permitió aprobar varias iniciativas que mejoraron notablemente la ley.

Creo que definido el eje de la institucionalidad no hubo, prácticamente, disenso, esto fue votado por amplia mayoría, a unos nos habría gustado ir más allá en materia de transparencia pasiva para empresas públicas, a otros normas más claras respecto de los poderes neutros o poderes públicos como los Tribunales de Justicia y el Congreso Nacional, otros siguen considerando que las atribuciones del Consejo son excesivas y molestas, yo creo que el funcionamiento del Consejo es el que va a establecer cuáles son las reformas. Voy a dejar como elemento de juicio los discursos del Ministro Viera-Gallo y de los Diputados Burgos y quien habla, en el último trámite de la aprobación de la Ley el 13 de junio del 2007. Creo que son un buen resumen del ejercicio que hicimos.

De lo que queda vamos a tener que ver bien la limitación de las causales de reserva según el test de daños. Es un tema que va haber que verlo, la inexistencia o vaguedad en los procedimientos legales para solicitudes y reclamos de negación por parte de empresas ligadas al Estado y Tribunales. Por último, y no quiero dejarlo atrás, la necesidad, a mi juicio, y en esto soy un firme partidario, de incorporar la protección de datos personales y la privacidad de las comunicaciones electrónicas a las funciones y facultades del Consejo. Creo que éste es un tema central, en el Reino Unido funciona así, incluso el Comisionado tuvo primero la función de la protección de datos personales y se le agregó después las tareas de fiscalización de la transparencia activa y pasiva. En Chile estamos atrasados en esta materia, en algún momento lo conversamos con el Ministro, lo conversamos con los Senadores durante el trámite de la Ley, había que sacar la Ley rápido, eso quedó para un decisión futura, pero a mí me parece que sería un tremendo avance, que le agregáramos a este Consejo, que ha funcionado bien, todo esa función de protección de datos personales que hoy día en Chile está verdaderamente en el área más gris. Creo que ese es un tema importante y ojalá que los que estamos aquí podamos verlo concretado en algún futuro próximo. Discúlpenme que me haya extendido, pero eso era lo que tenía que decir.

Eolo Díaz-Tendero: Francisco.

Francisco Díaz: Gracias. Voy a ser bien breve y me voy a referir a las preguntas uno y a la pregunta cuatro [del cuestionario]. Para los que no me conocen y sospecho que es la mayoría de esta sala, yo fui asesor de la candidata Bachelet durante un año, y luego cuatro años asesor de la Presidenta Bachelet en materia política, estratégica y, en menor medida, legal. Hablo desde la perspectiva de la Presidencia y de cómo fuimos considerando hitos políticos para que se lograra la aprobación de esta ley. En primer término, esta norma es una de esas leyes trascendentales. De esas reformas que sirven y marcan generaciones, y que cambian la manera tradicional de hacer las cosas en el ámbito público, creando instituciones que trascienden en el tiempo. Por tanto, la equiparo a lo que puede ser la Reforma Previsional en el propio gobierno de la Presidenta, el AUGE, la Reforma Procesal Penal, o la Ley de Concesiones, entre otras. Se trata de aquellas reformas cruciales y puntales de toda una institucionalidad, y yo creo que para que esas reformas lleguen a buen puerto, se requiere la voluntad decidida, muchas veces al contrario de lo que puedan decir los propios partidarios, del Poder Ejecutivo, y muy concretamente del Presidente o la Presidenta en este caso.

Yo identificaría tres hitos políticos desde la Presidencia, que grafican y muestran cómo nos metimos a fondo en este tema: el primer hito es uno no muy recordado, y es que en julio del año 2005, cuando estábamos en plena campaña, la entonces candidata Bachelet presentó lo que se llamó la Agenda pro probidad y transparencia, que contenía cinco capítulos centrales: gobiernos corporativos de empresas públicas, gobiernos corporativos de empresas privadas, ley de lobby, financiamiento de campañas políticas y transparencia y acceso a la información. Es importante ver cuál era la racionalidad política detrás de ello; no es común que una candidatura

de continuidad, porque era la continuidad al gobierno del Presidente Lagos, haga de la transparencia y de los asuntos de probidad un tema político importante. Se puede entender -con mala fe- de que hay una crítica velada al gobierno anterior, sin embargo, nosotros estimábamos que esto era fundamental. ¿Por qué pensábamos que esto era fundamental? Porque creíamos que el carácter ciudadano que tenía la candidatura de la Presidenta Bachelet en aquel entonces, necesitaba una compresión muy específica en unas políticas muy concretas, y una de ellas eran los temas de transparencia y de probidad; mientras más fuerte nosotros nos pronunciáramos acerca de la relación entre política, dinero y poder, más credibilidad adquiría nuestro discurso ciudadano. Bien en concreto, en materias de ley de transparencia, por ejemplo, dijimos que hacíamos nuestro el proyecto de ley de los Senadores Larraín y Gazmuri, pero que creíamos que esto no podía resolverse por la vía de los Tribunales, sino que tenía que hacerse por la creación de una institucionalidad específica que resolviera las diferencias que podían ocurrir en el marco de la aplicación de la Ley, es decir, a contrario sensu de lo que el Ministro de Hacienda, según lo que el Senador Gazmuri aquí nos señala, le habría indicado en aquel momento.

Un segundo hito político viene en octubre de 2006, cuando ya llevábamos seis o siete meses en el poder. Las reformas legales tienden a empantanarse, políticamente es muy difícil moverlas, uno mira como estratega, buscando 'cómo diablos' uno puede resucitar los proyectos de ley y darles cierto norte, plazo y una épica política -un relato político, como es tan de moda decir hoy en día. Y surge el caso de Chile Deportes, que en términos de corrupción era bastante menor la verdad: Eran un par de personas que parece que se robaron unas pelotas de fútbol, pero fue muy fuerte en el sentido de imagen pública, porque toda la discusión acerca de la transparencia y la probidad, que a veces se ve muy etérea para la población, ahora tenía cara concreta: una señora que en San Bernardo estaba supuestamente inscrita para hacer un curso de karate y que, evidentemente, eso no era así. Es decir, acá había desvíos de recursos que se hacían muy tangibles. Esto que parece ser un poco jocoso es muy real. Ello provocó una mini crisis política al interior del gobierno, de la Concertación, de los parlamentarios. Algunos creyeron que se resucitaba el fantasma del año 2003, del MOP GATE y de los sobresueldos. Y ¿qué hace la Presidenta? Vimos las encuestas y nos damos cuenta que ella, por su personalidad y credibilidad, estaba muy por sobre la media de los políticos nacionales en los atributos de honestidad, credibilidad, entre otros. Una tentación podría haber sido victimizarse, decir: *esto me indigna*, *esto es horroroso, castiguemos a quien tengamos que castigar*, etc., y no hacer mucho más. Sin embargo, vimos que era una oportunidad para nosotros, para nuevamente dar concreción al control ciudadano de la actividad política, que era algo que nos interesaba, y así nace esta comisión especial que estudia y presenta una serie de propuestas, no sólo en transparencia, sino también en lobby, financiamiento de la política, organización del Estado, Alta Dirección Pública. Estuvo Alejandro F. y, bueno, varias personas más, no sé si alguien en esta mesa (…)

[**Voz**: Davor].

Francisco Díaz: Estuvo Davor y le pedimos a Rafael, después que la Comisión entregó su reporte, que se hiciera cargo de dirigir esta Agenda de Probidad, y creo que eso generó otro estadio de conversación y dio muestras de la voluntad firme del Ejecutivo de llevar esto adelante, que además comienza predicando con el ejemplo a través del Instructivo número ocho, que exponemos y cumplimos con una serie de normas de transparencia activa. Un comentario político: esto no fue fácil, los comentarios de gente de nuestra propia coalición señalándonos: *ustedes se van a desvestir por las puras*, *ustedes se van a exponer innecesariamente,* o como me dijo un Senador socialista, que no es el senador Gazmuri (…)

Jaime Gazmuri: Habría sido el colmo de las faltas [risas].

Francisco Díaz: Por eso lo aclaro, me dice: *esto es un desarme unilateral, para qué lo estamos haciendo*. A esto hay que asociarle además, que ya había en sectores (…)

Voz: Y otros nos decían, *¿y para qué lo van a hacer, si vamos a ser gobierno el otro año?* [Risas]

Francisco Díaz: Quería llegar a eso (…) Hay un tema que uno lo asocia a los otros componentes de esta Agenda, por ejemplo, existía y existe, reticencia en sectores de la clase política respecto al sistema de Alta Dirección Pública, ¿por qué como político vas a abdicar de la posibilidad de nombrar a quien se te antoje en un cargo público? Cuando nosotros presentábamos las indicaciones para que algunos directores de los gobiernos corporativos de empresas públicas fueran elegidos por sistemas de Alta Dirección, nos dijeron: *pero para qué, cómo se te ocurre, en qué mundo, en qué planeta estás viviendo*. Yo creo que entonces, este segundo hito político le dio concreción y dio muestra de la voluntad del gobierno de llevar adelante esta tarea.

Y hay un tercer hito político, que Edgardo R. lo reseñó al pasar: fue que en algún momento del año 2007, programando un poco el calendario de aprobaciones del Congreso, nos dimos cuenta que esta era *la Ley* que iba a alcanzar a ser aprobada e implementada, y que si nos apurábamos la llevábamos adelante nosotros, la implementábamos nosotros en nuestro período. Eso fue una decisión política no menor; implementar una Ley de Transparencia, que por ejemplo en materia de transparencia activa te publica todas las contrataciones y los sueldos, desde el Presidente hasta el último junior, chofer, o secretaria, a seis meses de una elección, no era algo fácil, y no era algo obvio, y recuerdo que el año 2007 tuvimos que tomar esa decisión, casi un año y medio antes de las elecciones municipales, y tuvimos que decir: *ok, vamos a echarle pa' delante*, porque si no vamos a entrar en una economía política que ningún gobierno va a querer que se apruebe. Por tanto, girando a cuenta del afortunado capital de honestidad y credibilidad que tenía la Presidenta Bachelet, pudimos, entonces, sacar esto adelante y contar con que se aprobara la Ley. Se aprobó exitosamente, y ahí el reconocimiento a Rafael, a Edgardo Riveros, a José Antonio Viera-Gallo, que tuvieron la tarea pesadísima de adecuar Reglamentos, sistemas de archivo, sistemas computacionales complejísimos. Todo esto, insisto,

a contracorriente de los que algunas personas pensaban que era lo deseable para un año de campaña. Entonces identifico esos tres hitos políticos, como para dar un poco de contexto histórico y político a lo que fue la implementación de esta Ley, desde la perspectiva de la Presidencia de la República.

Pero la pregunta cuatro [del cuestionario], yo creo que es muy interesante, no por lo que pregunta sino por lo que no pregunta. Dice, ¿por qué se avanzó con rapidez en la tramitación de la ley de transparencia? Yo señalo dos aspectos: primero, por la voluntad inequívoca del Ejecutivo, que dando el ejemplo la saca adelante; segundo, por la responsabilidad histórica, el compromiso y la visión constructiva de la oposición de sacar esta ley, incluso sabiendo que al año siguiente tenía muy buenas perspectivas electorales de ganar y que le iba a ser aplicable a ellos también. Por tanto, ahí primó una visión, a mi juicio patriótica, de ambos sectores del espectro político. Pero la pregunta más crucial debe ser: ¿por qué no se avanzó con rapidez en las demás? Yo sé que es siempre difícil probar el hecho negativo, pero de pronto esto es como 'el perro que no ladró'*;* por qué acá no ladró y en las otras sí, ¿qué pasó con el financiamiento de la política, el lobby, la regulación de los partidos políticos? ¿Qué pasó ahí que no avanzó lo que todos quisiéramos? Una hipótesis -malévola- que yo no suscribo, pero que existe, es que claro, con la ley de transparencia lo que el Poder Legislativo hacía era regular al Ejecutivo y por tanto era más fácil regular al de enfrente que a mí mismo. Una segunda interpretación, es que fuimos unos ineptos desde el gobierno, la verdad es que no supimos armar los consensos. Esta opción también es malévola pero desde otro lado. En definitiva, yo creo que vale la pena darle una vuelta a este tema, porque hoy día tenemos leyes muy importantes, la ley de lobby, por lo pronto una buena ley de lobby, tenemos el fideicomiso ciego, que están ahí.

Rafael Blanco: La puerta giratoria (…)

Francisco Díaz: La puerta giratoria (…) Que están ahí, y que incluso la oposición de antes, que tanto nos criticaba porque no aprobábamos la ley de fideicomiso ciego y, bueno, ahora resulta que tampoco se aprueba. Yo creo que más que pelearse por quién la logra aprobar o no, hay que reconstruir ese momento mágico que hizo posible que la Ley de Transparencia llegara a buen puerto y que hoy día hace posible esta situación infinitamente superior que antes, y que como decía la Presidenta Bachelet, un gobierno que parece pecera, ahora es mucho más ciudadano que lo que era cuando empezó, eso no más.

Eolo Díaz-Tendero: Señor Larraín.

Hernán Larraín: Gracias, tanto por darme la palabra como por invitarme a esta reunión. Valoro mucho el interés de la Universidad Alberto Hurtado por estos temas que, a mi modesta perspectiva, son bastante trascendentales. Creo que ésta es sin lugar a dudas la principal modernización del Estado que ha habido en mucho tiempo y que ha transformado la manera de conducirlo -y no solamente eso-, cuando uno ve el discurso que tiene, el lenguaje que utiliza, no sólo en el ámbito público sino que también en el privado. La palabra transparencia es un *leitmotiv*

de todos, algo que hace cinco años era difícil de pensar, y eso que todavía estamos muy disconformes con el grado de avance de la transparencia en la realidad. Sin embargo, me parece que se ha ido haciendo parte, porque quizás lo más difícil de este proceso es la trasformación de una cultura que viene del secreto a una cultura de la transparencia, porque no es fácil cambiar hábitos arraigados, que trascienden incluso lo político.

Voy a tratar de contestar estas preguntas [del cuestionario], como todos, desde una perspectiva muy personal. Me tocó tener participación directa en muchos de los hechos, y quizá del conjunto de éstos podrá armarse una mirada que sea lo más fidedigna posible de cómo se llegó a lo que estamos hoy día viviendo, esta transformación del principio que ha regido nuestra organización pública y las conductas de sus funcionarios y autoridades. Personalmente, la primera vez que yo conocí de este tema como tal, fue a propósito de la Comisión que creó el Presidente Frei, en donde tuvieron participación Alejandro F. y Rafael B. Una Comisión de probidad o Comisión de ética pública, no recuerdo cómo se llamaba, y que fue la primera que planteó la idea de la transparencia del acceso a la información pública como tal, como una opción política. Y producto de eso cuando terminó esta Comisión, si mal no recuerdo, surgieron varios proyectos de ley y, esos proyectos de ley, tuvieron distintos éxitos, éste en particular tuvo un fracaso total porque en la Cámara de Diputados lo pusieron en el baúl de los recuerdos olvidados, porque la idea era, precisamente, no avanzar en este tema.

Esto fue el año '94-'95. El año '96, en la perspectiva de los hechos que yo tengo, se estaba discutiendo la Ley de Ejercicio del Periodismo y en ese proyecto yo presenté una indicación, recogiendo un poco la sustancia de lo que había entendido de esta iniciativa del Presidente Frei, que había desaparecido. Sin embargo, a mí me parecía interesante la transparencia del funcionamiento del aparato público y el acceso a la información, y pensaba que quienes más lo necesitan para ejercer su profesión son los periodistas. Trabajando con algún asesor en esta materia, me dice: *¿por qué lo piensa sólo respecto de los periodistas? En realidad* -le dije yo- *lo que pasa es que como estamos en la ley de periodismo estoy tratando de tomar este principio*. Me pareció muy atractivo, muy novedoso, pero que ni yo sabía en ese minuto cuál era el impacto que podía tener y, en realidad, no tenía por qué ser circunscrito, pero aquí estaba la oportunidad y presenté una indicación. Esa indicación fue muy discutida porque en ese minuto, a propósito de las sospechas cuando yo era Senador de oposición entonces, algo ha cambiado en la historia, ojalá que dure, a ver si lo sabemos cuidar (…) bueno no voy a seguir en ese camino (…)

[Risas]

Hernán Larraín: (…) camino peligroso en estos días. Me dicen algunos Senadores de gobierno: *tú lo que estás haciendo es tratar de desnudar a nuestro gobierno*, *ésta es una estrategia de la oposición*, y la verdad es que no era una estrategia de la oposición, era una idea que a mí me había parecido buena, emanada del propio gobierno de la época, no tenía otro sentido. Costó mucho que se aceptara, incluso también por gente de mi sector político. En ese minuto, me parece que presidía

la comisión Miguel Otero, si no la presidía tenía una incidencia, una influencia importante, porque Miguel Otero al final se convenció que la idea era buena, pero eran mejores las ideas cuando las redactaba él (…)

[Risas]

(…) Entonces logramos que se convenciera de la idea y él diseñó todo un procedimiento para hacerla efectiva. Eso fue lo que se aprobó respecto de la Ley del Ejercicio al Periodismo, que siguió una tramitación lenta. Entre medio, el Presidente Frei envió el proyecto que se llama Ley de Probidad, que es una modificación a la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, y se nos ocurrió en la misma Comisión que, ya que estaba hablando de la probidad en ese capítulo, podía ser apropiado que eso que habíamos hecho para la Ley del Ejercicio del Periodismo lo pusiéramos en la Ley de Bases y la que salía primero, se imponía.

Historia corta, salió primero la Ley de Bases y ese fue el origen. Por eso es que la Ley de Bases en el Artículo 13 y 14, que contiene esta idea, era un articulado que planteaba este principio, el que yo había promovido, recogido de la legislación que envió Frei y redactado en términos procesales. Eso significó una transacción importante, en términos de las posibilidades para evitar las causales de reserva, que el jefe de servicio podía establecer a través de un Reglamento. Pero yo dije: *bueno, más vale esto que nada, así es que vamos transando dijo el huaso*, y sacamos la Ley con esos contenidos. Fue la primera vez que se instaló legislativamente en Chile el principio de trasparencia, de acceso a la información pública como tal.

Pasaron los años y empezamos a advertir que esto no funcionaba mucho. Es cierto que fue importante el Capítulo de Trasparencia política a propósito del MOP-GATE, pero eso generó una legislación específica, para resolver los problemas de cómo se pagaban los sueldos a los Ministros de Estado, para terminar con el 'sobrecito', cómo se hacían transparentes las campañas políticas, y evitar así, en fin, una serie de hechos que fueron los que gatillaron eso. Pero esto no se transformó en una modificación ni una profundización del principio de trasparencia y de acceso a la información pública.

Al mismo tiempo, en paralelo, se produjo un hecho que iba por otras líneas, pero que fue muy sintomático, fue el proceso de reforma constitucional, que se materializa en septiembre de 2005, pero que se origina en dos proyectos que fueron casi simultáneos. Nosotros presentamos uno primero, en honor a la justicia, pero al día siguiente, porque fue así, presentó otro un grupo de la Concertación, y convinimos en generar un proceso de trabajo de esta comisión de Constitución, para sacar adelante la reforma de la Constitución que finalmente prosperó el 2005.

Ambos proyectos tenían indicaciones para incorporar a nivel constitucional el principio de trasparencia de acceso a la información pública, y eso para no hablar de los demás, facilitó mucho el trabajo. El 2004, siendo con Jaime G. quienes encabezábamos la mesa del Senado, logramos un acuerdo político que destrabó la reforma, donde básicamente la genialidad fue sacar el tema del sistema electoral, porque en todos los demás estuvimos más menos de acuerdo, en ése nunca estu-

vimos de acuerdo y, a sugerencia de José Miguel Insulza, que dijo: *por qué no lo sacamos de la Constitución y dejamos una norma transitoria, que mientras no nos pongamos de acuerdo no lo cambiamos*. Pero lo demás se estructuró y eso hizo posible que se incorporara como principio en septiembre del 2005.

Sin embargo, antes de que la reforma se promulgara, habiendo ya bastante más consenso sobre los conceptos que habían, nosotros evaluamos lo que estaba ocurriendo y ahí fue cuando tomamos contacto, entre otros con Juan Pablo Olmedo y con otros que estaban en la fundación Pro Acceso, en distintas instituciones, ONG's, expertos extranjeros. Y empezamos a darnos cuenta, estamos hablando del 2004, que la ley no estaba funcionando, que en realidad se habían dictado miles de decretos en donde los jefes de servicios dejaban por esa vía, como recién recordaba Jaime G., el 70% de la información de sus servicios fuera, 'porque era muy importante', con lo cual se hizo completamente inútil. Y las experiencias judiciales de abogados como Juan Pablo O. eran muy ilustrativas para demostrar que realmente esa ley no estaba siendo efectiva.

Ahí fue cuando nosotros decidimos hacer un proyecto, y como la consigna de nuestra mesa fue tratar de hacer el Senado lo más abierto, lo más trasparente posible, le planteé a Jaime G. que por qué no nos jugábamos por un proyecto de ley que modificara ése. Lo hicimos y hablamos con el gobierno, al gobierno le pareció bien, le planteamos la idea de que creara un Instituto dedicado a esto, un Consejo para la Trasparencia en potencia, porque no teníamos la iniciativa. Nosotros no íbamos a presentar el proyecto, sino que le dijimos al gobierno: *preséntenlo ustedes*, *aquí está lo que nosotros creemos que hay que hacer*. El gobierno nos dice: *déjennos estudiar*, finalmente Eduardo R. nos dice: *no, preséntenlo ustedes, porque nosotros no vamos a patrocinar por nuestra iniciativa un Instituto y, por lo tanto, ustedes tienen facultad para propiciar el proyecto, en las otras líneas*. Y eso fue lo que hicimos, en enero del 2005 nosotros presentamos este proyecto de ley.

El proyecto de ley era bastante amplio, incluía, entre otras cosas, la obligación de las empresas públicas de proporcionar mucha información. Llegamos a un acuerdo político en la comisión de gobierno que lo tramitó, pero ya estaba acordado antes de que llegara la indicación sustitutiva del Ejecutivo. Ese proyecto empezó su tramitación y se aprobó en octubre del 2005 en el Senado.

El gobierno del Presidente Lagos estaba de acuerdo en esas normas, pero no se hizo ningún esfuerzo, porque no presentaron indicaciones que fueran convergentes ni a una organización pública, dentro de la Administración Pública, por las razones que decía Jaime G., por las que fueran, y tampoco hizo cuestión mayor sobre lo que ahí se estaba discutiendo, así que se hizo un trabajo fundamentalmente legislativo.

En octubre del 2005 este proyecto llega a la Cámara de Diputados. No pasó nada en la Cámara de Diputados, nos invitaron a algunas reuniones, pero fracasaron una y otra vez en la comisión de Constitución de la Cámara, hasta que viene el gobierno de la Presidenta Bachelet. Hablamos con Paulina Veloso, si mal no recuerdo, la primera Secretaria General de la Presidencia, para que le pusiera urgencia a este

proyecto y para que se incorporaran y, deseablemente, para que pusieran en él un Instituto, un Consejo, algo que le diera al Estado una responsabilidad, porque de lo contrario podíamos caer en lo mismo que habíamos caído antes.

Nosotros ya habíamos eliminados las objeciones de los jefes de servicio, para que no pudieran excluir por vía Reglamento una cantidad de cosas. Ya la Constitución había incorporado que sólo por una ley de quórum calificado podía establecerse una causal de reserva, de manera que muchas cosas estaban cauteladas, pero seguíamos en un camino esencialmente procesal, es decir, si hay una denegatoria, había que ir a los tribunales y eso no tenía mayor destino.

Desgraciadamente, tampoco durante los primeros meses tuvimos de parte del gobierno de la Presidenta Bachelet respuesta, ni urgencia, ni nada, y el proyecto siguió durmiendo. Como bien lo recordaba Francisco D. hay dos hechos que gatillan el interés, que son hitos muy importantes: uno, los fenómenos de corrupción, que generaron mucha discusión, mucha alarma pública; y dos, el que mencionaba Francisco D., el de Chile Deporte.

Hubo otros hitos importantes. Por ejemplo, los planes de empleo que habían pasado a ser activistas políticos. Esos planes generaron un ambiente difícil y se puso en tela de juicio el tema de la corrupción. Y el otro fue un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de un juicio que Chile no está cumpliendo.

Cabe destacar que Marcel Claude, Juan Pablo Olmedo y varios que plantearon este tema ganaron. Y el fallo -un fallo por lo demás bastante emblemático no solamente en Chile- era el tema en común cuando me invitaron a dar una charla pro-transparencia a Venezuela y en un seminario internacional. Era como la bandera de los pro-transparencia ese fallo. Bueno, aquí en Chile eso caló muy hondo y **fue ahí cuando la Presidenta constituye este comité de expertos** [de 2006] **y éste, entre varias recomendaciones, propone la Ley de acceso a la información.** Y posteriormente se envía una indicación sustitutiva al proyecto de ley, que resultó ser muy determinante.

Ahora, ligando esto, ¿por qué se apuró tanto la tramitación? Lo que pasó fue una cosa muy extraña que no es normal en la formación de la ley, no es sana para la formación de la ley, pero que fue muy eficaz para este resultado. Esa indicación sustitutiva llega a la Cámara de Diputados y en ella le introducen algunos cambios, pero al final era bastante completa, porque cambió en el cien por ciento el proyecto nuestro, tomando muchas cosas del proyecto nuestro. Pero cambió, incorporó, por ejemplo, los conceptos de transparencia activa y pasiva y, desde luego, el Consejo para la Transparencia. Más tarde lo aprueba la Cámara de Diputados, vuelve al Senado en donde lo que nosotros podemos hacer ya no es trabajo de comisión: teníamos que decir sí o no a los cambios que habían hecho, pero como habían hecho un cambio de cien por ciento a lo que nosotros decidimos hacer en el Senado, rechazamos ese proyecto, lo que significaba que se constituía una comisión mixta. Esa comisión mixta fue la que realmente hizo este proyecto. Por eso les digo, es una

forma anómala de crear, porque realmente las dos Cámaras no tuvieron respecto del proyecto que se aprobó más influencia que decir sí o no. No tuvieron debate interno a nivel de comisión, a nivel del trabajo de formación de la ley normal y, con todo lo que eso pueda significar, no fue tan malo.

En esa oportunidad le tocó una responsabilidad muy importante al entonces ministro José Antonio Viera-Gallo, a Edgardo R., a Rafael B. que asistieron al Congreso, a muchos expertos, a mucha gente. Bueno, no quiero empezar a enumerarlos a todos, pero la verdad es que fue allí cuando hicimos la ley. Ahí se mejoró, se limitó, se expandió, pero ¿qué modelo se siguió? Cambiamos un poco el modelo procesalista original que tenía la Ley de Bases, por un modelo más abierto, creo que la experiencia de Inglaterra y México fueron, efectivamente como recordaba Jaime G., muy esenciales. Pero eso fue lo que nos permitió llegar a tener un proyecto muy potente. Yo creo que para nosotros, desde el punto de vista parlamentario, fue un proceso muy creativo. Y muy difícil, porque de nuevo están aquí las vallas culturales, que existen en el Congreso, existen hasta el día de hoy. Hay una tendencia, así como la hay en cualquier autoridad o funcionario público en su respectivo servicio, de tener un poco las puertas cerradas, éstas también las hay en el Congreso. Es más fácil trabajar y decir las cosas en una pieza como ésta, que hacerlas en una pieza donde sea todo de cristal, con micrófonos para que el que vaya pasando por la calle o cualquiera pueda recoger esa situación. **Es más, estamos acostumbrados a trabajar más a puertas cerradas que a puertas abiertas**. Entonces ese proceso, que le ha costado al país, le ha costado a los Municipios en forma salvaje, también nos ha costado a nosotros los parlamentarios, y estamos haciendo un esfuerzo a través de las comisiones de ética.

Las comisiones de ética del Congreso se convirtieron en comisiones de ética y transparencia, y ambas estaban haciendo un esfuerzo por ir generando conductas cada vez más transparentes. Y no ha sido fácil, les quiero decir honestamente, pero se está avanzando y estamos trabajando. El miércoles próximo tenemos un taller que organiza nuestra comisión de ética del Senado, donde estamos haciendo esfuerzos muy considerables. Creamos un grupo pro-transparencia en el parlamento chileno, un grupo transversal, que está constituido por Diputados y Senadores de todos los sectores políticos, cuya misión es, precisamente, evitar que nos pasen 'gato por liebre' en proyectos laterales, propiciar iniciativas que llenen vacíos, avanzar en políticas públicas, crear consciencia, hacer un esfuerzo de ser una especie de 'promotor de la transparencia' en el país, para que realmente ésta se constituya como lo que todos queremos: que realmente sea un hábito arraigado.

Hay muchas cosas que están pendientes, creo que lo que decía Alberto C. por ejemplo, respecto del tema de las bases de datos personales y la protección de datos personales es muy importante. Tengo la impresión de que ahí hay 'una tierra de nadie' y muchos quieren separarla de la transparencia y el acceso a la información pública y separarla, desde luego, de los organismos de Transparencia, en circunstancia que son dos caras de la misma moneda, no podríamos tener dos organismos tutelando en paralelo. Estas situaciones deberían estar en un solo espacio, precisamente porque

hay una línea límite que es complicada, pero hay un espacio también, para la intimidad y para la privacidad. Hay un espacio para la reserva. Esto es difícil de definir desde el punto de vista de lo público, es más fácil de definir desde el punto de vista de lo privado, pero hay que tenerlo, hay que hacerlo, y yo creo que mientras más avanza la Transparencia, de acceso a la información pública, más se requiere tener criterios de contención, de definir hasta dónde los criterios puedan ir haciendo y el tiempo nos irá enseñando cuáles son los límites, dónde empieza o termina lo uno, dónde empieza lo otro. Pero creo que ha sido un proceso muy valioso, muy costoso, y donde algunos hemos tomado esta causa como verdaderos cruzados, creo yo. Y somos varios que gracias a ese empuje, que ha sido, como les digo, cautelosamente y calculadamente transversal para evitar todo tipo de resquemores, creo que se ha avanzado una barbaridad generando un proceso que podríamos decir es un proceso irreversible (…) Gracias.

[Risas]

Eolo Díaz-Tendero: Alejandro.

Alejandro Ferreiro: Gracias por la invitación también. Yo quisiera ir al inicio, más que de la prehistoria, yo creo que a la historia de las reflexiones transversales y la propuestas específicas en materia de transparencia. Ésas yo creo que están en el Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública, aquí se plasma inicialmente los conceptos que hoy día ya usamos regularmente, transparencia activa, transparencia pasiva. Se propone específicamente una Ley de Probidad y una Ley de Acceso a la Información Pública, que efectivamente como cuenta el Senador Larraín, se envía al parlamento en enero del año 95 y ahí habían unos aquí presentes, estaba el entonces Diputado Viera-Gallo… y **nosotros, unos jóvenes, unos veinteañeros, como asesor del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, presentamos muy entusiastas este proyecto y el resultado fue** (…)

Hernán Larraín: Una decepción (…)

Alejandro Ferreiro: ¡Una decepción total! No había ninguna disposición política a asumir esto, era casi la mirada de cómo hay gente que pertenece a la Concertación, que está dispuesta a cometer tamaño suicidio político con un proyecto de este tipo.

Por tanto, el año ‘95 el proyecto de ley de acceso a la información ni siquiera lo tomó la prensa, ni siquiera lo tomó la oposición para decirle: *gobierno, ¿por qué no impulsan su propio proyecto?* No había ningún interés en nadie, ni en la prensa, ni en la oposición y aparentemente tampoco en las mayorías de la Concertación, entonces… Una parte de eso efectivamente, como cuenta bien la historia el Senador Larraín, se incorpora a esta Ley de Probidad. Se incorpora para bien al final, porque fue tan obscena la forma en que el gobierno aplica, y voy a decirlo claramente, la facultad que se le asignaba a las jefaturas de servicios para decidir el alcance del secreto y la reserva, que no hizo sino hacer evidente la necesidad de cambiar la ley. Porque **se hizo de un modo que era insostenible, tan absurdo como que había un deudor y un acreedor, el deudor reconocía que debía, pero tenía derecho a**

definir el monto de la deuda, así de simple. Ese era el nivel de absurdo al que nos llevaba esa manera de aplicar y por tanto siempre quedó 'dando bote' la necesidad de cambiarlo, y siempre hubo un hambre pendiente de reformar la legislación. Es decir, si hubiera sido quizá un poco más prudente, más razonable, quizá estaríamos todavía con esa misma ley.

Y ahí nace la propuesta de los Senadores Larraín y Gazmuri, que avanza pero de forma en que en octubre del 2006 estaba fundamentalmente en un punto muerto, esa es la verdad, entonces era importante, era necesario todo lo que habíamos avanzado, pero no había sido suficiente. Estábamos llegando a un punto relativamente muerto y allí ocurre un segundo hecho. Yo lo voy a relatar con algún mayor detalle, me tocó participar en él, cada quien habla desde su propia perspectiva, esto no significa que uno pondere aquello en lo que se tuvo mayor protagonismo como más importante, pero es lo que a uno le tocó vivir. Entonces permítanme que sea eso lo que yo cuente.

A propósito de Chile Deportes y esos casos de empleo [financiamiento de campañas políticas en Valparaíso], la Presidenta me llama, yo era Ministro de Economía, por tanto no tenía conceptualmente mayor tuición sobre estas materias, y me dice: *Alejandro, quiero que tú me ayudes a formar un equipo de gente, de asesores, pero yo no quiero hacer una comisión porque la sociedad, así como está interesada en combatir la corrupción, no está interesada en crear comisiones, por tanto no hagamos de la comisión en sí misma un evento público, pero trata de trabajar con un grupo de personas, y proponme un conjunto de acciones*. Paradojalmente, la idea era que una comisión para la transparencia trabajara de manera reservada, pero un Senador dijo en un programa de televisión que la Presidenta había nombrado una comisión secreta para trabajar. Entonces al final la 'comisión secreta' (…)

[Risas]

Alejandro Ferreiro: [La comisión secreta] por la transparencia se tuvo que hacer pública y tuvimos que entregar un informe relativamente rápido. Ahí estaban: José Zalaquet, Enrique Barros, tres personas del gobierno, Subsecretaria de Hacienda, Carlos Carmona, Salvador Valdés, Davor Harasic. Quiero subrayar la importancia de Davor en esta materia, porque cuando teníamos que hacer esta propuesta, teníamos una opción respecto al tema de la Ley de Acceso. Insistir en los propósitos, en los fundamentos, en los principios de una ley como lo que queríamos, qué es lo que proponía este grupo para ayudarle al gobierno si quería tomar la propuesta, a que la impulsara rápido. Y por tanto, Davor y la gente del Capítulo Chileno Transparencia Internacional, que él dirigía y sostenía muy activamente, redactó lo que fue un insumo esencial de la indicación sustitutiva que después fue al parlamento.

Pero eso es una parte del cuento, nosotros con Davor y la gente que éramos, otros cruzados históricos del tema de la transparencia, no sabíamos exactamente cuál iba a ser la reacción del Ejecutivo. Y el día que se entregaba el informe, y que la Presidenta lo acogía en una ceremonia en la Moneda en un discurso público, nosotros no sabíamos qué efectivamente iba a decir la Presidenta, podía decir pa-

labras razonables, de buena crianza: *lo vamos a estudiar*. O podía endosar activa y categóricamente lo que se estaba proponiendo, que era un acto de audacia política, que no era para nada evidente un escenario pre-electoral. Y aquí Pancho Díaz tiene mucho que ver en el modo en que esto se resolvió, porque había que construir el discurso de la Presidenta. Se podía escribir el discurso A: lánguido, cortés, prudente, postergador. O el discurso B: endosar activamente esto y ponerse a la vanguardia del impulso legislativo. Y fue esto último.

Me acuerdo que estábamos sentados con Davor Harasic en esa ceremonia y nos mirábamos, ni en los mejores sueños podíamos creer que íbamos a contar con el tipo de respaldo político para el tipo de proyecto de ley que estaba siendo propuesto por el Informe de la Comisión.

Acto seguido, al interior del Gobierno la pregunta es*: bueno, ¿y quién conduce esto?* Aquí había unas alternativas, una era la ministra Veloso, otra era yo. Porque había trabajado en el tema, pero ¿qué hacía el Ministro de Economía metido en esta cuestión? Otra opción era alguien conocedor del tema, respaldado activa y políticamente por la Presidenta, esa persona fue Rafael B. Creo que la Concertación y la dedicación de Rafael durante la tramitación legislativa posterior fueron clave para que esto funcionara.

El famoso Instructivo número 8 fue redactado por el equipo de Rafael y eso marcó una decisión anterior a la vigencia de la ley, pero preparatoria de lo que iba a ser la exigencia legislativa, en materia de transparencia activa, y no fue fácil, aquí la Administración titubeaba, miraba esto con recelo. Por Dios. No fue fácil.

En consecuencia, creo que hubo una decisión política que pudo haberse dado en un sentido distinto, que reveló coraje y vocación republicana y mirada a largo plazo. Por definición estas leyes incomodan a los gobiernos, y no es frecuente que un gobierno que no está 'de rodillas' políticamente frente a este tema, lo impulse activamente.

Hay muchas leyes de transparencia que surgen porque los gobiernos están agobiados por demandas o por problemas en esta materia. Este no era el caso: porque Chile Deportes o estos programas de empleo, no fueron de la contundencia tal como para explicar esto por sí solos. Creo que hubo una decisión política muy acertada y audaz, para nada inevitable. Perfectamente pudimos haber ido en otra dirección, que obliga a reconocerle a la Presidenta Bachelet su liderazgo decisivo en esta materia. Ahora en adelante, si bien no está en las preguntas, creo que hay algunos temas que debiéramos evaluar para futuros perfeccionamientos.

Una cuestión tiene que ver con el rango legal y no constitucional de la autonomía del Consejo. Esto significa que no tiene tuición, entre otras cosas, sobre órganos constitucionales autónomos, y por tanto, tenemos en definitiva dos tipos de estatutos de transparencia. Uno que tiene un órgano de control externo. Y otro que no tiene órgano de control externo, esto supone o que están entregados fundamentalmente a la autorregulación o a este control algo más laxo de los tribunales de justicia. Y la pregunta es, al cabo de un tiempo, en la evaluación concreta: los estándares y

vigencia efectiva de la transparencia, ¿son equivalentes en uno u otro ámbito? ¿Es igualmente satisfactoria la autorregulación, la tuición judicial respecto del Consejo para la Transparencia? Creo que habría que evaluarlo, porque no veo razón alguna para que el mérito a la justificación de la transparencia sea mayor en la Administración y menor en otros ámbitos del Estado.

Otro punto, lo señaló Edgardo: el 'neumático desinflado' de los archivos. Sucede que la falta de gestión o de indexación del stock de información o del manejo de archivos, hace surgir una quinta causal no jurídica, la causal de: *no lo tengo, no existe, yo feliz le entregaría lo que usted me pide pero no lo tengo*. Y como en Chile no tenemos la tradición de manejos de los archivos, de indexación, de definición explícita de qué información está efectivamente en poder del Estado, existe la posibilidad de uso eventualmente abusivo de esta quinta causal de la inexistencia. Es un tema pendiente, que además no tiene un lugar dentro del Estado, ¿quién hoy día está pensando desde dónde se resuelve la cuestión de los archivos y la gestión de la información en el Estado? Es un tema que era la 'rueda desinflada' hace un tiempo atrás, que sigue siendo y lo seguirá en adelante, mientras no se le asigne a alguien responsabilidad sobre ese punto.

Finalmente, respecto de la protección de datos. Es difícil para quien es consejero para la Transparencia abogar activamente porque esto esté en manos del Consejo ya que todos los órganos desean más competencia. Lo que sí es claro, es que efectivamente constituye la otra cara de la misma moneda: hoy, en el Consejo para la Transparencia, resolvemos todos los días en materia de acceso a información cuestiones asociadas a protección de datos personales. Es decir, uno de los límites para conceder acceso a información, es eventualmente la afectación de derechos de terceros, la protección de datos personales. Entonces si esto fuera efectivamente entregado a un tercero, estaríamos enfrentados a la necesidad de arbitrar conflictos de competencia permanente entre quienes tendrían la función de proteger datos personales y nosotros, que inevitablemente tenemos que considerar ese aspecto para trazar las líneas entre lo que debe ser entregado y lo que no. Decía un jurista norteamericano, el padre de la protección de datos, cuyo apellido no recuerdo, por tanto no lo puedo citar, pero hace cuarenta años decía que la diferencia entre una dictadura y una democracia es que *en una democracia las autoridades son transparentes al ojo de los ciudadanos y los ciudadanos opacos a los ojos de la autoridad*, y que esta situación se invierte en las dictaduras. Esto es una clara demostración de cómo estas materias están absolutamente implicadas.

Hernán Larraín: Siento mucho no poder oír a algunos, pero tengo que retirarme. Muchas gracias.

José Antonio Viera-Gallo: Comparto con Hernán que éste es un hito importante en la modernización del Estado, que originalmente no se veía así. Yo creo que la Alta Dirección Pública y todo lo que eso trajo consigo y esta ley, son los dos grandes hitos de la modernización del Estado. Desde que me nombraron Ministro [SEGPRES], con Rafael B. primero en la Secretaría Ejecutiva de la Agenda de Probidad y después cuando él ya no estuvo, a mí me tocó liderar esa tarea en el

ministerio y contar con su colaboración [Rafael] para poder lograr la aprobación parlamentaria e implementarla. Fue muy difícil: recuerdo conversaciones con la CUT, con la ANEF, sobretodo con la ANEF, reuniones con subsecretarios que no estaban necesariamente muy a favor, y recuerdo después la parte material de la implementación. Entonces agradezco mucho a un grupo asesor que nos diseñó un plan de cómo presentar esto en la sociedad y que fuera progresivo y paulatino, porque había expectación de que esto empezaba un día determinado y que al día siguiente se iban a meter todos a ver los horrores que pasaban en el Estado, y en realidad no pasaban grandes cosas en el Estado y todo resultó bastante bien.

Yo voy a plantear algunos de los problemas que veo, para no repetir la historia que todos ya conocemos, creo que en primer lugar no hay una claridad en el fundamento constitucional del acceso a la información, porque normalmente se pone en el Artículo 8º. Pero yo leí con mucha atención, lo volví a leer, es muy bonito en realidad, pero no veo que tenga mucha relación con el derecho de acceso a la información. Más bien creo, que se encuentra en el Artículo 19 número 12 [CPR], como lo reconoce el Tribunal Constitucional, igual que la Corte Interamericana. Si eso es así, entonces el concepto de información pública de la ley puede ser más amplio, como lo que el Artículo 8º señala, porque si información pública son los actos y resoluciones, mucha de las informaciones que maneja la Administración van más allá que actos de resoluciones o procedimientos y, sin embargo, se reputan información pública. Entonces, habría que considerar que el desarrollo del Tribunal Constitucional en un fallo que también tuvo que ver Juan Pablo O. con el Servicio de Aduanas y lo de la Corte Interamericana, es muy importante para fundamentar constitucionalmente la información pública.

Nosotros tenemos en este minuto dos juicios pendientes en el Tribunal Constitucional sobre esta materia, en que se reclama contra la Corte de Apelaciones: el caso de Televisión Nacional, que no quiere dar a conocer las remuneraciones de su plana directiva; y el de la Universidad de Chile, que se produce porque un alumno de la Facultad de Derecho de la Chile pidió una información a ésta y la Universidad dijo que no, y eso se expandió después a los sueldos, y eso fue al Consejo que se pronunció contra la Universidad de Chile; luego se fue a la Corte y ahora está en el Tribunal Constitucional, que tiene que resolver estos dos casos. Por cierto, no voy a decir palabras sobre esta materia, pero quiero decir que hay temas que están pendientes y están en pleno desarrollo. Yo noto en ustedes un cierto optimismo, como que se hubiera ganado una serie de batallas, que es verdad a nivel parlamentario, incluso gubernamental, pero no estoy tan convencido de que eso sea sentido común en la comunidad jurídica, no estoy tan convencido. Entonces creo que esto es algo en lo que hay que continuar trabajando y progresando.

Respecto de los archivos, obviamente que de eso nos preocupamos mucho, y creo que hay que decir lo positivo y lo negativo. Si ustedes van al Archivo Nacional, es impresionante lo moderno, eficiente y avanzado que es: si ustedes piden, por ejemplo, notas de Diego Portales se las van a dar en tres minutos, porque se van a meter a un computador y salen las notas. Hay cosas que están perfecto en línea,

por ejemplo, el registro de propiedad está de inmediato y desde la época antigua; hay otras cosas que, en cambio, no lo están. Ahora, creo que la Dirección de Bibliotecas y Museos es el organismo que tiene que preocuparse de este tema. Aquí hay una tarea del Parlamento, porque hay que modificar la Ley de Archivos, ya que la forma que esa ley establece la ubicación de los archivos implica solamente tres lugares del país: Santiago, Temuco e Iquique. Pero no hay archivo regional, por ejemplo en Talca o en Concepción, en fin, es ridículo. Así, los criterios para ver qué se manda al archivo y qué no son demasiado anacrónicos, entonces, modificar la Ley de Archivos es una tarea muy importante.

Pienso que la tarea de la transparencia activa en los municipios debe seguir estando pendiente. Nosotros lo consideramos como algo que no era competencia nuestra en el gobierno y por tanto hicimos muy poco, no teníamos tiempo tampoco, pero creo que eso también es una tarea que es muy importante porque es ahí donde se producen muchas de las dificultades que los ciudadanos tienen.

Comparto totalmente que el Consejo tenga la protección de los datos personales, con Alberto C. incluso intentamos que fuera más de lo que hay en el proyecto actual al último minuto, pero no fue posible. Recuerdo que hay un compromiso de Chile con la OCDE, que hay un plazo que debiera vencer luego para que este tema quede zanjado: o con el Consejo o con otra entidad, porque cuando se creó la Ley de Protección de Datos Personales también quisimos que hubiera un ente autónomo. No recuerdo si era el gobierno de Frei o de Lagos, pero también tuvimos al Ministro de Hacienda de turno que dijo que no, y con razón, porque tampoco se trata de derrochar los recursos públicos, pero ya que hay una entidad, que es ésta, lo que hay que hacer es mejorarla, implementarla y cumplir con el compromiso de la OCDE, porque si no Chile va a estar en mora.

Bueno, yo creo que estamos en plena marcha. Ahora Chile está considerado a la vanguardia de América Latina junto con México, por reuniones que me ha tocado asistir, pero no debiéramos 'dormirnos en los laureles', porque eso de que las cosas son irreversibles, yo creo que a veces sin cambiar las leyes después se interpretan de una manera que al final terminan siendo retrocesos. Entonces, esto es como las mareas, van y vienen, y no hay que dejarse sorprender. Gracias.

Davor Harasic: Gracias por la invitación. Por cierto, comparto absolutamente la preocupación que ha manifestado José Antonio. Yo creo que éste es un panel imperfecto, pero no se podría haber hecho perfecto. Es imperfecto porque acá no están todos lo que casi hicieron imposible la Ley, a los que no les interesaba y a los que no querían de frentón que hubiera Ley, es decir, Juan Pablo con toda la experiencia que tiene me imagino que más de una vez habrá vivido ese hecho, y nosotros lo vivimos muchas veces en Capítulo [Capítulo Chileno de Transparencia Internacional]. Entrevistarnos con autoridades, pedir urgencias, y la pregunta sistemática es: *¿Hasta cuándo molestas con la transparencia? No vamos a poder gobernar si esta cosa es transparente*. Y estoy hablando de ministros muy recientes y de personeros que después se vieron llevados a tener que aprobar y darle el

visto bueno a esta ley. Y no estoy hablando de otros que sí lo hicieron con mucha convicción, acerca de lo cual quiero hacer una breve referencia.

Yo afirmo con el conocimiento de causa que tengo en este asunto, por la pelea dada por el Capítulo, en conjunto con Pro Acceso, quienes obviamente llevaron la 'voz cantante' en esta materia porque era su objetivo concreto, yo afirmo que esta ley se aprobó a pesar de los políticos. O sea acá, salvo casos muy específicos, el gobierno y la oposición sólo estaban dispuestos a mirar este asunto si es que había algún interés. Estoy de acuerdo con José Antonio en el sentido de que es el Artículo 19 n°12 el que verdaderamente establece este tema, pero el Artículo octavo se nos apareció el 2005, y es bonito, está bien escrito, y es muy feo oponerse a él.

Entonces sobrevino, creo yo, el temor de que acá nos enfrentemos a una justicia constitucional, que en virtud de lo que establece el Artículo octavo, empiece a darse un acceso a la información que no estaba reglamentado. Porque el proyecto de ley de Jaime y del Senador Larraín dormía en la práctica, 'el sueño de los justos', es decir, tenía una tramitación absolutamente empantanada.

Creo que los casos de Chile Deportes y el caso de los planes de empleos, hicieron que se diera una constelación muy importante en la persona de la Presidenta Bachelet. Yo estoy muy impactado hasta el día de hoy, Alejandro F. lo tiene que recordar, la primera reunión de la comisión secreta con la Presidenta Bachelet: en la que una Presidenta de la República durante casi cuatro horas no recibió ni siquiera un llamado telefónico para darnos las instrucciones de qué es lo que nos estaba pidiendo. Y además, con la gran sinceridad de decirnos: *mire, de lo que ustedes me propongan no sé lo que voy a aceptar, no sé lo que voy a rechazar, pero necesito que le digan a mi gobierno qué es lo mejor que se podría hacer en esta materia,* y nos pauteó con una convicción, con un interés en el tema que francamente yo creo que ha sido uno de los hitos políticos, el que ella sea Presidenta de la República, que detonaron el hecho de que esta ley sea Ley.

Creo que, además, se da la confluencia fantástica de la comisión mixta de la que habló Hernán Larraín, en la cual hay una persona que creo tuvo una influencia bastante decisiva, por su propia personalidad y no por el hecho de que haya sido Vicepresidente del Capítulo en aquel entonces. Es Edgardo Boeninger, quien fue un gran articulador de este tema, y me rectificará el Contralor si no es así, pero creo que en un almuerzo que tuvimos juntos, Edgardo R. influyó en que el Contralor también se convenciera de alguna manera de que este Consejo de Transparencia necesitaba autonomía y que por lo tanto tenía que reconocérsele esa autonomía. El Contralor tuvo ahí la gran hidalguía de hacer un informe con una opinión contraria a la que ya había manifestado respecto de la naturaleza jurídica del Consejo para la Transparencia. Y creo que esto fue así, y prueba de ello es que los otros proyectos de ley que no son tal vez tan importantes como esta ley, siguen durmiendo. Al lobby lo mató el lobby, del fideicomiso no se sabe, y todos surgieron exactamente de la misma inquietud.

Por lo tanto, yo creo que acá fue una confluencia mágica, y tiendo a pensar, y ojalá me equivoque, que para que los demás proyectos sean leyes vamos a necesitar un par de escándalos de corrupción, que es cuando las cosas se mueven en este país. Porque de lo contrario, la verdad que ésta es una Agenda que no le interesa a nadie.

En resumen, creo que esta ley demuestra la iniciativa de la ciudadanía. Creo que la Presidenta Bachelet no fue pragmática, pero lo dije, creo que es una persona realmente convencida del tema y gracias a ella salió. Pero creo que el gobierno de la ciudadanía en ese entonces, los titulares de la prensa de todos los sectores, incendiaban con los temas de corrupción: 'chico' lo de Chile Deportes, intrascendente lo de los planes de empleo, pero se produjo un hecho que era demasiado importante, el detonante, y creo que se usó muy bien la ley para apagarlo.

Ramiro Mendoza: Se nos está escapando la hora. Primero agradecer la invitación que me formularon. Estaba tratando de recapacitar en un *racconto* de los hitos que han salido encima de la mesa y estoy plenamente de acuerdo con todos. Seguramente no con algunas de las afirmaciones que hizo Alejandro F., que está completamente equivocado, lo que dice relación con las autonomías y los roles de los órganos autónomos.

En esta misma Facultad, en un Seminario sobre acceso a la información, me trataron de 'lobbysta', de que yo había usado el poder de la Contraloría para hacer lobby, asistimos 18 veces a la comisión mixta del Senado, tanto que H. Sabaj nos tildaba de la bancada contralora. De hecho, esperaba a las seis de la tarde, a veces llegábamos a las seis diez, y nos quedábamos hasta muy tarde con José Antonio, Edgardo Rivero y Hernán. Con Alberto nos tocó después ir a Inglaterra en junio del 2007; era en la época de Roland Garros (…)

Pero yo quiero poner un acento que me interesa mucho. Coincido con todos, desde el punto de vista de los hitos, que Francisco Díaz ha expuesto muy bien, incluso desde las intenciones y maldades que existen cuando prospera o se supera un determinado escollo. Pero yo creo que hay algo que es bien esencial, que es primero la adscripción de la Presidenta a una situación completamente consecuente del punto de vista de su planteamiento. Lo dijo Francisco Díaz, esto había sido un eje de su campaña, había planteado el tema del gobierno ciudadano, aunque esto significaba algo que quizá ella no entendía muy bien. Me acuerdo que estaba sentada la primera vez que fui a la Moneda y empezamos a hablar del gobierno ciudadano, y yo le dije: *usted no sabe la chichita con la que se está curando*, me dijo entonces: *puede que no sepa, pero a mí me interesa que la ciudadanía tenga una participación activa en todo*. Eso es consistente con lo que después ella percibe en el desarrollo de este tema.

Ahora, mirando un poco hacia atrás. Yo me acuerdo el año '94, cuando yo estaba más joven y Alejandro estaba mucho más joven que yo, me contrató para un informe en Derecho en la comisión de ética pública, que se había generado con la preocupación inminente y evidente de dos escándalos o situaciones de corrupción que habían advenido a poco iniciarse el gobierno de la Concertación, particular-

mente el tema de la ENAP, en lo que se refería al desmalezado, y con el desastre de Juan Pablo Ávila en lo que se refería a CODELCO y a la adscripción de las operaciones a futuro.

Efectivamente, toda esa historia generó estos 'ires y venires', hasta que llega 1999 y se instala la Ley nº 19.653, donde tal como recordaba Hernán, viene el acceso a la información: el 12 bis, el 12 ter, que posteriormente se transforman en los artículos 13 y 14. Juan Pablo Olmedo, que fue alumno de la tesis empieza a ejercer en algo en que nadie ejercía y que era el derecho, administrativo jurisdiccional, que no existía. El derecho administrativo estaba centrado en un eje que era la función pública, y durante muchos años se había empezado a mover en el eje del ejercicio judicial, donde están los recursos económicos, que es la responsabilidad del Estado. Los abogados empezaron a ganar plata con la responsabilidad del Estado. Pero esta cosa media rara que era el derecho administrativo judicial sobre la base de principios como la probidad y transparencia, al amparo de una ley como la Ley nº 19.653, yo creo que en ese sentido Juan Pablo fue realmente un pionero. Conversábamos mucho, llamaba a mi oficina, me pedía datos y empezó a ganar. Pero empezó a ganar de manera muy escuálida porque todos perdieron con la Ley n° 19.653.

Y aquí hay un fenómeno que yo creo persiste hasta hoy, y que seguramente se mantendrá en el futuro; la necesidad de romper la inercia respecto a la transparencia que se produce por la negación jurisdiccional al reconocimiento del derecho, empuja necesariamente a la creación de esta nueva forma, bajo este eje del gobierno ciudadano, a un mejoramiento desde el punto de vista de la cautela del derecho y al compromiso orgánico para garantizarlo.

¿Por qué el compromiso orgánico? Porque a los jueces no les interesó el acceso a la información. El derecho de acceso a la información y del habeas data informativo no fue materia de decisiones jurisdiccionales. La mayoría de las veces fueron rechazos. Y algunos escuálidos esfuerzos, ¿cierto?, que hoy día uno levanta, donde fueron pocos los que ganaron. A los jueces no les interesaba el tema de acceso a la información, entonces, había que poner un eje en el Derecho. Ahora, un tema que no es menor, es el riesgo que constituye el exceso de las atribuciones del Consejo de la Transparencia, sumado a que hoy día a los jueces les sigue interesando poco el acceso a la información. Es decir, ese control jurisdiccional respecto a las decisiones del Consejo para la Transparencia hoy día no existe. Es decir, estamos en el peor de los péndulos de Foucault, porque estamos en el péndulo inicial, donde no me quiero meter, y no hay ningún órgano, entonces hay un vacío y hoy día ese vacío se llena con las atribuciones del Consejo. Pero en la otra punta del péndulo los jueces tampoco conocen, porque, además atomizamos el control jurisdiccional, porque esto entra por Corte [de Apelaciones] y nunca llega a la Corte Suprema.

Entonces no hay unidad jurisdiccional consistente, en el mediano y largo plazo, en lo que respecta al control de las decisiones del Consejo. Con independencia de que la Contraloría pueda involucrarse, si forma parte del control de legalidad que la Contraloría puede hacer, si puede dictaminar o no puede dictaminar, etc. Pero el tema es que hay una ausencia de control jurisdiccional sustantivo en la Corte

Suprema, respecto a las decisiones del Consejo. Por eso lo pongo como tema, como un problema. Es lo mismo que si las decisiones de la Contraloría no fueran conocidas en sede jurisdiccional, porque no avanzáramos con nuestra autonomía, para los efectos que no nos conociera en materia de protección. Que en algún minuto se trató, y se peleó y que al final se rescató sólo para los efectos de la toma de razón. Ese es un tema.

El otro camino que yo quiero plantearles, dice relación esencialmente con la melodía del control social. Y cuando digo 'la melodía del control social', lo que estoy diciendo es que este no es un hecho aislado. Es decir, no es que aquí nació una larva que se desarrolló en un tiburón, o en un bonito pescado, y que anda solo por la vida. Lo que estoy diciendo es que aquí hay ejes que de manera unitaria van formando una sinfonía, buena o mala. Coincido con José Antonio que esta cuestión se verá hacia adelante. Ustedes han dado varios ejemplos: hoy día Rafael está en la Alta Dirección, está la Ley nº 19.882, está la Ley de Calidad de la Política, la nº 19.884; la reforma a la Ley n°20.050, con el Artículo octavo. No bastó el Artículo octavo en su texto original de la Ley n° 20.050, sino que lo reformamos, la Ley n° 20.414 le agregó otras cosas, que dice relación con el deber de probidad y el deber de desprendimiento con los conflictos de intereses, porque también como huele a probidad, hay que meterlo ahí. Porque al final esta cuestión es un poco por olor, ¿no? Lo metemos ahí.

Y está una ley nueva, la Ley nº 20.500 que se genera en el régimen de la Presidenta Bachelet. Y se acaba de publicar en el 2011, ahora en febrero de 2011. Yo no sé si alguno la ha leído, yo creo que los parlamentarios a veces no leen lo que firman, con el perdón de Jaime. Es tremenda. No estoy diciendo buena o mala. Lo que estoy diciendo que es, de verdad, desde el punto de vista de las políticas públicas, el Parlamento y el gobierno generaron un eje de apoderamiento de la sociedad civil extraordinariamente potente. Que no sé si es bueno o malo, por eso es lo que estoy poniendo encima de la mesa, que es un apoderamiento de la sociedad civil. O sea, la sociedad civil del año 2011 no tiene nada que ver con la sociedad civil del año 90', ni con la sociedad civil del año 95', ni con la sociedad civil del 2000.

Tal como recordaba en algún minuto la Ley n° 19.653 a la antigua Ley n° 18.575, que citó Alberto, la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración. En esa época trajimos a Gaspar Ariño, un procedimentalista español famoso. Francisco González Navarro también vino, él estuvo viviendo un año en Chile, del año '84 al '85, trabajando en la Ley Orgánica, es decir, fue una tremenda ley. Y en realidad todo lo que ustedes ven, desde el punto de vista de la columna vertebral de esto se ha engarzado ahí. Les quiero leer la ley, dice: "El Estado reconoce a las personas el derecho a participar en sus políticas, planes, programas y acciones". Desde luego, eso es un derecho aunque no esté en la ley, y lo que viene: "(…) es contraria a las normas establecidas en este título toda conducta destinada a excluir o discriminar sin razón justificada el ejercicio del derecho de participación ciudadana". Artículo 70 de la Ley de Bases de hoy en día: "Cada órgano de la administración del Estado deberá establecer las modalidades formales y específicas de participación que

tendrán las personas y organizaciones en el ámbito de su competencia". A usted compadre que le gusta el Consejo de la Transparencia, le van a ir a golpear la puerta y le van decir: *cómo participamos aquí*. A todos, a mí también me van a ir golpear la puerta. Claro, están excluidos los del 21, inciso segundo de la Ley n° 18.575, porque todas las leyes son con trampa.

Voz: De la bancada contralora.

[Risas]

Ramiro Mendoza: No, si ésta ni fue la bancada contralora. Ya funciona en piloto automático.

[Risas]

Ramiro Mendoza: Ya estaba hecho. Lo que les quiero decir es que en realidad "los órganos de la administración del Estado -dice el artículo 74- deberán establecer Consejos de la sociedad civil de carácter consultivo que estarán conformados de manera diversa, representativa y pluralista, por integrantes de asociaciones sin fines de lucro, que tengan relación con la competencia del órgano respectivo". Lo que les quiero poner encima de la mesa, es que ésta no es una ley aislada. Yo creo que está bien, la sociedad civil cambió, o mejor dicho a la sociedad civil se la apoderó en una relación distinta, ya no tan vertical en las relaciones esenciales con el Estado. Y por eso que hoy día las ONG's tienen el peso que tienen, y por eso en adelante van a tener el peso que deben tener. Por eso que es tan difícil que las ONG's 'de empresas', que se visten con la responsabilidad social empresarial, puedan en este contexto validarse. Porque esto no es un tema de vestirse, esto es un tema de vivirse. Eso es lo que les quiero decir.

Aquí hay una regla de realidades distintas de las relaciones del hombre con el Estado, que se está apartando de la regla a la que estábamos acostumbrados, que era la regla de la convención monopólica del poder en el partido político y se está entregando a una regla de transferencia a la sociedad de interesados. Que forman una dialéctica distinta, una organización distinta. Para allá vamos, pero hay que mirar que uno va para allá.

Si es bueno o es malo, eso en realidad obedece a las decisiones que tú planteas en las preguntas. Son políticas públicas, yo no tengo nada qué ver en eso. Lo que quiero mostrarles es que para allá vamos y en realidad es importante que en alguna de esas decisiones no podemos quedarnos como Estado, en el caso de la Contraloría, a la espera de una legislación o de cómo se va a vivir la legislación, y quedarnos como las vírgenes necias. En realidad, si esto no se aplica a la Contraloría, habrá que aplicárselo a la Contraloría. Tal como la Contraloría hoy día tiene, sin que exista Ley de lobby, una agenda pública en que están todas las cosas que hace el Contralor.

Entonces, yo no necesito en realidad creer en la ley para hacer efectivo esto. Pero el cuento, y aquí a lo que tomaba Francisco recién, el problema es que no sabemos bien el relato. Y éste no es un problema de relato político, sino que es un problema de relato de la sociedad. Y ahí es donde podemos tener problemas el día

de mañana: cuál es el relato real que vamos a construir para hacer esta participación y esta potencia que significa la sociedad civil en las nuevas relaciones del Estado con la persona. Eso es lo que yo quería decirles.

Eolo Díaz-Tendero: Gracias. Cerrando la ronda de preguntas, además, en función del tiempo. Rafael me había pedido una intervención al cierre.

Rafael Blanco: Sólo para agradecerles esta reunión, porque a mí me parece que, dado que el esfuerzo de Juan Pablo y el proyecto de la Alberto Hurtado y la Fundación Ford, es poder hacer una reconstitución de por qué se gestan ciertas institucionalidades, procedimientos y reglas, me parece que lo que hemos tenido acá, hoy en día, y lo quiero reforzar tomando las palabras de Francisco Javier Díaz: *cada cierto tiempo los países dan unos saltos cualitativos relevantes*, que generan una serie de preguntas, que son las que se hace Ramiro, las que se hace José Antonio. Pero hay un salto cualitativo súper relevante, que son reformas estructurantes que te generan cambios que van a permear no sólo en la institucionalidad en el sistema político. Entonces, la pregunta a la que Juan Pablo nos convoca en el proyecto, que tiene que ver con por qué se gesta, yo creo que efectivamente hay un conjunto de razones que se van sumando históricamente, hay procedimientos que van siendo concatenados, ¿no es cierto?, que se van sembrando, pero a mí me parece que lo más notable es que hemos logrado juntar acá gran parte de los que son verdaderamente responsables de esto. Yo he escuchado citar un montón de institutos y personas, pero yo creo de verdad, yo estoy convencido, para ese recuento histórico que estamos haciendo, que en esta mesa los que están, más los que se tuvieron que ir, explican buena parte de las condiciones que se generaron para que se pudiera contar con la Ley de Acceso y con la creación del Consejo.

Desde la sociedad civil yo diría que están aquí Davor y Juan Pablo. Esa labor incansable, a veces, que es darse de cabezazos durante mucho tiempo, hasta que de repente uno mira una oportunidad. Lo que tiene un discurso construido y además tiene un cierto perfilamiento; lo de Juan Pablo desde Pro Acceso y Davor desde Transparencia, jugaron un rol clave manifestándose inconformes sistemáticamente, que era un poco el rol que también jugó la sociedad civil, hasta que uno ve un producto. Y no hay muchos más, ¿no?, en el marco de la sociedad civil. Hay otros, pero creo que ustedes dos sí engarzan muy bien con ese elemento.

Luego, en el ámbito parlamentario, creo que en la Cámara de Diputados fueron piezas absolutamente indispensables Alberto C. y Jorge Burgos -quien se excusó- para la aprobación de este proyecto y la comisión mixta, para que el proyecto prosperara en la perspectiva de la participación política de los Diputados. Lo mismo en el Senado, respecto a Jaime G. y Hernán L. Creo además, que ustedes tuvieron la visión de articular esto en un proyecto de ley, pero la construcción en el Senado de la República de un espacio que ustedes fueron allanando, a mí me parece que fue absolutamente crítico.

Alejandro F., probablemente es de los primeros redactores de normas de acceso a información. Yo recuerdo cuando estábamos en la Comisión -a mí no me contrató

para hacer un informe, sino que me contrató para la Comisión-, nos tenía en una situación de mando vertical. Y Alejandro estaba convencido que las normas de acceso en Canadá y en Estados Unidos eran muy críticas y claves. Pero sólo él entendía, porque no había nadie que dialogara institucionalmente con eso, se consideraba una sofisticación intelectual en esa época. No había sociedad civil tampoco que, a propósito de lo que decía Ramiro, que pudiera dialogar o interactuar sistemáticamente con cuestiones de esa naturaleza. Y Alejandro después estuvo, junto con Davor, en la Comisión de expertos que creó la Presidente Bachelet. Pero luego, cuando esto se instala en el gobierno, Francisco recordaba muy bien, había un porcentaje muy relevante en el Ejecutivo que no creía en esto, que era efectivamente desnudarse unilateralmente, que esto iba a generar ciertas condiciones políticas dentro de la Concertación. Y yo creo que ahí Edgardo Riveros y José Antonio Viera Gallo, y sobre todo José Antonio, tuvieron un peso político que yo creo fue clave para poder sacar adelante este proyecto. La consistencia cuando tú llegaste a la Secretaría General de la Presidencia, a mí me parece que la balanza política creció, desbalanceada a favor de quienes empujaron finalmente la generación del proyecto. Pero que no hubiera bastado si Francisco no hubiera estado en la Presidencia, porque, al final, una cosa son los ministros y otra cosa son las lógicas de la Presidencia. A mí que me tocaba interactuar en estas dimensiones; yo creo que sin el empuje de Francisco Javier, que está aquí, que no lo va a decir, desde el Ejecutivo, desde la lógica presidencial, a mí me parece que esto hubiera sido mucho más complejo, a lo mejor hubiera tenido un destino distinto.

Yo creo que Ramiro fue clave también en que finalmente el Senado no diera opciones alternativas para esto. Tú construiste intelectualmente opciones, que finalmente le dio un visto bueno a esto, desde la lógica. No sé si eso hubiera ocurrido si Ramiro hubiera participado con el nivel de empoderamiento que tiene hoy en día [risas]. Pero en ese momento yo creo que concurrió en forma intelectualmente muy honesta a validar este proceso y creo -Juan Pablo que me podrá avalar en esto- que el viaje a Inglaterra algún rol jugó para mirar el *Access Information Comissioner's Office*. Creo que esas dinámicas hay que fomentarlas, como dice Alberto mucho, mucho más.

Bueno, y sin ir más lejos, aquí está Eolo que es el jefe de la División de Estudios del Consejo de la Transparencia, que también en el Ejecutivo tuvo un rol, así es que a mí me parece que no hay que buscar a muchas personas más. Más bien están las que planteaba Davor, los miles de anónimos que se opusieron a que esto fuese posible y que tenían mucho peso, porque bregaban desde las sombras y tenían, además, peso dentro del Ejecutivo y en el Parlamento. Pero creo que fue muy notable que grupos transversales de esta naturaleza pudieran gestar esta política pública. Creo que cuando uno piensa en las políticas públicas y en su historia no hay que salir mucho más allá de lo que tenemos, creo yo, acá en la mesa, con la excepción de Edgardo Boeninger. Pues yo creo que la sapiencia de quien fue Senador, Ministro Secretario General de la Presidencia, pero que tuvo como una obsesión el tema de la agenda de probidad y transparencia desde la sociedad civil, que él también

presidió, fue muy relevante. Yo ese nombre lo agregaría en este contexto. Así que muchas gracias a todos, a nombre de la Facultad de Derecho.

Eolo Díaz-Tendero: Juan Pablo me pidió la palabra.

Juan Pablo Olmedo: He disfrutado enormemente esta conversación, y sin dudas la transcripción de la misma va a ser tan rica como la vivencia.

Ramiro Mendoza: ¿Se transcribe?

Eolo Díaz-Tendero: ¡Hay Televisión!

[Risas]

Juan Pablo Olmedo: Tan sólo agradecerles, porque lo cierto es que si bien fue una recopilación histórica de lo que pasó y cómo llegamos acá, siento también que estamos centrando lo que viene en los próximos años y los desafíos no son menores, ya que esta comunidad que se viene formando a lo largo de la transparencia de distintas posiciones va consolidando un camino. Yo agradezco en esa lógica su presencia, a nombre de la Facultad, también como profesor, a nivel también personal por todo lo que hemos trabajado conjuntamente, yo estoy seguro que seguiremos en ese camino. Gracias a todos por estar acá.

Eolo Díaz-Tendero: Bueno, al cierre, muchas gracias por la conversación de verdad muy buena para la recopilación de información. Ya que ésta ha sido una conversación clave, sin dudas, porque nos ha permitido revisar esos hitos que fueron muy bien descritos por todos, además con miradas muy complementarias y muy enriquecedoras. Hitos que dieron a esta Ley finalmente la posibilidad de que apareciera. Se dijo muchas veces que hubo un listado de políticas públicas que quedaron en esta agenda. Con todo, esta Ley se aprobó y hoy día tiene cuerpo existente en el Consejo de Transparencia. ¡Muchísimas gracias!

ENTREVISTA ANDREA SANHUEZA E. (CORPORACIÓN PARTICIPA)

Entrevistador: Esta es una conversación con Andrea Sanhueza. Andrea, gracias por estar acá. Me gustaría preguntarte, desde tu posición en Participa, y a título personal, ¿cómo se llegó a la conclusión de intervenir en la Agenda de Acceso a Información Pública?

Andrea Sanhueza: Yo creo que fueron dos factores: por un lado, y siendo bastante descarnada y pragmática, había todo un tema que en la Agenda de Acceso a la Información Pública se empezó a instalar en la región de América Latina. Había quienes les interesaba apoyar, es decir, hubo una suerte de movimiento, de coordinación, de empujar aquí en América Latina que el derecho a acceso a la información pública se tomara, claramente un actor importante en eso eran las ONGs desde sensibilizar -lo que sabemos hacer- sensibilizar, capacitar, difundir, denunciar. Eso por un lado. Y llegó desde fuera, como nos llegó a varios. Y por otro lado, también Participa empezó en el tema de acceso a la información en conversaciones contigo (refiriéndose a Juan Pablo Olmedo). Tú estabas trabajando, conversando con el Open Society, y en esa oportunidad había que hacer un monitoreo, un piloto, y tú sugeriste e hiciste el puente entre Participa y el Open Society para que nosotros estuviéramos a cargo de ese ejercicio. Esos dos aspectos fueron la puerta de entrada al tema. Ahora, ¿por qué Participa? Porque nuestro quehacer, nuestra misión desde que existimos, es precisamente fortalecer la democracia, cuya bajada más específica va cambiando dependiendo de la época en la cual el país esté. O sea, nosotros nacimos para una campaña para el 88', por lo tanto, hasta el año 95' la tarea principal de Participa fue motivar que la gente se inscribiera en los registros electorales, supiera bien cuáles eran las atribuciones y funciones; si estaba eligiendo un Senador, un Diputado, un Alcalde, un Presidente. Ese período de promover participación electoral del 95' en adelante bajó mucho de perfil y por lo tanto, también el tema de acceso a la información a partir del año 2000 era un tema fundamental en materia de fortalecimiento de la democracia en Chile.

Entrevistador: ¿Cuál es el impacto que tú crees que las ONGs tuvieron en la ley, en la formación de la ley de acceso a información?

Andrea Sanhueza: Participa no estuvo muy cerca del proceso de negociación de la ley, más bien fuimos un actor que estaba un poco detrás. Ahora, por lo que sé, por lo que he leído, por lo que me he informado, fueron claves en empujarla, y es el típico error y a la vez el ansiado error que uno cree que las ONG's debemos tener ¿no? Ser capaces de empujar un tema, proponer cómo enfrentar ese proyecto

de ley y hacer todas las incidencias en los actores políticos, tanto en el Ejecutivo, cuando salga el proyecto, y luego en todo el proceso de trámite legislativo. Que la ley cumpla además el estándar internacional que en este caso se quería. Entonces las ONG's sí fueron fundamentales. Que yo sepa no hubo otro actor relevante, más allá del Ejecutivo y el Congreso, porque también hubo bastante reticencia en algunos temas para lograr que la ley existiera. Respecto más de PARTICIPA, yo creo que haber hecho este estudio, donde comparamos estos diez países y donde Chile, donde los otros latinoamericanos eran Argentina y Perú y donde Chile salió mucho peor evaluado que ellos, por lo tanto salíamos como el país con más cultura del secreto, en fin, eso fue también un tema que pegó; me acuerdo que estuvo cerca de dos meses, que es mucho, en las distintas editoriales, tanto de LA TERCERA, EL MERCURIO y otros medios de comunicación, hablando de la importancia del tema del acceso a la información y de ahí también ya estaba el tema de la ley, por lo tanto, fue un buen círculo virtuoso el que se produjo ahí, de crear un ambiente, es decir, efectivamente Chile no es lo que creemos porque en ese entonces la gran pregunta que todo el mundo nos hacía era ¿pero y cómo salimos tan bien evaluados en los índices de corrupción de transparencia y sin embargo en este caso salimos los últimos? ¿Cuál es esa relación? Que hoy en día es tan clara, que es parecido, pero que no es lo mismo, en ese entonces era un tema más nuevo, o sea, no se hablaba de cultura del secreto en Chile, no se hablaba que costaba entregar la información, así que yo creo que ese fue un aporte, desde un segundo plano o desde otro plano más bien, desde otro plano al proyecto de ley.

ENTREVISTADOR: Creo que es interesante enfatizar el aporte jurídico que fueron otros, los abogados, pero en los ejercicios más bien prácticos de acceso a información, ¿por qué crees tú que la Agenda de Acceso corre en forma paralela con la Agenda del Ombudsman? ¿Por qué la agenda de acceso se desmarca? ¿Qué hace ver que esta sociedad civil o una ONG opte por una agenda de acceso por sí sola y no una agenda de acceso vinculada al Ombudsman?

ANDREA SANHUEZA: Además había un proyecto, ya había un grupo organizado.

ENTREVISTADOR: Efectivamente. ¿Cuál es tu opinión?

ANDREA SANHUEZA: Bueno, mi opinión es que ese movimiento siempre ha venido tremendamente desde quienes los empujan, desde quienes están detrás de la iniciativa de sacar un defensor del pueblo, o un Ombudsman. En segundo lugar, al Ejecutivo no le ha importado nunca ese tema, no le ha dado ninguna prioridad política. Yo tengo una anécdota, me acuerdo que fue a la salida de un seminario en Santiago el 99', donde había varios defensores del pueblo, y yo fui a ver al Subsecretario de la Presidencia en ese entonces. Entonces me acuerdo que el Subsecretario me menciona: "*ah sí, yo ayer estuve con el defensor del pueblo de Panamá*", y yo dije: "*bueno y ¿por qué ustedes nunca se pusieron las pilas con este tema*?". Y Lagos estaba saliendo y me dice: "*pero Chile no necesita un defensor del pueblo, nosotros estamos saliendo de este gobierno con un qué es lo que era, un 60% de aprobación, o un 62% de aprobación, ¿de qué defensor del pueblo me hablas?"*.

Entrevistador: ¿Así fue?

Andrea Sanhueza: Sí, así de brutal. Entonces bueno, yo creo que ese es un botón de muestra de lo que ha pensado la clase política respecto a la importancia de tener un defensor del pueblo, y regionalmente o internacionalmente el tema de tener defensor del pueblo y todo ese movimiento para esas leyes, no tenía mucho auge últimamente, ¿no? También estaba bastante de capa caída, quiero decir que no se juntó una cosa que viniera de afuera con una cosa que se estaba gestando en Chile.

Entrevistador: Tú hablaste de la calidad del grupo de ONG's, ¿cuáles serían las características que tendría la sociedad civil de acceso a información? ¿Qué estuvo en esta Agenda, o qué está en esta Agenda que hace que una sociedad civil logre las metas?

Andrea Sanhueza: Ser mejor que la otra.

Entrevistador: Efectivamente. ¿Qué es lo que hicieron para lograrlo?

Andrea Sanhueza: Yo creo que son dos los elementos, al menos, de las personas que conozco: una es la experticia, el conocimiento técnico, en fin, saber mucho del tema, tener la mirada comparada clarísima, saber internacionalmente qué era importante que tuviera la ley, en el caso de Chile la figura del defensor del pueblo y del derecho de acceso. Y dos, la capacidad de contacto, es decir, la capacidad de validarse como un actor importante frente al poder, frente al Ejecutivo y frente al Congreso. 'Eso' no lo tuvo nunca el otro grupo.

Entrevistador: ¿Conoces otro ejemplo exitoso en esa materia? Por ejemplo, la ley de participación ciudadana, que acaba de salir aprobada. ¿Tú ves también ahí una estrategia?

Andrea Sanhueza: No. Y otro dato importante, sumado a esos dos que dije -que eran la experticia y ser un actor validado, saber moverse en ese espacio- es algo obvio, pero que en muchas ocasiones falta, que es la perseverancia, que es estar ahí y decir: Ok, yo entiendo que habrán pensado que esto era un proyecto, no sé, de diez años; o sea, vamos a estar diez años acá, más o menos, para poder sacar la ley que queremos e instalar este tema en la agenda pública en Chile.

El caso del proyecto de ley de participación es una pena de principio a fin. De hecho, lo conozco porque en el gobierno de Frei, cuando estaba Egaña en la Comisión de Modernización del Estado, ellos contrataron y licitaron, precisamente, un estudio para hacer un proyecto de ley de participación. Ahí empieza esta historia. Y esa propuesta se la ganó Participa. Ahí trabajamos con Francisca Márquez, Pedro Mujica y yo. Hicimos, además, talleres con algunas ONG's, para ver qué opinaban, cómo tenía que ser, etc. Y sacamos un muy buen proyecto de ley, con un reglamento incluso. Proyecto de ley que era de participación ciudadana de la gestión pública, que era la idea original. Establecía que los grupos organizados en distintos sectores, salud, educación, etc. Pudieran entenderse con el Estado, a través de qué institucionalidad, con qué objetivo, qué nivel tenía esa participación: era

consultiva, era vinculante, qué capacidad había de influir en la toma de decisiones de un determinado ministerio. De eso se trataba el proyecto.

Luego llegó Lagos. Ese proyecto salió de ahí, se fue a la Secretaría General de Gobierno, estaba de Subsecretaria Carolina Tohá, llegó un préstamo importante del BID que se consiguieron. Y con esa plata lo que hicieron fue organizar una serie de talleres y de consultas, que no servían de nada, que eran, francamente, un saludo a la bandera. Era una formalidad, era decir: "*sí, estamos haciendo participación*", o sea, había mucha gente que nunca en su vida había visto cómo se escribe un proyecto de ley, con todo respeto, y estaba opinando del proyecto de ley, era obvio que eso era un esfuerzo más de debilitar la iniciativa que de fortalecerla. Y ahí Carolina Tohá le 'puso harto color' ¿Te interesa esta historia, o no?

Entrevistador: Sí, claro.

Andrea Sanhueza: Le 'puso harto color' hasta que se fue de candidata a diputada y salió de la Subsecretaría. Y ahí perdió: recorrió Chile, la tomó la D.O.S., está lleno de folletos, de lo que decían las juntas de vecinos, los sindicatos, de la ley, no sé, la comuna de Tal-Tal. Ese era el perfil y la cuestión se desorganizó completamente, y luego se quedó en la Presidencia *muchos* años. Y lo que quiero decir con esto es que no hubo nadie desde la sociedad civil que estuviera encima de ese proyecto. Nosotros personalmente, desde Participa no tuvimos la capacidad de hacerlo, no pudimos no más, y, además la dimos por perdida, porque vimos que aquí había un esfuerzo más bien de debilitarla, insisto, pero tampoco el Estado tuvo una contraparte de ONG que diera la pelea. Acción un poco, que es una asociación gremial de ONG, pero tampoco es un actor muy validado frente al Estado.

Entrevistador: ¿Qué crees que pasó?

Andrea Sanhueza: Bueno, hoy día salió un proyecto más bien de asociatividad. No sé si conoces el proyecto.

Entrevistador: Sí.

Andrea Sanhueza: De gestión pública no tiene nada, lo que tiene es lo que ya hay. Y lo que hay es mediocre.

Entrevistador: ¿Es importante la voluntad presidencial para que estas iniciativas salgan adelante? En el caso de la Presidenta Bachelet, ¿crees tú que fue un componente? ¿En qué medida se vinculan al gobierno ciudadano, que da por resultado la Ley de Acceso a la información?

Andrea Sanhueza: ¿Tú ves alguna relación entre el gobierno ciudadano y la Ley de Acceso?

Entrevistador: Es mi pregunta.

Andrea Sanhueza: Yo no lo vería, lo veo 'pocazo'. Bueno, lo del gobierno ciudadano; de partida a la Presidenta casi se la comieron cuando salió hablando del gobierno ciudadano, o sea, a todos los partidos se les erizaron los pelos y salieron con: *"qué es esto de gobierno ciudadano*". Se empezó a hablar de ingobernalidad,

lo que habla de la cero voluntad política de nuestra clase política de que exista más participación más allá de votar. La mentalidad todavía es: "*vote y váyase para la casa, vuelva en cuatro años y opine. Y si no le gusta vote por otro*". Eso es lo que está en el ADN de nuestros políticos. Entonces de ahí es difícil sacar cualquier cosa en materia de participación.

La Presidenta trató de hacer algo distinto. De hecho hizo una agenda pro-participación. También esta agenda pro-transparencia. Eso fue el año 2000 más o menos.

Entrevistador: 2006.

Andrea Sanhueza: 2006. Claramente, tuvo *mucho más* peso político. Y había más información y más difusión y, en general, todos los funcionarios sabían que existía esta agenda de pro-transparencia, que salió más o menos a la par. Unos meses después salió la de participación, donde yo me preguntaba, que en relación con servicios públicos no había ni un funcionario que conociera lo que era la agenda pro-participación y todos conocían lo que era la agenda pro-transparencia. Y yo creo que ese es el mismo factor que estábamos hablando antes de por qué.

Pero, además, la agenda de participación tampoco tuvo mucha voluntad política dentro del gobierno, porque lo tenía la SEGEGOB, no me acuerdo quién era el Ministro o Ministra de la época, pero le dio 'cero pelota'. Efectivamente, era algo que había que hacer, que la Presidenta se había comprometido, que había salido diciendo esto, *"había que hacer algo"*, pero nunca nadie lo empujó. Ahora, ahí sí hubo alguna ONG y Participa entró y salió de ese proceso de tratar de que esa agenda pro-participación se conociera. De hecho planteaba, por ejemplo, la creación de consejos consultivos en todos los servicios públicos de los ministerios. Nos acercamos a algunos ministerios a preguntar cómo lo iban a hacer, señalando que nosotros podíamos asesorar en eso. Y no enganchó ni uno. Es decir, había que 'cumplirlo', los funcionarios que estaban a cargo de empujar esto tenían diez funciones más, o sea, era otro perfil de agenda comparado con el de transparencia. Entonces, creo que influyó poco.

Entrevistador: ¿Qué es lo que determina a tu juicio la ratificación de crear el Consejo para la Transparencia, una institucionalidad promotora de acceso a la información?

Andrea Sanhueza: Yo no estuve muy cerca de ese proceso, pero supongo que es algo que ustedes precisamente empujaron, porque me acuerdo de todas las veces o que lo leí o que los escuché, el gran punto era *si esta ley no logra tener un órgano autónomo no sirve de nada*; *vamos a tener una ley mediocre*, sin poder, y por lo tanto, sin capacidad de sancionar y por lo tanto, no va a funcionar en la práctica. Entonces supongo que ese era el gran caballito de batalla que tenía que tener la ley, de hecho ese es el gran *chiste* de la ley.

Entrevistador: Y a tu juicio, la sociedad civil, ya no entendida como este grupo de actores, sino que la ciudadanía, ¿en qué medida ha entendido o se empoderó de

este nuevo derecho en esa época? Y aquí te lo pregunto incluso en el presente para conocer bien el diagnóstico.

Andrea Sanhueza: Desde mi experiencia, que es de donde puedo hablar, porque hay pocos datos aparte de estos datos que sacó el Consejo diciendo que el 20% de la ciudadanía conocía la ley, quienes ocupan la ley son para, exagerar el punto, hombres blancos que viven en Las Condes y que tienen doctorado. Pero ése es el perfil de gente que ocupa la ley, entonces bueno, obviamente estamos en la elite del país, y hay que hacer que esto baje.

Nosotros hemos hecho muchos talleres, yo he estado en las comunas más increíbles, en Salamanca, haciendo talleres de acceso a la información. La gran pregunta cuando íbamos, cuando empezamos a ir a terreno hace años era ¿cómo explicamos que el acceso a la información tiene que ver con tu vida cotidiana? Que es una pregunta que se hacía mucho en ese entonces, que nos hacíamos las ONG's, ¿cómo simplificamos esto? ¿Cómo lo bajamos a la tierra? ¿Cómo lo hacemos para que suene de sentido común, que a la gente le haga un click?

Bueno, fue muy divertido porque fue una gran lección para nosotros, de tener más modestia, porque francamente la gente a la primera entiende el vínculo. Como hay gente pobre, gente que vive relacionada con el Estado, que si no se relaciona con el Estado tiene mucho menos de lo que tiene, por lo tanto vive pidiendo cosas, vive tratando de averiguar, vive reclamando, entonces entienden inmediatamente de qué se trata. Y yo creo que eso sería importante que lo recogieras en el libro.

La gente común y corriente, tú le explicas y sabe inmediatamente para qué sirve. Eso es una. Dos, de cuánto la gente se ha empoderado, se ha apropiado de esta ley. En este nuevo período de mi proyecto que es 2010 y 2011, también hemos hecho muchos talleres desde Arica, Talca y sobre todo con grupos bien vulnerables; gente afro, gente transgénero, comunidades ganaderas o que no sé, con cabras y agricultura pequeña que tiene una tremenda minera encima y no sé, contaminan el agua y se muere todo, ese tipo de gente.

En los talleres, entienden la ley de nuevo, se repite que rápidamente afirman *"¡ah! entonces yo puedo preguntar ¡ah! entonces yo puedo pedir la resolución de calificación ambiental de la CONAMA y pedirle que me diga si la empresa entregó el informe no sé cuánto que dice la resolución que va a entregar (…)"*.

Ahora, lo que ha costado mucho, y que tiene que ver con la falta de virtudes cívicas de nosotros los chilenos, de los educados y los más excluidos, es hacer la pega después. De hecho, hacemos ejercicios en los talleres, se meten a Internet -que ya cuesta-, sacar la clave es un gran logro, escribir la pregunta, es otro tremendo logro, pero después tratamos de hacer seguimiento de esas personas. De hecho lo hacemos y muy pocas veces, a los veinte días llegó la respuesta, si llegó la respuesta casi nadie reclama, o sea, hay un tema de hábito, de disciplina, de sentir que para yo ejercer un derecho también tengo que hacer alguna tarea, que no me va a caer del cielo y que por lo tanto, en ese sentido, tengo un **deber como ciudadano** para poder ejercer mi derecho, esa parte está súper débil.

Entonces de nuevo quiere decir que hay un tema de educación cívica, de formación ciudadana que es de largo plazo. Otro tema importante que está súper presente en Chile, que yo creo que ha cambiado algo, en los últimos, no sé, 15 años, es que de verdad **la gente cree que no puede cambiar nada de su realidad**, que no saca nada, que da lo mismo, da lo mismo votar, da lo mismo no votar, da lo mismo reclamar al Consejo, porque el Consejo seguro que es como estos otros. No, el Consejo es autónomo, el Consejo sí falla, el Consejo ha hecho esto. Hay una desconfianza y una ¿cómo es la palabra? (…) Bueno, una falta de (…)

Entrevistador: Fe.

Andrea Sanhueza: De fe, de esperanza, de creer que las cosas pueden ser distintas. Bueno, hay un libro que salió hace poco que dice que uno de los principales problemas que tenemos hoy día todos, el mundo, y no sólo la gente excluida, todos, es que efectivamente creemos que la cosas no van a cambiar y que no podemos hacer nada. O sea, que se instaló el capitalismo, el neoliberalismo, viva el mercado, muera el Estado y que es imposible cambiar eso.

Entrevistador: Hasta aquí no más llegamos.

Andrea Sanhueza: Y yo creo que tiene razón, que tenemos eso en la cabeza y eso es un gran enemigo. Bueno, pero volviendo al tema, eso está muy presente, es un factor fundamental, junto con esta falta de virtud cívica, deber cívico, de que la gente se adueñe más de este derecho. Esos son dos factores súper importantes y están súper vigentes.

Entrevistador: Tu experiencia de monitoreo del Estado en estas preguntas: ¿eso lo han seguido haciendo? ¿Ha habido cambios? ¿Ha servido para algo esta ley?

Andrea Sanhueza: Ha servido de todas maneras, y nosotros hemos hecho muchas solicitudes de información como ejercicio, con todos estos grupos. Y tenemos una matriz y vemos si llegó o no llegó, y se reclama, súper ordenado, riguroso, y el Estado contesta mucho más que antes. Sí, claro que contesta.

Por ejemplo, cuando hicimos el primer monitoreo, del Open Society con los diez países, después que entregamos los resultados fuimos a ver a los ministerios y ahí nos recibían los ministros, cuando veían cómo habían salido, para decirles el resultado, de qué se trataba y para entender un poco más cómo se estaban organizando y todo.

Yo recuerdo a Palma, el Ministro de MIDEPLAN, decirme: "*pero si ésta no es nuestra pega, o sea, si la gente quiere información que la busquen ellos. Además MIDEPLAN es pobre, deberíamos cobrar, porque es mucha pega andar juntando los datos, los informes. Entonces, ¿por qué el estudiante, el no sé cuánto, el consultor? ¿Por qué le tengo que hacer yo el trabajo? Bueno yo creo que sería mucho mejor cobrar*".

Hasta ese tipo de opiniones salieron en esa oportunidad, eso hoy día no lo dice nadie. Y yo creo que tampoco lo piensan muchos todavía. No, ahí hay un cambio, en la diligencia con la cual responden, la calidad con la cual responden. También

hay otros que esperan los veinte días; prórroga los otros; o te contestan una tontera, se nota al tiro que te quieren joder.

Nosotros le pedimos a la Municipalidad de Santiago el contrato, no sé cómo se dice técnicamente, de cesión de aguas, de traspaso de aguas (…)

Entrevistador: De derecho de aguas.

Andrea Sanhueza: Que hizo la Municipalidad a Aguas Andinas del año 2002. Pasaron los veinte días, no nos entregaron la información, fuimos al Consejo: éste llama, escribe a la Municipalidad y le dice "entréguele el contrato", y ahí nos entregan el contrato. Contrato con ocho páginas menos, eso sí, después hubo que llamar de nuevo, rectificar (…). También hay gente que le gusta hacer todo lo posible para no entregártela, y en buen chileno, para joderte, para ver si te desistes, si no vas al Consejo, o sea, hay que perseverar.

A propósito de lo que hablábamos, de lo que yo mencionaba de lo importante que es perseverar, porque o si no, no te das cuenta de que el sistema funciona.

Entrevistador: No sé si me falta aquí algo, Andrea, algún otro comentario que quieras hacer.

Andrea Sanhueza: Estoy pensando. No, creo que no, si se me ocurre algo te lo puedo mandar por mail.