



DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
N° 10
ABRIL DE 2017

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Sr. Eduardo Andrades

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Sr. José Tomás Herrera

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. Manuel Núñez Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Ignacio Covarrubias Universidad del Desarrollo (Chile)
Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)	Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

Índices y bases de datos internacionales: Latindex (Catálogo) – VLex – Dialnet

Ediciones de la Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Santiago de Chile
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
AÑO 5 • N° 10 • ABRIL DE 2017
ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE INTERVENCIÓN POLÍTICA

Sergio Raúl Castaño

Juicio crítico sobre la “responsability to protect” en el Derecho Internacional Público
13

María Laura Eberhardt

Participación ciudadana en política pública. La audiencia pública en Argentina.
El caso de la “audiencia del gas” (2016)
33

ESTUDIOS SOBRE CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

María Fernanda Juppet Ewing

Asociaciones gremiales como herramienta de implementación de acuerdos colusorios
73

Elio Segovia Olave

Acerca de la vigencia del principio de subsidiariedad
en la actividad económica del Estado
95

ESTUDIOS SOBRE CONTROL ADMINISTRATIVO

Manuel Ángel Muñoz Cid

El control de mérito frente a las auditorías “3E”
de la Contraloría General de la República
129

Alcides Antúnez Sánchez

La inspección ambiental, la evaluación de impacto ambiental, la autorización ambiental
y la auditoría ambiental
161

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

María Victoria Villegas Figueroa
Derechos humanos perdidos y doctrina de jurisdicción universal.
Fundamentos e itinerarios de la causa rol 17393-2015 en favor de Leopoldo López
y Daniel Ceballos, ante las corte chilenas y el sistema interamericano
de DDHH de la OEA
203

Eduardo Soto Kloss
Arbitrariedad y principio de juridicidad en el siglo XIX. Caso Vicario Apostólico de
Antofagasta (1905)
251

Rodrigo Céspedes Proto
Administración, heterotutela y cosa juzgada en el siglo XIX
259

Andrés Erbetta
Propósito práctico y buena fe integradora en contratos consensuales de confección
de obra material
267

Gonzalo Carrasco Astudillo
La responsabilidad del Estado en el caso Antuco.
Faltas no desprovistas de todo nexo con el servicio
275

RECENSIONES

Alberto F. Garay
Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia
de la nación, de Santiago Legarre
295

Eduardo Andrades Rivas
El nacionalismo bajo Pinochet, 1973-1993 de José Díaz Nieva
309

SIGLAS Y ABREVIATURAS

315

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

319

PRESENTACIÓN

En este décimo número de *Derecho Público Iberoamericano* se integran trabajos originarios de Chile, Argentina, Cuba e Inglaterra.

Distribuimos los estudios científicos en tres áreas: intervención política, constitución económica y control administrativo.

En el área de la intervención política destacamos dos interesantes trabajos de conocidos académicos argentinos. El primero lleva la firma del doctor Sergio Raúl Castaño y se titula “Juicio crítico sobre la *responsibility to protect* en el Derecho Internacional Público”. En él se cuestiona desde diversos ángulos dicha institución. El segundo artículo es de autoría de la doctora María Laura Eberhardt y está dedicado al análisis de la audiencia pública argentina como mecanismo de participación ciudadana.

En el campo de la constitución económica se dan a conocer dos estudios. Uno de la profesora Fernanda Juppet dedicado al examen de las asociaciones gremiales como instrumentos para la concreción de los acuerdos colusorios. Otro del profesor Elio Segovia, donde se reivindica el genuino sentido del principio de subsidiariedad en la actividad económica del Estado.

En el ámbito del control administrativo publicamos dos artículos. El profesor Manuel Ángel Muñoz se hace cargo del primero estudiando el control “3e” como modelo de fiscalización de la gestión administrativa por parte de la Contraloría General de la República. Por su parte, el profesor Alcidez Antúnez explora el avance de la inspección ambiental, la evaluación de impacto ambiental, la autorización ambiental y la auditoría ambiental, vistas con particular atención desde el caso cubano.

En la sección dedicada a “Comentarios de jurisprudencia” incluimos cinco análisis. María Victoria Villegas destaca el caso de los venezolanos Leopoldo López y Daniel Cevallos, desde el papel de defensa jurídica que le ha correspondido asumir. El profesor doctor Eduardo Soto Kloss explora el caso “Vicario Apostólico de Antofagasta” (1905), un ejemplo histórico de proyección del principio de juridicidad. El profesor doctor Rodrigo Céspedes evalúa el caso “Despojo” (1874), modelo de discusión sobre la heterotutela y la cosa juzgada.

El profesor Andrés Erbeta revisa, a partir de una sentencia de la Corte Suprema, la buena fe integradora en los contratos consensuales de

confección de obra material. Finalmente, el profesor Gonzalo Carrasco analiza la responsabilidad del Estado en el caso “Antuco”, en particular desde el ángulo de las faltas no desprovistas de todo nexo con el servicio.

Concluimos con las “Recensiones”, donde se revisan dos obras: *Obligatoriedad atenuada de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, de Santiago Legarre y *El Nacionalismo bajo Pinochet, 1973-1993*, de José Díaz Nieva.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 10 | 2017

Estudios sobre Intervención política

JUICIO CRÍTICO SOBRE LA “RESPONSIBILITY TO PROTECT” EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

CRITICAL JUDGEMENT ABOUT THE “RESPONSABILIDAD DE PROTEGER” IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW

*Sergio Raúl Castaño**

Resumen

El artículo se propone poner en tela de juicio el cuestionable principio de la llamada “responsabilidad de proteger” en el derecho internacional público.

Tras poner brevemente de manifiesto el valor humano y político de la independencia del Estado y su reconocimiento y validez en el derecho internacional contemporáneo, el autor se centra en la idea de “responsabilidad de proteger” con el fin de señalar tanto lo objetable de su presupuesto básico cuanto el defecto de legitimidad que implicaría su puesta en práctica como un instituto *normal* del derecho internacional.

Palabras clave: Independencia del Estado, Principio de no intervención, Intervención humanitaria, “Responsabilidad de proteger”.

Abstract

This paper aims to put into debate the controversial principle of the so-called “*responsibility to protect*” in international public law.

After briefly pointing out the human and political value of the State independence and its recognition and validity in contemporary international law, the autor focuses on the idea of “responsibility to protect” in orden to underline its theoretical misunderstanding as well as the lack of legitimacy involved in the *normalization* of its practice.

* Dr. iuris politici, Dr. Philosophiae. Investigador del CONICET. Profesor titular de Teoría del Estado (UNSTA). Director del Centro de Estudios Políticos (UNSTA). Director del Departamento de Política – Fundación Bariloche/CONICET. Artículo recibido el 21 de diciembre de 2016 y aceptado para su publicación el 14 de febrero de 2017. Correo electrónico: sergioraulcastano@gmail.com

Key words: State independence, Non-intervention principle, Humanitarian intervention, “Responsibility to protect”.

I) Introducción: valor y sentido de la independencia de la comunidad política

El principio de independencia de la comunidad política no comienza con la Paz de Westfalia, de 1648¹. Sin negar la tipicidad peculiar del Estado moderno y del proceso de uniformización jurídica y centralización del poder que ha concluido en el *Estado administrativo* del s. XX², no por ello es lícito hacer un hiato esencial entre ésta y todas las otras formas de vida política que el hombre ha conocido a través de la Historia –y conocerá, en la medida en que su naturaleza no muta substancialmente–. Luego, así como el Estado es la concreción moderna de la comunidad política, así también la nota de “soberanía” con que se lo identifica hoy en el plano internacional resulta posible de ser entendida como la realidad y el valor permanente de la independencia jurídica de la comunidad política. De allí que la *soberanía del Estado*³ –más allá de la connotación moderna y “estatalista” de la locución que la mienta– y expurgada de toda incrustación positivista, absolutista o totalitaria, albergue un eje del sentido humano de la política. Consiste en la capacidad y sobre todo en el derecho a la libre disposición comunitaria sobre sus propios asuntos y a la correspondiente libertad en el plano externo; pues en este plano la comunidad política, frente a sí, *de jure*, sólo halla pares. En el señorío sobre sus propios asuntos radica una propiedad constitutiva de la comunidad política, que hace a su esencia y, en tanto tal, la define⁴.

¹ Como lo sostiene, por ejemplo, Luigi FERRAJOLI (entre otras afirmaciones harto endebles) en “El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la cual también nosotros hemos trabajado”, asimismo, el *Report* de la INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY, *The Responsibility to Protect*, 2. 7.

² Para la figura del *Estado administrativo*, que comprende notas esenciales de la estructura y el *modus operandi* tanto del Estado totalitario cuanto del Estado democrático-constitucional, Carl SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, pp. 9-19, Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 33 y ss.

³ Nota cuya esencialidad respecto de la sociedad política en sentido estricto la doctrina internacionalista ha reconocido en forma conteste: por ejemplo, Alfred VERDROSS, *Derecho internacional público*, p. 132; Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, p. 94, Mario AMADEO, *Manual de política internacional*, p. 103.

⁴ Se analizan y exponen estos fundamentos del orden político en Sergio Raúl CASTAÑO, *El Estado como realidad permanente*, passim.

II) La independencia en la tradición política clásica

Cuando Francisco de Vitoria, fundador o –cuando menos– precursor del Derecho Internacional Público, analizó críticamente las razones que podían asistir al Emperador del Sacro Imperio Romano de la nación alemana en su condición de rey de Castilla para intervenir en América, descartó de plano que los pueblos indígenas careciesen de organización política y –*a fortiori*– que no fueran señores “pública y privadamente”, es decir, dueños de sus cosas y con derecho a conducir por sí mismos su vida consociada. Ni la asimetría de sus estructuras políticas, económicas, culturales, militares; ni el fundamento que para un teólogo debía constituir la conveniencia de la difusión de la fe llevaron al fraile castellano, súbdito del Emperador y miembro de la Iglesia, a desconocer los plenos derechos políticos de los pueblos de América⁵.

Ahora bien, Vitoria, teórico de la modernidad, era un ilustre emergente de una tradición milenaria. Cuando él llamaba “*societas perfecta*” al grupo político se refería a la misma realidad que Aristóteles había denominado “comunidad política (*politikè koinonía*)”, cuya esencia estriba en la *autarquía política*, entendida como autosuficiencia por la participación en un bien completo y, nótese esto, *concreto: es decir, un orden de perfecciones commensuradas al talante propio del pueblo que se nuclea para alcanzarlas*. Y, a propósito de las notas constitutivas de la *pólis*, el Estagirita afirma que ella necesita fuerzas defensivas que protejan su libertad ante amenazas externas, pues la autarquía exige independencia⁶. La misma explícita conclusión aparece en Vitoria: a la sociedad política (*respublica*), en tanto autosuficiente, se la llama con propiedad comunidad *perfecta*. Ahora bien, la noción de perfecto se identifica con la de todo, en la medida en que se le dice imperfecto a aquello a lo que le falta algo; y, por el contrario, se le dice perfecto a lo que no le falta nada. Luego, define Vitoria, perfecta es aquella comunidad que no es parte de otra república, sino que posee ordenamiento jurídico y órganos de gobierno propios⁷, es decir, que no conduce sus propios asuntos en dependencia de otra entidad política sino que está investida del derecho a gobernarse y administrarse a sí misma⁸, en razón de que no se halla jurídica y políticamente integrada en un todo

⁵ Ángela APARISI MIRALLES, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, p. 82.

⁶ ARISTÓTELES, *Política*, 1291 a 8.

⁷ “Est ergo perfecta respublica aut communitas quae est per se totum; id est, quae non est alterius reipublicae pars, sed quae habet proprias leges, proprium consilium et proprios magistratos”, afirma en *De Indis II*, 7.

⁸ FRANCISCO DE VITORIA, *De potestate civili*, p. 7.

mayor⁹. En suma, el bastarse a sí misma implica bastarse en la tarea de conducirse al bien común y, por consiguiente, en establecer su propio orden de justicia¹⁰, así como en el derecho a ejercer la legítima defensa colectiva mediante el *ius ad bellum*¹¹. El otro gran teórico secundoescolástico del Estado y del orden internacional, Francisco Suárez, sostenía coincidentemente que

⁹ Francisco de VITORIA, *In II-IIae.*, cuestión 40, art. 1º, 4. Respecto de la naturaleza de la *respublica* según Vitoria y la pertinencia de designarla con el término “Estado” (entendido como “comunidad política”) Maurice BARBIER, “La notion de *respublica* chez Vitoria”, p. 85, Joe VERHOEVEN, “Vitoria ou la matrice du droit international”, pp. 115-116 y 122, Antonio TRUYOL Y SERRA, “La conception de la paix chez Vitoria”.

¹⁰ Del siguiente se explica, en el plano sistemático, este eje clave del valor de la independencia jurídica en relación, precisamente, con los derechos humanos: “[...] concedamos el supuesto normal de una declaración de derechos no sólo aceptada por el Estado que suscribe el tratado correspondiente, sino, más aun, objetivamente aceptable en sus estipulaciones. Pues bien, la doctrina reconoce –pacífica y sobre todo razonablemente– que esos instrumentos internacionales tienen jerarquía constitucional ‘en las condiciones de su vigencia’, esto es, con inclusión de las reservas y declaraciones interpretativas que la comunidad política agrega, especificando cómo (o sea: con qué concretos alcances, límites, contenidos, etc.) entiende la validez del derecho proclamado o reconocido. Todo lo cual significa que el concretísimo modo de reconocimiento de derechos fundamentales, aun tratándose de verdaderos derechos subjetivos naturales, es materia pasible de interpretación normativa; y no sólo por parte de los poderes constituidos (p. ej., en el nivel de la aplicación judicial), sino ya desde el plano constitucional mismo. Hemos tocado aquí un problema de enorme trascendencia, al que a veces no se le presta la debida atención. El ordenamiento jurídico, con su ápice constitucional, custodia un modo inveterado de la convivencia, que se concreta de acuerdo con unos usos y tradiciones constitutivas. Éstas, por su parte, se anclan en los consensos existencialmente aceptados por los grupos de una comunidad, y por ésta como un todo a través de su propia historia. Hay un modo concreto de entender el dominio sobre las cosas y, por lo tanto, el derecho de propiedad y los intercambios comerciales; un modo concreto de entender las relaciones entre los sexos y, por lo tanto, los usos matrimoniales; un modo concreto de concebir el orden familiar y, por lo tanto, el régimen sucesorio y los usos educativos. Se trata –repárese bien en esto– de usos particulares históricamente sedimentados, que tomarán, en sus núcleos fundamentales, forma jurídico-positiva. Pues aunque los contenidos mismos reconozcan naturaleza de derecho natural (primario o secundario), la vigencia misma de tales principios se debe a su positivación por los usos comunitarios. En suma, puede existir un abanico diversísimo de realizaciones en principio lícitas del concreto modo de existencia social, económica, jurídica y, por lo tanto, política. De allí que cualquier declaración de derechos, por la naturaleza de las cosas, deba ser recepcionada en una cierta –o sea, determinada, peculiar, concreta– comunidad humana, sobre la que se asienta un orden político y constitucional” (Sergio Raúl CASTAÑO, *La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política*).

¹¹ Francisco de VITORIA, *In II-IIae.*, cuestión 40, art. 1º, 3. Puede leerse una remarcable exposición de la noción de potestad política en Vitoria, en el contexto de su pensamiento político general, en Norbert CAMPAGNA, *Francisco de Vitoria: Leben und Werk. Zur Kompetenz der Theologie in politischen und juristischen Fragen*, cap. “El poder mundial”, p. 83.

“repugna a la razón natural que se dé una congregación humana unida al modo de un cuerpo político, y que no posea una potestad común a la cual deban obedecer los miembros de la comunidad”¹²;

en efecto, la ultimidad decisoria constituye el “*signo*” de la autarquía, decía Suárez en lograda expresión, y este signo se constata

“cuando en tal principado o república hay un tribunal en el que terminan todas las causas de ese principado, y no es posible apelar a otro tribunal superior. Pues cuando hay lugar a apelación se da el signo de principado imperfecto, ya que la apelación es un acto del inferior al superior”¹³.

Por lo mismo, para el Eximio la única instancia facultada para la declaración de la guerra es la autoridad de la sociedad *perfecta*, en la persona del titular de la *suprema potestas*¹⁴.

III) *La independencia en la época contemporánea*

Ya en el s. XX, y partiendo de principios, orígenes y tradiciones diversos, el gran teórico del Estado Hermann Heller vendrá a confluir con las principales tesis de la escolástica clásica¹⁵.

La concepción del Estado y de su soberanía adquiere axial relevancia en Heller para el perfilamiento de las relaciones de la comunidad política con el orden internacional. Frente a todo orden jurídico positivo el Estado permanece como elemento determinante; y, dado que en el orden internacional no hay un Estado mundial, sino pluralidad de Estados, serán éstos quienes libremente determinen (positiven) el derecho internacional público. Por otro lado, el Estado nace y perdura como una cierta realidad social, y existiría como sociedad política –con la legitimidad que le es propia– aun cuando no entablara relaciones jurídico-internacionales de ninguna especie. Luego, en lo tocante a la sociedad política, el carácter constitutivo del reconocimiento internacional sólo operará respecto de su categorización como sujeto del derecho internacional público, mas no de su carácter de Estado en tanto tal. En efecto, en cuanto a la existencia en

¹² FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus*, III, II, 4.

¹³ FRANCISCO SUÁREZ, *Disputatio XII De Bello* sec. II, n. 4.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Remitimos aquí a Sergio Raúl CASTAÑO, “Souveräne Staatsgewalt nach der Lehre Hermann Hellers und *potestas superiorem non recognoscens* bei Vitoria und Suárez im Vergleich”.

acto de la unidad política, el reconocimiento del derecho internacional será meramente declarativo¹⁶. Ahora bien, si el Estado no aparece ni pervive por decisión del derecho internacional, por ende tampoco su potestad supondrá una delegación o distribución de funciones emanada del orden normativo internacional. Afirma así Heller:

“la identificación de competencia y soberanía es la expresión de una idea que hace del Estado una ficción, para poder postular la ficción de la *civitas maxima*”¹⁷.

Es decir que la *potestad* de la sociedad política resulta específicamente diversa de una *competencia* jurídica. Este último juicio aparece como un corolario obligado de la aceptación de la existencia del Estado como dato primario de un orden que jamás ha dejado de ser *internacional* (o sea, *interestatal*).

Estimamos que el criterio de Heller es, sin lugar a dudas, certero. En primer lugar, el orden político-jurídico mundial no está basado en la integración, sino en la interdependencia de sus actores, los Estados; los cuales, en rigor, no son partes, sino todos políticos, que resultan ser los sujetos primarios de esas relaciones de interdependencia. Tanto las normas cuanto las mismas instituciones de la llamada comunidad internacional organizada nacen de pactos, instrumentos jurídicos que vinculan a los Estados soberanos en el nivel horizontal de la coordinación. Por ello es verdad que la estructura básica del orden mundial es *interestatal*¹⁸. Lo cual no comporta que sólo existan relaciones entre los Estados; sino que las instituciones de la comunidad internacional descansan en tratados cuyas estipulaciones no prevén el establecimiento de relaciones de integración en una comunidad superior. En segundo lugar, y en el mismo sentido, no hay distribución de competencias en cabeza de los órganos de las comunidades políticas particulares en razón de que no hay una potestad mundial que decida delegación alguna de semejante naturaleza. Y no hay potestad mundial porque no hay Estado mundial. En síntesis: no hay relaciones jurídico-formales de subordinación porque no existen relaciones de integración en un todo socio-político-jurídico mundial. Ahora bien, la inexistencia de una sociedad política mundial debe ser reconocida aun cuando se proclame –con fundamento– que la humanidad se halla regida por normas

¹⁶ Hermann HELLER, *Die Souveränität*, Berlín, de Gruyter, 1927, cap. VII: “Soberanía del Estado y subjetividad jurídica internacional”.

¹⁷ *Ibid*, p. 160.

¹⁸ Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, p. 114.

o principios de validez universal, sea que tales principios se funden en el reconocimiento constante de los sujetos primarios del plano internacional, como en el caso del *ius cogens*; sea que tales principios correspondan a un orden de preceptos radicados en las exigencias objetivas e imprescriptibles del núcleo inmutable de la naturaleza del hombre, como en el caso de la ley natural –y esto incluso si la ley natural se afirma como participación de la ley eterna en el hombre–. Porque ni el *ius cogens* (nos referimos a su contenido racional y aceptable, no a eventuales instrumentalizaciones circunstanciales, que pueden implicar particularizaciones cuya normatividad universal resulte insostenible), ni el derecho natural racionalista, ni el derecho natural teísta corresponden al ordenamiento jurídico-positivo de una comunidad política. En efecto, esos principios convencionales o naturales son fundamento de validez de preceptos positivos particulares, tanto en las relaciones internacionales cuanto en el ámbito interno. Mas no constituyen –ni podrían constituir– la malla plural, jerárquica y ante todo *concreta* que regula el orden de la colaboración en una comunidad política¹⁹.

Uno de los principales internacionalistas contemporáneos de Heller, Louis Le Fur, refrenda y completa la posición del teórico del Estado austríaco con tesis de alcance permanente²⁰. Le Fur afirma como indudable que, en la cima de la jerarquía de los agrupamientos humanos, existe una colectividad que es dueña de dirigirse a sí misma y en cuyas manos reside la última instancia de decisión sobre sus asuntos. Va de suyo, advierte, que “en última instancia” no significa “arbitrariamente”, ya que la autoridad política se halla obligada por los principios fundamentales del derecho, tanto ante sus ciudadanos como ante otros Estados. La existencia de la autoridad, concluye Le Fur, es una “exigencia de la sociedad en tanto sociedad”. Y es inexorable que haya una que decida en última instancia (*en dernier ressort*). Refiriéndose a la soberanía interna, Le Fur sostiene que es la sola que merece llamarse tal. Con esta proposición contribuye a la recta inteligencia del término “soberanía”. En efecto, en la medida en que se pone su juicio en la faz interna, se acentúa lo que encierra la noción de legítimo y de verdadero: ser árbitro último de lo propio. Por el contrario, la aplicación del término a las relaciones que el Estado entabla con sus pares ha contribuido a alimentar interpretaciones (de raigambre hobbesiana

¹⁹ Para una fundamentación de esta posición al hilo de la crítica de las tesis del ilustre Alfred Verdross en su primer período teórico cfr. CASTAÑO, Sergio R., *El Estado como realidad permanente*, op. cit., pp. 175 y ss.

²⁰ Louis LE FUR, “Prefacio”, en DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, Marcel, *Traité Général de l'État*, p. XI-XXXII.

o hegeliana) que tergiversan el sentido de ese derecho fundamental de la sociedad política. Así como ha contribuido a cierta crítica ligera de la soberanía, pronta a desechar lo legítimo a causa de la ganga histórica que la recubre. Nuestro autor niega que la soberanía consista en una atribución de competencias originada en la comunidad internacional. Este recurso se emplea en consonancia con el rechazo a reconocer la personalidad del Estado, que sería una “ficción”. Ahora bien, si la sociedad política es una hipóstasis ficticia, se pregunta Le Fur, ¿con cuánta más razón debería serlo la sociedad internacional? Luego, resulta difícil identificar un sujeto que atribuyese las competencias, así como también lo sería no hacerlas recaer en las manos de las autoridades que gobiernan en nombre del Estado. Sin contar con que, en cualquier caso, siempre habrá una competencia para decidir en última instancia, es decir, una instancia soberana. Le Fur observa asimismo que la creciente interdependencia va provocando un paulatino desplazamiento de algunas competencias –antes discrecionales de cada Estado- a la comunidad internacional organizada. Cita a la Corte de La Haya: “La cuestión de saber si cierta materia entre o no entre en el dominio exclusivo de un Estado es esencialmente relativa: depende del desarrollo de las relaciones internacionales” (sentencia “Túnez”, 1923). De todas maneras, la Sociedad de la Naciones no es un “super-Estado (*super-État*)”. Ahora bien, si lo fuera, detentaría la soberanía, remata nuestro internacionalista.

Ya en las postrimerías del s. xx, Hedley Bull concluye su relevante obra *The Anarchical Society* afirmando que no puede demostrarse que el “sistema de Estados” sea incapaz de promover los objetivos básicos del hombre²¹. Sea como fuere, el *factum* de que no hay una sociedad política mundial, i.e. un Estado mundial, es el que define la naturaleza de las relaciones jurídicas en el ámbito público del orden mundial. De allí que la no intervención revista protagónico valor y normatividad como principio del orden jurídico internacional²². Y afirmamos desde ahora –sin poder detenernos en su demostración en este lugar– que la pretensión de erigir instancias de poder mundial cuando los pueblos del orbe no han renunciado, ni con mucho, a vivir en un mosaico de sociedades políticas particulares, equivaldría a instaurar la ilegitimidad y, como consecuencia, a generar el desorden, el conflicto y la discordia²³.

²¹ Hedley BULL, *The Anarchical Society, A Study of Order in World Politics*, pp. 318-319.

²² R. J. VINCENT, *No intervención y orden internacional*, pp. 312-313.

²³ Sergio Raúl CASTAÑO, “La idea de una autoridad política mundial...”, *op. cit.*

IV) La vigencia del principio de no intervención

Hagamos un breve repaso de la vigencia actual del principio de independencia del Estado y de su corolario, el de no intervención. Antonio Cassese dice inequívocamente en difundida obra *International Law in a Divided World*²⁴:

“de los varios principios fundamentales que regulan las relaciones internacionales, éste [la igualdad soberana de los Estados] es incuestionablemente el único respecto del cual existe un incondicional acuerdo y apoyo por parte de todos los grupos de Estados, sin atender ideologías, inclinaciones políticas y circunstancias. Todos los Estados concuerdan tanto sobre la crucial importancia del principio como sobre sus contenidos básicos”.

La internacionalización de la protección de los derechos humanos ha corroído lo esencial de tal principio. Afirma al respecto el distinguido especialista Carrillo Salcedo que, en primer lugar, los tratados vinculan a los Estados; además, son susceptibles de reservas; por último, la estipulación de las obligaciones contraídas, a menudo imprecisa, suele dejar margen a la libertad de los signatarios²⁵. Esta realidad va de la mano con la continuidad del papel de los Estados independientes como sujetos primarios del Derecho Internacional Público. Así lo explica Remiro Brotóns:

“Los sujetos *primarios* y *plenarios* del Derecho Internacional siguen siendo los *Estados soberanos*, ya que sólo ellos disponen *per se* de una subjetividad internacional sin condiciones. Cualquier otro sujeto lo es –o será– en función de que aquéllos le confieran –con grados diversos– personalidad jurídica”²⁶.

Y José Pastor Ridruejo, juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye:

“En una perspectiva jurídica y política a la vez, la soberanía del Estado constituye un factor determinante y de primer orden en la actual configuración de la sociedad internacional y del Derecho de Gentes”²⁷.

Se ha citado doctrina reciente y autorizada acerca de la vigencia de la independencia de los Estados. Ahora bien, tanto este principio cuanto

²⁴ Antonio CASSESE, *International Law in a Divided World*, pp. 129-130.

²⁵ Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados*, *op. cit.*, p. 67.

²⁶ Antonio REMIRO BROTONS, *et al.*, *Derecho Internacional*, pp. 43-44.

²⁷ José PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, p. 277.

sus obligatorios corolarios (la igualdad de las comunidades políticas y la no intervención en sus asuntos internos) no aparecen menos claramente reafirmados por las resoluciones de la sociedad internacional organizada, las normas (consuetudinarias o convencionales) y la jurisprudencia que regulan las relaciones entre los principales actores del escenario global. Aportamos a continuación dos ejemplos representativos.

La Asamblea de las Naciones Unidas en su Declaración 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970, que contiene “la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de la ONU”, sintetiza en estos términos el “Principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de jurisdicción interna de los Estados”:

“ningún Estado o grupos de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro [...] por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualquiera otra forma de injerencia o amenaza atentatoria de la personalidad del Estado o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen son violaciones del derecho internacional”.

Pero a su vez este principio se asienta en el *principio de la igualdad soberana de los Estados*, según el cual:

“todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole. En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes: a) los Estados son iguales jurídicamente; b) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía; c) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados; d) la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables; e) cada Estado tiene el derecho a elegir y a llevar delante libremente su sistema político, social, económico y cultural; f) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados”²⁸.

Por su parte, la Corte de Justicia Internacional de La Haya ha sentenciado en un fallo de crucial relevancia (“Nicaragua vs. Estados Unidos”, 27 de junio de 1986)²⁹:

²⁸ Disponible en: www.dipublico.org. [Fecha de consulta: 3 de diciembre de 2016].

²⁹ Puede verse una síntesis del extenso fallo en “Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua”, Summary of the Judgment, pp. 202-209: the Principle of Non-Intervention.

“En el principio fundamental de la soberanía del Estado reposa todo el derecho internacional público [...] el principio de no intervención supone el derecho de todo Estado a conducir sus asuntos sin injerencia exterior; aunque los ejemplos de violación del principio no sean raros, el tribunal estima que forma parte del derecho internacional consuetudinario; la existencia del principio de no intervención en la *opinio juris* de los Estados, se apoya en una práctica importante y bien establecida. De otra parte, se ha presentado este principio como un corolario del principio de igualdad soberana [...] Este principio prohíbe a todo Estado o grupos de Estados intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otro Estado; la intervención prohibida debe, pues, caer sobre materias respecto de las cuales el principio de soberanía de los Estados permite a cada uno de ellos decidir libremente. Ello ocurre con la elección del sistema político, económico, social y cultural y con la formulación de la política exterior”³⁰.

V) *Una nueva forma de la idea de intervención en defensa de los derechos humanos: la “responsibility to protect”*

La idea de intervención por razones humanitarias no es nueva, ni con mucho, en el derecho internacional público³¹. Ahora bien, es un hecho que asistimos a una nueva forma de preconización del derecho (o incluso del deber) de injerencia o de intervención humanitaria, por parte ya de órganos de las Naciones Unidas, ya de los Estados mismos, ante casos de violaciones graves a los derechos humanos.

La existencia de una obligación internacional que confronta con la validez y la vigencia del principio de no intervención exige ser analizada *sine ira et studio*, con prescindencia de la fuerza y el magnetismo de que su creciente difusión pueda revestirla. Estimamos pertinente tomar en cuenta las aporías, inquietudes, dudas, que suscita la objetiva y real subordinación del principio de no intervención al valor resolutorio de los derechos humanos juzgados y tutelados por el derecho internacional. Entendiendo lo expresado con este preciso sentido y alcance: el de una *normalización*

³⁰ Es digno de resaltar que en el número del *Leiden Journal of International Law* consagrado a conmemorar esta sentencia uno de los especialistas para ello convocados sostiene: “lo que ha ocurrido en el transcurso de los últimos 25 años no ha alterado las conclusiones alcanzadas por la Corte con respecto al principio de no intervención (Marcelo KOHEN, “The Principle of Non-Intervention 25 Years after the *Nicaragua* Judgment”).

³¹ Para su historia hasta 1994 Consuelo RAMÓN CHORNET, ¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria...

de la preterición del principio en favor de las distintas figuras corrientes: intervención humanitaria, injerencia humanitaria³² –o, sobre todo hoy, “responsabilidad de proteger”–.

Dos palabras sobre esa última formulación del principio de intervención, precisamente la que nos ocupará en este artículo. Ella surge del Informe de la ICISS: *La responsabilidad de proteger*. Dicha comisión, que fue organizada por el gobierno canadiense y presidida por Gareth Evans y Mohamed Sahnoun, sesionó desde noviembre de 2000 y dio a conocer sus conclusiones en diciembre de 2001³³.

Algunos presupuestos relevantes del Informe adelantan las que serán sus posiciones más potencialmente conflictivas. Así, la soberanía del Estado es asumida primariamente como “responsabilidad”. En el ámbito interno, ella implica la responsabilidad de proteger los derechos humanos y la dignidad de las personas confiadas a su custodia. Luego, en línea con esa reducción del sentido del señorío del Estado sobre lo propio, el *Report* propone encarar el problema bajo análisis reemplazando la locución “derecho de intervención” por la de “responsabilidad de proteger”, pues lo que se halla en juego ya no es la “seguridad territorial y nacional” del Estado –en la que radicaría, de acuerdo con el Informe, el núcleo de la independencia de la comunidad política–, sino la “seguridad” (también “alimentaria y ambiental”) de la población.

Ahora bien, lo crucial del Informe consiste en el principio de que tal responsabilidad de proteger los derechos humanos es compartida entre el Estado y la comunidad internacional; esta última asumiría esa misión cuando el Estado no quiera o no pueda cumplirla –o sea, el culpable mismo de las transgresiones–. O también cuando “personas que viven fuera de un Estado en particular se ven directamente amenazados por las acciones que tienen lugar allí”³⁴. Por otra parte, la responsabilidad “residual (*residual*)” de la comunidad internacional consiste no sólo en evitar amenazas o atentados que actualmente se estén cometiendo, sino asimismo prevenir la eventual comisión futura o eventual de tales acciones (2.28 - 2.33).

³² Para las diversas formas y denominaciones contemporáneas de la intervención en los asuntos de una comunidad política, José Alejandro CONSIGLI, “La intervención humanitaria a la luz del derecho internacional actual”.

³³ Disponible en www.responsibilitytoprotect.org/ICISS. [Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2016].

³⁴ Se echa de ver en qué medida, aunque el Informe declare que no fue concebido como respuesta a los sucesos de septiembre de 2001 (p. VIII), con todo no deja de guardar relación estrecha, por lo menos en este supuesto en particular, con el rumbo de la política norteamericana en los años subsiguientes. No afirmamos connivencia intencional; sólo señalamos la patente coincidencia.

Por último (¡pero no menor!), ya en la *Synopsis* del Informe se establece que si bien la responsabilidad “alternativa (*fallback*)” recae en cabeza de la comunidad internacional organizada y de sus órganos (por antonomasia el Consejo de Seguridad), sin embargo esa responsabilidad puede ser delegada en organizaciones interestatales cuyo ámbito de jurisdicción (o de intereses) abarque la zona en la que se produce el conflicto, sujetas a la autorización *ex post facto* del Consejo (*vid.*, p. XIII del *Report*)³⁵.

Planteada de esta manera, la idea de la responsabilidad de proteger –que hemos delineado en lo estrictamente atinente a sus fundamentos y a los sujetos legitimados para ejercer el derecho de intervención– quedó reflejada en el documento final de la Cumbre Mundial de 2005 (Res. 60/1 de la Asamblea General de la Naciones Unidas de septiembre de 2005³⁶) y adoptada de hecho por el Consejo de Seguridad en varias resoluciones, incluyendo aquella producida con ocasión de la operación contra Libia (res. 1973 del 17 de marzo 2011)³⁷.

³⁵ El ulterior desarrollo del cuerpo del *Report* deja en un cono de sombra este aspecto clave de la legitimación para intervenir. Una organización capaz de actuar y cuya área de interés estratégico, a criterio de esa misma organización, exceda el territorio de los Estados miembros –como la NATO–, no aparece descalificada en el Informe para asumir la responsabilidad de proteger. Su acción será “mucho más controvertida”, pero no es tachada de inválida ni desautorizada (*vid.* 6.34: “It is much more controversial when a regional organization acts, not against a member or within its area of membership, but against a non-member. This was a large factor in the criticism of NATO’s action in Kosovo since it was outside NATO’s area. NATO argues, nevertheless, that the conflict in Kosovo had the potential to spill over NATO borders and cause severe disruption, and was thus a matter of direct concern to it”). De suerte que –según la “responsabilidad de proteger” así propuesta– lanzar operaciones de intervención y remoción de gobiernos “within its defining boundaries”, en el caso de EUA y sus satélites de la OTAN, equivaldría a actuar sin manifiesta ilegitimidad en todo el Mediterráneo y Próximo Oriente.

³⁶ “Estamos dispuestos a adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por conducto del Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta, incluido su Capítulo VII, en cada caso concreto y en colaboración con las organizaciones regionales pertinentes cuando proceda, si se demuestra que los medios pacíficos son inadecuados y que las autoridades nacionales no protegen manifiestamente a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad” (párrafo 139).

³⁷ Gustavo GOZZI, *Umano, non umano. Intervento umanitario, colonialismo, “primavere arabe”*, pp. 87-102, Romualdo BERMEJO-GARCÍA y María Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, “De la intervención por causas humanitarias a la responsabilidad de proteger”, pp. 21-22 y 62-64.

VI) Aproximación fenomenológica al ejercicio de la “responsabilidad de proteger”

Enumeremos entonces al respecto, sin pretensión alguna de exhaustividad, ni tan siquiera de sistematicidad, algunas de las notas que, potencial o actualmente, se hallan ínsitas en la puesta en práctica de este principio. Circunscribamos el supuesto al de una intervención material, de carácter armado, con el fin de hacer cesar violaciones a los derechos humanos acabando con el régimen que las provocaría:

- 1) Esta intervención militar no representaría una *agresión*, toda vez que resulta lo contrario de un crimen internacional: justamente la acción que busca conjurar tal crimen;
- 2) Tampoco sería una *guerra* en sentido propio, porque aquí no nos las tenemos con contendientes en igualdad de *status* y derechos, sino con la llamada comunidad internacional organizada (o con un grupo de potencias o la superpotencia actuando en nombre de esa comunidad) que interviene para resguardar un bien jurídico y humano supremo avasallado por la otra parte, un criminal internacional;
- 3) No obstante, si a esta movilización militar con ataques sobre todo (aunque no únicamente) aéreos, enfrentamientos, ocupación de territorio, bajas, prisioneros, destrucción de objetivos castrenses y civiles y derramamiento de sangre la vinculásemos materialmente con la guerra, no tengamos dudas de que se trataría de una *guerra justa*, librada entre *un bando criminal y un ejecutor de sentencia*³⁸;
- 4) Se trataría del esquema moral y penal estricto que ya Francisco de Vitoria trató de morigerar con su doctrina del enemigo que obra injustamente, aunque de buena fe y en la ignorancia de su error. Pero aquí ni siquiera cabría semejante atenuante, toda vez que el culpable es un *transgresor cuyos crímenes de lesa humanidad serían, en principio, imprescriptibles e inamnistiables*³⁹. Si la *criminalización del enemigo* constituye un fenómeno que ha adquirido carta de ciudadanía desde el s. XX, éste sería uno de sus ejemplos más claros;

³⁸ Sobre su tipificación como “guerra justa” la *Synopsis* del Informe es explícita: *vid.* p. XII.

³⁹ Como expresa el Consejo de Seguridad en los considerandos de la Resolución 1973 para decidir la intervención en Libia –llevada a cabo por la OTAN–, que acabó con su gobierno y con la vida de su presidente: “Considerando que los ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil que están teniendo lugar actualmente en la Jamahiriya Árabe Libia pueden constituir crímenes de lesa humanidad...”.

- 5) Bajo este supuesto sería difícil que se mantuviera incólume el principio de *neutralidad*, o hasta aquél de *no beligerancia*, pues frente al crimen internacional sólo cabe tomar partido activo contra él;
- 6) Este supuesto se agrava en sus consecuencias por cuanto la facultad de injerencia o de intervención no consiste en un derecho de ejercicio facultativo, sino que alcanza el rango de un deber, en cabeza de los órganos internacionales o de los Estados que actúan por ellos, de modo subsidiario, en defensa de los derechos humanos.

Sin posibilidad de extendernos en este lugar en la cuestión, adviértase cómo este paradigma conspira contra la existencia misma del derecho internacional público, en cuanto lo reduce a la mixtura de un derecho constitucional *sui generis* con un derecho penal de visos mesiánicos.

VII) La problemática que plantea

Nos interpela por fin la cuestión clave: ¿cuál es la legitimidad del principio *supra* delineado?

En primer lugar, debe decirse que existen situaciones que responden al supuesto que justificaría preterir el principio de no intervención. Se trata de sucesos atroces que apenas resultan creíbles. Desolador paradigma de ello es el *genocidio* (en sentido estricto) de Rwanda.

Pero hay un segundo orden de consideraciones que debe llamar nuestra atención. Nos referimos a la inevitable contradicción, en términos de rectitud jurídica y política, que acarrearía la tendencia a minusvalorar el principio de no intervención al socaire de la primacía de un *ius cogens* internacional de contenido lábil, discrecional y dinámico, y del que serían intérpretes autorizados los grandes poderes mundiales –poderes supraestatales: la ONU; estatales: la superpotencia y sus acólitos; y, *last but not least*, transestatales: los *lobbies* ideológicos–.

Un esquema de poder mundial que halla en ciertos valores el presupuesto para *estatuir formalmente* la irrupción por la fuerza en la esfera propia de los Estados puede hacer más que subordinar la independencia al respeto de los umbrales mínimos de la condición humana; en realidad, puede llevar la validez *excepcional* de esa medida al nivel de una *normalidad* normada, análogamente a como se verifica en las constitucionalmente previstas crisis políticas intraestatales (es el caso de la intervención federal, por ejemplo).

Sin duda se debe distinguir, en términos de juridicidad, entre

- a) la acción de la instancia ejecutiva suprema de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad y
- b) la acción unilateral de un Estado o grupo de Estados.

En el caso del Consejo de Seguridad, se trata de un órgano surgido tras el reparto de poder mundial de Yalta por los vencedores de la Segunda Guerra Mundial, y que ha reflejado durante décadas la estructura pluri-polar del orden mundial; en ese sentido, cabría acotar que sus llamadas “inacciones” como poder coactivo centralizado planetario han manifestado en los hechos la realidad *interestatal* de ese orden⁴⁰. Ahora bien, la exaltación de un valor supraordenado respecto de la independencia política convalidaría la tendencia a intervenir en los Estados sin derecho a veto, o débiles dentro del concierto mundial, en situaciones de necesidad dudosa, o sujeta a caución, o hasta derechamente cuestionable. En el segundo caso (acción unilateral por parte de Estados), la justificación pretendida corre el riesgo de fungir de tapadera a intereses particulares espurios, tales como echar mano de recursos estratégicos de propiedad ajena⁴¹ o jaquear indirectamente a la potencia enemiga⁴². Sea como fuere, el núcleo del presupuesto justificatorio resulta el mismo en ambos casos, a) y b). Y la pretensión de operar sobre un orden *interdependiente* (constituido por sujetos que ejercen señorío sobre lo propio) cual si se tratase de un orden *integrado* colisiona con la realidad del orbe, constituida por un pluriverso de comunidades políticas (*v.gr.*, independientes).

VIII) Conclusión crítica: *el presupuesto objetable y la deriva ilegítima de la “responsabilidad de proteger”*

Lo sostenido hasta aquí no es óbice para asumir, tal como lo hemos hecho en el anterior acápite, la existencia de un fundamento axionormativo

40 Sergio Raúl CASTAÑO, *Orden político y globalización. El Estado en la contingencia actual*, p. 37.

41 Así lo recomienda el *Memorandum 200* (“Informe Kissinger”), de 1974, señalando la que efectivamente habría de constituir una política de Estado norteamericana en el futuro: el control sobre las reservas energéticas del planeta acudiendo a los medios que resultaren eficaces (entre los cuales, dicho sea de paso, se contaba en primer término la reducción de la población de los Estados dueños de tales bienes estratégicos).

42 Sugerente resulta en este sentido Alexandre DEL VALLE, *Guerres contre l'Europe: Bosnie-Kosovo-Tchéchénie*.

objetivo (si no de *ius cogens*, sí por lo menos de ley natural y de caridad) que preceptúa intentar impedir –a quienes pueden impedirlo– la comisión de matanzas como la de Rwanda (la cual, paradójicamente, no fue evitada). Ahora bien, se trata de situaciones extremas y excepcionales, que han suscitado incluso dudas acerca de si en el lugar de esos sucesos, en 1994 (o en la Somalia de 1992, depredada por facciones violentas que victimizaron en masa a sus compatriotas), había un auténtico *Estado*, cumpliendo con sus funciones básicas de tal⁴³.

A partir de lo planteado surge la siguiente conclusión: la eventualidad de casos como el de Rwanda no justifica el fortalecimiento de una pretensión jurídica (revestida con el nuevo nombre de “responsabilidad de proteger”) que supone el desconocimiento de los fueros de las comunidades que actúan en el orden internacional.

Más debe insistirse en que el eje y fundamento de dicha conclusión radica en un principio que a su vez constituye el corolario necesario de la naturaleza del orden mundial como un pluriverso político, cuyos bienes supremos consisten en la paz y en la cooperación entre sujetos independientes. Ese principio establece que toda pretensión explícita o implícitamente sustentada en la asimilación de la comunidad política a una suerte de Estado miembro de un Estado federal parte de un presupuesto falso y, en esa misma medida, resulta ilegítima. Por tal razón no debe sorprender que, al disvalor intrínseco de un defecto en la legitimidad, las intervenciones de las últimas décadas le hayan agregado resultados insatisfactorios y amargos; o que incluso algunas de ellas hayan sido injustificables en sí mismas, en tanto *intervenciones humanitarias*.

Bibliografía

- AMADEO, Mario, *Manual de política internacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.
- APARISI MIRALLES, Ángela, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*, Granada, Comares, 2007.
- ARISTÓTELES, *Política*, edición Ross, Oxford, OUP, 1991.
- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, *Documento final de la Cumbre Mundial 2005* del 15/9/2005. Disponible en: www.cinu.org.mx/cumbre2005/Cumbre_Mundial_2005. [Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2016].

⁴³ Respectivamente, José PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 285, Romualdo BERMEJO-GARCÍA y María Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, “De la intervención...”, *op. cit.*, p. 37-39.

- ASAMBLEA GENERAL DE LA ONU, *Resolución 2625 (XXV)* del 24/10/1970. Disponible en: www.dipublico.org.
- BARBIER, Maurice, “La notion de *respublica* chez Vitoria”, en Yves Charles ZARKA (ed.), *Aspects de la pensée médiévale dans la pensée politique moderne*, Paris, PUF, 1999.
- BERMEJO-GARCÍA, Romualdo y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, María Eugenia, “De la intervención por causas humanitarias a la responsabilidad de proteger”, en *Cuadernos de Estrategia*, N° 160, 2013, pp. 18-76.
- BULL, Hedley, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Nueva York, Columbia University Press, 1977.
- CAMPAGNA, Norbert, *Francisco de Vitoria: Leben und Werk. Zur Kompetenz der Theologie in politischen und juristischen Fragen*, Münster, Lit, 2010.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1995.
- CASSESE, Antonio, *International Law in a Divided World*, Oxford, OUP, 1994.
- CASTAÑO, Sergio R. “Souveräne Staatsgewalt nach der Lehre Hermann Hellers und *potestas superiorem non recognoscens* bei Vitoria und Suárez im Vergleich”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart, Band 100, 2014, Heft 1, pp. 77-93.
- CASTAÑO, Sergio R., “La idea de una autoridad política mundial. Consideraciones críticas a la luz de las exigencias de la realidad política”, en *Foro*, Universidad Complutense de Madrid, vol. 18, N°. 1, año 2015, p. 27-60.
- CASTAÑO, Sergio R., *Orden político y globalización. El Estado en la contingencia actual*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- CASTAÑO, Sergio R., *El Estado como realidad permanente*, Buenos Aires, La Ley, 2003 y 2005.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU, *Resolución 1973* del 17/3/2011. Disponible en www.un.org. [Fecha de consulta: 8 de diciembre de 2016].
- CONSEJO DE SEGURIDAD NACIONAL DE EUA, *Implications of Worldwide Population Growth for U.S. Security and Overseas Interests (NSSM 200)*; “The Kissinger Report”, 1974. Disponible en pdf.usaid.gov. [Fecha de consulta: 1 de diciembre de 2016].
- CONSIGLI, José Alejandro, “La intervención humanitaria a la luz del derecho internacional actual”, en *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XIII, 2004, pp. 155-192.
- DEL VALLE, Alexandre, *Guerres contre l'Europe: Bosnie-Kosovo-Tchéchénie*, Paris, Les Syrtes, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, “El Tribunal Penal Internacional: una decisión histórica para la cual también nosotros hemos trabajado”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2002/B, p. 467-477.
- GOZZI, Gustavo, *Umano, non umano. Intervento umanitario, colonialismo, “primavere arabe”*, Urbino, Il Mulino, 2015.
- HELLER, Hermann, *Die Souveränität*, Berlin, de Gruyter, 1927.

- INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY, *The Responsibility to Protect*, International Development Research Centre, Ottawa, 2001. Disponible en: responsibilitytoprotect.org/ICISS.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, “Case concerning the military and paramilitary activities in and against Nicaragua”, 1986, Disponible en *International Court of Justice, Case Summaries*, www.icj-cij.org.
- KOHEN, Marcelo, “The Principle of Non-Intervention 25 Years after the *Nicaragua* Judgment”, en *Leiden Journal of International Law*, 2012, pp. 157–164.
- LE FUR, Louis, “Prefacio”, en de la Bigne de Villeneuve, Marcel, *Traité Général de l’État*, París, Dalloz, 1929, pp. XI-XXXII.
- PASTOR RIDRUEJO, José, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- REMIRO BROTONS, Antonio *et al.*, *Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 1997.
- RAMÓN CHORNET, Consuelo, *¿Violencia necesaria? La intervención humanitaria en derecho internacional*, Madrid, Trotta, 1995.
- ROUSSEAU, Charles, *Droit international public*, París, Dalloz, 1971.
- SCHMITT, Carl, *Legalität und Legitimität*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
- SUÁREZ, FRANCISCO, *De legibus*, edición de Pereña, Luciano *et al.*, Madrid, CSIC, 1975.
- SUÁREZ, FRANCISCO, *Disputatio XII De Bello*, edición de Pereña, Luciano, titulada *Teoría de la guerra en Francisco Suárez*, Madrid, CSIC, 1954.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, “La conception de la paix chez Vitoria”, en *Recueil de la Société Jean Bodin pour l’histoire comparative des institutions*, t. XV, 2ª parte, Bruselas, 1961, pp. 241.
- VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, trad. Pedro Bravo, Madrid, Aguilar, 1974.
- VERHOEVEN, Joe, “Vitoria ou la matrice du droit international”, en AA. VV., *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruselas, Bruylant, 1988.
- VINCENT, R. J., *No intervención y orden internacional*, trad. Luis Justo, Buenos Aires, Marymar, 1973.
- VITORIA, FRANCISCO de, *De Indis II*, 7, en GETINO, Luis A., *Obras de Francisco de Vitoria*, Madrid, La Rafa, 1934.
- VITORIA, FRANCISCO de, *De potestate civili*, en GETINO, Luis A., *Obras de Francisco de Vitoria*, Madrid, La Rafa, 1934.
- VITORIA, FRANCISCO de, *In II-IIae.*, en Beltrán de Heredia, Vicente, Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, Salamanca, Biblioteca de Teólogos Españoles, 1932, t. II.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2005.

PARTICIPACIÓN CIUDADANA
EN POLÍTICA PÚBLICA.
LA AUDIENCIA PÚBLICA EN ARGENTINA.
EL CASO DE LA “AUDIENCIA DEL GAS”
(2016)

CITIZEN PARTICIPATION IN PUBLIC POLICY.
THE HEARING IN ARGENTINA.
THE CASE OF THE “GAS AUDIENCE”
(2016).

*María Laura Eberhardt**

Resumen

La audiencia pública es un mecanismo de participación ciudadana que habilita a las personas, a título individual o en representación de un colectivo, a exponer ante las autoridades responsables su opinión o propuesta respecto de una política pública que les afecta. La participación es consultiva o informativa, pero no decisoria, ya que sus resultados no son vinculantes.

En Argentina, este instrumento fue incorporado en varias legislaciones de servicios públicos y se reglamentó por decreto del Ejecutivo nacional en 2003.

Es un mecanismo cuya aplicación en el país quedó reducida a los casos de convocatoria obligatoria por ley, de aplicación meramente formal, y sin mayor intervención de la ciudadanía ni repercusión general. Sin embargo, en 2016 la audiencia por el gas tuvo amplio impacto social, político y mediático.

Analizar el diseño institucional de esta herramienta así como dicho caso de aplicación permitirá conocer sus ventajas y limitaciones para la participación ciudadana.

Palabras Claves: Participación ciudadana, Audiencia Pública, Argentina.

* Doctora en Ciencia Política (UNSAM), investigadora del CONICET, Argentina. Artículo recibido el 6 de diciembre de 2016 y aceptado para su publicación el 14 de febrero de 2017. Correo electrónico: laura_rafaela@yahoo.com.ar

Abstract

The hearing is a citizen participation mechanism that enables individuals, individually or on behalf of a group, to expose to the authorities their opinion or proposal regarding a public policy that affects them. The participation is consultative or informative but not decisive, since its results are not binding.

In Argentina, this instrument was incorporated into several public service legislations and regulated by decree of the national executive in 2003.

It is a mechanism whose application in the country was reduced to cases of compulsory convocation by law, a purely formal application, and without greater intervention of the citizens nor general repercussion. However, in 2016 the gas hearing had a broad social, political and media impact.

Analyzing the institutional design of this tool as well as this application case, will allow to identify its advantages and limitations for citizen participation.

Key Words: Citizen participation, Hearing, Argentina

Introducción

La audiencia pública es un mecanismo institucional de participación ciudadana que habilita a las personas, a título individual o en representación de un colectivo, a exponer, en pie de igualdad y ante las autoridades responsables de la toma de decisión, su opinión y/o propuesta respecto de una política pública que le afecta directa o indirectamente. El tiempo de alocución suele ser reducido y sin posibilidad de réplica. Las participaciones de los ciudadanos, organizaciones y especialistas no son vinculantes para las autoridades a cargo de la medida, quienes pueden o no tomarlas en cuenta en su formulación final, siempre que ofrezcan luego una justificación de cómo las incorporaron o por qué las descartaron.

Este mecanismo, junto con otros varios instrumentos de la democracia participativa y directa, como la iniciativa popular, la consulta popular, la revocatoria de mandato y otros tantos institutos similares, fue incluido como parte de las reformas políticas llevadas a cabo por varios países, con mayor énfasis desde fines de los años 80. Estas transformaciones se llevaron a cabo en medio del proceso conocido como crisis de la representación de masas y transición a la democracia de audiencia, de la era global o teledemocracia. Frente al descrédito cívico general y la desconfianza ciudadana respecto de las instituciones clásicas de la democracia

indirecta (los partidos políticos, las elecciones, los órganos de gobierno, los representantes), la participación ciudadana emergió como una vía posible de contrarrestar dicho fenómeno a partir de la intervención directa (o semidirecta) de la población en los procesos de política pública. Crear e implementar espacios institucionales que hicieran viable dicha participación directa fue uno de los objetivos que orientó la reforma.

En la Argentina la audiencia pública no fue incorporada como mecanismo participativo en la Constitución nacional. Sin embargo se encuentra habilitada a partir de un artículo que reconoce los derechos y provee a la defensa de los intereses de consumidores y usuarios de servicios públicos. Asimismo, forma parte de ciertas leyes que regulan la provisión de servicios públicos y la señalan como parte del procedimiento obligatorio en algunos casos, así como de leyes cuyo objeto conlleva impacto medioambiental. Finalmente, fue reglamentada por decreto del Ejecutivo nacional e incluida en la normativa interna de los organismos de control de los servicios públicos.

En 2016 ocurrió un caso de aplicación de la audiencia pública a nivel nacional de gran repercusión mediática y social. La relevancia del caso se fundó en que la autoridad ministerial con competencia en materia de energía omitió la celebración de este procedimiento en su decisión de aumentar drásticamente las tarifas del servicio de gas en todo el país. Tras una serie de recursos antepuestos por ciudadanos y organizaciones, tendientes a frenar dichos aumentos, que en algunos casos superaban el 1.000% de los últimos importes abonados, la Corte Suprema de Justicia falló a favor de detener dichas subas al menos hasta tanto se cumpliera con la celebración de la requerida audiencia pública.

Analizar el diseño institucional de este mecanismo en la legislación argentina así como el reciente caso de aplicación de alto impacto mediático, político y social permitirá conocer las ventajas así como las limitaciones de la audiencia pública como herramienta de participación ciudadana en la política pública.

LA AUDIENCIA PÚBLICA COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La audiencia pública es una instancia de participación en el proceso de toma de decisiones en la cual la autoridad responsable habilita un espacio institucional para que todos aquellos que pudiesen verse afectados por una norma o tuviesen un interés particular en ella expresen su opinión sobre la misma. El objetivo de esta instancia es que la autoridad responsable de tomar la decisión acceda a las distintas opiniones sobre el tema en

forma simultánea y en pie de igualdad, a través del contacto directo con los interesados. Los también llamados *hearings*, constituyen una actividad común en la experiencia norteamericana, en donde diversas personas, a título individual o en representación de grupos, exponen sus puntos de vista sobre los proyectos de ley y de resolución sometidos a análisis en cada comisión o subcomisión legislativa¹.

Algunos de sus propósitos pueden ser: explorar la necesidad de una cierta legislación (propuesta o no); controlar al Ejecutivo; y proveer de un foro a los deseos, frustraciones y reclamos de los ciudadanos. Además, tienden a promover públicamente la personalidad de los integrantes de las comisiones legislativas y/u organizaciones civiles y políticas, en particular de sus líderes formales y/o reales. Entre sus principales efectos se encuentran los de: reafirmar la independencia del Congreso frente al Ejecutivo, en cuanto a que en ellas los legisladores interpelan a funcionarios de esa rama y lidian directamente con los expertos independientes; despertar el interés de la opinión pública en los asuntos de interés general; promover soluciones más adecuadas a las circunstancias; y elevar el grado de transparencia de la acción de los *lobbyistas*.

Esta herramienta puede adoptar diferentes formas según sea obligatoria para la sanción de una ley o la ejecución de una política pública (como las restricciones existentes en materia de medio ambiente y servicios públicos a nivel nacional y en varias jurisdicciones locales), o facultativa. La audiencia pública puede ser además convocada a petición de la ciudadanía².

LA AUDIENCIA PÚBLICA EN LA NORMATIVA NACIONAL DE ARGENTINA

La Constitución Nacional Argentina

En la Constitución Nacional Argentina³ la audiencia pública no se encuentra incluida como un mecanismo de participación ciudadana en sí mismo. Sin embargo, aparece sugerida en determinados procedimientos públicos referidos a cuestiones como las restricciones en materia de medio ambiente y servicios públicos⁴.

¹ Guillermo MOLINELLI, *Presidentes y Congresos en Argentina: Mitos y Realidades*.

² María Laura EBERHARDT, "Audiencias Públicas en la Ciudad de Buenos Aires. El caso de la reforma del Código Contravencional porteño".

³ CONGRESO ARGENTINO, *Constitución de la Nación Argentina*.

⁴ María Laura EBERHARDT, *Siga participando... dedicado a los ciudadanos de las democracias reales. Los mecanismos de participación y control societal en la Ciudad de Buenos Aires*.

El artículo 42° de la Ley Fundamental argentina establece:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Los primeros párrafos de este artículo reconocen los derechos de consumidores y usuarios de servicios públicos y garantizan la protección de los mismos por parte de las autoridades. La última oración es la que da pie a la apertura de espacios institucionales (como las audiencias públicas) en tanto procedimiento legal previsto para la prevención y solución de conflictos en la materia, de forma tal que habilite la participación de los interesados en las decisiones a cargo del organismo de control. Sin embargo, en todo su articulado la Constitución no menciona expresamente este mecanismo.

La Ley N° 24.076 de Gas Natural

En 1992 se sanciona y promulga la Ley N° 24.076 de Gas Natural⁵, encargada de regular la actividad de transporte y distribución de gas natural como servicio público nacional. Esta normativa da el marco regulatorio de la actividad y regula la privatización del Gas del Estado Sociedad del Estado. La audiencia pública aparece mencionada por primera vez en el artículo 6° respecto del procedimiento de renovación de la habilitación del prestador. Dice que como mínimo 18 meses antes de la fecha de finalización de una habilitación, el ENARGAS, a pedido del prestador, debe realizar una evaluación de la prestación del servicio por el mismo, a los efectos de proponer al PEN la renovación de la habilitación por un período adicional de 10 años. A tal efecto debe convocarse a Audiencia

⁵ SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Ley N° 24.076 Gas Natural*.

Pública. Agrega que en los textos de las habilitaciones se establecerán los recaudos que deberán cumplir los prestadores para tener derecho a la renovación. El PEN resolverá dentro 120 días de recibida la propuesta del ENARGAS.

El artículo 16° vuelve a mencionar este mecanismo cuando regula la construcción, extensión o ampliación de obras de transporte o distribución de gas, que debe ser autorizada por el ente controlador. El inciso b) sostiene que para el caso de obras no previstas en la respectiva habilitación, las cooperativas y los terceros interesados en su realización deberán arribar a un acuerdo con el prestador de la zona que corresponda, y someterlo al Ente para que autorice. De no existir acuerdo el Ente resolverá la cuestión en un plazo de 30 días, disponiendo dentro de los 15 días la realización de una Audiencia Pública.

En forma complementaria a lo anterior, el artículo 18° dispone que si la construcción o ampliación de obras de un transportista o distribuidor interfiere o amenaza interferir el servicio o sistema correspondiente a otro transportista o distribuidor, estos últimos podrán acudir al Ente, quien oyendo a las partes e interesados y convocando a una Audiencia Pública, resolverá la continuación o no de la nueva obra.

El artículo 29° también contempla esta herramienta en los casos en que cuando quien requiera un servicio de suministro de gas de un distribuidor o acceso a la capacidad de transporte de un transportista o distribuidor, no llegue a un acuerdo sobre las condiciones del servicio requerido, podrá solicitar la intervención del ENARGAS, quien, escuchando también a la otra parte en audiencia pública a celebrarse a los 15 días, resolverá el diferendo. En repetidas ocasiones, este mecanismo de participación aparece como la instancia institucional para la mediación de conflictos entre partes interesadas en la prestación del servicio.

El artículo 46° contempla la situación en torno del caso a analizar en este trabajo, según el cual los transportistas, distribuidores y consumidores podrán solicitar al Ente regulador las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación, que consideren necesarias si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas. Recibida la solicitud de modificación, el ente deberá resolver en el plazo de 60 días previa convocatoria a audiencia pública que deberá celebrarse dentro de los primeros 15 días de la recepción de la citada solicitud.

En el artículo siguiente, agrega que cuando el ENARGAS considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias de particulares, que existen motivos para considerar que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuada,

indebidamente discriminatoria o preferencial, notificará tal circunstancia al transportista o distribuidor y la hará pública convocando a tal efecto a una Audiencia Pública dentro de los primeros 15 días. Celebrada la misma, dictará resolución (art. 47°).

Entre las funciones y facultades que la ley asigna al ente regulador figura la de organizar y aplicar el régimen de Audiencias Públicas previsto en esta ley (art. 52° inc. I). De igual modo, dictará las normas de procedimiento con sujeción a las cuales se realizarán las audiencias públicas y se aplicarán las sanciones previstas, debiéndose asegurar en todos los casos el cumplimiento de los principios del debido proceso (art. 73°).

Asimismo, la Audiencia Pública se incluye como uno de los Procedimientos y Control Jurisdiccional (XI). Así, el artículo 67° estipula que cuando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia, el Ente considerase que cualquier acto de un sujeto de la industria es violatorio de la presente Ley, de las reglamentaciones dictadas por el Ente o de los términos de una habilitación, el Ente notificará de ello a todas las partes interesadas y convocará a una Audiencia Pública, estando facultado para, previo a resolver sobre la existencia de dicha violación, disponer, según el acto de que se trate, todas aquellas medidas de índole preventiva que fueran necesarias.

Por otro lado, y sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la ley atribuye al ENARGAS el deber de convocar y realizar una Audiencia Pública, antes de dictar resolución en las siguientes materias:

- a) La conveniencia, necesidad y utilidad pública de los servicios de transporte y distribución de gas natural;
- b) Las conductas contrarias a los principios de libre competencia o el abuso de situaciones derivadas de un monopolio natural o de una posición dominante en el mercado (art. 68°).

El Decreto N° 1.738 de Gas Natural

A los pocos meses de promulgada dicha normativa, salió a la luz el Decreto N° 1.738⁶, del 18 de septiembre de 1992. Este decreto aprobó la reglamentación de la Ley N° 24.076, a los fines de su inmediata aplicación y de su conocimiento por los interesados en participar en el proceso de privatización de Gas Del Estado Sociedad Del Estado. Efectivamente, el artículo 1°, aprobó la reglamentación de la ley contenida en el Anexo I. El artículo 2° derogó a partir del 1 de enero de 1993 todas las normas

⁶ PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *Decreto N° 1.738 Gas Natural*.

referidas a la fijación de precios contrarias a las disposiciones de la Ley 24.076 y su reglamentación.

El mecanismo de audiencia pública aparece varias veces mencionado en el Anexo I reglamentario de la ley. Para comenzar, el artículo 16° atribuye al Ente regulador la facultad de establecer las normas que deberán observarse en la construcción de instalaciones que requieran autorización previa para funcionar. En este sentido, el Ente verificará el cumplimiento de las inversiones obligatorias que fueren requeridas por los términos de las habilitaciones. Los prestadores deberán someter a la aprobación del ente los planes de inversiones obligatorias dentro de los 12 meses de la fecha de comienzo de operaciones. El Ente podrá observar los citados planes, sea en lo relativo a volúmenes físicos, precios unitarios o cronogramas de aplicación. Si el prestador no aceptara tales observaciones, la discrepancia deberá ventilarse en Audiencia Pública.

El artículo 52° reconoce esta herramienta como vía de resolución de disputas de intereses cuando postula que el Ente tramitará los reclamos de consumidores y los conflictos entre operadores utilizando un proceso interno administrativo para los casos simples, y a través de audiencias públicas en los casos complejos o de envergadura o cuando no se haya logrado solución mediante el empleo del primer método.

El artículo 65° inc. 4 estipula que las audiencias públicas deberán notificarse a las partes de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1.759/72 y a los demás interesados mediante edictos publicados con suficiente antelación en la forma, lugares y modo que disponga la reglamentación que dicte el Ente. El inciso 10 del mismo artículo prevé que la sanción de normas generales será precedida por la publicidad del proyecto o de sus pautas básicas y por la concesión de un plazo a los interesados para presentar observaciones por escrito. Excepcionalmente podrá recurrirse al procedimiento de audiencia pública a este efecto cuando la repercusión pública del tema así lo justifique.

El Decreto N° 1.172 de Acceso a la Información Pública

Otro decreto de importancia para la regulación del mecanismo de audiencia pública por parte del Ente regulador del gas es el N° 1.172 de Acceso a la Información Pública, de 2003⁷. A través de este decreto se aprueban los Reglamentos Generales de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional, para la Publicidad de la Gestión de Intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, para la Elaboración Participativa

⁷ PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *Decreto N° 1.172 Acceso a la Información Pública*.

de Normas, del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional y de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, Formularios de inscripciones, registro y presentación de opiniones y propuestas. Ello, en vistas a la necesidad de mejorar la calidad de la democracia y con la certeza de que el buen funcionamiento de sus instituciones es condición indispensable para el desarrollo sostenido.

En sus considerandos, este decreto reconoce que la Audiencia Pública habilita la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto de la decisión a adoptarse. Dichas opiniones (no obstante su carácter no vinculante) deben ser consideradas adecuadamente, estableciéndose la obligación de la autoridad de fundamentar sus desestimaciones.

Asimismo, dispone que a efectos de institucionalizar los instrumentos de las Audiencias Públicas, el Registro de la Gestión de Intereses, la Elaboración Participativa de Normas, el Libre Acceso a la Información Pública y las Reuniones Abiertas, se hace necesario establecer, para cada uno de ellos, un procedimiento común al universo de organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro Ente que funcione en jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

Finalmente, subraya que la reglamentación de estos instrumentos reafirma la voluntad del Poder Ejecutivo Nacional de emprender una reforma política integral para una nueva cultura orientada a mejorar la calidad de la democracia garantizando, en cada uno de los casos, el máximo flujo informativo entre los actores sociales y sus autoridades a fin de asegurar el ejercicio responsable del poder.

El artículo 1° aprueba entonces el Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional contenido en el Anexo I y el correspondiente formulario de inscripción a las mismas (Anexo II). El primer anexo del decreto regula este mecanismo de participación ciudadana y establece el marco general para su desenvolvimiento (art. 1°). El reglamento general es de aplicación para las audiencias públicas convocadas en organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro Ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional (2°).

La audiencias pública es aquí descripta como una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquél que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general, exprese su opinión (art. 3°). Se le atribuye la finalidad de permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente

y pública distintas opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones existentes sobre las cuestiones puestas en consulta (art. 4°). Su procedimiento debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad (art. 5°).

Respecto de sus efectos, y este es su talón de Aquiles y principal fuente de debates, aclara que las opiniones y propuestas vertidas por los participantes en la audiencia pública no tienen carácter vinculante (art. 6°). Esto es, que las demandas y sugerencias allí presentadas por la ciudadanía, ya sea a título individual o en representación de organizaciones, no son de obligatorio cumplimiento para la autoridad a cargo de la decisión. Su alcance es a título informativo o consultivo, pero no decisivo. Con lo cual su potencial e interés para la ciudadanía como mecanismo de gestión directa de sus intereses, decae en gran medida.

La contracara de la anterior restricción es que la representatividad de la opinión del siempre reducido número de personas y/o asociaciones que pueden tomar parte en persona de una audiencia pública es muy baja en relación con el total de la población afectada por la medida y más aún respecto del total de la población del distrito. Si tales puntos de vista allí volcados fueran vinculantes, no solo surgirían graves dificultades para compatibilizar las diversas opiniones contrapuestas (lo que requeriría una resolución por fuera de ellas, por ejemplo, a cargo de una autoridad), sino que además podría acusarse a la decisión final de ser elitista, ya que es materialmente imposible que todos los afectados por una medida puedan, quieran y/o sepan expresar su interés, con lo cual se ponderaría la voz de quiénes sí pudieron, quisieron y/o supieron hacerlo.

Otro argumento a favor del carácter no vinculante de los pareceres ciudadanos expresados en audiencia pública es que estos no necesariamente saben (ni están obligados a ello) cómo resolver y/o desarrollar propuestas sobre cuestiones técnicas que hacen a numerosas políticas públicas, como la ampliación de redes de distribución del gas, el cálculo apropiado para el aumento de las tarifas, las fuentes complementarias de aprovisionamiento, etc., que requieren de un conocimiento específico y muchas veces altamente profesionalizado. Con lo cual muchas de las opiniones dadas a conocer públicamente en la audiencia, especialmente aquellas surgidas del sentido común o de la experiencia cotidiana del vecino de barrio (no por ello menos importantes o valiosas), necesitan ser “traducidas” a un lenguaje mucho más complejo y sistemático para ser viabilizadas. Todos pueden opinar sobre una cuestión que los afecta, pero no todas las opiniones son técnica, financiera, ambientalmente viables, o no lo son en igual medida; ni todos los proyectos tienen el mismo nivel de complejidad, adecuación, etc. Nuevamente, el saber especializado, que

es capital de unos pocos, se vuelve un filtro necesario para ser aplicado sobre los productos emergentes de una audiencia pública.

Luego comienza el procedimiento propiamente dicho. El artículo 7° designa como autoridad convocante a la máxima autoridad del área a cargo de las decisiones relativas al objeto de la audiencia pública. Esta convoca a audiencia pública mediante acto administrativo expreso y la preside, pudiendo delegar tal responsabilidad en un funcionario competente en razón del objeto de la misma. El área dependiente de la autoridad convocante, designada por ésta para cada audiencia específica, es la encargada de llevar a cabo la implementación y organización general de la misma (art. 8°). En caso de considerarlo oportuno, la autoridad convocante puede designar un organismo coordinador que le preste asistencia técnica (art. 9°). Asimismo, toda persona física o jurídica, pública o privada, puede también solicitar mediante presentación fundada ante la autoridad convocante la realización de una audiencia pública. Dicha autoridad debe expedirse mediante acto administrativo fundado en un plazo no mayor a 30 días (art. 10°).

Respecto de quienes pueden ser participantes en una audiencia pública, el artículo 11° contempla a toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la audiencia pública. Las personas jurídicas participan por medio de sus representantes, acreditando personería y se admite la intervención de un solo orador en su nombre. Los participantes pueden actuar en forma personal o a través de sus representantes. Este mecanismo permite la participación tanto de ciudadanos a título individual como de organizaciones de diverso tipo, y los coloca en pie de igualdad en cuanto al espacio concedido para su presentación.

La autoridad convocante debe determinar el lugar de celebración de la audiencia pública, considerando las circunstancias del caso y el interés público comprometido (art. 12°). Se supone que el mismo debiera ser accesible a la mayor cantidad de personas que, por el tema involucrado, podrían verse interesadas en participar. Tanto en su ubicación geográfica como en las condiciones edilicias, la comunicación con medios de transporte, la seguridad de la zona, etc.

Quien quiera participar debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) inscripción previa en el Registro habilitado y
- b) presentación por escrito de un informe que refleje el contenido de la exposición a realizar.

Ello puede ir acompañado de toda otra documentación y/o propuesta relacionada con el tema a tratar (art. 14°). Debido a su carácter público, estas audiencias pueden ser presenciadas por el público en general y por los medios de comunicación (art. 15°).

La convocatoria ordena el inicio del correspondiente expediente (a cargo del área de implementación) y establece: autoridad convocante; objeto de la audiencia pública; fecha, hora y lugar de celebración; área de implementación; organismo coordinador (si lo hubiere); datos del solicitante (si lo hubiere); lugar y horario para revisar el expediente, inscribirse para ser participante y presentar la documentación relacionada con el objeto de la audiencia; plazo para la inscripción de los participantes; autoridades de la audiencia pública; término en que la autoridad convocante informará sobre el desarrollo y resultados del procedimiento; y medios por los cuales se le dará difusión. Respecto de este último punto, la autoridad convocante debe publicar durante dos días la convocatoria (con las especificaciones antes exigidas), con una antelación no menor de 20 días corridos a la fecha de realización en el Boletín Oficial, en por lo menos 2 diarios de circulación nacional y (en su caso) en la página de internet del área. Cuando la temática sí lo requiere, deben ampliarse las publicaciones a medios locales o especializados en la materia (art. 16°).

El expediente, iniciado con la convocatoria, debe estar a disposición de los interesados para su consulta en el lugar que defina la autoridad convocante (art. 17°). Dicha autoridad debe además habilitar, con una antelación no menor a 15 días corridos previos a la audiencia, un registro para la inscripción de los participantes (que es libre y gratuita) y la incorporación de informes y documentos. Los responsables del registro deben entregar certificados de inscripción con el número de orden y de recepción de informes (art. 18°). La inscripción puede realizarse desde la habilitación del registro y hasta 48 horas antes de la audiencia (art. 19°).

El orden de exposición de los participantes que se hubiesen registrado queda establecido conforme a su inscripción en el registro, y así debe constar en el orden del día (art. 20°). Esto se presume es para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de expresar las opiniones, independientemente de quién es o a quién representa el participante y del contenido y forma de su presentación. Todos los participantes tienen al menos 5 minutos para su intervención oral. El área de implementación define el tiempo máximo de las exposiciones en el orden del día, estableciendo las excepciones para el caso de expertos especialmente convocados, funcionarios que presenten el proyecto en la materia de decisión o participantes autorizados expresamente por el presidente de la audiencia (art. 21°). Nuevamente, se busca garantizar la equidad en el tratamiento de todas las opiniones, cualquiera sea e independientemente de quién provenga. No obstante, el presidente puede exigir y los participantes pueden solicitar la unificación de las exposiciones de las partes con intereses comunes, pero sin acumular el tiempo de exposición (art. 22°).

El orden del día debe establecer nómina de los participantes registrados y de los expertos y funcionarios convocados; breve descripción de los informes y/o propuestas presentadas por los participantes; orden y tiempo de las alocuciones previstas; nombre y cargo de quienes presiden y coordinan la audiencia pública. El área de implementación debe poner a disposición este orden del día 24 horas antes de la audiencia y en el lugar de la misma (art. 23°). Asimismo, debe seleccionar y organizar el espacio físico en el que se desarrollará la audiencia pública, que debe prever lugares apropiados tanto para los participantes como para el público y los medios de comunicación (art. 24°). Finalmente, todo el procedimiento de la audiencia pública debe ser transcripto taquigráficamente y puede, además, ser registrado por cualquier otro medio (art. 25°).

El Capítulo III de este Anexo I regula el desarrollo de la audiencia pública. El acto se inicia por el presidente de la audiencia, quien efectúa una relación sucinta de los hechos y el derecho a considerar, exponiendo los motivos y objetivos de la convocatoria (art. 26°). Entre las facultades que se le atribuyen se encuentran las de decidir sobre la pertinencia de expositores no registrados; modificar el orden de las exposiciones por razones de mejor organización; establecer la modalidad de respuesta a las preguntas formuladas por escrito; ampliar excepcionalmente el tiempo de las alocuciones cuando lo considere necesario; exigir la unificación de las exposiciones de las partes con intereses comunes; formular las preguntas que considere necesarias para esclarecer las posiciones de las partes; disponer la interrupción, suspensión, prórroga, postergación, o reapertura de la sesión; desalojar la sala, expulsar personas y recurrir al auxilio de las fuerzas públicas a fin de asegurar el normal desarrollo de la audiencia (art. 27°). Entre sus deberes se cuentan los de garantizar la intervención de todas las partes y de los expertos convocados, mantener su imparcialidad absteniéndose de valorar las opiniones de las partes, y asegurar el respeto de los principios del reglamento (art. 28°).

Pueden ser parte de la audiencia la persona que acredite su inscripción previa en el registro habilitado a tal efecto, y solo puede realizar intervenciones orales quien revista tal carácter (art. 29°). Las personas que asistan sin inscripción previa pueden participar únicamente mediante la formulación de preguntas por escrito, previa autorización del presidente, quien, al finalizar las presentaciones orales, establece la modalidad de respuesta (art. 30°). Al inicio de la audiencia al menos uno de los funcionarios presentes del área encargada o afectada por la materia, debe exponer las cuestiones sometidas a consideración de los ciudadanos. El tiempo de exposición previsto a tal efecto puede ser mayor que el del resto de los oradores. Posteriormente las partes realizarán la exposición sucinta de sus presentaciones, debiendo garantizarse la intervención de todas ellas y de

los expertos convocados. Si la audiencia no pudiera completarse en el día o tiempo previsto, el presidente dispondrá las prórrogas necesarias (art. 33°).

Finalizadas las intervenciones de las partes el presidente declara el cierre de la audiencia. Se elabora un acta a ser firmada por las autoridades y participantes y expositores que quisieren hacerlo. En el expediente debe agregarse la versión taquigráfica de todo lo actuado en la audiencia (art. 35°). El área de implementación debe elevar a la autoridad convocante, en el plazo de 10 días desde la finalización de la audiencia pública, un informe de cierre que contenga la descripción sumaria de las intervenciones e incidencias de la audiencia, no pudiendo realizar apreciaciones de valor sobre el contenido de las mismas. La misma área debe dar cuenta de la realización de la audiencia mediante una publicación en el Boletín Oficial y un informe (en su caso) en las páginas de internet de la autoridad convocante y del organismo coordinador indicando: objeto, fechas en que sesionó, funcionarios presentes, cantidad de participantes, lugar donde se encuentra a disposición el expediente, plazos y modalidad de publicidad de la resolución final (art. 36°).

Se autoriza a la autoridad convocante a encargar la realización de estudios especiales sobre el tema tratado tendientes a generar información útil para la toma de decisión (art. 37°). El último artículo es de fundamental importancia. En él se exige a la autoridad convocante que, en un plazo no mayor de 30 días de recibido el informe final del área de implementación debe fundamentar su resolución final y explicar de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las rechaza (art. 38°).

Siendo las opiniones ciudadanas no vinculantes, este es el único reaseguro que las mismas tienen de ser consideradas por la autoridad a cargo de la toma de decisión. Esto es, para evitar que la audiencia pública sea una mera puesta en escena, que las más de las veces pase inadvertida por la población, y que se reduzca a un mero trámite formal obligatorio para algunas decisiones, sin ningún efecto cierto sobre la política pública involucrada. No obstante cabe aclarar que, en caso de incumplimiento de esta disposición no se prevén sanciones para la autoridad responsable, con lo cual su obligatoriedad se diluye quedando el funcionario con bastante libertad para cumplir o no dicha prescripción. Esta situación de indefensión en la cual queda la ciudadanía respecto de su intervención en el proceso de una política pública, puede atentar contra su deseo de utilizar estas herramientas participativas y abonar a reproducir el mismo descrédito y desinterés que le pueden haber generado previamente las instituciones más conocidas de la democracia indirecta (los partidos, los órganos de poder, las elecciones, etc.).

El ENARGAS y sus resoluciones reglamentarias N° 2.756 y N° 3.158

Un último grupo de reglamentaciones a nivel nacional sobre las audiencias públicas implementadas en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional y, en este caso en particular las referidas a la prestación del servicio público del gas que nos convoca en este artículo, son las resoluciones emitidas por el ENARGAS. Cabe hacer un poco de historia para recordar el origen y funciones de este ente regulador. Como resultado de la transferencia al sector privado de la prestación de los servicios de transporte y distribución de gas⁸, en 1992 se conformó este organismo regulador cuya misión es dictar las normas a las que debe atenerse la correcta prestación del servicio en el marco establecido por el Congreso de la Nación mediante la arriba citada Ley N° 24.076. Asimismo, debe verificar el cumplimiento por parte de las licenciatarias de lo establecido en el Marco Regulatorio de la actividad. El ENARGAS es un organismo descentralizado, creado con el objeto de regular, fiscalizar y resolver las controversias suscitadas en relación con el servicio público de gas.

Los objetivos de la regulación, establecidos por el mencionado texto legal y respecto de los cuales el ENARGAS cumple la misión de ejecutarlos y controlar su cumplimiento, son: proteger adecuadamente los derechos de los consumidores; promover la competitividad de los mercados de oferta y demanda de gas natural y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo; propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural; regular las actividades del transporte y distribución de gas natural, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables; incentivar la eficiencia en el transporte, almacenamiento, distribución y uso del gas natural; incentivar el uso racional del gas natural, velando por la adecuada protección del medio ambiente; propender a que el precio de suministro de gas natural a la industria sea equivalente a los que rigen internacionalmente en países con similar dotación de recursos y condiciones⁹.

⁸ Cabe aclarar que la industria del gas natural en la Argentina está organizada en tres segmentos bien diferenciados: producción, transporte y distribución. La producción del gas natural es una actividad desregulada: los productores exploran, extraen y comercializan libremente el gas y la autoridad de aplicación es la Secretaría de Energía de la Nación. Por su parte, el transporte y la distribución del gas por redes constituyen servicios públicos regulados y las empresas licenciatarias que los prestan están sujetas a la jurisdicción de contralor del Ente Nacional Regulador del Gas. Disponible en [/www.enargas.gov.ar/Normativa.php](http://www.enargas.gov.ar/Normativa.php). [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2016].

⁹ Extracto del sitio web de la Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa –Jefatura de Gabinete de Ministros– Presidencia de la Nación. Disponible en www.sgp.gov.ar.

En síntesis, este organismo es el encargado de dictar los reglamentos a los que deben ajustarse los sujetos de la ley en lo referente a seguridad, protección ambiental, procedimientos técnicos y comerciales, calidad del servicio y GNC. Además aprueba las tarifas que aplican los prestadores y emite autorizaciones diversas, tales como las necesarias para la realización de obras de magnitud o para ser considerado subdistribuidor y comercializador. Asimismo, fiscaliza realizando inspecciones y auditorías, a la vez que requiere a las Licenciatarias la información necesaria, con el objeto de controlar la prestación del servicio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las respectivas licencias¹⁰.

Las resoluciones que regularon o regulan las audiencias públicas convocadas en el ámbito de este organismo son la N° 2.756¹¹ del 21 de noviembre de 2002, y la N° 3.158 del 17 de marzo de 2005, esta última aún vigente. En la primera de ellas, luego de 10 años (desde 1993 a esa fecha) en los que se realizaron alrededor de 80 audiencias públicas, con la participación de los sujetos de la ley de gas y de la industria (asociaciones de usuarios, el defensor del pueblo de la nación, representantes de diversos organismos, empresas del sector y público en general), bajo un procedimiento sencillo y abreviado; implementado en forma segura, seria y ordenada; se decidió no innovar en el mismo y sólo imprimirle la formalidad de una aprobación general en el marco de una resolución del organismo. En tal sentido se aprobó el esquema de procedimiento de audiencias públicas tal como había sido impuesto hasta entonces. Esto es, redactado en forma simple y escueta, en poco más de una página de extensión, y haciendo uso de las facultades concedidas al ente por el artículo 52°, inciso 1° de la Ley N° 24.076.

En esta ocasión nos detendremos en la segunda resolución del ENARGAS, la N° 3.158 de 2005, aún vigente y que fuera aplicada en ocasión de la audiencia pública aquí analizada, celebrada el 16 de septiembre de 2016, con el objeto del traslado a tarifas de los precios de gas en el Punto de Ingreso al Sistema de Transporte y tarifas transitorias de transporte y distribución, vigentes hasta la aprobación definitiva de los cuadros tarifarios resultantes de la Revisión Tarifaria Integral¹².

Esta resolución fue aprobada por el ente para modificar el procedimiento aprobado en la resolución N° 2.756 y ajustarlo al Reglamento

gov.ar/contenidos/onig/carta_compromiso/paginas/organismos/enargas.htm. [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2016].

¹⁰ Extracto del sitio web ENARGAS. Disponible en www.enargas.gov.ar/Normativa.php. [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2016].

¹¹ ENARGAS, *Resolución N° 2.756*.

¹² www.enargas.gov.ar/Publicaciones/AudPub/Procedimiento.php. [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2016].

General de Audiencias Públicas contenido como Anexo I en el citado Decreto N° 1.172 de Acceso a la Información Pública de diciembre de 2003. Ello debido a que las disposiciones de este decreto resultan de aplicación en el ámbito de organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y otros entes que funcionen bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional.

Este nuevo Procedimiento de Audiencias Públicas incluido como Anexo I de la resolución, coincide casi literalmente con los aspectos contenidos en el decreto de 2003 respecto de los participantes (art. 1°); los requisitos para participar (art. 2°); la convocatoria (art. 3°), con la diferencia de que aquí se establece al directorio del ENARGAS como la autoridad convocante; el expediente (art. 4°); el registro de participantes (art. 5°); el plazo de inscripción (art. 6°); el tiempo de las exposiciones (art. 8°); la unificación de las exposiciones (art. 9°); el orden del día (art. 10°); el registro de la audiencia (art. 11°); las facultades y deberes del presidente (arts. 14° y 15°); las preguntas por escrito (art. 17°); la entrega de documentos (art. 18°); la irrecurribilidad de las resoluciones (art. 19°); la clausura (art. 20°); el informe final (art. 21°); la realización de estudios (art. 22°); y la resolución final.

En cambio, se observan algunas diferencias entre ambas normativas respecto de, en primer lugar, el orden de las exposiciones de los participantes registrados (art. 7°). Según la resolución de 2005 el mismo será determinado por el directorio del Ente o por el área o funcionario que este designe, debiendo constar en el orden del día. Ello difiere de lo previsto en el decreto en el cual el orden de exposiciones coincide con el de inscripción. De este modo, la autoridad conserva la potestad de jerarquizar ciertas exposiciones según su interés y conveniencia.

En cuanto a la solicitud de persona interesada (art. 12°), esta resolución agrega respecto del decreto, la aclaración de que dicha presentación no tendrá carácter vinculante, pero que aun así, el directorio deberá expedirse sobre la misma en no más de 30 días. De este modo se restringe el margen para que sea la ciudadanía quien tome la iniciativa de hacer uso de este mecanismo, priorizándose la convocatoria *top down*.

El último cambio es sobre el comienzo del acto (art. 13°). La resolución dice que el presidente, quien conduce el acto, puede nombrar a un secretario. Agrega además que, transcurridos 30 minutos y no habiéndose presentado ningún interesado, el presidente declarará la clausura. De igual modo adiciona que, luego de hacer una síntesis del objeto, el presidente instará a la conciliación de partes (si correspondiera) o invitará a los interesados a exponer cuando les fuere concedida la palabra. De esta manera, se prevé la posibilidad de audiencias desiertas, a las cuáles no

asistan participantes, lo que puede dar cuenta de una falta de interés en la temática o también de una difusión inadecuada o de un horario y lugar de reunión inconvenientes.

*Análisis de caso:
la audiencia pública por el aumento del servicio de gas
en Argentina*

LA NORMATIVA

El ENARGAS, como autoridad convocante, aprobó la resolución N° I 3.953/2016¹³ en la cual convocaba a audiencia pública a fin de considerar

- a) el traslado a tarifa de los precios de gas en el PIST, ello siendo que la Corte había fallado que, hasta que este precio se determinase sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, debía ser materia de audiencia y
- b) los cuadros tarifarios transitorios de transporte y distribución, que estarían vigentes hasta tanto se aprobasen las tarifas resultantes de la RTI.

Para esta resolución se tomó como base la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de agosto de 2016, que confirmaba parcialmente la sentencia apelada en tanto declaraba la nulidad de las resoluciones del MINEM N° 28/16¹⁴, que fijaba los nuevos precios de gas y PIST aplicables desde el 1 de abril; y la N° 31/16¹⁵, que instruía al ENARGAS a que llevara adelante el procedimiento de RTI en el plazo de un año y según los procedimientos legales. Efectivamente, la Corte, en una causa¹⁶ a instancias de dos organizaciones no gubernamentales en la ciudad de La Plata, había ordenado al gobierno frenar el aumento para usuarios residenciales (aunque no así a los comerciales) hasta tanto se celebrase la correspondiente audiencia.

La anulada resolución del MINEM N° 28/16 establecía nuevos precios de gas en el PIST, los que se vieron reflejados en los cuadros tarifarios emitidos por la autoridad regulatoria; mientras que la N° 31/16 instruyó al ente regulatorio a que aprobara un ajuste transitorio de las tarifas de

¹³ ENARGAS, *Resolución N° I 3.953/2016*.

¹⁴ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA, *Resolución N° 28/2016*.

¹⁵ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA, *Resolución N° 31/2016*.

¹⁶ La causa fue la denominada “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”.

transporte y distribución sobre la base de la situación económico financiera de las licenciatarias y las obligaciones asumidas, determinando, además, un plan de inversiones obligatorias. En esta decisión la Corte tuvo en cuenta la necesidad de que existieran procedimientos de participación previa para la toma de decisiones en materia tarifaria.

Otro fundamento de la resolución ENARGAS N° I 3.953 fue la instrucción del MINEM a esa autoridad regulatoria, vía resolución 152¹⁷, para que convocase a una audiencia pública destinada al tratamiento de la adecuación tarifaria transitoria de los servicios públicos de transporte y distribución del gas natural por redes, que sería aplicable hasta tanto se establecieran los cuadros tarifarios resultantes de la RTI. El objeto de la convocatoria incluiría la consideración de todos los componentes de los cuadros tarifarios contemplados en el artículo 37° de la Ley N° 24.076. La audiencia debía realizarse en el menor plazo posible. Para el desarrollo de la audiencia pública, el ENARGAS debía contemplar mecanismos que posibilitasen la participación a distancia de los interesados, pudiendo incluir presentaciones por escrito y/o la participación virtual mediante herramientas informáticas (art. 4°).

En esta resolución N° I 3.953 se adelantaba que en tal instancia de participación deberían considerarse todos los componentes de la tarifa de gas previstos en el artículo 37° de la Ley N° 24.076: precio de gas en el PIST, tarifa de transporte y tarifa de distribución. La audiencia pública se regiría por la resolución ENARGAS 3.158/2005 que recoge los preceptos del decreto 1.172/2003 y que fuera dictada conforme a las previsiones del artículo 52° inciso 1°) de la Ley 24.076.

Se aclara además que la audiencia pública, en tanto habilitaba la participación ciudadana, debía asegurar la intervención de todos los eventuales interesados, ya sean portadores de un derecho subjetivo, un mero interés simple o derechos de incidencia colectiva. Por otra parte, para un mejor conocimiento de las cuestiones que hacían al objeto de la audiencia, el MINEM dispuso su participación a los efectos del tratamiento del componente referido a los precios del gas natural en el PIST y los precios del gas propano destinado a la distribución por redes. A los fines de publicidad de la audiencia se aseguraría su adecuada difusión en diarios de circulación nacional, en el Boletín Oficial y en la página web del ENARGAS.

Esa primera convocatoria fue prevista para el lunes 12 de septiembre a las 9 horas en la Usina del Arte de la CABA. Un lugar emblemático del gobierno local por haber sido restaurado bajo su gestión, ubicado en el barrio de La Boca, en un área poco accesible, insegura y escasamente

¹⁷ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA, *Resolución N° 152*.

comunicada por transporte público, lo que no facilitaba la participación masiva de la población. Si bien esta era la sede física principal, emplazada en la capital del país, tratándose de una temática de alcance nacional y según la citada resolución ministerial N° 152, la participación de vecinos y organizaciones de otras provincias y municipios alejados de la ciudad porteña debía asimismo garantizarse, aunque fuese a distancia, por informe escrito y/o virtual.

El expediente ENARGAS N° 30.059 se puso a disposición de los interesados en la sede central del ente, cita en el microcentro de la Capital Federal, de lunes a viernes de 10 a 17 horas. En ese mismo lugar y horario podían inscribirse por mesa de entradas todos los interesados en participar de la audiencia pública, pudiendo también presentar la documentación relativa a su objeto, acompañando el informe solicitado en la resolución reglamentaria sobre el contenido de la correspondiente presentación. El plazo de inscripción se extendía hasta dos días antes de la celebración de la audiencia. La implementación, coordinación y organización de la audiencia pública estaría a cargo de las Gerencias de Desempeño y Economía, Recursos Humanos y Relaciones Institucionales, de Asuntos Legales y la Secretaría del Directorio.

Se disponía además la instrucción al Departamento de Tecnología de la Información del organismo a habilitar una herramienta informática para facilitar la participación virtual de los usuarios e interesados en la materia, debiendo las presentaciones efectuadas por ese medio ser debidamente consideradas en oportunidad del informe de cierre. De ese modo, se salvaba en parte la dificultad de acceso para los no residentes en la ciudad de Buenos Aires.

El 22 de agosto el ENARGAS aprobó una segunda resolución de convocatoria, la N° I 3.957¹⁸ modificatoria de la anterior, informando que se había cumplido con los plazos establecidos entre la convocatoria y la fecha de realización de la audiencia y con la publicidad en el Boletín Oficial, el 19 de agosto, y en los dos diarios de circulación masiva: los días 20 y 21 de agosto en La Nación y Clarín.

En la resolución se argumentaba que tras dicha publicación se había apreciado un notable interés de parte de la ciudadanía en participar de la audiencia, lo que se evidenciaba en las consultas y solicitudes de inscripción recibidas, tanto en forma personal como virtual; con lo cual se consideraba aconsejable, a fin de asegurar la intervención de todos los eventuales interesados, fijar una nueva fecha para la realización de la audiencia, extendiendo de ese modo el plazo previsto para la inscripción.

¹⁸ ENARGAS, *Resolución N° I 3.957*.

Se estableció por tanto una nueva fecha para la audiencia, el sábado 16 de septiembre, en el mismo horario y lugar¹⁹. Que el día pasara de lunes a sábado ampliaba en parte el espectro de posibles participantes, al menos entre la mayoría de las personas que no trabajan los fines de semana y entre los no residentes en la Capital que optasen por trasladarse a la sede central. También se preveía la potencial prolongación de la audiencia el o los días siguientes en horario inhábil en caso de ser necesario. Esta modificación de fecha sería publicada en la forma prevista por la reglamentación.

El 26 de agosto el ENARGAS lanzó una nueva resolución, la N° I 3.971²⁰, que tomaba en consideración la resolución ministerial N° 163²¹ del día anterior en la cual se disponía que, a los fines de la audiencia convocada por el ente, deberían disponerse mecanismos para la participación simultánea de usuarios e interesados correspondientes a cada una de las áreas de servicio comprendidas en las licencias de distribución de gas. A tal efecto, el ENARGAS debía habilitar sedes que contasen con herramientas tecnológicas para su conexión con la sede dispuesta para dicha audiencia en la CABA. Los inscriptos podrían por tanto expresar su posición en torno de los aumentos en forma presencial o virtual, esto último a través de los centros habilitados en 8 puntos del país²².

Dichas instancias de participación debían instrumentarse en las siguientes ciudades: Concordia (Entre Ríos), Córdoba (Córdoba), Mendoza (Mendoza), Neuquén (Neuquén), Río Grande (Tierra del Fuego), Rosario (Santa Fe), Salta (Salta) y Santa Rosa (La Pampa). Luego se reemplazó a Concordia por Paraná y a Río Grande por Ushuaia²³, ambas ciudades capitales de sus provincias, para facilitar el acceso de los interesados y promover una mayor concurrencia a la audiencia pública²⁴. En cada una de estas sedes, el ENARGAS debía disponer una copia del expediente dentro de los 5 días hábiles de emitida la presente resolución. Este organismo debía arbitrar las medidas destinadas a lograr la mayor descentralización territorial posible en torno a la audiencia pública convocada. En tal sentido, y para facilitar la inscripción de los interesados, era pertinente que los formularios previstos se encontraran disponibles, además de la Sede Central, en todos los Centros Regionales del país. Correspondía también

¹⁹ TÉLAM, "El gobierno pasó para el 16 de septiembre la audiencia pública por la tarifa del gas".

²⁰ ENARGAS, *Resolución N° I 3.971*.

²¹ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA, *Resolución N° 163*.

²² TÉLAM, "Hay más de 300 inscriptos para la audiencia pública por la suba de la tarifa de gas".

²³ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA, *Resolución N° 173*.

²⁴ ENARGAS, *Resolución N° I 3.994*.

comunicar a la ciudadanía el detalle de los lugares donde se habilitaría la participación a distancia, en cada una de las áreas de distribución. Ello no excluía la posibilidad de brindar sus opiniones a través del sitio de internet del organismo, las que serían igualmente consideradas en forma previa a la decisión sobre el objeto de la audiencia.

Como medida adicional se dispuso que la información sustancial del expediente de la audiencia, referida a su objeto, se encontrase disponible en formato digital en el sitio web del ENARGAS a fin de su consideración por los interesados, en la medida que dicha documentación sea agregada por cada uno de ellos. Finalmente, se establecía como autoridad a cargo del tratamiento de ambos temas objeto de la audiencia al MINEM. El aviso correspondiente a esta nueva disposición debía ser publicado en iguales términos que los anteriores.

De este modo, tratándose de un objeto de alcance nacional, de hondo y extendido interés para el ciudadano común que debía hacer frente a los extraordinarios aumentos de tarifas cercanos al 1000%, y que, por circunstancias propias de un procedimiento erróneamente aplicado había cobrado gran repercusión en los medios de comunicación, involucrando a todo el espectro político, grupos de interés, sindicales, etc.; se tomaron los recaudos necesarios para no limitar la participación de los interesados al solo espacio físico dispuesto en la CABA. A tal fin se habilitaron, previa inscripción de los participantes, mecanismos de participación virtual y simultánea en los centros regionales del ENARGAS, emplazados en importantes ciudades de varias provincias. En estos mismos centros se permitió también la inscripción y la consulta del expediente.

En forma complementaria, la resolución ENARGAS N° I 4.010²⁵ agregó que, habiéndose previsto la participación de los usuarios de las distintas regiones del país a través de la implementación de una instancia virtual, y siendo que la inscripción de interesados se había realizado entre otros canales a través de los centros regionales del ente, la citada intervención se realizaría en centros de participación virtual dispuestos a tal efecto, cuya localización en las 8 ciudades arriba mencionadas se detallaba en esta normativa. Asimismo, se designó a un moderador de la audiencia pública encargado de coordinar estas instancias.

Finalmente, la resolución ENARGAS N° I 4.012²⁶ sumó algunas definiciones respecto de la aprobación del orden del día. Dice que para su elaboración se siguió un criterio de inclusión que privilegiaba la representación de todos los sectores involucrados, teniendo en cuenta la diver-

²⁵ ENARGAS, *Resolución N° I 4.010*.

²⁶ ENARGAS, *Resolución N° I 4.012*.

sidad de situación geográfica, tipo de usuario e intereses representados. Se preveía que atender a cada uno de los requerimientos particulares de exposición podía implicar no lograr el objetivo de amplitud de conocimiento y diversidad de perspectiva, incurriendo en presentaciones reiterativas o ajenas al objeto de la convocatoria. No obstante, para privilegiar la participación ciudadana, junto con la lista de expositores se habilitó un registro de participantes del procedimiento de audiencia.

Los tiempos de alocución previstos contemplaban la especificidad de las exposiciones en relación con el objeto de la audiencia, así como el ámbito natural de actuación y representación de las asociaciones y defensorías del pueblo. Todos los informes, documentos y propuestas sustanciales se encontraban disponibles para todos los interesados en el expediente y en el sitio web del organismo. Dado el número previsto de expositores se designaría una pluralidad de presidentes de la audiencia representantes del ENARGAS y sus secretarios.

En esta nueva resolución se aprobó entonces el orden del día y la nómina de expositores para la audiencia pública N° 83 con el orden y tiempo de alocución previstos, los que fueron puestos a disposición de los interesados (art. 1°). Se designaron también los presidentes y secretarios de la audiencia, que actuarían en nombre de la autoridad convocante (arts. 2° y 3°). Finalmente, se estableció la puesta a disposición de los interesados del correspondiente orden del día a través del sitio web del organismo y que, con una antelación de 24 horas previas al inicio de la audiencia, se encontraría disponible copia del mismo en los ingresos de la Usina del Arte, en cada uno de los centros de participación virtual previstos, en la sede central del organismo y en sus centros regionales (art. 4°).

La nómina de exposiciones se organizó del siguiente modo. Comenzaría el ministro de energía y minería, Juan José Aranguren, quien contaba con 20 minutos para su exposición, seguido en segundo lugar por el gobernador de la provincia de Río Negro, Alberto Weretilneck, quien dispondría de 15 minutos. Luego vendrían, también con 15 minutos cada uno y en ese orden: el ministro de energía de la provincia de Neuquén, Alejandro Nicola; Fernando Giliberti por YPF SA; Hernán Silva de Total Austral SA; y Daniel Gustavo Gerold de G&G. A partir del séptimo lugar, y con 10 minutos cada uno, vendrían los representantes de las principales prestadoras de gas del país. A partir del número 14, y con 5 minutos cada uno, vendrían los otros prestadores menores. Desde el puesto 18, y con 10 minutos cada uno, aparecían los defensores del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y los de algunas provincias y municipios. Desde el número 40, y también con 10 minutos, estaban anotadas las asociaciones de usuarios y consumidores. Algunas de ellas hablarían desde los centros

de participación virtual emplazados en ciertas provincias (ejemplo desde Rosario y Córdoba). A partir del número 78, y en adelante hasta el final ya todos con 5 minutos cada uno, hablarían los expertos sectoriales; desde el lugar 85, los sindicatos; abriendo el puesto 96, los legisladores nacionales; desde el número 123, las asociaciones de usuarios no residenciales (también algunas hablando desde los centros virtuales); a partir del puesto 147, las autoridades locales; recién desde el lugar 182 y hasta completar la larga lista de 373 expositores, llegaban los otros usuarios y público en general, estos y las autoridades locales, también hicieron frecuente uso de los centros virtuales.

EL DEBATE

La audiencia se rigió según el decreto de 2003 y la resolución del ente de 2005. Hubo un coordinador designado por resolución, el licenciado Javier Corcuera. Tuvo lugar durante tres jornadas, los días 16 de 9:20 a 22:47 horas (la primera jornada duró casi 13 horas y media), 17 de 9:10 hasta 24:20 horas (más de 15 horas), y 18 de septiembre de 9:21 a 10:45 horas (poco más de una hora). Por la materia de competencia del MINEM (el precio del gas en el PIST) la presidencia de la audiencia estuvo a cargo del doctor Juan Manuel Carassale, Coordinador de Asuntos Legales, y del ingeniero Andrés Chambouleyron, Subsecretario de Coordinación de Política Tarifaria. En la materia de competencia del ENARGAS (los cuadros tarifarios transitorios de transporte y distribución), presidieron la audiencia el doctor Claudio de la Fuente, Gerente de Recursos Humanos y Relaciones Institucionales, y la doctora Marcela Valdéz, Gerente interina de Asuntos Legales. Fueron llamadas a exponer 430 personas. El expediente estuvo a disposición en la sede central del ente regulador.

Como refería el artículo 9° de la resolución ENARGAS N° I 3.953/16, se habilitó un formulario de participación virtual, disponible desde la web del organismo. El mismo servía para brindar al ente la opinión o comentario del interesado, hasta el momento mismo de finalización de la audiencia. Estas participaciones serían consideradas en forma previa a la decisión sobre el objeto de la audiencia. Sin embargo, dicho formulario no habilitaba la inscripción para asistir como orador a la audiencia.

El gobierno de Mauricio Macri, tras el fallo que ratificó la vigencia de las tarifas dispuesta en agosto de 2014, elaboró un nuevo esquema que el ministro de energía, Juan José Aranguren, y funcionarios nacionales explicaron a distintos sectores durante la semana previa a la audiencia, entre ellos los bloques legislativos del oficialismo y la oposición, los gremios energéticos, las empresas, los defensores del pueblo y las asociaciones

de consumidores. Este nuevo esquema pretendía observar el criterio de gradualidad y previsibilidad que había reclamado la Corte, y establecía un incremento del 203% a partir del primero de octubre, con actualizaciones semestrales en torno al 10% a aplicar hasta el primero de octubre de 2019, punto en el que se alcanzaría a cubrir con la tarifa el precio de mercado del gas y la reducción del actual 81% a cero de los subsidios²⁷.

Desde comienzos de año el gobierno argumentaba que una actualización tarifaria en el servicio de gas era para promover inversiones en exploración y explotación de ese recurso natural, a fin de garantizar su abastecimiento y de emitir señales económicas claras y razonables. Según enunciaban, un nuevo esquema del precio de gas natural en PIST permitiría fomentar la incorporación de reservas y el aumento de la producción doméstica de gas natural, así como reducir los fondos que el Estado Nacional (mediante subsidios) destinaba a mantener artificialmente bajos los precios que pagaba la demanda, y que además permitía lograr que en el mediano y largo plazo dichos precios resultasen de la libre interacción del mercado. Según sus estudios, estos subsidios habían venido creciendo en el tiempo hasta alcanzar la cifra acumulada de 23.100 millones de dólares entre 2006 y 2015, con un promedio anual de 2.570 millones. Durante el año 2015, se habían elevado a aproximadamente 5.700 millones, lo que, a su criterio, ponía en riesgo las cuentas fiscales de la Nación y su estabilidad macroeconómica²⁸.

Por otro lado, algunas de las compañías licenciatarias del servicio de distribución de gas en el país hicieron sus presentaciones para el expediente N° 30.059, correspondiente a esta audiencia pública N° 83. Tales informes de exposición estuvieron disponibles en la web del organismo para ser consultados por cualquier interesado. En ellos daban cuenta de su situación tarifaria, de su propuesta de incremento y de su plan de inversiones obligatorias a implementar en 2016.

Otro material de consulta (como el “Informe. Situación de los precios del gas” del MINEM; el “Informe Gerencia, Desempeño y Economía” del ENARGAS; el “Informe. Valor del gas natural en el PIST” de YPF; y otros varios) también fue subido al sitio de internet del ENARGAS. Ello, a fin de ofrecer información técnica necesaria para hacer comprender a las autoridades, organizaciones, usuarios y público en general los términos, situación y panorama del objeto de la audiencia. Este aspecto no era menor tratándose de un tema específico y complejo, generalmente fuera del

²⁷ TÉLAM, “Hay más de 300 inscriptos para la audiencia pública por la suba de la tarifa de gas”.

²⁸ *Ibid.*

conocimiento y comprensión del ciudadano común al que, sin embargo, esta cuestión afectaba directamente a través de los precios de las tarifas. De tal modo, se buscaba justificar los enormes aumentos implementados por el gobierno en los primeros meses de su gestión y concientizar a la ciudadanía de su adecuación y necesidad para lograr su consenso.

El domingo 18 de septiembre a poco de pasadas las 10:30 horas, siendo la tercera jornada consecutiva de alocuciones y debido a la ausencia de muchos de los oradores programados para que realizaran sus exposiciones ese día, se dio por concluida la audiencia pública N° 83. Durante los dos primeros encuentros, representantes del gobierno, de las empresas, especialistas, legisladores y entidades de defensa de los consumidores expresaron razones de Estado o puntos de vista sectoriales y sociales sobre la revisión de las tarifas. El viernes, a comienzo de la audiencia, el ministro Aranguren explicó que en los consumos residenciales más bajos la tarifa sería de 107 pesos por mes antes de impuestos, cuando el gas en garrafas demanda 299 pesos mensuales. Rechazó la considerada injusta distribución de subsidios a nivel federal y remarcó la importancia de la tarifa social, orientada a proteger a los más vulnerables, que alcanzaba a un millón y medio de hogares.

Al final de la segunda extensa jornada en la que hablaron legisladores y algunos especialistas, y remarcando la predisposición oficial para permitir la expresión de todos aquellos que desearan emitir formalmente una opinión pública, el Ministerio de Energía y Minería junto al ENARGAS, emitieron el sábado por la noche un comunicado que alertaba a quienes desearan asistir y participar de la última jornada de las Audiencias Públicas.

El día domingo, solo se presentaron una docena de expositores. Luego del cierre, el ministro Aranguren, que estuvo presente en los tres encuentros, en su conferencia de prensa afirmó que habían escuchado lo dicho en la audiencia y que al día siguiente lo analizarían y evaluarían su aplicación: “vamos a cambiar lo que es correcto hacer”, dijo²⁹. Sostuvo que el objetivo central de su administración era decir la verdad y que hubiera energía, de la forma más solidaria posible, manteniendo la tarifa social para los que estuvieran en situación de vulnerabilidad y que hubiera más argentinos con acceso a las redes.

El ministro se comprometió a producir un informe en los siguientes 10 días que reflejara todas las voces. Si bien el ENARGAS cumplió con la presentación de su informe el 29 de septiembre, la resolución final

²⁹ TELAM, “Por falta de oradores terminó la audiencia pública para analizar las tarifas de gas”.

ministerial aún se encuentra pendiente de publicación al cierre de este artículo, algo no menor siendo que las participaciones en la audiencia son no vinculantes para las autoridades y que la única devolución a la ciudadanía es dicho informe. En éste, la autoridad a cargo debe dar cuenta de cómo fueron consideradas las propuestas y, en caso de haberse descartado algunas opiniones, los motivos por los cuales se dejaron de lado.

Si esto no ocurre, las asociaciones e individuos interesados y afectados por la medida, y que además invirtieron su tiempo y expectativas en armar una propuesta o exposición para la audiencia, permanecen en suspenso, a la espera de una contestación que no llega, sin una vía institucional para exigir a la autoridad su respuesta y sabiendo que no existe sanción por incumplimiento. El riesgo visible entonces es que estos mecanismos de democracia semidirecta, por motivo de la falta de compromiso de los representantes con la participación ciudadana, terminen decepcionando a los ciudadanos que acudieron a la convocatoria oficial y formaron parte del proceso, extendiendo su descrédito general sobre las instituciones representativas también a estos instrumentos participativos, y profundizando la crisis de la representación a la que se suponía que estas herramientas venían a contrarrestar.

Con fecha 29 de septiembre se firmó el Informe de cierre de la audiencia pública del MINEM y del ENARGAS N° 83 (Expte. ENARGAS 30.059)³⁰ que fuera elevado al ministro de energía y minería de la nación y al interventor del ENARGAS. En este documento de 159 páginas de extensión dio cuenta de las exposiciones presentadas en el marco de la audiencia. Para su confección, se reseñaron los aspectos surgidos de las distintas exposiciones vinculadas al objeto del evento, agrupando a los diversos oradores dentro de las categorías o grupos definidos en el orden del día: autoridades responsables, licenciatarias de gas, otros prestadores, defensores del pueblo, asociaciones de usuarios y consumidores, expertos sectoriales, sindicatos, legisladores nacionales, asociaciones de usuarios no residenciales, autoridades locales, otros usuarios/público en general y, por último, las otras presentaciones adicionadas al expediente.

Al final del informe de cierre, se consignaba que en un plazo no mayor a 30 días de recibido este informe, las autoridades correspondientes debían emitir su resolución final, la que tenía que ser publicada en el Boletín Oficial. Esta resolución debía estar fundamentada y era menester explicar de qué manera la autoridad había tomado en cuenta las opiniones de los participantes y de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales se

³⁰ ENARGAS, *Informe de cierre de la audiencia pública del MINEM y del ENARGAS N° 83 (Expte. ENARGAS 30.059)*.

las rechazaba, dándose publicidad a dicha resolución en el mencionado boletín y en el sitio web del organismo. A la fecha de publicación de este artículo, vencido el plazo conferido de un mes, la resolución final se encuentra pendiente de publicación.

Conclusiones

La llamada “audiencia pública del gas”, obligatoria para el tratamiento de las modificaciones tarifarias en los servicios públicos según la normativa vigente en la Argentina, fue omitida por el gobierno nacional en ocasión del aumento de las tarifas de este servicio que llevó a cabo desde el 1 de abril de su primer año de gestión. Los aumentos de precios de gas y PIST fueron definidos a través de dos resoluciones del Ministerio de Energía, emitidas en el mes de marzo, sin la necesaria celebración de la correspondiente audiencia pública prevista por ley para que todos los interesados pudieran expresar su opinión o propuesta respecto de la cuestión.

Debido a que el aumento real de las facturas que llegaron a los domicilios de los usuarios residenciales y comerciales por este servicio fue del 400%, 600% y hasta más de 1000% respecto del bimestre anterior, la medida despertó un amplio revuelo en gran parte de la población, tanto civil como comercial, educativa, del espectáculo, etc. Ello en cuanto a que diversos sectores vieron mermado su poder adquisitivo, ya que las nuevas tarifas tuvieron un peso notable en los ingresos y presupuesto de individuos, empresas, organizaciones y entidades varias.

El descontento generalizado, que por semanas copó las pantallas de los noticieros de todos los canales de televisión así como las tapas de varios periódicos y publicaciones *on line*, cualquiera fuese su inclinación política, se expresó en marchas populares, editoriales de diarios, opiniones públicas, debates masivos y acciones legales diversas a lo largo del país.

En el mes de julio, la Cámara Federal de La Plata avaló las acciones colectivas contra el aumento de los precios de gas y frenó la suba de la tarifa en todo el país. En su fallo, la Sala II del Foro Contencioso Administrativo pidió modificar las resoluciones 28° y 31° del Ministerio de Energía. Con voto de los jueces Álvarez, Schriffrin y Calitri, exigió dar por nulos los aumentos y retrotraer los precios de la tarifa de gas a los montos previos a la suba. En el fallo, los magistrados declararon nulas las resoluciones por no haber sido precedidas de audiencias públicas. La decisión modificó la resolución del juez Recondo, a cargo del Juzgado Federal N° 4 de La Plata,

quien había ordenado convocar a audiencias públicas pero sin suspender los aumentos en las tarifas³¹.

El pronunciamiento del juez de primera instancia fue recurrido ante la Cámara por el CEPIS; el Estado nacional; la asociación Consumidores Argentinos; y la Asociación para la Defensa, Educación e Información de los Consumidores. La causa “CEPIS” tuvo alcance nacional y fue la primera del país en ser inscripta en el Registro de Procesos Colectivos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los camaristas consideraron que más allá del argumento esgrimido por el Estado nacional en torno a que era posible concretar el ajuste tarifario sin que se hubieran realizado audiencias públicas, correspondía examinar si la normativa impugnada en autos se adecuaba a pautas de razonabilidad³². La ausencia de audiencia pública y lo desmedido de la suba fueron las razones centrales de la decisión.

Como antecedente cercano, la Cámara Federal de Roca, integrada por Mariano Lozano y Ricardo Barreiro, había suspendido el jueves anterior por un plazo de tres meses la aplicación de la suba del gas en las provincias de Río Negro y Neuquén, al revocar un fallo de primera instancia de la jueza federal Carolina Pandolfi, quien planteó derivar los recursos de amparo presentados por diversos sectores. La Cámara ordenó a la empresa Camuzzi Gas del Sur que realizara una refacturación del consumo de sus usuarios con la tarifa vigente al 31 de marzo pasado, y que se abstuviera de efectuar cortes del suministro ante la falta de pago. En la región, el “tarifazo” de gas generó la presentación de decenas de recursos de amparo ante la Justicia Federal para impedir que se aplicaran las resoluciones del Ministerio de Energía, incluso las que establecieron los topes del 400% para consumos residenciales y de 500% para Pymes.

El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia, que terminó por ratificar la suspensión del aumento e instó al Ministerio a que convocase a la omitida audiencia. Mientras esperaba la definición judicial, el Ministerio de Energía emitió nuevas resoluciones aplicando topes del 400% en los aumentos de tarifas para clientes residenciales y del 500% para comercios, pero igualmente el Gobierno aclaró que las distribuidoras no estaban autorizadas a emitir facturas con ajuste, ya que primero debía resolverse la disputa judicial.

Estas nuevas resoluciones generaron la presentación por parte del CEPIS de otro amparo colectivo contra su implementación. No obstante, la justicia federal de La Plata finalmente rechazó este nuevo amparo contra el tope en las subas de boletas de gas, siendo que el MINEM confirmó por

³¹ ÁMBITO FINANCIERO, “Amparo colectivo frena aumento del gas en todo el país”.

³² *Ibid.*

nota al juez Recondo que los aumentos estaban suspendidos hasta tanto la Corte Suprema resolviera el fondo de la cuestión, al tiempo que el jefe de gabinete había expresado públicamente que no había que pagar. El magistrado sostuvo que el aumento no se aplicaría porque estaba frenado por la Cámara, con lo cual no tenía sentido hacer lugar al amparo, ya que no había peligro de que se pudiera llevar a cabo:

“Ninguna medida meramente preparatoria (que además se encuentra supeditada –en su ejecución– a las resultas de lo que se decida judicialmente) puede importar amenaza alguna como para justificar la orden cautelar solicitada”³³, argumentó.

La controvertida situación generada a partir del “tarifazo” en las facturas de gas, los topes que posteriormente se anunciaron y la simultánea intervención de la Justicia provocaron una evidente confusión entre los usuarios, quienes no sabían si debían o no pagar las facturas. La ratificación de la suspensión de la suba por la Corte Suprema vino a poner fin a las medidas cruzadas y culminó en el llamado a audiencia.

Por tanto, la audiencia pública, además de ser un mecanismo de implementación obligatoria por normativa antes de la toma de este tipo de medidas, probablemente hubiera dado un viso de legitimidad a todo el proceso (como ocurrió luego de la misma) y hubiera quizás atenuado los amparos y medidas judiciales que se reprodujeron en los distintos juzgados por la arbitrariedad y el exceso de la medida unilateralmente adoptada por el Ejecutivo.

La incorporación de los múltiples y diversos puntos de vista de los actores individuales y colectivos directamente afectados por una medida gubernamental de gran impacto (como fue el notable aumento de la tarifa de gas), se muestra como una base de consenso amplio que puede otorgar cierto sustento a una política de tales dimensiones. Por otro lado, si estas opiniones resultan razonables y son ciertamente consideradas por las autoridades, se espera pueda optarse por una decisión final que incluya a la mayor cantidad de puntos de vista posibles (siempre que los mismos sean aplicables, lógicos y puedan ser compatibilizados), a los fines de minimizar los efectos indeseados de la misma.

La audiencia pública emerge en este caso como un espacio institucional de debate, en el cual la ciudadanía, a título individual u organizativo, puede presentar en primera persona sus apreciaciones, proyectos y recla-

³³ ÁMBITO FINANCIERO, “Justicia rechazó el amparo contra tope a suba de gas (avala que el tarifazo sigue frenado)”.

mos, aportando no solo sensatez, sino también consenso popular a políticas públicas altamente sensibles para una amplia porción de la población.

Como contracara ocurre que su indebida omisión o, luego de celebrada la audiencia, el incumplimiento por parte de la autoridad a cargo respecto de su obligación de publicar un informe en el cual dé cuenta de cómo ha considerado las diversas aportaciones o los motivos por los que las ha descartado, puede convertir a un mecanismo de participación potencialmente democratizador de las políticas públicas, en otra de las instituciones de las que la gente desconfía o de las cuales se ha decepcionado. De este modo, la audiencia pública caería en el pozo de descrédito y apatía que caracteriza a las instituciones de la democracia representativa (partidos, elecciones, órganos de gobierno), profundizando el escenario de crisis de la representación al que supuestamente estos mecanismos participativos venían a contrarrestar.

Gran parte del futuro que puede esperarles a estos mecanismos participativos, depende de una voluntad política comprometida con la participación ciudadana, que asuma que en el mundo actual de ciudadanos descreídos y desconfiados de sus gobernantes e instituciones indirectas muchas de las decisiones públicas ya no pueden tomarse a espaldas de la población, y que considerar seriamente sus diversos puntos de vista puede redundar no sólo en decisiones más equilibradas, acertadas y legítimas, sino también en regímenes representativos más democráticos y en gobiernos más estables.

Ahora bien, si tomamos en consideración el diseño institucional de este mecanismo en la legislación nacional argentina respecto de la provisión del servicio público del gas natural, encontramos algunos puntos que merecen ser destacados.

En primer lugar, al tratarse este caso de una decisión concerniente a una modificación de las tarifas del transporte y distribución de gas natural como servicio público nacional, la convocatoria a audiencia pública es obligatoria en este caso. La obligatoriedad de la convocatoria para las autoridades a cargo de la decisión aparece como una manera propicia de proteger los intereses de las partes afectadas, ya que excluye el libre arbitrio del mandatario y asegura tanto a las empresas como a las organizaciones y a la ciudadanía un espacio para que puedan participar en la definición de la respectiva política, presentando sus propuestas y puntos de vista. La contracara es que la mayoría de las audiencias públicas obligatorias en función del tema, por ser de ejecución casi automática, se suelen celebrar en un ámbito de muy baja participación ciudadana, su convocatoria tiene una acotada difusión en los medios, y luego no se difunden sus resultados. Esto es, su impacto como mecanismo de participación ciudadana

es prácticamente nulo o muy limitado, reduciéndose el procedimiento a una mera formalidad, con intervención casi exclusiva de los actores directamente involucrados.

En el caso aquí analizado de aumento de las tarifas del gas, aún a pesar de este recaudo institucional respecto de la obligatoriedad de la convocatoria a audiencia pública previo a su aprobación, el Ministerio de Energía omitió su llamado. Ello le valió la posterior sentencia de la Corte Suprema de Justicia que suspendía la medida y solicitaba a la autoridad correspondiente subsanase la omisión. Cabe aclarar que la intervención de la Corte tuvo lugar a raíz de las varias impugnaciones que se levantaron contra el desmesurado aumento.

Por tanto, la obligatoriedad de la convocatoria, que en una política pública de menor repercusión general y envergadura hubiera significado un procedimiento automático, una mera formalidad, con la sola presencia de las empresas concesionarias del servicio y la ausencia manifiesta de la ciudadanía a título individual u organizada, en este caso fue el talón de Aquiles que permitió a los ciudadanos y a las organizaciones defensoras de sus derechos interrumpir la aplicación de las nuevas tarifas y suspender el amplio y negativo impacto económico en sus economías particulares.

La gravedad de la medida adoptada unilateralmente por el Ministerio de Energía, unida a la omisión de la audiencia y la sentencia de la Corte, dio a este mecanismo (hasta ahora poco conocido y aun menos relevante para la población) una importancia central para los medios de comunicación, el ámbito político y la sociedad civil. La masiva y diversa participación que se observó durante sus dos primeras sesiones, dio cuenta de dicha relevancia.

Otro elemento a considerar respecto del diseño institucional de este mecanismo en la Argentina es que, a diferencia de la legislación de la Ciudad de Buenos Aires que habilita un tipo de audiencia pública de requisitoria ciudadana, esto es, que puede ser convocada por la ciudadanía a partir de la recolección de un mínimo de firmas respecto del padrón electoral (0,5%), en el ámbito nacional no existe esta modalidad. Por tanto, las audiencias públicas celebradas a este nivel, reguladas por el decreto presidencial de 2003, son “de arriba hacia abajo”, es decir, convocadas por funcionarios de los diversos organismos y áreas del Poder Ejecutivo Nacional y que excluyen a la población de toda iniciativa de convocatoria. De este modo, constituye un mecanismo de participación ciudadana cuya aplicación queda limitada a la voluntad política del representante o a las previsiones de obligatoriedad de la normativa, lo que le resta parte de su carácter participativo.

Los efectos del mecanismo conforman otro aspecto clave de su diseño, que hacen a su verdadero impacto como canal de participación

cívica sobre el proceso de política pública. El hecho de que las opiniones presentadas en la audiencia no sean de carácter vinculante para la autoridad responsable de la decisión, sino que la toma en consideración o la desestimación de las mismas queda librada a su arbitrio, también quita parte del potencial participativo de este instrumento. El funcionario encargado de la adopción final de la medida solo se encuentra compelido a presentar un informe en el que debe dar cuenta del modo en que incorporó las diversas propuestas o, caso contrario, el motivo de su desestimación. Un resguardo demasiado débil si, como es el caso, no se prevén sanciones por incumplimiento de esta prescripción. En la audiencia pública del gas aquí analizada, al momento de cierre de este artículo y vencido el plazo de un mes transcurrido luego de presentado el informe del ente regulador, esta previsión aún se halla pendiente de cumplimiento.

A favor del carácter no vinculante de los resultados de la audiencia pública se puede argumentar que la diversidad de contenido, calidad, sentido y factibilidad de las propuestas que se presentan en una audiencia pública haría imposible la incorporación de todos estos múltiples y contradictorios puntos de vista. Por otro lado, lo reducido de la participación real posible en las mismas (considerando los límites espaciotemporales de toda audiencia), haría que las exposiciones allí presentadas, aunque numerosas y variadas, resultaran siempre poco representativas del conjunto de la ciudadanía del país. El carácter no vinculante de las participaciones evitaría de este modo que proyectos inviables por motivos económicos, éticos, tecnológicos, etc., formen parte de la política pública en cuestión, al tiempo que impediría que la opinión de unos pocos sea vinculante para el universo de las personas que viven en todo el territorio.

En cuanto a la convocatoria a la audiencia del gas, esta no solo fue difundida en los medios y plazos que dispone la normativa, sino que, por la repercusión mediática y general del tema y el conflicto generado en torno del mismo, el llamado a la audiencia del gas tuvo un vasto eco en gran cantidad de medios audiovisuales, gráficos, redes sociales, de todo el país desde su publicación oficial hasta el momento mismo de la celebración. Ello abonaría el terreno para una amplia y diversa participación. Asimismo, las jornadas de debate tuvieron cobertura mediática en vivo y fueron parte de la agenda de noticias de esos días, lo que colaboró con el conocimiento y arraigo del mecanismo en la población.

La temática involucrada en la audiencia del gas, un desmesurado y repentino aumento de las tarifas que impactó de lleno en las economías tanto de los usuarios particulares, residenciales, como de las pequeñas y medianas empresas, instituciones, fábricas y comercios, muchos de los cuales vieron en riesgo su continuidad y subsistencia o entraron en cesación de pagos, fue

el puntapié inicial que originó una ola de recursos judiciales presentados por los afectados para su detención. La audiencia pública, por su omisión ilegítima en el procedimiento decisorio, quedó de pronto en el centro de la escena, adquiriendo un protagonismo que nunca antes había logrado en su implementación. Con lo cual la temática de debate en la audiencia es otro elemento clave que puede tanto estimular como desalentar la participación ciudadana: cuanto más alejada la cuestión de la realidad cotidiana de la gente, menor involucramiento se puede esperar de la ciudadanía en general.

La modalidad de participación que habilita la audiencia pública es también un factor que repercute en el grado de respuesta ciudadana. Este mecanismo otorga un espacio entre 5 y 10 minutos para que cada orador presente su opinión o propuesta sobre el tema ante las autoridades, que se supone implica cierta elaboración, formalidad, articulación, rigurosidad, conocimiento técnico específico y que requiere de inscripción previa por parte del interesado. Ello de por sí acota la cantidad de gente que puede y quiere hacer uso de ese espacio con el tiempo y la preparación que ello implica. Distinto es si la participación se resuelve con el hecho de colocar el voto por sí o no a la consigna preestablecida en una urna, como ocurre con la consulta popular, una decisión que no implica un registro previo, ni la elaboración de un plan o proyecto, ni demasiado dominio del tema, que no implica mayor demora que la cantidad de gente que el votante tenga antes en la fila de la votación, y cuyo resultado conocerá a las pocas horas y de modo claro y contundente. Por el contrario, la modalidad deliberativa de participación en la audiencia pública gana en calidad de la participación lo que pierde en cantidad de participantes y en rapidez y certidumbre respecto del resultado. Otro factor que en parte tiende a reducir el interés ciudadano en participar.

En cuanto al desarrollo de la audiencia, respecto de las previsiones reglamentarias para que funcione como una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquél que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general, exprese su opinión, garantizando la igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad, se vieron satisfactoriamente observadas en este caso. La autoridad a cargo (el ministro de Energía) designó a los responsables de las sesiones y se hizo presente para ofrecer sus explicaciones y propuestas. La extensa lista de oradores incluyó una variedad de intereses y sectores, arrojando un balance positivo en términos de inclusión: autoridades provinciales y locales, prestadoras de gas, defensores del pueblo, asociaciones de usuarios y consumidores, sindicatos, legisladores, expertos sectoriales, usuarios, consumidores y público en general.

Se hizo además un esfuerzo por dar alcance nacional a la audiencia habilitando centros de participación virtual en puntos importantes de todo el territorio. Incluso se postergó la fecha prevista de celebración en razón de la gran afluencia de inscriptos registrados durante las primeras jornadas y se extendieron las sesiones para dar lugar a la participación de todos los expositores registrados. En este sentido, funcionó según la meta prevista para este mecanismo de consultivo o informativo.

Por último, la variable principal que determina de diversas maneras el grado de éxito de la audiencia pública como mecanismo de participación ciudadana es la voluntad política. Y ello primero en tanto y en cuanto es el político quien mantiene la exclusividad de su convocatoria, más allá de que pueda estar compelido a ello por la ley: si el funcionario no llama a audiencia, la ciudadanía no puede participar de la misma ni hacer uso de este mecanismo. En segundo lugar, si la autoridad a cargo de su desarrollo solo limita su difusión a los medios y tiempos previstos en la normativa, es probable que solo quienes tengan un interés económico directo en el tema y que estén previamente involucrados en el mismo, sean los que se enteren del llamado y participen, mientras que el resto de la población, no tan directamente afectada, no logre siquiera enterarse. Tercero, si la audiencia se fija para un día y horario laboral y en un espacio físico poco accesible, ello también atentará contra la participación de la mayor parte de la ciudadanía común que vive de su trabajo y trabaja en horario de oficina.

Finalmente, y lo más importante respecto del rol central de la voluntad política, es que si una vez celebrada la audiencia la autoridad responsable no difunde sus resultados; o, como ocurrió hasta ahora en el caso estudiado, no presenta y publica el requerido informe en el que especifica el modo en que ha tenido en cuenta las participaciones o el motivo por el que las ha descartado; o no toma siquiera en cuenta algunas de las alocuciones y mantiene su decisión anterior, reduciendo la audiencia a una mera formalidad obligatoria; esta herramienta podría perder todo su interés y valor participativo, así como su potencial de contrarrestar la crisis de la representación política a partir de la intervención directa de la población en los procesos de política.

En ese escenario es incluso probable que este mecanismo creado para defender los intereses ciudadanos y oxigenar las instituciones indirectas con la participación cívica, caiga en el mismo descrédito y desinterés que los demás componentes de la democracia representativa: los partidos, las elecciones, los órganos de gobierno y los representantes mismos. Del compromiso de los gobernantes con el ejercicio cívico dependerá en gran parte el desenvolvimiento real que pueda esperarse para la audiencia pública como herramienta de participación y control ciudadano.

Bibliografía

- ÁMBITO FINANCIERO, *Amparo colectivo frena aumento del gas en todo el país*, Buenos Aires, 7 de julio de 2016. Disponible en www.ambito.com/846201-amparo-colectivo-frena-aumento-del-gas-en-todo-el-pais. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2016].
- ÁMBITO FINANCIERO, *Justicia rechazó el amparo contra tope a suba de gas (avala que el tarifazo sigue frenado)*, Buenos Aires, 22 de julio de 2016. Disponible en www.ambito.com/848150-justicia-rechazo-el-amparo-contra-tope-a-suba-de-gas-avala-que-tarifazo-sigue-frenado. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2016].
- CONGRESO ARGENTINO, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, 15 de diciembre de 1994. Disponible en <http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2016].
- EBERHARDT, María Laura, “Audiencias Públicas en la Ciudad de Buenos Aires. El caso de la reforma del Código Contravencional porteño”, en JUAN MANUEL ABAL MEDINA (comp.) *Evaluando el desempeño democrático de las instituciones políticas argentinas*, Buenos Aires, Prometeo, 2007.
- EBERHARDT, María Laura, *Siga participando... dedicado a los ciudadanos de las democracias reales. Los mecanismos de participación y control societal en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Prometeo, 2013.
- ENARGAS, *Informe de cierre de la audiencia pública del MINEM y del ENARGAS N° 83 (Expte. ENARGAS 30.059)*, Buenos Aires, 29 de septiembre de 2016. Disponible en www.enargas.gov.ar/Publicaciones/AudPub/Informe/Informe%20Art_21_Res_ENARGAS_N_3158_2005.pdf. [Fecha de consulta: 31 de octubre de 2016].
- ENARGAS, *Resolución N° 2.756*, Buenos Aires, 21 de noviembre de 2002. Disponible en: http://www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Resoluciones/Data/R02_2756.htm. [Fecha de consulta: 25 de octubre de 2016].
- ENARGAS, *Resolución N° I 3.953/2016*, Buenos Aires, 18 de agosto de 2016. Disponible en www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Resoluciones/Data/R16_i3953.pdf. [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2016].
- ENARGAS, *Resolución N° I 3.957*, Buenos Aires, 22 de agosto de 2016. Disponible en www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Resoluciones/Data/R16_i3957.pdf. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2016].
- ENARGAS, *Resolución N° I 3.971*, Buenos Aires, 26 de agosto de 2016. Disponible en www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Resoluciones/Data/R16_i3971.pdf. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2016].
- ENARGAS, *Resolución N° I 3.994*, Buenos Aires, 8 de septiembre de 2016. Disponible en www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Resoluciones/Data/R16_i3994.pdf. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2016].

- ENARGA, *Resolución N° I 4.010*, Buenos Aires, 13 de septiembre de 2016. Disponible en www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Resoluciones/Data/R16_i4010.pdf. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2016].
- ENARGA, *Resolución N° I 4.012*, Buenos Aires, 14 de septiembre de 2016. Disponible en www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Resoluciones/Data/R16_i4012.pdf. [Fecha de consulta: 31 de octubre de 2016].
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA, *Resolución N° 152*, Buenos Aires, 18 de agosto de 2016. Disponible en www.boletinoficial.gob.ar/pdf/linkQR/Y1Y1eFBiVkvvNVkrdTVReEh2ZkU0dz09. [Fecha de consulta: 31 de octubre de 2016].
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA, *Resolución N° 163*, Buenos Aires, 25 de julio de 2016. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/linkQR/T3ZNM-DRNbmJ6a1ErdTVReEh2ZkU0dz09>. [Fecha de consulta: 31 de octubre de 2016].
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA, *Resolución N° 173*, Buenos Aires, 7 de septiembre de 2016. Disponible en www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Resoluciones/Data/RMINEM_173_2016.pdf. [Fecha de consulta: 31 de octubre de 2016].
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA, *Resolución N° 28/2016*, Buenos Aires, 28 de marzo de 2016. Disponible en www.enargas.gov.ar/Redir_TarifaSocial/Resoluci%C3%B3n%20MEyM%2028_2016.pdf. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2016].
- MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA, *Resolución N° 31/2016*, Buenos Aires, 29 de marzo de 2016. Disponible en www.megsa.com.ar/pdf/Resoluci%C3%B3n%20MEyM%202016-0031.pdf. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2016].
- MOLINELLI, Guillermo, *Presidentes y Congresos en Argentina: Mitos y Realidades* Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1991.
- PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *Decreto N° 1.172 Acceso a la Información Pública*, Buenos Aires, 3/12/2003. Disponible en www.mecon.gov.ar/concursos/biblio/DTO%201172-03.pdf. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2016].
- PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, *Decreto N° 1.738 Gas Natural*, Buenos Aires, 18 de septiembre de 1992. Disponible en www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Dec_1738.pdf. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2016].
- SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA, *Ley N° 24.076 Gas Natural*, Buenos Aires, 20 de mayo de 1992. Disponible en www.enargas.gov.ar/MarcoLegal/Ley_24076.pdf. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2016].
- TÉLAM, “El gobierno pasó para el 16 de septiembre la audiencia pública por la tarifa del gas”, 23 de agosto de 2016. Disponible en www.telam.com.ar/notas/201608/160081-audiencia-publica-tarifa-gas-16-septiembre.html. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2016].
- TÉLAM, “Hay más de 300 inscriptos para la audiencia pública por la suba de la tarifa de gas”, 11 de septiembre de 2016. Disponible en www.telam.com.ar/notas/201609/162502-gas-audiencia-publica-300-inscriptos-viernes.html. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2016].

TÉLAM, “Por falta de oradores terminó la audiencia pública para analizar las tarifas de gas”, 18 de septiembre de 2016. Disponible en www.telam.com.ar/notas/201609/163445-la-audiencia-publica-del-gas-continua-este-domingo-a-las-9.html. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2016].

Estudios sobre Constitución económica

ASOCIACIONES GREMIALES COMO HERRAMIENTA DE IMPLEMENTACIÓN DE ACUERDOS COLUSORIOS

TRADE ASSOCIATIONS AS A TOOL FOR IMPLEMENTATION OF COLLUSIVE AGREEMENTS

*María Fernanda Juppet Ewing**

Resumen

El presente artículo busca revisar la forma en la que las asociaciones gremiales son instrumentalizadas para la concreción de acuerdos colusorios. Distinguiendo dos funciones principales en los casos estudiados en Chile. En primer lugar, una herramienta de control de los miembros del acuerdo. Y, en segundo lugar, una forma de equiparar el poder de los prestadores de servicios de salud.

Finalmente, este artículo plantea algunas visiones jurisprudenciales del TDLC en materia de asociaciones gremiales.

Palabras clave: Colusión. Asociaciones gremiales. Proveedores de Servicios de salud. Engaño en la colusión.

Abstract

This article seeks to review the way in which trade associations are instrumentalized for the realization of collusive agreements. Distinguishing two main functions in the cases studied in Chile. First, a control tool of the members of the agreement. And, secondly, a way of equating the power of health care providers.

Finally, this article comment on some jurisprudential views of the TDLC regarding trade associations.

Key Words: Collusion, trade associations, Health services providers, Cheating in collusion agreements.

* Abogado. LL.M. Universidad de California, Berkeley. Profesora Derecho, Economía y Mercado, Universidad del Desarrollo. Asistente de investigación Claudia Rivera Acuña. Artículo recibido el 23 de agosto de 2016 y aceptado para su publicación el 20 de diciembre de 2016. Correo electrónico: mfjuppet@gmail.com

1. Introducción

Dentro de las conductas ilícitas que afectan la libre competencia, casi no es discutido por la doctrina que los acuerdos colusorios, o la colusión, es uno de los más perjudiciales al mercado. La colusión puede ser definida como:

“una práctica en la que empresas que compiten en un mismo mercado acuerdan subir precios, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores. Dentro de las prácticas colusivas más conocidas se hallan los acuerdos explícitos o carteles, cuyo objetivo es fijar precios, limitar la producción o repartirse el mercado, ya sea geográficamente o por tipo de cliente. Se considera que la colusión perjudica el funcionamiento de una economía, pues anula los beneficios propios de la rivalidad y la competencia entre empresas, que es el mecanismo que permite que los consumidores gocen de menores precios, mayor variedad y mejor calidad en los bienes y servicios que consumen”¹.

Para la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, es posible definir colusión como

“...un acuerdo respecto de la cantidad a producir con miras a alcanzar determinados precios o rangos de precios, restringiendo o suprimiendo la competencia entre sus partícipes”².

Los acuerdos colusorios, en sí mismos, corresponden a una organización informal, mediante la cual sus miembros toman e implementan determinados acuerdos, con miras a obtener beneficios indebidos del poder de mercado que el despliegue de esta conducta les otorga.

Esto genera un problema práctico para los miembros del acuerdo, que implica la organización práctica de los términos concordados, dado que las decisiones tomadas por los miembros de un determinado mercado deben ser ejecutadas por algún medio, las partes del acuerdo requieren asegurarse que todos los participantes los implementen en el tiempo, por tanto, buscan algún tipo de estructura social que les facilite un marco que permita mantener el acuerdo en el tiempo.

De esta manera, es posible que los miembros del acuerdo se organicen como sociedades de hecho, como grupos estratégicos, o que utilicen la estructura jurídica de otra organización como herramienta colectiva, éste

¹ Aldo GONZÁLEZ TISSINETTI, *Prácticas Colusivas*, pp. 143-166.

² SCS, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, (2015): Rol 27.181-2014.

es el caso de algunas asociaciones gremiales³ o agrupaciones de interés económico.

En la legislación chilena se define asociaciones gremiales en el decreto ley 2757, de 1979, como:

“aquellas que reúnen personas naturales, jurídicas, o ambas, con el objeto de promover la racionalización, desarrollo y protección de las actividades que les son comunes, en razón de su profesión, oficio o rama de la producción o de los servicios, y de las conexas a dichas actividades comunes”.

Por tanto, se les reconoce un rol tutelar y protector de sus miembros, en búsqueda de mejores beneficios para sus actividades comunes, las que en general se relacionan con la búsqueda de generar un interlocutor común que los represente ante el regulador, permitiendo negociar cambios normativos que pudieren afectarlos, o políticas públicas que permitan ampliar su desarrollo.

Estas asociaciones también se conocen bajo la denominación agrupaciones de interés económico, siendo “aquellas que se configuran como

³ Es posible observar la forma de operación de un cartel en estos términos, a través de una asociación gremial en el caso FNE contra Agrícola Agrosuper, como se indica por la Excelentísima Corte Suprema en su considerando “Septuagésimo noveno: Que en el caso concreto se ha establecido que agentes económicos se asociaron y organizaron para llevar a cabo un comportamiento continuo, esto es, instauraron mecanismos de adopción de decisiones en el seno de una asociación que actuaba bajo la apariencia de tener la calidad de gremial, con una empresa líder, elementos estos vinculantes para llegar al común denominador de maximizar los beneficios. En el desarrollo del comportamiento aludido surgió la necesidad de instaurar mecanismos de monitoreo del acuerdo, cometido que asumieron recíprocamente todos los requeridos mediante el sistema de intercambio de información. Tal comportamiento complejo de las empresas, sólo una vez evaluado globalmente, revela su contrariedad con la libre competencia. Ciertamente la FNE ha encontrado y aparejado documentos que acreditan explícitamente el contacto ilícito entre los operadores del mercado avícola nacional, como los correos electrónicos e informes de reuniones, resultando razonable presumir que existió una única práctica o acuerdo contrario a la competencia, considerado en su conjunto, teniendo para ello en consideración que la prueba arrojó la existencia de contactos entre ellos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que puede admitirse razonablemente que la infracción integrada en su núcleo central operó de manera ininterrumpida entre los años 2000 y 2010. El hecho de no haberse allegado prueba específica de algunos periodos de la duración del acuerdo no resulta ser un elemento de convicción suficiente para descartar su continuidad y/o para llevar a la conclusión de haberse concebido un nuevo acuerdo que diera inicio a un periodo distinto, pues se comprobó que, en el marco de la infracción establecida, que duró varios años, se verificaron permanentemente idénticas manifestaciones del pacto en periodos diferentes, lo que conduce naturalmente a determinar que no operó ni suspensión ni cambio de modalidad en la forma de hacer operativo el cartel, no obrando en autos prueba alguna indiciaria de estos supuestos (FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros, 2015)”.

personas jurídicas, y cuyo desarrollo se debe a la necesidad de encontrar una forma de colaboración entre las empresas que permita superar al individualismo de éstas sin perder su autonomía jurídica y financiera y sin caer en una fórmula de restricción a la libre competencia.”⁴

El TLDC define asociación gremial, circunscribiendo su rol de acción, al indicar en su considerando: “Ducentésimo octogésimo segundo. Que ahora en cuanto al rol desempeñado por la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. en el acuerdo, cabe en primer lugar hacer presente que se trata de una asociación gremial. Las asociaciones gremiales, llamadas en la denominación anglosajona “trade associations” o “business associations”, consisten en entidades que agrupan a sus asociados en torno a objetivos empresariales que les son propios y definidos en sus estatutos. Se trata de unidades asociativas que congregan a empresas que desempeñan sus actividades en un mismo rubro o actividad económica, y que en general, cumplen un papel pro competitivo o bien son competitivamente neutras.”⁵

Por tanto, es posible indicar que las sociedades buscan

“por medio de un contrato de agrupación, establecer una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de dichas actividades”⁶.

En Castrillón citando a Zuloaga, aclaran el objetivo de estas asociaciones al ceñirlo al:

“...facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros; mejorar o extender los resultados de esa actividad y no la de realizar beneficios para él mismo, además de que tal actividad debe incorporarse a la actividad económica de sus miembros y solo puede tener un carácter auxiliar en relación de aquellos”⁷.

El valor de las asociaciones gremiales, en las cuales se permite el aprendizaje interorganizacional por medio de relaciones sociales informales, implica un valor implícito para el mercado de la relación que generan las instituciones en este caso⁸, dado que mejora la calidad de la competencia.

⁴ Víctor CASTRILLÓN Y LUNA, *Derecho de los títulos mercantiles*, pp. 399-405.

⁵ TDLC (2014): Rol C- 236-11, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*.

⁶ Ignacio ESCUTI, *Sociedades*.

⁷ Víctor CASTRILLÓN Y LUNA, *Derecho de los títulos mercantiles*, p. 399-405.

⁸ Wenpin TSAI, “Social structure of ‘coopetition’ within a multiunit organization: Coordination, competition, and intraorganizational knowledge sharing”, pp. 179-190.

Con todo, las asociaciones gremiales han servido en diversas latitudes como herramienta facilitadora de la colusión⁹, esta instrumentalización viene a desnaturalizar la naturaleza de estas instituciones, dada por la búsqueda de la gestación de un contrapeso en el planteamiento de políticas públicas por parte del Estado, que, en representación de las organizaciones agrupadas en ellas, permite canalizar adecuadamente las inquietudes de los prestadores en un determinado mercado relevante.

Si bien es cierto, las personas naturales son las que toman la decisión de participar en un acuerdo colusorio, no es menos cierto que las organizaciones empresariales muestran una voluntad diversa a la de sus miembros, que surge de éstos, pero que no corresponde a ninguno de ellos individualmente considerado.

Para Small, es esta multiplicidad de personas la que implica necesariamente una modificación de la voluntad individual, afectándola radicalmente por la participación en el ente colectivo¹⁰.

Dentro de esta lógica, las organizaciones corporativas también pueden presentar comportamientos que se consideran desviados o incorrectos. El problema en materia organizacional se da cuando los individuos observan una conducta incorrecta e interpretan que las empresas la ejecutan en forma generalizada¹¹. De tal manera, se afecta la imagen de todo un mercado, independientemente que el resto de los actores hayan actuado correctamente dentro del marco ético esperado.

Cuando ciertas organizaciones muestran un comportamiento incorrecto, el público compara organizaciones similares, afectándolas en su legitimidad, al generalizar comportamientos y predecir comportamientos similares en el tiempo, aun cuando dicha expectativa sea equivocada.¹²

Dentro de la literatura especializada la coordinación de las organizaciones puede presentarse en dos formas:

1. Una estructura jerárquica formal y
2. relaciones laterales informales¹³.

Las asociaciones gremiales instrumentalizadas para la implementación de un acuerdo colusorio operan como una estructura jerárquica formal,

⁹ Dave GENESOVE & Wallace MULLIN, "Rules, communication and collusion: narrative evidence from the sugar institute case", pp. 379-398.

¹⁰ Albion SMALL, "The Scope of Sociology. VI. Some Incidents of Association", pp. 324-380.

¹¹ Stefan JONSSON, Henrich GREVE, & Takako FUJIWARA-GREVE, "Undeserved Loss: The Spread of Legitimacy Loss to Innocent Organizations in Response to Reported Corporate Deviance", pp. 195-228.

¹² *Ibid.*

¹³ Wenpin TSAI, "Social structure of...", *op. cit.*

empoderada para la concreción y seguimiento de los acuerdos tomados por los miembros del grupo.

En derecho comparado, se ha optado por un alza en las penas en el caso de ilícitos corporativos, de tal manera de desincentivar su comisión, lo anterior basado en el hecho de que cuanto más alta es la figura del actor involucrado en el incumplimiento normativo, y mayores son las expectativas del público en él, la imagen pública se ve más afectada por la actuación desviada.¹⁴

En Chile se ha constatado la utilización de las asociaciones gremiales como herramienta para concretar acuerdos colusorios en dos situaciones diversas. En primer lugar, como forma de monitoreo del cumplimiento de los acuerdos por parte de los miembros del acuerdo, en el caso “FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, “FNE contra Asociación Chilena de Agencias de Publicidad A.G.” y “FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital”.

En segundo lugar, se ha presentado el uso de asociaciones gremiales como herramienta de coordinación de las acciones de profesionales liberales con miras a negociar en forma conjunta términos contractuales comunes para mejorar su poder de negociación con prestadores de servicios de salud. Dentro de estos casos podemos destacar el caso de “FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble”, entre otras.

2. Teoría general de la asociación

Para comprender aquellas actuaciones contrarias a derecho cometidas en organizaciones empresariales, es necesario considerar que la asociación es un hecho jurídico que genera dos efectos en los individuos, en primer lugar, los vuelve más distinguibles entre sí, y, por otra parte, los reúne como grupo, afectando la forma en que socializan con otros miembros de la sociedad.¹⁵

Para Small, las características básicas en una asociación lícita son: La pluralidad de individuos, la atracción que la influencia de la asociación ejerce en otros actores para unirse a la organización, la repulsión, la interdependencia, la solidaridad entre sus miembros, coordinación, socialización,

¹⁴ Jude BURGOON, “Effects of communication expectancies, actual communication, and expectancy disconfirmation on evaluations of communicators and their communication behavior”, pp. 67-96.

¹⁵ Albion SMALL, “The Scope of Sociology...”, *op. cit.*

un entorno subjetivo que unifique a los asociados, una conciencia social de pertenencia al grupo, vicariedad, persistencia de los individuos, justicia, la seguridad, la continuidad de influencia, la movilidad del tipo social¹⁶.

El rol que tradicionalmente se consagra a las asociaciones gremiales está dado por su capacidad de aglutinar las posiciones de los miembros de un mercado determinado con miras a superar barreras institucionales, para participar en la formulación de políticas públicas.

El objetivo tradicional de estas organizaciones, como lo plantea Russo, es la acción colectiva para promover los intereses de los actores institucionales en el campo de las políticas públicas, canalizando los cambios institucionales que puedan gestarse¹⁷.

Un nuevo objetivo que ha surgido respecto de las asociaciones gremiales está dado por la canalización de la cooperación interempresarial, mediante la competencia y cooperación paralela entre las instituciones. Obligando a las organizaciones a gestionar internamente su conocimiento, aprendiendo los unos de los otros, pero al mismo tiempo compitiendo en un mercado externo, lo que se ha denominado como “cooperación competitiva” por la doctrina comparada¹⁸.

La cooperación competitiva puede observarse con claridad en las actuaciones de una asociación gremial, mostrando la doble relación que existe entre sus miembros, por una parte, intercambian conocimientos entre competidores, utilizando colectivamente esta información para la persecución de intereses comunes, pero a la vez usan esos conocimientos para disputarse espacios del mercado común en el que todos interactúan¹⁹.

Resulta razonable la coordinación con miras a compartir conocimiento útil para mejorar las capacidades de las organizaciones parte de un mercado²⁰. Con todo, la tentación de concordar acuerdos fuera del marco legal e instrumentalizar a las organizaciones gremiales se encuentra patente con claridad en esta figura.

Para los miembros de estas organizaciones, cuando buscan el ingreso a nuevos campos ocupacionales, se depende de su capacidad de organización colectiva para hacer frente a la institucionalidad, cuando las relaciones entre ambos son pobres, resulta difícil la creación de derechos que cuen-

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Michael RUSSO, “Institutions, Exchange Relations, and the Emergence of New Fields: Regulatory Policies and Independent Power Production in America, 1978-1992”, p. 57-86.

¹⁸ Wenpin TSAI, “Social structure of...”, *op. cit.*

¹⁹ Tarun KHANNA, Ranjay GULATI, & Nitin NOHRIA, “The dynamics of learning alliances: Competition, cooperation, and relative scope”, pp. 193-210.

²⁰ Wenpin TSAI, “Social structure of...”, *op. cit.*

ten con una profundidad²¹, esto limita la factibilidad de que los actores se proyecten en el mercado. De ahí resulta trascendental la labor que las asociaciones gremiales puedan desarrollar en el medio institucional.

Para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se reconoce como rol de las asociaciones gremiales el de facilitador para sus miembros, lo que explica la gravedad de la participación de una asociación de estas características en un acuerdo colusorio, al establecer en su considerando “Ducentésimo octogésimo cuarto. Que, en segundo lugar, una asociación gremial puede desempeñar un papel facilitador en la apertura de mercados y nuevos negocios para las empresas a ellas afiliadas. Sin embargo, la desnaturalización de los fines que les son propios puede representar un peligro para la libre competencia, en la medida que se presten para coordinar el comportamiento de sus asociados en el mercado y sustituir, por esta vía, el proceso competitivo. Tanto es así, que, en el Derecho comparado, la posibilidad de que las organizaciones gremiales puedan desempeñar un rol preponderante en la actividad de un cartel está expresamente reconocida en el Artículo 101 (1) del Tratado de la Unión Europea, a través de la prohibición para estas asociaciones de adoptar decisiones que pudieran restringir la competencia. En similar sentido, el artículo 26° del D.L. N° 2.757 establece que “[l]a realización o celebración por una asociación gremial de los hechos, actos o convenciones sancionados por el artículo 1° del decreto ley N° 211, de 1973, constituirá circunstancia agravante de la responsabilidad penal de los que participen en tal conducta”. Aunque dicha norma se refiere al tipo penal contemplado en el texto original del D. L. N° 211, modificado por la Ley N° 19.911, lo cierto es que el legislador nacional calificó como especialmente grave la participación de asociaciones gremiales en la comisión de ilícitos anticompetitivos.”²²

3. El engaño dentro de un acuerdo colusorio

Las asociaciones gremiales surgen como agentes de coordinación para un cartel, como expresión objetiva de la conciencia social del grupo, entendiendo por tal:

“...que en algún momento u otro, y con cierto grado de claridad u otro, los miembros de todos los grupos perciben que existe el grupo, que la condicionan y son condicionadas por ella, que sus intereses individuales

²¹ Michael RUSSO, “Institutions, Exchange Relations...”, *op. cit.*

²² TDLC (2014): Rol C- 236-11, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros.*

son más o menos vinculados a los asuntos del grupo, y que la existencia y la prosperidad del grupo son interdependientes de la conducta de sus individuos constituyentes”²³

Con todo, las asociaciones gremiales, como entes de coordinación de un acuerdo colusorio, hacen frente a un desafío que Stigler identifica como “engañar”,²⁴ mediante el cual indica que los miembros del cartel tenderán a bajar el precio acordado para obtener mayores beneficios individuales, aumentando su posicionamiento en el mercado²⁵.

El rol que surge para las asociaciones gremiales constituidas como herramienta para la colusión, está dado por la potestad de monitorear a los miembros del grupo y sancionar a quienes se desvíen de la conducta previamente concordada.

Este análisis se basa en la determinación de presupuestos para la existencia de un acuerdo colusorio determinado por Kaysen, quien indica que para que una conducta colusoria sea exitosa se requiere que concurren dos requisitos:

- 1) Que la meta de todos los participantes sea la fijación de un precio común.
- 2) Que se determine un mecanismo que prevenga el incumplimiento del acuerdo por parte de los miembros²⁶.

Esto se reafirma en el uso del modelo de análisis de oligopolio de Bertrand, probando que, si los miembros de un cártel pueden ser multados por la autoridad del cártel, los actores tienden a organizarse en cárteles en lugar de los duopolios²⁷.

En el caso del Instituto del Azúcar, estudiado por Genesove, los despliegues de las conductas colusorias concordadas por la asociación gremial implicaron la aplicación de reglas a través del código de ética de la organización, donde se establecían todos los aspectos relevantes de la distribución y venta del azúcar a excepción de los precios, obligando a las refinerías a eliminar el tratamiento diferencial de los clientes, permitiendo detectar cualquier reducción de precios secreta²⁸.

¿Quiénes se muestran como los beneficiados en un acuerdo colusorio? Se ha demostrado por Clark y Houde que, en el caso del ilícito de colusión,

²³ Albion SMALL, “The Scope of Sociology...”, *op. cit.*

²⁴ George STIGLER, “A theory of oligopoly”, pp. 44-61.

²⁵ Dave GENESOVE & Wallace MULLIN, “Rules, communication and...”, *op. cit.*

²⁶ Carl KAYSEN, “Collusion Under the Sherman Act 1”, pp. 263-270.

²⁷ Miguel FONSECA & Hans-Theo NORMANN, “Endogenous cartel formation: Experimental evidence”, pp. 223-225.

²⁸ Dave GENESOVE, & Wallace MULLIN, “Rules, communication and...”, *op. cit.*

los más beneficiados en ella son los proveedores más importantes de un mercado, porque pueden asegurar su parte del mercado en el tiempo²⁹. Esto tiene concordancia con la importancia que implican para las asociaciones gremiales los mayores proveedores del mercado, dado que son los que sustentan económicamente a la institución, y tienden a influenciar sustancialmente sus actuaciones por esta vía.

Éste es el caso de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., que de acuerdo al TDLC, fue instrumentalizada como herramienta para la toma e implementación de acuerdos competitivos por parte de sus miembros³⁰.

Lo anterior es reafirmado por la Excelentísima Corte Suprema al reconocer el rol de coordinador desplegado por la asociación gremial constituida al efecto, al determinar: considerando

“Nonagésimo séptimo: Que en las condiciones recién descritas se hace evidente el rol gravitante y decisivo que ha jugado la requerida en la ejecución del ilícito indicado, que excede en forma exorbitante lo que puede entenderse como el objeto de una asociación gremial, transformándose en el mecanismo idóneo para la colusión que se ha investigado”³¹.

4. *Las profesiones liberales y el ilícito de colusión*

Dentro del mercado de salud, el primer intento de analizar los principios de competencia aplicados a la asistencia sanitaria fue desarrollado por Havighurst en 1980, que basa su trabajo en la aplicación del caso Goldfarb a la medicina, antes de este fallo, el beneficio profesión médica de una exención implícita de federal antimonopolio. Las autoridades, que también puso en duda su competencia para sancionar las conductas colusorias en el sector público. Después de la interpretación de la Corte Suprema de Estados Unidos, para este autor todos aprendieron profesiones pierden su exención antimonopolio³².

Para este autor, la política de desregulación del Presidente Carter aplicada a la atención médica entre los 60 y 70 años demostró ser inaplicable después de 1975, sobre la base de los altos precios que los consumidores

²⁹ Robert CLARK & Jean-François HOUDE, “Collusion with asymmetric retailers: Evidence from a gasoline price-fixing case”, pp. 97-123.

³⁰ TDLC (2014): Rol C- 236-11, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*.

³¹ SCS, *FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, (2015): Rol 27.181-2014.

³² Clark HAVIGHURST, “Antitrust Enforcement in the Medical Services Industry: What Does It All Mean?”, pp. 89-124.

tuvieron que asumir, haciendo investigaciones antimonopolio contra la violación de profesiones liberales³³. Existía una mayoría republicana en el Senado a favor de esta reforma pro competencia en los mercados del cuidado de la salud³⁴.

Esta investigación abre un espacio para nuevas ideas, como el diseño seguro basado en el valor y la salud impulsada por los consumidores, que resumen varias perspectivas de la organización de salud pública, utilizando perspectivas Havighurst como punto de partida.

Se han estudiado en forma profunda los riesgos de colusión, en particular respecto del mercado de seguros de salud. Esta temática se ha analizado desde diferentes perspectivas, la posibilidad de colusión entre proveedores y consumidores de seguros de salud se revisó principalmente por Alger y Ma³⁵, profundizado por Niemann³⁶.

En general, casos de protección de la libre competencia en materia de profesiones liberales tienden a gestarse ante la necesidad de negociar en grupo contra prestadores de servicios institucionales que obligan a los profesionales a suscribir contratos de adhesión para el ejercicio de sus actividades, como es el caso de los grandes prestadores de salud, ISAPRES, centros médicos, clínicas, etc.

Considerando que no existe libertad de negociación para los profesionales en la determinación de las condiciones contractuales en las que prestarán sus servicios, se han manifestado casos de acuerdos colusorios de fijación de precios a través de la instrumentalización de una asociación gremial para lograr mejores condiciones³⁷.

Es más, el TDLC ha corroborado esta visión al indicar que la mera organización de una asociación gremial, con miras a equiparar el poder negociador de sus miembros respecto de su contraparte dotada de poder de mercado no implicaría una contravención a las normas de defensa de la libre competencia, como se desprende de la lectura del considerando:

“Vigésimo séptimo: Que, al respecto, este Tribunal estima que, en general, el mero hecho de que un conjunto de médicos u otros profesionales se

³³ Clark HAVIGHURST, “Health Planning for Deregulation: Implementing the 1979 Amendments”, pp. 33-76.

³⁴ Michael POLLARD, “Services, The Essential Role of Antitrust in a Competitive Market for Health”, pp. 256-268.

³⁵ Ingela ALGER, & Ching-to Albert MA, “Moral hazard, insurance, and some collusion”, pp. 225-247.

³⁶ Maike NIEMANN, & Jorg SCHILLER, “Moral hazard, insurance and some collusion: A comment on Alger and Ma”, pp. 276-277.

³⁷ TDLC, *FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, (2015): Rol C 265-13.

asocien con el exclusivo propósito de negociar con empresas que tienen poder de mercado, con el fin de evitar abusos de posición dominante en su contra y no de producir efectos contrarios a la competencia, no constituiría, en principio, un ilícito susceptible de reproche en conformidad al Decreto Ley N° 211³⁸.

Esta interpretación, basada en un principio de justicia básico, abre una segunda interrogante, más allá de la sanción en materia de libre competencia, cuya improcedencia no es discutida, que involucra la búsqueda de una solución al problema de inequidad de fondo, facilitando una negociación equitativa de las prestaciones de salud de acuerdo a las normas generales de la contratación, respetando el principio de igualdad entre las partes.

5. Posición jurisprudencial del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto de las asociaciones gremiales

A) INAPLICABILIDAD DEL D.L. N° 211 A ASOCIACIONES GREMIALES

En la jurisdicción chilena, se ha planteado como una defensa usual por parte de las asociaciones gremiales la argumentación que indica que el TDLC carece de competencia para poder juzgar las actuaciones desplegadas por las asociaciones gremiales, lo que ha sido duramente rechazado, al dictaminar:

“Que, en cuanto a la primera de dichas defensas, este Tribunal ha manifestado reiteradamente en sus fallos que, con independencia de la naturaleza y fines que un ente pueda tener –sea éste público o privado–, lo relevante para efectos de la legislación de defensa de la competencia es analizar si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo, pues lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así pérdidas de bienestar social o, en otras palabras, que afecten negativamente la eficiencia económica en el uso de recursos escasos³⁹.”

³⁸ TDLC, *FNE contra AM Patagonia S.A. y otros*, (2008): Rol C- 121-06.

³⁹ TDLC, *“FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros”*, Rol C-140-07.

Determinación que resulta consistente con opiniones previamente pronunciadas por el TDLC, cuando recalca en la resolución antes indicada:

“Tercero. Que, en efecto, este Tribunal ya se ha pronunciado en el sentido anteriormente indicado en su Sentencia N° 67 del año 2008, sosteniendo que cualquier persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente a un mercado –siendo indiferente si lo hace como oferente de bienes o servicios, como demandante de ellos, o en ambos roles– realiza actividades económicas que deben respetar el Decreto Ley N° 211, cuyo artículo 3°, inciso primero, no hace distingo alguno referido a fines o calidades. Así, por ejemplo, este Tribunal ha resuelto en diversas oportunidades procedimientos infraccionales seguidos en contra de organizaciones sin fines de lucro (Sentencias N° 1, 15, 35 y 56), y de organismos públicos (Sentencias N° 4, 11, 13, 14, 20, 34, 37, 44 y 77)”⁴⁰.

Esta interpretación resulta concordante con el planteamiento realizado el año 2010, a propósito de la asociación gremial de dueños de mini buses Agmital, indicando que la gestación de poder de mercado a través de la creación de una asociación gremial es justamente el hecho que habilita al Tribunal para intervenir en este caso, dado que de no existir la asociación gremial no existirían las condiciones necesarias para que sus miembros influyeran directamente en el mercado del transporte, como lo habían hecho hasta ese momento, como se desprende de la lectura de su considerando:

“Decimoctavo. Que, sin embargo, para este Tribunal, de ser efectivas las conductas reprochadas en el requerimiento, éstas tendrían una connotación distinta. En efecto, Agmital no puede ser considerada sin más como una empresa independiente de sus asociados y juzgada como tal. Agmital es, como se dijo, una asociación gremial, y para el derecho de la competencia no puede ser totalmente indiferente este hecho. En la especie, se está en presencia de la utilización de una asociación por sus miembros, como plataforma para abusar del poder de mercado que obtienen conjuntamente al coordinarse a través de ella”⁴¹.

Es más, se describe la particularidad de la conducta en derecho comparado, dado que el reproche considerable por haberla desplegado dentro de una asociación gremial, reviste de un carácter especial que resulta como agravante de la conducta, más que un argumento de inaplicabilidad normativo: considerando

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ TDLC, “FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital”, Rol C-191-09.

“Vigésimo primero. Que, por último, y sin perjuicio de la libertad que asiste a los miembros de una asociación –en este caso Agmital– para efectuar a través de ésta actividades lícitas en su interés común, debe tenerse presente que situaciones como la descrita –en las que una asociación gremial o una asociación empresarial pueden ser el instrumento de coordinación anticompetitiva de sus miembros– han sido consideradas en derecho comparado como un tipo particular de conducta colusiva, imputable a la entidad colectiva y no a sus miembros en particular”⁴².

Esta interpretación es plenamente concordante con la prescrita por la Excelentísima Corte Suprema, la que reafirma el dictamen del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al indicar que la interpretación del inciso primero del artículo 3° del DL 211 se basa en una visión amplia al usar la expresión “el que”, lo que engloba a cualquier forma jurídica, indistintamente de sus características estatutarias. Lo anterior se desprende del considerando:

“Tercero: Que dada la entidad de las alegaciones que ha hecho la reclamante, corresponde en primer término analizar si la requerida en cuanto Asociación Gremial puede incurrir en conductas contrarias a la libre competencia, debido a que en su concepto no reviste la calidad de agente económico”.

Al respecto la sentencia en estudio hizo diversas consideraciones a partir de su fundamentación cuarta, con las que esta Corte concuerda, teniendo para ello además presente que el Decreto Ley N° 211 en su artículo 3° dispone

“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

Luego añade

“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia –entre otros– los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos,

⁴² TDLC, “FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital”, Rol C-191-09.

o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran”.

Es decir, el artículo tercero incluye como sujeto partícipe de estas conductas a cualquier persona o entidad, por cuanto utiliza las expresiones “El que”, de modo que la requerida no puede escudarse en su calidad de Asociación Gremial para pretender estar excluida de reproche, de lo contrario para burlar los efectos de la ley bastaría simplemente constituir una asociación gremial para obtener impunidad. Pero además de lo dicho, es posible advertir que la conducta desplegada por la Asociación Gremial la convirtió en el hecho en un verdadero agente económico o en el medio a través del cual los diversos agentes que la conformaban se coludieron para influir en la competencia del mercado del que formaban parte, por lo que la alegación formulada no puede prosperar⁴³.

*B) SOBRE LA PROHIBICIÓN DE REALIZACIÓN
DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LAS ASOCIACIONES GREMIALES.*

Asimismo, se ha planteado ante el TDLC el cuestionamiento de que las asociaciones gremiales no podrían desarrollar actividades económicas, al corresponder a una entidad sin fin de lucro.

Con todo, las asociaciones no lucrativas no se encuentran vedadas del desarrollo de actividades económicas, sino que se les prohíbe la realización de actos de lucro subjetivo, es decir, repartos de utilidades entre sus asociados⁴⁴.

Esta postura es corroborada desde la perspectiva de la competencia por parte del TLDC, al indicar en su considerando:

“Cuarto. Que, además, con respecto a que Interbus no podría ejercer actividades económicas porque ello le estaría prohibido por el Decreto Ley N° 2.757 sobre Asociaciones Gremiales, cabe señalar que el artículo 11° de esa ley autoriza explícitamente a las entidades que regula a integrar su patrimonio con el producto de sus bienes o servicios, indicando que las rentas, utilidades, beneficios o excedentes de la asociación pertenecerán a ella y no podrán ser distribuidos a sus afiliados. Por lo tanto, a juicio de este Tribunal, lo que dicha ley prohíbe a las asociaciones gremiales no es el ejercicio de actividades económicas –como es la prestación de un

⁴³ SCS, “FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros” (2009): Rol 1856-2009.

⁴⁴ Manuel PANIAGUA ZURERA, *Las sociedades cooperativas. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, p. 68.

servicio remunerado–, sino repartir utilidades entre los asociados, toda vez que, como señala el artículo 17° de la misma ley, los fondos sociales sólo pueden destinarse a los fines previstos en los estatutos de la asociación”⁴⁵.

Es más, se recalca por el Tribunal la plena aplicabilidad de las normas de Defensa de la Libre Competencia por cualquier agente del mercado, al establecer en su considerando: “Quinto. Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente que las asociaciones gremiales, asociaciones de empresas o colectividades gremiales de cualquier tipo, ya sea en cuanto partícipes de la actividad económica o en cuanto ordenadores, coordinadores o aglutinadores del comportamiento competitivo de sus asociados, no pueden sustraerse del cumplimiento de aquellas normas que, precisamente, velan por el mantenimiento de la competencia en los mercados en los que intervienen. Así ha sido reconocido en derecho comparado, en donde dichas normas también son aplicables a este tipo de conductas gremiales o asociativas. Es el caso, por ejemplo, de lo dispuesto en el Artículo 1° de la Ley N° 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia española, o en el Apartado 1 del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea.”⁴⁶

C) *MAYOR REPROCHE POR HABERSE COMETIDO LA CONDUCTA
POR UNA ASOCIACIÓN GREMIAL.*

Con todo, si bien es cierto que la norma del artículo tercero del DL 211 no distingue entre las diversas clases de personas naturales o jurídicas, de derecho privado o público, que puedan desplegar conductas anticompetitivas, la doctrina se encuentra conteste con la jurisprudencia al indicar que existe un mayor reproche cuando asociaciones gremiales son instrumentalizadas para la coordinación de actos colusorios.

La idea anterior se basa en la potencialidad de control del mercado que se atribuye a estas organizaciones cuando permiten a sus miembros la posibilidad de repartir cuotas de mercado y determinar la competencia dentro del mismo. Como se puede observar en el caso de “FNE contra Asociación gremial de Buses Interbus y otros”, al determinar en su considerando:

“Trigésimo. Que, a juicio de este Tribunal, lo anterior constituye una forma de colusión, por medio de la cual una serie de operadores de transporte interurbano suspendieron su actuación competitiva independiente en el mercado relevante de autos, entregando a la asociación de la que forman

⁴⁵ TDLC, “FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros”, Rol C-140-07.

⁴⁶ *Ibid.*

parte la facultad de repartir el mercado y de decidir quién compite y cómo se compite...⁴⁷.

Este mayor reproche asignado a las actuaciones antijurídicas de las asociaciones gremiales se desprende de la sentencia en causa FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros, al indicar en su considerando:

“Sexto. Que, también a mayor abundamiento, y tal como se explicará más adelante, el artículo 26° del citado Decreto Ley N° 2.757, consideraba como agravante de la antigua responsabilidad penal por atentados a la libre competencia, el hecho que fuera una asociación gremial quien los cometiera, lo que demuestra que la aplicabilidad de las normas de defensa de la libre competencia a las asociaciones gremiales es una circunstancia reconocida y establecida desde hace tiempo en nuestro ordenamiento jurídico”⁴⁸.

Esta reprensión es coincidente con la declarada por la Excelentísima Corte Suprema, en este punto, al determinar en su considerando:

“Undécimo: Que en cuanto al tema de la agravante considerada al momento de aplicar la multa a la requerida, según el fundamento cuadragésimo segundo del fallo, cabe concluir que a la fecha el artículo 26 del Decreto Ley N° 2.757 no tiene aplicación, por cuanto tal como se asevera en el considerando sexto de la misma sentencia, esa disposición estipulaba como agravante de la antigua responsabilidad penal por atentados a la libre competencia, el hecho que fuera una asociación gremial quien los cometiera. En base a ello, al número de asociados de la requerida, la entidad del mercado en el que se desenvuelven, el tramo del recorrido donde se generó en definitiva la conducta reprochada, permiten a esta Corte reducir el monto de la multa impuesta a la requerida, lo que no significa en modo alguno menguar el reproche de que ha sido objeto y que justifica su sanción”⁴⁹.

D) SANCIÓN DE DISOLUCIÓN DE UNA ASOCIACIÓN GREMIAL

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 26 del DL 211 de Defensa de la Libre Competencia, en su letra b, es posible sancionar a las personas jurídicas consideradas culpables de realizar actos contrarios a la libre competencia mediante:

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ SCS, “FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros”, (2009): Rol 1856-2009.

“b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior”.

De tal manera, resulta posible eliminar del sistema jurídico a cualquier organización que se instrumentalice para la comisión de ilícitos de libre competencia. Con todo, esta sanción no es aplicable en todos los casos, sino que dependerá de la aplicabilidad de medidas pro competitivas que permitan asegurar que no se afectará la libre competencia en el futuro, como se indicó por el TDCL al determinar en su considerando:

“Nonagésimo segundo. Que, respecto de las sanciones solicitadas para la AGETV, este Tribunal rechazará la solicitud de disolución de la misma, toda vez que las medidas procompetitivas a las que se comprometió con la Fiscalía –en particular el programa de cumplimiento y la adecuación de sus estatutos a la guía sobre asociaciones gremiales de dicha entidad–, a juicio de este Tribunal, ayudarán a evitar futuras conductas anticompetitivas que pudiesen ocurrir en su interior”⁵⁰.

Por el contrario, en aquellos casos considerados lo suficientemente graves, como el caso FNE contra Avícola Agrosuper y otros, el TDLC determinó en su considerando:

“Tricentésimo sexagésimo. Que considerando la extensión y gravedad de las conductas desarrolladas por la APA y acreditadas en autos, este Tribunal estima que la sanción idónea es ordenar la disolución de dicha persona jurídica. La circunstancia de que la APA cumpla con funciones gremiales legítimas, de apoyo a la actividad del sector, no obsta a la gravedad de sus conductas. En cualquier caso, esta sanción no restringe el derecho de las Empresas Avícolas Requeridas a constituir o participar en asociaciones gremiales en el futuro, cumpliendo con las normas sobre defensa de la libre competencia”⁵¹.

6. Conclusiones

El problema de la pérdida de legitimidad que afecta a las asociaciones gremiales no se limita a aquellas organizaciones que comparten caracte-

⁵⁰ TDLC, “FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros”, (2014): Rol C-244-12.

⁵¹ TDLC, “FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros”, Rol C-236-11.

rísticas base, sino que a cualquiera con la que muestren ciertas similitudes, afectando a un número mayor de entidades asociativas⁵², en la medida que vayan apareciendo casos de comportamientos inadecuados entre ellas.

En el caso de las asociaciones gremiales, basta que se relacione a alguno de los miembros de ellas con casos de colusión para que la pérdida de imagen por el comportamiento desviado afecte al resto del grupo, por ser parte del mismo segmento del mercado, o por haberse desarrollado actividades en conjunto con un agente que fue encontrado culpable por la autoridad en comportamientos contrarios a la libre competencia, afectando a todos los miembros del mercado, no sólo a quienes se encuentran agrupados dentro de su gremio.

Por tanto, resulta relevante estudiar la forma de toma de decisiones que se aplica a las asociaciones gremiales, y su potencialidad de afectar al mercado en el que se desenvuelven, de tal manera de dotar al regulador de las herramientas necesarias para prevenir su instrumentalización en actuaciones poco competitivas.

Asimismo, resulta de suyo relevante la revisión de aquellas diferencias en el poder negociador que han generado incentivos para el despliegue de acciones colusorias en mercados de profesiones liberales, justificando una mayor regulación que permita proteger a los prestadores efectivos de servicios de salud de aquellas sociedades que los intermedian, afectando tanto a médicos como consumidores.

Bibliografía

- ALGER, Ingela, Ching-to Albert, MA, "Moral hazard, insurance, and some collusion", en *Journal of economic behavior & organization*, vol. 50, N° 2, 2003, pp. 225-247.
- BURGOON, Jude, LE POIRE, Beth, "Effects of communication expectancies, actual communication, and expectancy disconfirmation on evaluations of communicators and their communication behavior", en *Human communication research*, vol. 20, N° 1, 1993, pp. 67-96.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor, *Derecho de los títulos mercantiles*, Tratado de Derecho Mercantil, Ciudad de México, Porrúa, 2011.
- CLARK, Robert, HOUDE, Jean-François, "Collusion with asymmetric retailers: Evidence from a gasoline price-fixing case", en *American Economic Journal: Microeconomics*, vol. 5, N° 3, 2013, pp. 97-123.
- FONSECA, Miguel, NORMANN, Hans-Theo, "Endogenous cartel formation: Expe-

⁵² JONSSON, GREVE, & FUJIWARA-GREVE, "Undeserved Loss...", *op. cit.*

- rimental evidence”, en *Economics Letters*, 2014, vol. 125, N° 2, pp. 223-225.
- GENESOVE, Dave, MULLIN, Wallace, “Rules, communication and collusion: narrative evidence from the sugar institute case”, en *American Economic Review*, 2001, pp. 379-398.
- GONZÁLEZ TISSINETTI, Aldo, *Prácticas Colusivas*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, La Libre competencia en el Chile del Bicentenario, Santiago, Editorial Thomson and Reuters, 2011.
- HAVIGHURST, Clark, “Antitrust Enforcement in the Medical Services Industry: What Does It All Mean?”, en “*The Milbank Memorial Fund Quarterly. Health and Society*, 1980, vol. 58, pp. 89-124.
- HAVIGHURST, Clark, “Health Planning for Deregulation: Implementing the 1979 Amendments”, en *Law and Contemporary Problems*, 1981, vol. 44, N° 1, pp. 33-76.
- JONSSON, Stefan, GREVE, Henrich, FUJIWARA-GREVE, Takako, “Undeserved Loss: The Spread of Legitimacy Loss to Innocent Organizations in Response to Reported Corporate Deviance”, en *Administrative Science Quarterly*, 2009, vol. 54, N° 2, pp. 195-228.
- KAYSEN, Carl, “Collusion Under the Sherman Act 1”, en *The Quarterly Journal of Economics*, 1951, vol. 65, N° 2, pp. 263-270.
- KHANNA, Tarun, GULAT, Ranjay, NOHRIA, Nitin, “The dynamics of learning alliances: Competition, cooperation, and relative scope” en *Strategic management journal*, 1998, vol. 19, N°3, pp. 193-210.
- NIEMANN, Maike, SCHILLER, Jorg, “Moral hazard, insurance and some collusion: A comment on Alger and Ma” en *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2006, vol. 60, pp. 276-277.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel, *Las sociedades cooperativas. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, Madrid, Marcial Pons, 2005, vol. I.
- PETRIKAITÉ, Vaiva, “Collusion with costly consumer search”, en *International Journal of Industrial Organization*, 2016, vol. 44, pp. 1-10.
- POLLARD, Michael, “Services, The Essential Role of Antitrust in a Competitive Market for Health”, en *The Milbank Memorial Fund Quarterly. Health and Society*, 1981, vol. 59, N°2, pp. 256-268.
- ROUX, Catherine, THONI, Christian, “Collusion among many firms: the disciplinary power of targeted punishment”, en *Université de Lausanne, Faculté des HEC, DEEP*, 2013, pp. 1-25.
- RUSSO, Michael, “Institutions, Exchange Relations, and the Emergence of New Fields: Regulatory Policies and Independent Power Production in America, 1978-1992” en *Administrative Science Quarterly*, 2001, pp. 57-86 .
- SMALL, Albion, “The Scope of Sociology. VI. Some Incidents of Association”, en *American Journal of Sociology*, 1900, p. 324-380.
- STIGLER, Geroge, “A theory of oligopoly”, en *Journal of Political Economy*, 1972, vol. 72, N° 1, pp. 44-61.

TSAL, Wenpin, "Social structure of "coopetition" within a multiunit organization: Coordination, competition, and intraorganizational knowledge sharing", en *Organization science*, 2002, vol. 13, N° 2, pp. 179-190.

JURISPRUDENCIA

SCS, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A y otros" (2015): Rol 27181-2014, 29 de octubre de 2015.

SCS, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros" (2009): Rol 1856-2009, 25 de junio de 2009.

TDLC, "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros" (2014): Rol C-236-11, 25 de septiembre de 2014.

TDLC, "FNE contra AM Patagonia S.A y otros" (2008): Rol C-121-06, 2 de septiembre de 2008.

TDLC, "FNE contra Asociación Gremial de Buses Interbus y otros" (2009): Rol C-140-07, 22 de enero de 2009.

TDLC, "FNE contra Asociación Gremial de Dueños de Mini Buses Agmital" (2010): Rol C-191-09, 11 de agosto de 2010.

TDLC, "FNE contra Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros" (2015): Rol C-265-13, 1 de abril de 2015.

ACERCA DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DEL ESTADO

ABOUT THE VALIDITY OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN ECONOMIC ACTIVITIES IN THE STATE

*Elio Segovia Olave**

Resumen

En el presente trabajo el autor se introduce en el debate acerca de la vigencia del Principio de Subsidiariedad en la actividad del Estado Empresario en el art. 19 N° 21 de la Constitución, aquí presenta por un lado a las posturas que lo afirman y por otro lado los argumentos con que lo niegan, en seguida cuestiona ambas opiniones tratando de presentar una propia, para finalmente buscar solucionar el problema de fondo proponiendo una interpretación al texto señalado y manifestar su apreciación acerca del debate.

Palabras clave: Principio de Subsidiariedad, Estado Empresario, Orden Público Económico, Derecho Constitucional.

Abstract

In this paper, the author enters the debate about the validity of the Principle of Subsidiarity in the Business State Activity in the art. 19 No. 21 of the Constitution. Here presents on one hand the positions that claim it and on the other hand the arguments that deny it, then questions both opinions trying to present their own, to finally seek to solve the underlying problem proposing an interpretation of the text indicated and express their appreciation about the debate.

Key words: Principle of Subsidiarity, Business State, Economic Public Order, Constitutional Right.

* Licenciado en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad Arturo Prat. Artículo recibido el 23 de enero de 2016 y aceptado para su publicación el 27 de febrero de 2017. Correo electrónico: elio.segovia@outlook.com

Introducción

La clásica distinción de los poderes o funciones del Estado, ejecutivo, judicial y legislador, es un tópico bastante asumido por la mayoría de los estudiosos del derecho público. Dicho lo anterior, pretendemos aquí dejar en claro que se trata de las actividades aceptadas como naturales, necesarias o propias de los Estados, y que *a contrario sensu* existen otras actividades, las que sin ser de su naturaleza, éste vendrá en ciertas ocasiones a tener que realizarlas. De esta manera damos introducción al concepto de lo que es la subsidiariedad del Estado, y con ello del Principio de Subsidiariedad. En ese sentido debemos precisar qué se entiende por el mismo y como es que viene a ser parte de y a regir la actividad estatal. Para tales efectos seguiremos a la doctrina clásica de la subsidiariedad, prolijamente expuesta por Eduardo Soto Kloss¹, en tanto y en cuanto el respectivo principio da cuenta de la ordenación de la comunidad, siendo de tal manera que el hombre naturalmente social viene a erigir comunidades desde la más básica y fundamental que es la familia, hasta la más compleja y última que viene a ser el Estado, de ello entendemos que las agrupaciones que se encuentran entre las familias y el Estado son los llamados grupos intermedios, y que todas éstas y en conjunto forman una jerarquía social que es funcional acerca de su modo de acción, en ese sentido el Estado tendría que encontrarse en la cúspide de la mencionada jerarquía, y por ello tendrá que actuar solo cuando sea necesario. Eso es la subsidiariedad del Estado, y como el propio término refiere, es algo que va en auxilio o en ayuda, y el Estado, que no sería más que un medio, debe proveer de esa ayuda para cuando esta fuere necesaria, pero solo cuando fuere necesaria y respetando como limitación a la autonomía e independencia de los grupos intermedios que lo separan de la persona; en términos definitivos el citado autor conceptualiza el Principio de Subsidiariedad de la siguiente manera:

“...es aquel en cuya virtud la asociación ‘mayor’ ha de acudir en auxilio, en ayuda, como refuerzo de aquella ‘menor’, para sostenerla y permitir que realice su actividad propia y específica, si en determinado momento se encuentra en dificultades para desarrollarla, y llevar a cabo de manera eficiente, sin sobresaltos ni peligros de extinción o desaparición de la trama social”.

Cabe ahora referirnos acerca del principio y su oportunidad respecto de la economía de un país. A su propósito vale precisar el contexto del

¹ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo, temas fundamentales*, pp. 109-132.

derecho y la actividad económica, en esto nos referimos al OPE, siendo éste entendido como el conjunto de normas y principios de derecho público que existen en un país y que representando sus valores vendrán a regir las relaciones económicas, o de otra manera a la forma en que los grupos detentadores del poder del Estado van a reglamentar su economía conforme a su propio pensamiento². Respecto de cómo un Estado va a intervenir en la economía, constatamos que existen para ello dos vías de hacerse partícipe de las relaciones económicas de la Nación, la principal es aquella en que despliega su poder regulador a través de normas jurídicas en la materia, y por otro lado la participación directa como un actor más de los mercados o un agente económico, sea esto como un productor o un comercializador de bienes y servicios. De todas maneras en ambos sentidos el Principio de Subsidiariedad vendrá a ordenar y racionalizar la actividad del Estado y a guiar su poder normativo en la economía, para que así éste vaya dirigido solo a suplir y en ayuda de los particulares cuando éstos lo requieran, mientras les permita actuar por sí mismos. Con todo, su mayor importancia la adquiere en la actividad económica del Estado, es decir, cuando actúe como un agente de los mercados en lo que se conoce como el Estado Empresario, el que conforme a la aplicación del señalado principio solo debiera desplegarse cuando la sociedad no pueda darse la satisfacción de sus propias necesidades y requiera de la ayuda y suplencia estatal.

Aun dicho lo anterior, sobre el Estado Empresario en Chile, ha surgido la discusión acerca de si realmente se encontraría esta actividad o no regida por el Principio de Subsidiariedad. Previo a entrar en el debate consignamos que el Estado Empresario posee su propia regulación constitucional, la que será enunciada brevemente a continuación.

Regulación del Estado Empresario en Chile

Aclarados los conceptos sobre el Principio de Subsidiariedad y el Estado Empresario, la discusión de que trata el presente trabajo nos lleva a ahondar en su regulación constitucional, siendo la misma por la cual presentaremos el debate doctrinario a propósito de la validez del mencionado principio.

Específicamente la actividad empresarial o económica del Estado se encuentra contenida en el art. 19 N° 21, inc. 2°, el que señala:

² Esteban PEREIRA FREDES, "Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización", pp. 157-171.

“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas solo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

El texto transcrito y sometido a una somera lectura nada nos informa acerca del Principio de Subsidiaridad, ni menos por supuesto a que la actividad empresarial del Estado se encuentre determinada por el mismo, en su lugar coloca algunas exigencias específicas como la aprobación mediante ley de quórum calificado, por eso hasta aquí parece ser más una excepción al Principio de la Subsidiariedad del Estado, de tal forma que esta materia se encontraría regida por otros principios y/o normas. Aun con todo ello y basados en distintos argumentos se ha insistido en la vigencia de este principio, situación que será detallada en el siguiente apartado, pero antes, y en forma breve, revisaremos la historia de la existencia de este texto, y de por qué se omitió la alusión al principio.

En cuanto a la historia del establecimiento de la citada norma, corresponde dejar en claro que fue en el contexto de grandes cambios institucionales que ocurrieron en el país. Bien conocida nos resulta la situación de 1973, el grave quiebre institucional que llevó al gobierno a ser derrocado, pues el mismo no solo sobrepasaba la legalidad, sino que bajo su visión en extremo estatista y dirigista intentó subsumir todas las actividades sociales bajo su control e ideología, entre ellas, por supuesto, las actividades económicas, lo que mantuvo sumido al país en una profunda crisis económica y social con altas tasas de inflación, desempleo y escasez³. Al paso de lo anterior le sobrellevó un gobierno militar que accedió al poder tras derrocar al primero, de esta manera fue que se produjeron nuevos y profundos cambios institucionales en la estructura estatal de la Nación, así y de una forma casi dialéctica este gobierno militar tomó una posición diametralmente opuesta sobre la función del Estado en la sociedad, de tal manera que estos cambios institucionales fueron tendientes a reducir a la más mínima expresión la acción del Estado. Con respecto a lo anterior cabe mencionar al menos tres hitos de este proceso, en primer lugar la declaración de principios del gobierno en que se mantiene adhesión al Principio de Subsidiariedad y que-

³ Véase detalladamente la situación política y económica en Mauricio SCHIAPPACASE, Ernesto MEDALLA, FRANCISCO SÁNCHEZ, *Allende y Pinochet. Las verdades olvidadas*.

da en igual posición frente a otras categorías, como la libertad económica; seguidamente la frondosa legislación que dictó el gobierno en ejercicio del poder legislativo, particularmente aquella que versó sobre materias económicas y que se mantuvo ceñida a una doctrina de libertad económica y de emprendimiento junto al retiro de la acción estatal⁴. Finalmente la dictación de una nueva Constitución, la que se encomendó a cargo de un grupo selecto de juristas, quienes efectivamente discutieron sobre la conveniencia de introducir al Principio de Subsidiariedad como orientador de la actividad económica, de ellos particularmente Jaime Guzmán fue quien promovió la inclusión del principio como parte del contenido económico del texto y que encabezara un capítulo especial sobre el asunto, sin embargo su idea fue rechazada por considerarse que haría del texto en que trabajaban una “constitución doctrinaria”, objeción que tuvo acogida y por lo que se omitió cualquier referencia expresa del mismo, de tal manera que pasando por los trámites sucesivos terminó con la configuración que tiene hoy⁵. Mención aparte requiere la orientación filosófica, política y hasta económica de quienes llevaron a cabo estos cambios desde el gobierno, así vale dejar en claro que se encontraban imbuidos por el pensamiento económico de la Escuela de Chicago, y que al propio Jaime Guzmán se le señala el haber sido su portavoz en los trámites constitucionales⁶.

Con el antecedente expuesto, el contenido de la Carta Fundamental generó de todas maneras una gran polémica acerca de la procedencia del Principio de Subsidiariedad en la actividad económica del Estado.

Discusión actual acerca de la vigencia del Principio de Subsidiariedad en el derecho constitucional económico chileno.

A propósito del texto citado surgieron distintas interpretaciones y posturas, siendo así que desde un comienzo y en el propio gobierno se intentó

⁴ Véase aquí una explicación de la obra legislativa de a comienzos del gobierno militar, y de su inclinación por principios de la libertad económica y libre iniciativa privada: Gustavo FIAMMA, “Los principios generales que conforman el actual ordenamiento jurídico público chileno”, también el texto de Rolf Lüders en que se refiere acerca de la aplicación de la economía neoclásica y el Principio de Subsidiariedad en el nuevo orden institucional, Rolf LÜDERS, “El modelo económico chileno y la subsidiariedad”.

⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la ley “Artículo 19 N° 21 de la Constitución”*.

⁶ Renato CRISTI, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, p. 12.

rectificar la omisión al Principio de Subsidiaridad integrándolo mediante una ley interpretativa, situación que no prosperó. Con el pesar del señalado antecedente, varios juristas aun insistieron en la validez del principio y su pertinencia sobre el citado artículo, a estos autores y sus posturas los clasificamos en las categorías que incluyen a las doctrinas o teorías positivas, debido a que sostienen este concepto, y a su turno como posturas negativas a quienes dan rechazo al discutido principio y que presentamos respectivamente en lo que viene del texto.

1. TEORÍAS POSITIVAS

Sustentadas en la historia fidedigna de la norma y en los fundamentos teóricos del mismo principio, surgen las teorías que llamamos positivas, éstas vienen a aplicar el Principio de Subsidiariedad al realizar su interpretación del art. 19 N° 21, relacionando este a otros artículos de la Constitución. Para entrar a su análisis procederemos a subclasificar esta vez sobre la base de un punto mayor, y que se refiere a las posturas que existen acerca del OPE, debido a que para quienes afirman la vigencia del Principio de Subsidiariedad el mismo viene a ser un elemento fundamental, típica y característicamente perteneciente a él⁷, por lo cual resulta necesario para su comprensión y aplicación. Junto a lo anterior constatamos que en la historia del derecho constitucional económico, originalmente estas posturas se clasificaron en dos, siendo la noción funcional y la noción material del OPE, las que subsistían antes de la Constitución de 1980, y luego a propósito de esta misma se formuló el tercer estadio del concepto, la noción situacional⁸. Respecto de las posturas indicadas solo nos referiremos a las dos últimas, puesto que la concepción funcional del OPE es anterior a la actual Constitución, por lo que no es de importancia para el presente estudio.

a) Tesis Materiales

El segundo estado en la evolución de las teorías sobre el OPE, lo constituyen aquellas denominadas tesis materiales, siendo que éstas, para el presente trabajo, envuelven una real importancia por haber sido una gran influencia en la jurisprudencia nacional, y ser objeto de muchas críticas de parte de nuevas posturas sobre el OPE. Para esta línea lo relevante es

⁷ Juan GARCÍA AGUILERA, *La Libertad Económica en la Constitución Política de 1980*, p. 25.

⁸ Miguel SCHÜRMAN, "Orden Público Económico y Principio de Subsidiariedad, argumentos para una crítica"; Víctor Manuel AVILÉS, *Orden Público Económico y Derecho Penal*, pp. 194-211 y Juan Pablo TORRILLO, "Orden público económico y constitución económica".

el contenido del OPE, de tal forma que en él se pueden encontrar componentes de diversa jerarquía normativa, y por ello es observado como una especificación dentro del Orden Público general del derecho, en el que vendrían a entrar tanto elementos de derecho público como privado⁹. El principal exponente de esta postura es José Luis Cea, quien aparece recurrentemente citado tanto por otros estudiosos (*u. gr.*: Zavala y Morales¹⁰; Verdugo, Pfeffer y Nogueira¹¹), como por la propia jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia (que en general han adoptado su visión del OPE¹²); para él, este OPE se trataría de una novedad de la Constitución, y lo conceptualiza como

“El conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla de acuerdo con los valores de la sociedad nacional articulados en la Constitución”,

además le observa varios elementos, como lo serían la organización económica del país, sobre los cuales deberá moverse la ley, asimismo que una de sus disposiciones que se presenta en la Constitución es la Libertad de Emprendimiento del art. 19 N° 21, y por último que la definición alude a la regulación económica, en el sentido de que regular significa

“dictar normas que permitan o hagan posible el ejercicio libre y ordenado del derecho... no es sinónimo de impedir ni de prohibir el ejercicio de los atributos públicos subjetivos”,

y será por ello que ésta se ejercitará mediante la Ley y la Constitución¹³. En cuanto al Principio de Subsidiariedad, a él se refiere a propósito del art. 1° , específicamente al inciso 3, en lo que al hablar sobre la sociedad y los grupos intermedios indica que

“...en torno a tales grupos se articula uno de los principios matrices de la Constitución... (El Principio de Subsidiariedad) de iniciativa y labor pública correlativo al principio de prioridad del no Estado, o Sociedad Civil, incluyendo a los grupos y personas”¹⁴.

⁹ AVILÉS, *op. cit.*, pp. 203-205.

¹⁰ José Luis ZAVALA ORTÍZ y Joaquín MORALES GODOY, *Derecho Económico*, pp. 20-24.

¹¹ Mario VERDUGO, Emilio PFEFFER y Humberto NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, pp. 296-300.

¹² Enrique NAVARRO, “El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial”, pp. 99-119; y Juan GARCÍA, *op. cit.*, p. 30.

¹³ José Luis CEA, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo 2, pp. 501-508.

¹⁴ *Ibid.* tomo 1, pp. 177-181.

Mientras que sobre la interpretación del art. 19 N° 21 indica que este contiene el Derecho a Desarrollar Actividades Empresariales, y “Se trata de uno de los atributos públicos subjetivos definitorios del Orden Público Económico”, asimismo manifiesta la importancia de relacionar éste con el artículo anteriormente ya mencionado, específicamente con sus incisos 1°; 3°; 4° y 5°; a su respecto señala que al estar el derecho de los privados a realizar actividades económicas contenido en el primer inciso del artículo 19 N° 21, goza el sector privado de una prioridad constitucional sobre la actividad económica del Estado, puesto que éste, el Estado Empresario, queda desplazado al inciso siguiente, otorgándole el carácter manifestamente subsidiario, y con todo ello también queda desplazado a un segundo plano el Estado como regulador de la actividad económica¹⁵.

b) Tesis Situacionales

Como última categoría de posturas en esta clasificación nos encontramos con las tesis llamadas situacionales, estas contienen como piedra angular el concepto de Orden, el que es concebido como una situación concreta dentro de los fenómenos sociales y que como tal viene a perseguir los fines comunes de la sociedad¹⁶. Específicamente aquí nos referiremos a la posición de Arturo Fermandois, ya que es reconocido por la crítica como el representante de la postura más fuerte que da sustento al principio en cuestión¹⁷. Fermandois, imbuido en un enfoque de carácter “libertario” del Derecho Constitucional Económico, busca otorgar una nueva concepción de OPE en la que se realce la importancia de las garantías constitucionales de carácter económico, con ello se aleja de concepciones más tradicionales y consideradas por él como apegadas a visiones reguladoras, planificadoras y “afrancesadas”; de esta manera señala que

“no es admisible que el OPE sea una idea neutra, meramente funcional desligada de las opciones libertarias y subsidiarias de nuestra institucionalidad”,

así lo concibe como

“...el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidia-

¹⁵ *Ibid*, tomo 2, pp. 525-533.

¹⁶ Víctor Manuel AVILÉS, *op. cit.*, pp. 188-189.

¹⁷ SCHÜRMANN, *op. cit.*

rio, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”¹⁸.

Es en este contexto que el Principio de Subsidiariedad se erige como un elemento central de su concepción de OPE¹⁹, y con ello además recibe el carácter de ser un principio rector del orden social, de esta manera Fernandois pretende enlazarse a una filosofía iusnaturalista que descansa en la primacía del hombre por sobre el Estado, con lo que se entronca a toda la tradición católica de su doctrina social, y que reconoce como la redescubridora de esta concepción²⁰, siendo así que recoge la definición de subsidiariedad de la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI, la que expresa que:

“Como no es lícito quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar con sus propias fuerzas o industrias para confiarlo a la comunidad, de la misma manera es injusto... entregar a una sociedad mayor y más elevada aquellas cosas que las comunidades menores o inferiores pueden hacer”,

y manifiesta:

“Esta simple frase envuelve una completa concepción filosófica que irradia su influencia sobre el poder estatal y las garantías constitucionales de nuestra Magna Carta de 1980”²¹.

Es por todo ello que para la realización de una actividad por parte del Estado, naturalmente correspondiente al individuo, Fernandois identifica la existencia de ciertos requisitos que deberá cumplir para entrar a efectuar la referida actividad, éstos son:

- i) Que se trate de fines individuales que sean consecuentes con el Bien Común.
- ii) Que los particulares no estén logrando adecuadamente esos fines o derechamente estén inexistentes en dicho ámbito, y
- iii) Que el Estado haya agotado todos los medios posibles para que los particulares asuman esos espacios.

Asimismo señala que el Estado, ya en esa posición y una vez cumplidos los antedichos requisitos, viene a adquirir como obligaciones, el

¹⁸ Arturo FERNANDOIS, *Derecho Constitucional Económico*, pp. 71-74.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, pp. 24-25.

²¹ *Ibid.*, p. 89.

desempeñar la actividad subsidiariamente tendiendo a que los particulares deban asumirla; y una vez que se cumpla, se retire para permitir que estos particulares actúen en su natural espacio²².

De esta manera y a propósito de la interpretación del artículo 19 N° 21 inciso 2°, el autor señala que este les confiere a las personas una doble garantía; que el Estado no actúe y otra que si actúa, sea siempre en la medida que el Principio de Subsidiariedad lo requiera. Así con respecto a la primera garantía él identifica la existencia de 5 “subgarantías”, las que se erigen en la forma de cada uno de los imperativos de requisito que impone el constituyente para dar paso a la actividad económica del Estado (ley, quórum calificado, especialidad del negocio, sometimiento a la legislación común y que las excepciones a esta última consten en la ley habilitante); esta interpretación implica analizar la mencionada norma desde un enfoque del individuo, puesto que es él quien tiene la preferencia constitucional para actuar, por ello Fermandois indaga en la razón de que el individuo tenga esta preferencia para llevar a cabo actividades económicas, y de que el Estado Empresario se encuentre reservado solo para cuando el ya mencionado principio lo exija, la respuesta la busca a través de puntos filosóficos, históricos y de texto. Desde una perspectiva histórica se remite a la discusión de los comisionados, quienes dejaron en claro que el Estado no puede ejercer la garantía contenida en el inciso primero de este numeral; con respecto al vocablo “solo”, Fermandois explica que es por esto que la regla general no es el Estado Empresario, sino la actividad empresarial del particular, puesto que el primero requiere satisfacer de la exigencia que aparece luego del referido término. Con respecto a los imperativos de requisitos que da el constituyente al Estado Empresario él los califica como “formales”, siendo el requisito sustantivo para este el Principio de Subsidiariedad, el que por no encontrarse expreso puede ser correcta o incorrectamente apreciado por los legisladores, sobre ello Fermandois manifiesta que

“La autorización legislativa en cada caso para el Estado Empresario, es la única forma de armonizar el N° 21 con el genuino rol subsidiario del Estado”²³.

2. TEORÍAS NEGATIVAS

Para exponer de las doctrinas que niegan la vigencia del Principio de Subsidiariedad, procedemos esta vez de forma distinta, así incluimos en

²² *Ibid.*, pp. 90-91.

²³ *Ibid.*, pp. 218-227.

una sección los argumentos con que se rechaza el Principio de Subsidiariedad, siempre con la debida referencia a los autores que los sostienen, y en una sección distinta iremos consignando las propuestas que dan para reemplazar el espacio que vendría a dejar la inexistencia del principio.

a) Razones con las que se esgrime rechazo
al Principio de Subsidiariedad

- i) La doctrina que le presta sustento se trataría de una ideologización del contenido del texto constitucional. La postura mencionada es sostenida por Pablo Ruiz-Tagle²⁴, para quién este “...no alcanza el nivel de un principio de derecho constitucional, sino una forma ideológica variable, sin un contenido claro...” por lo que termina por sustentar decisiones judiciales arbitrarias, puesto que finalmente son solo la extrapolación de una ideología y de posturas valorativas a un debate que debiera ser estrictamente jurídico²⁵.

Por otro lado y en similares términos, Miguel Schürmann²⁶ objeta las doctrinas positivas porque éstas vendrían a sustraer un debate político, al que se impone una visión de cierta ideología, legitimándola con el poder de un argumento de las ciencias jurídicas, a tal punto que llega a decir que:

“Lo que disimuladamente busca Fermandois, y todos los que interpretan el precepto constitucional de este modo, es captar la Constitución e interpretarla según su ideología política actuando como un agente político más, y no como jurista, intentando conseguir una protección adicional a su postura”.

También adhieren Vallejo y Pardow a este argumento, en el sentido de manifestar que el argumento *originalista* de presentar la opinión de los comisionados como razón suficiente para la sustentación del principio, sería algo que en cierto sentido revestiría caracteres mitológicos, ya que los presentan como si trataran de verdaderos héroes, con la sola finalidad de impregnar de su posición política al texto de la Constitución, y con ello lograr

²⁴ Renato CRISTI y Pablo RUIZ-TAGLE, *La República en Chile*, pp. 323-340.

²⁵ El trabajo citado corresponde a la obra que en coautoría redactó con quien se indica, sin embargo la postura aquí referida es solo del señalado, quién ya la venía trabajando en anteriores publicaciones y de las cuales es frecuentemente citado.

²⁶ SCHÜRMAN, *op. cit.*

que el Estado termine por ocuparse solo de los malos negocios, señalan los autores que “...la fórmula conservadora busca reestablecer doctrinariamente un principio constitucional de prevención del socialismo, al tenor del antiguo artículo 8° de la Constitución política de 1980”; conjuntamente ellos mismos esgrimen que el fundamento *originalista* les jugaría en contra a los que lo sostienen, debido a que el mismo principio fue ampliamente rechazado en varias partes de su historia²⁷.

- ii) El Principio de Subsidiariedad ha sido frecuente en distintas doctrinas, por lo que puede ser fácilmente usado por cualquier ideología, y conlleva a que interpretar alguna norma con éste sea poco preciso, idea a la que se adhiere principalmente Eduardo Niño Parada, al describir las variaciones que ha tenido el uso de este principio, habiendo sido parte de programas que actualmente pueden ser considerados como estatistas, y otros como abstencionistas²⁸.

Pablo Ruiz-Tagle aquí adhiere también cuando señala que el cuestionado principio es una “forma ideológica variable”.

- iii) Falta de justificación en la historia fidedigna de la disposición para con el cuestionado principio. Eduardo Niño Parada aquí se refiere al hecho de que este haya estado presente en los numerosos instrumentos del gobierno que dictó la actual Constitución, ante lo cual señala que

“...puede ser considerado como un principio importante del Gobierno Militar, pero no un principio fundamental del Estado consagrado en la Constitución...”,

y ello acentuado por la reticencia de los comisionados para su incorporación en el texto²⁹.

De la misma forma Vallejo y Pardow critican el señalado argumento *originalista*, en el sentido de que los defensores del Estado subsidiario presentan tanto problemas de coherencia como de legitimación, para argumentar sobre la historia del artículo, lo primero pues en la indicada existen más antecedentes para negar al señalado principio, ya que los comisionados terminaron por descartar las propuestas de su inclusión, y de la misma forma

²⁷ Rodrigo VALLEJO y Diego PARDOW, “Derribando mitos sobre el Estado Empresario”, pp. 135-156.

²⁸ Eduardo NIÑO PARADA, *La vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Actividad Empresarial del Estado*, pp. 7-39.

²⁹ *Ibid.* pp. 40-68.

señalan los autores, que de haber sido tan importante el apoyo que se le tuvo, por qué no lo incluyeron derechamente. Por otro lado, se cuestiona la legitimidad de esta técnica interpretativa, ya que el gobierno que designó a los comisionados carecía de justificación democrática³⁰.

- iv) Ausencia de legitimación expresa por parte del constituyente. Adhieren sobre esta base Miguel Schürmann, Vallejo y Pardow, pero principalmente Eduardo Niño Parada, al decir que a pesar de en la Constitución encontrarse una serie de elementos que son propios de la ontología del Principio de Subsidiariedad, “estas menciones aisladas no son suficientes para postular la aplicación constitucional del principio de subsidiariedad”, a juicio del mismo, un principio debe formar parte del todo orgánico del cuerpo de la Constitución, situación que en tal sentido no ocurre respecto del mencionado, ya que con las disposiciones con que se puede afirmar, también existen algunas con que se puede refutar su valía dentro del texto, en el sentido que le otorgan mayor autonomía al actuar del Estado³¹.

b) Propuestas de interpretación

- i) La disposición del artículo 19 N° 21 se trataría de una norma compleja, que contiene varios derechos de libertad e igualdad, pero en definitiva se trataría de un derecho fundamental. Tesis sostenida por Pablo Ruiz-Tagle³².
- ii) Interpretación conforme a los principios clásicos del constitucionalismo, como lo son los de libertad e igualdad, seguida principalmente por Schürmann³³, asimismo Niño y fundamentando que la aplicación del principio de igualdad significaría una garantía más eficiente para los particulares frente al Estado³⁴.

Vallejo y Pardow sostienen una postura algo diferente, pero ciertamente encuadrable bajo la temática de los principios constitucionales, al promover una lectura democrática del artículo, la que relacionan con el principio de legalidad, así sostienen que con la exigencia de ley de quórum calificado el constituyente

³⁰ VALLEJO y PARDOW, *op. cit.*

³¹ Eduardo NIÑO PARADA, *op. cit.*, pp. 68-70.

³² Renato CRISTI y Pablo RUIZ-TAGLE, *op. cit.*, pp. 323-340.

³³ SCHÜRMAN, *op. cit.*

³⁴ Eduardo NIÑO PARADA, *op. cit.*, pp. 68-70.

“...consagra las bases de un proceso modernizador del Estado empresario que, lejos de obligarlo a comprar los malos negocios, promueve una gestión eficiente de su actividad empresarial, evitando que esta sea utilizada para fines populistas, y por tanto, que distorsionen el correcto funcionamiento de los mercados”³⁵.

- iii) Aplicación de reglas de hermenéutica jurídica. Niño sostiene finalmente que la interpretación del contenido del artículo 19 N°21 requiere necesariamente el ejercicio de la aplicación de las mismas normas que sirven para explicar el contenido de las leyes³⁶.

Observaciones a la discusión

Como se constata, sobre la polémica reseñada se arguyen una serie de razones que resultan bastante apropiadas tanto para aceptar una postura como para defender la otra, es por ello que a partir de la presente sección nos introduciremos en el fondo de la cuestión debatida, de tal manera que en un primer momento procederemos a desglosar en un análisis propio las teorías negativas, específicamente acerca de los fundamentos en que se basan para rechazar al Principio de Subsidiariedad, y de esa manera presentarles nuestras observaciones y objeciones tendientes a perfeccionar la discusión, de esta manera tratando de soslayar los argumentos que desde nuestro punto de vista parecen innecesarios, contradictorios o de cualquier forma ineficaces, analizaremos si bajo las objeciones mantenidas aun las doctrinas positivas son capaces de resistir en sus postulados, y en consecuencia de lo anterior, verificaremos la posibilidad de mantener una observancia al Principio de Subsidiariedad; finalmente el trabajo será concluido con nuestra propuesta de cómo se debiera proceder a la aplicación del art. 19 N° 21 de la Constitución.

I.-ACERCA DE LA EFICACIA DE LAS TEORÍAS NEGATIVAS

- a) Con respecto a la crítica sobre la carga y los usos ideológicos de algunas posiciones en el debate, nos parece que esta es una objeción tan válida como a la vez fuerte, puesto que el derecho se realiza diariamente a través de los operadores jurídicos, abogados,

³⁵ VALLEJO y PARDOW, *op. cit.*

³⁶ Eduardo NIÑO PARADA, *op. cit.*, pp. 118-122.

jueces y juristas, quienes deben interpretar las normas conforme a un método científico y técnico propio de la ciencia del derecho, prescindiendo de sus posiciones personales e ideológicas, ello más aun cuando se trata de la aplicación de normas de derecho positivo. A pesar de lo señalado, este vicio sí se encontraría presente en las discusiones sobre el Principio de Subsidiariedad, así lo han consignado sus críticos, específicamente respecto de la proposición de Arturo Fermandois, quien vendría a incurrir en el presente defecto al buscar la reinterpretación del principio desde su óptica libertaria. Sobre ello y haciendo algunas precisiones particulares, diremos que a pesar de tratarse del adjetivo “libertario” de una voz de uso difundido en el medio, éste carece de un contenido y definición precisa que le sean de utilidad, ya que se asimila tanto a ideologías políticas de extrema izquierda como a doctrinas derechistas de corte liberal, aquí particularmente lo que se conoce como el liberalismo libertario, y que es esto último lo cual con mucha razón se le fustiga al autor a introducir desde la visión con que pretende interpretar, o sea aplicar una visión liberal-libertaria del Principio de Subsidiariedad, y que por ésta se restrinja al Estado Empresario creando una interpretación abstencionista, provocando que el Estado solo se ocupe de los malos negocios, de aquellos que no soportan las condiciones del mercado, o finalmente de ninguno. Esta objeción resulta también válida para enfrentarla a las mismas doctrinas negativas, tanto para su motivo de rechazo como su propuesta interpretativa, puesto que y reconociendo la imposibilidad de encontrar un debate que esté completamente libre de ideologizaciones, diremos que aquellas tendencias que pretenden encontrar opciones “democráticas” y “republicanas” (aquí nos referimos con especial atención a la propuesta de Pablo Ruiz-Tagle, quien se expresa en estos términos³⁷), no hacen sino lo mismo que le imputan a quienes tratan de vencer, y además de una forma manifiesta y evidente, ya que estos son conceptos que tienen una determinada orientación política, y que además el propio autor manifiesta durante el desarrollo de su obra. Frente a lo consignado decimos que si bien se trata de un argumento muy poderoso, en nuestra opinión no resulta serlo por completo, ya que parece más una conclusión, pues el fundamento de una crítica a las posturas sobre el Principio de Subsidiariedad debiera ser la falta de racionalidad

³⁷ RUIZ-TAGLE, *op. cit.*

que hay en la doctrina que lo sustenta, falta de racionalidad que quedara evidenciada por su flaqueza argumentativa, y que de ello resultare develada la motivación ideológica que existiría tras la proposición de de esta categoría jurídico-política. Finalmente y sobre este mismo punto es apreciable que el debate mismo crea una razón para deslegitimar tanto a una como a otra postura, por lo que recomendamos prescindir de él en pos de afirmaciones que sean más categóricas y seguras, ya que es imposible una discusión jurídica que se encuentre completamente al margen de ideologías y doctrinas políticas, y en este sentido los que critican no hacen más que atacar la ideología de unos desde la suya.

- b) Sobre el cuestionamiento basado en los usos que se le han dado al Principio de Subsidiariedad. Desde nuestra perspectiva pensamos que esta objeción en su contenido es correcta, así lo han demostrado las teorías negativas al evidenciar que el principio sirvió tanto para justificar interpretaciones intervencionistas como para restringir la actividad del Estado. Sin embargo, a pesar de lo anterior creemos que éste no pasa de ser un argumento débil, toda vez que se puede pensar que las lecturas que se han dado al Principio de Subsidiariedad no se tratarían más que de intentos de conocer e interpretar su verdadero sentido, y que legítimamente en su oportunidad quienes tuvieron la ocasión plantearon las respectivas como la alternativa correcta, o bien por otro lado podrían tratarse de interpretaciones maliciosas e ideológicas que habrían mediatizado este principio para introducir su propia visión política, aun así ninguna de estas posiciones sobre el principio tendrían por qué afectarlo, puesto que éste tendría su propia esencia y particularidad, la que no tiene por qué verse alterada por lo que digan los demás. Sobre este punto podemos afirmar que si bien existen distintas perspectivas de la subsidiariedad, la existencia de todas ellas y la disimilitud entre sí no es algo que sirva de causa para mermar o alterar su significado, en ese sentido queremos seguir a Pablo Ortuzar, quien señala que la subsidiariedad, tal como lo reconocen la mayoría de los autores, tiene una gran tradición que surge en la antigua Grecia y se desarrolla dentro del pensamiento católico, pero además de esta existen otras tradiciones de la misma, como por ejemplo una vinculada al protestantismo e incluso otra dentro del liberalismo, pero que a pesar de ser cada una de ellas visiones diferentes del principio, siempre estas múltiples entradas sobre la subsidiariedad mantienen el mismo núcleo central que se refiere

a la primacía de la persona, la solidaridad social y la evaluación concreta, entre otras cosas, las que en definitiva guardan directa relación y consecuencia con el carácter de supletoriedad que tienen las sociedades mayores sobre las menores y que es la esencia propia de este principio³⁸. Siguiendo esta línea recogimos el planteamiento de otros autores que nos advierten acerca de las implicancias de las distintas interpretaciones que se han aplicado a la subsidiariedad, en ese sentido Claudio Alvarado y Eduardo Galaz se refieren al desprestigio que ha tenido en Chile, y que se debería al falso concepto que existe tras de quienes dicen defenderla, pues estarían haciendo una aplicación antojadiza de la misma llamando subsidiariedad a algo que en realidad no lo es, situación que se habría producido al momento de introducir este concepto en la Constitución por parte de Jaime Guzmán, quien, como ya se dijo, habría intentado conciliar esta idea con las doctrinas liberales. Al respecto dicen los autores:

“Situarla en este escenario, además, ofrece nuevas luces con vistas a juzgar si la subsidiariedad efectivamente ha sido concebida y empleada de formas incompletas o incluso mañosas por partidarios y detractores. Si así fuera, confirmaríamos que aquello que este principio significaba originariamente no es lo mismo que suele entenderse por él en nuestro país y, en consecuencia, que nuestro debate al respecto muchas veces versa sobre un fantasma”³⁹,

en la referencia citada los autores dan cuenta del problema que existe en este debate y que consiste en la usanza dada al principio, pero asimismo dejan en claro que esta práctica a pesar de ser negativa tanto para el debate mismo como para el principio, no altera al mismo principio, y el error queda en los intérpretes y el discurso que surja de ellos. En el mismo sentido Hugo Eduardo Herrera habla del mal destino que ha tenido la subsidiariedad, en la manera que al introducirla en nuestro país la derecha realizó una interpretación parcial de ésta, con la que se alteró la esencia del principio, sustentado en un razonamiento propio de la guerra fría en que se temía la irrupción del marxismo como ideología totalitaria, y que buscaba limitar el accionar del Estado, con lo que resultó en que la interpretación abstencionista abrió

³⁸ Pablo ORTÚZAR MADRID, “Prólogo”.

³⁹ Claudio ALVARADO y Eduardo GALAZ, “Subsidiariedad y vida pública una mirada a los orígenes”, pp. 33-51.

el flanco para la problemática de la cual nos referimos aquí, en ese sentido señala:

“No solo en la derecha ha tenido la subsidiariedad mal destino. Si desde allí se lo interpreta parcialmente y se atiende preponderantemente a la faz que resulta, en último término funcional al neoliberalismo, a saber, la negativa, la crítica de la izquierda y la centro-izquierda hacia el principio asume la misma versión particularísima de él que empleó la derecha en la Guerra Fría y no admite en su comprensión las implicancias positivas que el principio incluye, si se lo admite de forma completa”,

continúa el autor en este interesante trabajo señalando:

“La condición, sin embargo, para extraer a la subsidiariedad de la discusión estéril en la que se encuentra y exhibir su potencial político-práctico es precisamente alejarla del significado parcial que se le atribuye tanto por sus partidarios como por sus detractores, dejar de entenderla como un ideal abstracto antiestatista y volverla a interpretar como un principio estructuralmente atado a la situación concreta”⁴⁰,

en definitiva el autor deja en claro que las discusiones sobre el principio de subsidiariedad en Chile se llevan de manera equívoca, y esto ocurre porque existe una versión parcializada del mismo, opinión en la que estamos completamente de acuerdo. Por otro lado también se ha dicho que el debate sobre el Principio de Subsidiariedad parece encontrarse arriba de arenas movedizas o ser un diálogo de sordos, tal así lo asevera Rodrigo Delaveau al decir que estas discusiones se realizan en torno a lo que unos entienden o quieren entender acerca del principio, existiendo sobre éste muy distintas visiones que le otorgan una naturaleza dual, y la pregunta debiera ser cuál de estas visiones es compatible con el contenido de la Constitución⁴¹. Por otra parte nos habla Martín Loo, diciendo que este principio posee un “polimorfismo axiológico”, el cual hay que reconocer para proceder a una correcta lectura del mismo, pero que su ideologización dificulta este trabajo⁴². Con los antecedentes consignados

⁴⁰ Hugo Eduardo HERRERA, “Notas preliminares para una lectura no-dogmática del principio de subsidiariedad”, pp. 97-112.

⁴¹ Rodrigo José DELAVEAU SWETT, “Subsidiariedad: dualidades olvidadas”, pp. 59-66.

⁴² Martín LOO GUTIÉRREZ, “La disciplina constitucional del principio de Subsidiariedad en Italia y Chile”, pp. 391-396.

queremos dejar en claro que en este estado de las cosas existe una polémica acerca del Principio de Subsidiariedad que se lleva bajo una visión inacabada o fragmentaria del mismo, ésta no se refiere al principio en su esencia, pues discuten sobre algo que no es la subsidiariedad o que solo lo es en parte, y lamentablemente de ello surgen críticas que intentan acabar con el principio. En nuestra opinión que existan estas visiones incompletas no será algo que le vaya a restar legitimidad o carcomer validez, pues el Principio de Subsidiariedad es una categoría jurídico-política que tiene su significado, y un debate en buen camino tendría que ir en la dirección de conocer su real sentido, y el hecho que no se desenvuelva de esta forma no puede servir de pretexto para intentar soslayarlo, tal así se podría hacer de cualquier cosa solo por la situación de que no se haya llevado en forma correcta. Queremos ilustrar lo dicho con una analogía respecto de otro gran principio del derecho político, el cual se podría criticar con la misma objeción, el de la democracia, ya que como sabemos a lo largo de la historia universal muchos regímenes de los más distintos colores políticos, inclusive algunos que ahora son considerados como dictatoriales o también totalitarios, han buscado cubrirse de legitimidad por medio del ideal de la democracia, por ejemplo la República Democrática Alemana, que en su nombre contenía el apelativo hacia este concepto, en la actualidad nadie podría afirmar seria y sinceramente que se trataba de un Estado verdaderamente democrático, aunque así se haya hecho llamar, pero este antecedente no ha servido para erigir críticas contra la democracia bajo la excusa de que se haya prestado para sustentar dictaduras o de que no tenga un contenido claro, sino que el mismo historial junto a otros muchos dan pie para cuestionarse qué tan democráticas son nuestras instituciones y gobiernos; cerrando la comparación, podemos decir que las antiguas visiones del Principio de Subsidiariedad nos deberían servir ahora para cuestionarnos qué tan fieles son sus interpretaciones recientes.

- c) Refiriéndonos ahora exclusivamente al razonamiento mediante la historia fidedigna del principio en los trámites constitucionales, diremos que las posturas de Eduardo Niño Parada y Vallejo y Pardow sobre esta base son fuertes, pues dejan en claro que la propia historia de la norma y del principio en la Constitución, no le son favorables a éste para sostenerle una visión afirmativa, con ello consideramos que el argumento es categórico, pero no definitivo para el debate constitucional, ni tampoco significa una

respuesta concluyente, por ello no tomaremos en forma decisiva esta crítica al momento de presentar nuestra postura, aunque sí sirve de orientación para generar una postura.

- d) Por último y en cuanto a la ausencia de mención expresa por el constituyente, corresponde señalar que para nosotros ésta es una crítica importantísima, ya que con ello las doctrinas negativas dejan en claro que se prefirió establecer otras normas para el asunto en lugar del cuestionado principio. Sin embargo no la tomaremos como un punto concluyente del cual se siga a descartar la importancia del principio, puesto que un principio es una fuente del derecho que existe en suplencia de las normas jurídicas.

2.-ACERCA DE LA FORTALEZA DE LAS TEORÍAS POSITIVAS PARA SOPORTAR LAS CRÍTICAS

Partiendo de la base de las objeciones ya señaladas junto a nuestras propias consideraciones, en este apartado procedemos a revisar las doctrinas positivas, independientemente una de otra, para luego sobre éstas y con respecto de cada crítica seleccionada, profundizar más en ellas y presentar nuestros propios cuestionamientos, con los cuales esbozar una postura final.

- a) Respecto de la concepción material del OPE, ante todo es preciso dejar en claro que su autor, para deducir el contenido del art. 19 N° 21, realiza una interpretación lógica, por ello se remite a las disposiciones de las bases de la institucionalidad que según él vendrían a afirmar la existencia del Principio de Subsidiariedad, asimismo deduce que al encontrarse la norma que faculta al Estado Empresario en el segundo inciso, le otorga el carácter de subsidiaria. Bajo nuestra perspectiva estas conclusiones, sin dejar de ser correctas, no son precisas y no logran interpretar propiamente la disposición que rige sobre el Estado Empresario, pues no se puede deducir una regla particular que nos indique cuando sí se puede emplear, o cómo se debiera aplicar en un caso concreto, aquí solo se limita a reconocer un principio de derecho constitucional, el que si bien, dice el mismo autor, serviría para la aplicación del contenido de la norma, este solo es un principio, y la norma tiene un contenido claro, que son las reglas que establece para la autorización del Estado Empresario. Bajo los términos señalados podemos decir que la postura de José Luis Cea es efectiva y acertada para reconocer la vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Constitución chilena, éste como un principio general del derecho constitucional, aun así creemos

que no tiene mayor fortaleza para la determinación del artículo señalado, más allá que en el sentido de que la aplicación de las reglas dadas por el constituyente serían la verdadera expresión del principio vigente en la actividad económica del Estado, y signifique su existencia, sin que pueda someterse la interpretación del señalado a otro parámetro distinto.

- b) Respecto de la postura situacional del OPE, nos parece evidente que esta tesis consiste en una proposición mucho más elaborada del asunto que va más allá de métodos puramente interpretativos, pues promueve directamente una relectura filosófica del contenido de la Constitución, particularmente de su materia económica. Desde nuestra perspectiva, y sin dejar de reconocer que constituye una legítima opción para interpretar el derecho constitucional, diremos que las críticas que se le presentan si bien son muy demoledoras, abren espacio en algunos casos a ciertas dudas y en otros a fortalecimientos de su teoría, resultando como necesario un pronunciamiento más acabado respecto de la misma sobre el cual intentar tomar una postura definitiva acerca del principio en el contenido de la citada norma.

Conforme a lo señalado, observamos que la tesis de Arturo Fermanois se ve seriamente deteriorada tanto por el argumento de texto como por la objeción basada en la historia de la génesis constitucional, pues como se dijo, no existe ninguna mención al principio, y además este mismo se desechó en la propia comisión constituyente, de lo cual fluye la decisión de los comisionados de rechazar el principio, o sea si no lo pusieron es porque no lo quisieron. A pesar de todo lo anterior él insiste sobre la valía del mismo, basado en su perspectiva libertaria de la primacía de la persona, sobre la cual nos pronunciamos particularmente y con especial énfasis a continuación.

La postura que acabamos de traer a colación en nuestra opinión no es adecuada para sostener este debate constitucional por varias razones, preponderantemente por la visión ideológica del autor, la que por cierto nos parece muy respetable, pero no adecuada para sustentar una interpretación del contenido de la Carta Magna, lo anterior lo presentamos agrupado en tres puntos principales que se refieren a los problemas que por esta razón presentaría dicha propuesta, siendo estos que el Principio de Subsidiariedad no puede ser objeto de una lectura de carácter liberal, que tampoco puede recibir una interpretación abstencionista y que esta interpretación choca con otros principios constitucionales, como el de solidaridad.

Con respecto a lo primero hemos dejado en claro que el principio posee su particular desarrollo y se adscribe a una tradición que en la his-

toria del pensamiento es directamente opuesta al liberalismo, ya que se trata de una institución de indesmentible origen escolástico, y que por ello forma parte del cuerpo central de la filosofía política que contiene la Doctrina Social de la Iglesia Católica; con todo y si bien es cierto existen también otras múltiples tradiciones que reclaman presencia sobre la subsidiaridad, y de entre las mismas existiendo inclusive una liberal de raíz hayekiana⁴³, la importante es a la que nos referimos, esto no solo por ser la históricamente más fuerte y que tenga más relevancia en nuestro país, sino que debido a ser ésta de la cual el autor analizado pretende adscribir su pensamiento. Con respecto a lo anterior, se dice que este enfoque liberal fue introducido al debate jurídico constitucional por el propio Jaime Guzmán, quien además se habría ocupado de fusionarla a la visión católica de la misma⁴⁴. Desde nuestra perspectiva esta fusión sería en verdad improcedente o imposible, por la incompatibilidad de ambas visiones, pues aquella que es liberal se basa en un supuesto orden espontáneo basado en la libre coordinación de los sujetos, negando la jerarquía natural que separa a los grupos intermedios del Estado⁴⁵, y de lo cual nace la interpretación abstencionista, limitando al Estado a tomar participación de las actividades de la comunidad política. Asimismo tampoco se condice con la raíz y génesis del principio, puesto que siendo un principio que dentro del pensamiento católico surgió bajo el alero de la cuestión social, orientado por el sentido obrerista propio de las enseñanzas de la iglesia de aquellos años⁴⁶, hoy se plantea nada más que como un límite al Estado con una marcada impronta individualista⁴⁷, y que tendría su origen en las ideologías posrevolucionarias⁴⁸, surgidas con la modernidad⁴⁹, lo que deja en evidencia lo forzoso que es vincular estas dos teorías. Además de lo anterior, esta aplicación liberal tiene efectos graves para cualquier discusión sobre el tema, pues complica la misma defensa del principio dando cabida a su permeabilidad con críticas como las consignadas con

⁴³ Véase: Pablo ORTÚZAR MADRID, *op. cit.*, y Daniel MANSUY HUERTA, “Liberalismo y política: la crítica de Aron a Hayek”.

⁴⁴ *Ibid.* Asimismo véase también el pensamiento de Renato Cristi, *op. cit.*

⁴⁵ Pablo ORTÚZAR MADRID, *op. cit.*, también los otros trabajos de la misma obra colectiva.

⁴⁶ Claudio ALVARADO y Eduardo GALAZ, *op. cit.*

⁴⁷ Daniel MANSUY HUERTA, *op. cit.*

⁴⁸ Claudio ALVARADO y Eduardo GALAZ, *op. cit.*

⁴⁹ Véase en ese sentido: Claudio ARQUEROS, “El principio de subsidiariedad, su sentido clásico y originario”, en que señala que en la modernidad en pos de secularismo se abandonó el pensamiento escolástico, y las ideologías del momento se encontraban dominadas principalmente por individualistas y despóticas, diferentes de la esencia clásica del Principio de Subsidiariedad.

anterioridad (carácter maleable e ideologización del principio), y por otro lado también favorece una aplicación abstencionista de la actividad estatal. Dicho lo anterior y antes de pasar al siguiente subpunto, queremos ser tajantes en señalar que desde la Doctrina Social, el Principio de Subsidiariedad si bien existe como una suerte de garantía de la libertad de la persona al tiempo que un límite al poder estatal, es también un regulador de la actividad particular o privada, y busca un equilibrio entre el poder y la persona misma, de ahí que se le entiende como parte de un gran Principio de Autoridad, y mediante el cual se reconoce la jerarquía natural de la sociedad, de esta manera se ha dicho del principio que:

“Tiene que existir una especie de balancín que amortigüe por un lado los impactos de la acción estatal, y por otro los desenfrenos de la libertad individual”⁵⁰,

de lo cual se entiende en forma inequívoca un rechazo a una visión abstencionista del Estado y liberal del principio, y que además llama directamente a un papel de carácter integrador, propio de la autoridad temporal como se ha entendido al Estado desde la doctrina católica.

La aplicación abstencionista del Principio de Subsidiariedad es solo la consecuencia de una visión de carácter liberal de la Constitución y de la función del Estado en la sociedad, y que además de complicar el debate genera problemas propios por la negativa del mismo Estado a actuar dentro de la comunidad política. Esta interpretación mediatizada que cree que proteger a la persona es obstaculizar la acción estatal en nuestra opinión es profundamente equívoca, pues como se ha dicho:

“La paradoja es que con esta aplicación ‘liberal’ del principio se daña no solo el interés general del país, sino el propio funcionamiento de la economía de mercado. Pues se ha visto que la combinación de subsidiariedad preponderantemente negativa y el severo resguardo de la propiedad individual ha permitido que el poder económico en Chile se vuelva oligopólico a tal punto que casi todo debemos comprarlo en cadenas; además, la ausencia de actores suficientes entorpece la sana competencia y vuelve mucho más fáciles la colusión y los abusos”⁵¹,

así esta interpretación negativa solamente abrió el flanco para críticos que son verdaderamente estatistas, y que señalan en este principio la causa de

⁵⁰ Julián Gil de SAGREDO, “El principio de subsidiariedad y los cuerpos intermedios”, pp. 63-76.

⁵¹ HERRERA, *op. cit.*

la inactividad estatal, y con ello de los grandes problemas económicos que actualmente afectan a la Nación, en ese sentido recogimos la opinión de Emilio Pfeffer y Felipe Lizama, quienes señalaron:

“...existe una suerte de ‘endoso constitucional’ sobre el principio de subsidiariedad, ante la supuesta ausencia de protección de los derechos sociales. Este ‘endoso’ consiste en que muchos otros problemas del país se atribuyen como causa a la consagración de la Constitución, y en especial del Principio de Subsidiariedad”⁵²,

por ello dejamos en claro que esta interpretación abstencionista impregnó en la imagen del principio ante el público como la justificación de las privatizaciones y las políticas llamadas como “neoliberales”, bajo esta impronta es que suele identificarse al principio, ya que se ha buscado aplicarlo desde una mirada restrictiva desde que se dictó la actual Constitución, tal como lo señaló el historiador Mario Góngora en su célebre ensayo, “...el principio verdaderamente operativo de la Declaración de Principios ha terminado por ser el Principio de Subsidiariedad”⁵³, refiriéndose a que de esta manera se buscó un sustento para las señaladas políticas neoliberales en el contexto del Gobierno Militar, dejando de lado al “Estado Modernizador”, que otrora llevaba una fuerte injerencia en los destinos de la comunidad y de la Nación⁵⁴. Por otro lado y como se dijo⁵⁵ la interpretación restrictiva de la acción estatal sigue una lógica anticomunista propia de la guerra fría, que ante cualquier indicio de actividad estatal da alarma de socialismo, con ello limita su actuar desde una perspectiva apriorística sin detenerse a debatir sobre la necesidad de su intervención, omitiéndose cualquier discusión pública, discusiones que son necesarias para practicar una verdadera y sincera aplicación del Principio de Subsidiariedad, siendo que éste por su naturaleza es flexible, y permite que el Estado actúe, no es una norma que le prohíba.

Finalmente en esta serie de subpuntos decimos que la interpretación que en este sentido se propone del Principio de Subsidiariedad lo coloca en directa oposición con otros principios constitucionales que son incompatibles con una visión liberal y abstencionista del mismo, aquí

⁵² Emilio PFEFFER y Felipe LIZAMA, “Estado social y bases de la institucionalidad en la Constitución de 1980”, pp. 119-130.

⁵³ Mario GÓNGORA, *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, pp. 296-298

⁵⁴ Bernardino BRAVO LIRA, “Del Estado Modernizador al Estado Subsidiario”, pp. 193-247.

⁵⁵ HERRERA, *op. cit.*

particularmente hacemos referencia directa al Principio de la Solidaridad. Como sabemos, nuestra Constitución contiene una serie de normas que conforman aquello que se conoce como el Estado social; el reconocimiento de los deberes del Estado y de los derechos sociales viene a ser parte del mismo, y éstos sí aparecen consignados en el texto de la Constitución. Ante lo dicho y como ya constatamos, la visión liberal de la subsidiariedad ha provocado que a este principio se le impute la falta de actividad del Estado y con esto la vulneración y falta a ciertos derechos sociales, y por lo cual se debe optar por el Principio de Solidaridad para solucionar este ausentismo estatal; sin embargo y como señalan Emilio Pfeffer y Felipe Lizama, no puede existir un “contrapunto” entre estos dos principios, categóricamente por el hecho de ser principios y no reglas, que deben ser ponderadas al caso y no ser vistas como abstracciones ni menos como reglas de aplicación cerrada, pero en lo que nos atañe, debido a la equívoca visión liberal e individualista del Principio de Subsidiariedad⁵⁶.

Por otro lado consideramos que el autor que criticamos en estas líneas comete un error de carácter metodológico, y que solo es consecuencia de su problema de fondo, aquí él intenta colocar una serie de reglas para facilitar la interpretación subsidiaria del artículo, lo que nos parece del todo improcedente, pues viene a rellenar con supuestas normas algo que el constituyente con su pluma ya determinó, de tal manera que con esto vendrá a infringir una vieja máxima de la hermenéutica jurídica, aquella que nos dice que: “donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir”, y en esta ocasión el intérprete sí pretende distinguir una serie de reglas donde no las hay, y esto solo es consecuencia de su visión ideológica, y que además solo sirven para pensar ex ante la no intervención del Estado sin analizar en caso concreto la viabilidad y procedencia de lo mismo.

3. ACERCA DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

En términos precisos este punto encierra la pregunta de: ¿se puede entender que rige el Principio de Subsidiariedad dentro de nuestra Constitución aun teniendo a la vista las objeciones aquí consignadas? Presentamos a título de hipótesis una respuesta afirmativa, y sustentamos bajo algunos presupuestos teóricos argumentos recogidos de la discusión en general, y con las propias observaciones que tuvimos la oportunidad de presentar.

Ante todo hacemos presente una característica general del derecho expuesta por Pablo Rodríguez Grez, la *plasticidad axiológica*, “Esto sig-

⁵⁶ PFEFFER y LIZAMA, *op. cit.*

nifica que el derecho, en general, realiza una multitud de valores⁵⁷, por ello siguiendo al mismo autor decimos que el proceso interpretativo debe buscar cuáles son los valores preferentes en una determinada norma⁵⁸, por ende al momento de realizar alguna interpretación extensiva, que involucre elementos hermenéuticos de distinto tipo, se debe entender que existe una gran variedad de valores (o en este caso principios, que son los que informan los valores), que pueden entrar en pugna unos con los otros, como el Principio de Subsidiariedad con otros principios constitucionales, como el de la democracia o la igualdad o el de la solidaridad, e intentar armonizar cada uno o diferenciar cuál es el indicado que deba regir para cada caso en concreto.

Asimismo, teniendo presente la idea de *sistema jurídico y núcleo dogmático*⁵⁹, puesto que ésta nos ayuda a conocer el contenido de una determinada parte del derecho, en este caso del derecho constitucional económico y sus límites con otras disciplinas, para con ello en forma práctica el jurista pueda interpretar sobre la base de la existencia (o inexistencia) del Principio de Subsidiariedad las normas que conforman el OPE, prestándole debida coherencia con el resto de las normas de esta rama del derecho.

Sobre la base de lo anterior no podemos sino ratificar una interpretación positiva del Principio de Subsidiariedad, principalmente en los términos señalados por José Luis Cea, básicamente por no verse determinado por las críticas de las posturas negativas, en razón de lo ya manifestado, pero fundamentalmente sobre la base de su argumentación. Esta interpretación lógica que él hace con las normas de las bases de la institucionalidad, por sí sola es bastante precisa para la conclusión, entender que el Estado es supletorio e instrumental y que la primacía la poseen las personas y grupos intermedios, es un valor que sí consideró el constituyente en su primer artículo, y que guarda consecuencia con la esencia del Principio de Subsidiariedad. Por otro lado también goza de sustento sobre los puntos que recientemente ya expusimos, puesto que por lo mismo y además de la historia jurisprudencial de que ha gozado, el Principio de Subsidiariedad puede ser considerado como un valor dentro del texto constitucional, que forma parte de las disciplinas tanto del Derecho constitucional, como del Derecho económico, por lo cual vendría a ser parte de su núcleo dogmático y una herramienta hermenéutica para su interpretación, este principio en efecto no es el único que marcará la

⁵⁷ Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *Teoría de la interpretación jurídica*, pp. 23-25.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Alejandro VERGARA BLANCO, *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo*, pp. 1-8.

delimitación y la presencia de las ramas del derecho enunciadas, por ende su aplicación deberá soportar una compatibilización, y quizá en algún momento su prescindencia, por la aplicación de otros principios jurídicos. Finalmente cabe señalar que éste es un principio, y por ello no tiene por qué verse excluido por la existencia de otros, así nos referimos en su momento tanto respecto de la democracia como de la solidaridad, ya que se trata de un principio, y los principios se aplican en forma gradual, es decir, que se pueden satisfacer en parte, a diferencia de las normas, que actúan en forma binaria, esto es, se cumple o no con la norma.

4. ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 19 N° 21

Visto que el Principio de Subsidiariedad es un valor perfectamente existente en el contenido de la Constitución, y que como tal viene a formar parte de su sistema, del sistema del derecho constitucional, en el mismo sentido éste vendrá a ingresar a otros subsistemas jurídicos que le son inferiores y que nacen del constitucional, en este caso al OPE, con lo que sirve para la interpretación de otras normas relativas al mismo, así cabe cuestionarse sobre la relación del principio con la citada norma, y nuestra propuesta de interpretación.

Sobre la base de lo ya visto diremos en primer término, y ratificando en parte una visión positiva del Principio de Subsidiariedad, que al considerar el constituyente como necesaria una autorización mediante mayoría calificada, y también encontrarse después del derecho a desarrollar actividades económicas, nos parece como una evidencia directa tanto de que el Estado Empresario es subsidiario, y en ese sentido una evidencia más para aseverar la vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Constitución que se viene a enlazar con lo que de la misma forma se enuncia en las bases de la institucionalidad, pensamos que esa es la única subsidiariedad que consideró el constituyente, y que intentar presentar más reglas para interpretar el mencionado artículo es erróneo y contrario a una dogmática jurídica seria, pues resulta bien conocida otra máxima, la que esta vez se encuentra en el derecho civil y que establece que: *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”*, por ello en razón de esta premisa en cierto sentido nos acercamos un poco a los postulados negativistas, y señalamos que no hay más interpretación posible del art. 19 N° 21 que aquella que expresamente enuncia el mismo, debido a que su tenor literal es demasiado claro para recurrir a otro tipo de interpretación que limite al Estado, en un punto en que se le ha concedido por la Constitución actuar discrecionalmente, pero aun supeditado a un imperativo de requisito.

Hablar del Principio de Subsidiariedad en este estado de las cosas no resulta problemático, pues como se dijo éste involucra necesariamente una discusión y deliberación, no es un principio que vaya a ordenar que el Estado se ocupe de los malos negocios, que siendo ineficientes se vean excluidos del mercado, sino que es un principio mediante el cual el Estado tiene que acudir en ayuda de la sociedad, en esta oportunidad como Estado Empresario, y es por eso que en la Constitución se previene sea discutida y públicamente deliberada en el órgano competente, que es el Congreso Nacional.

A modo de conclusión

En definitiva hemos intentado esclarecer el panorama y postular nuestra propia visión a propósito de la discusión acerca de la vigencia del Principio de Subsidiariedad en el Estado Empresario, con todo ello queremos dejar en claro que nuestra visión implica los siguientes puntos:

- A) En primer lugar con respecto al mismo Principio de Subsidiariedad, corresponde afirmar que éste sí tiene vigencia e importancia dentro de la Constitución chilena, y por éste se llama al Estado a actuar e intervenir en la sociedad cuando las personas y grupos intermedios no sean capaces de satisfacer sus propias necesidades materiales.
- B) Por otro lado debemos señalar que este principio ha sido objeto de un arduo debate, debate que contiene muchos errores en su argumentación, tanto desde la negación como de la defensa del principio, y que tienen su raíz en una interpretación ideológica y mediatizada del mismo, por la cual se aplica en forma parcial intentando limitar de manera definitiva la acción del Estado.
- C) Una correcta interpretación del Principio de Subsidiariedad implica que el Estado sí actúe cuando se le requiera, y ello tiene necesariamente que ser evaluado concretamente, sin que por este principio se niegue de manera categórica y anterior la actividad estatal.
- D) En lo que atañe al Estado Empresario, éste se encuentra determinado en forma precisa por el texto constitucional, de su lectura se entiende cuándo éste estaría autorizado y lo que no puede significar que con el pretexto de aplicar este principio se vaya a restringir más de lo que el texto lo señala la posibilidad de acción estatal, esto significaría aplicar una visión restrictiva del principio, la que es incompatible con su propia esencia y con la letra del constituyente.

Bibliografía

- ALVARADO R., Claudio, y GALAZ, Eduardo, "Subsidiariedad y vida pública: una mirada a los orígenes", en Pablo Ortúzar Madrid (Ed.), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015, pp. 33-51
- ARQUEROS, Claudio, "El principio de subsidiariedad, su sentido clásico y originario", en Claudio Arqueros y Álvaro Iriarte (Eds.), *Subsidiariedad en Chile. Justicia y Libertad*, Santiago, Instituto Res Publica y Fundación Jaime Guzmán, 2016, pp. 57-82.
- AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel, *Orden Público Económico y Derecho Penal*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur.Ltda., 1998.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la ley "Artículo 19 N° 21 de la Constitución"*, disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/36533/1/HLArt19Nro21CPR.pdf. [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2013.
- BRAVO LIRA, Bernardino, "Del Estado Modernizador al Estado Subsidiario", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. xvii, 1995, pp. 193-247.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, 2ª edición, Tomos I y II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2008.
- CRISTI, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, Santiago, LOM Ediciones, 2000.
- CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo, *La República en Chile*, Santiago, LOM Ediciones, 2006.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "El Principio de Subsidiariedad: Antecedentes de su consagración como norma", en *Revista Escuela de Derecho*, Año 5, Número 5, 2004, pp. 65-84.
- DELAVEAU SWETT, Rodrigo José, "Subsidiariedad: dualidades olvidadas", en Arturo Fernandois (Ed.), *Principios, valores e instituciones*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016, p. 59-66.
- FÁBREGA, Jorge, "Subsidiariedad: El eslabón olvidado", en *Estudios Públicos*, N° 140, Primavera, 2015.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, 2ª edición, Tomo I, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo, "Los principios generales que conforman el actual ordenamiento jurídico público chileno", en *Revista de Derecho Público*, N° 18, 1975, pp. 197-230.
- GARCÍA AGUILERA, Juan, "La Libertad Económica en la Constitución Política de 1980", 2006 (Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales en la Universidad Arturo Prat, Iquique).
- GÓNGORA, Mario, *Ensayo Histórico Sobre la noción de Estado en Chile en los Siglos XIX y XX*, 9ª edición, Santiago, Editorial Universitaria, 2006.

- HERRERA, Hugo Eduardo, “Notas preliminares para una lectura no-dogmática del principio de subsidiariedad”, en Pablo Ortúzar Madrid (Ed.), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015, pp. 97-112.
- LOO GUTIÉRREZ, Martín, “La disciplina constitucional del principio de subsidiariedad en Italia y Chile”, en *Revista de Derecho* (Valparaíso), XXXIII, 2° semestre, 2009, pp. 391-396.
- LÜDERS, Rolf, “El modelo económico chileno y la subsidiariedad”, en Claudio Arqueros y Álvaro Iriarte (Eds.), *Subsidiariedad en Chile. Justicia y Libertad*, Santiago, Instituto Res Publica y Fundación Jaime Guzmán, 2016, pp. 149-172.
- MANSUY HUERTA, Daniel, “Liberalismo y política: la crítica de Aron a Hayek”, en Pablo Ortúzar Madrid (Ed.), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015, pp. 53-75
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “El recurso de amparo económico y su práctica jurisprudencial”, en *Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 2, 2007, pp. 99-119.
- NIÑO PARADA, Eduardo, *La vigencia del Principio de Subsidiariedad en la Actividad Empresarial del Estado*, Santiago, LexisNexis, 2007.
- ORTÚZAR MADRID, Pablo, “Prólogo”, en Pablo Ortúzar Madrid (Ed.), *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*, Santiago, Instituto de Estudios de la Sociedad, 2015, pp. 11-30.
- PEREIRA FREDES, Esteban, “Orden Público Económico: una propuesta de conceptualización”, en *Derecho y Humanidades*, N° 13, 2008, pp. 157-171.
- PFEFFER, Emilio y LIZAMA, Felipe, “Estado social y bases institucionales en la Constitución de 1980. Una propuesta conciliatoria”, en *Derecho Público Iberoamericano*, Año IV, N° 7, 2015, pp. 119-130.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Teoría de la interpretación jurídica*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- SAGREDO, Julian Gil de, “El principio de subsidiariedad y los cuerpos intermedios”, en AA.VV., *El Principio de Subsidiariedad*, Madrid, Fundación Speiro, 1982, pp. 63-76.
- SEGOVIA OLAVE, Elio, “La vigencia del Principio de Subsidiariedad ante el Orden Público Económico chileno”. (Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales en la Universidad Arturo Prat, Iquique, 2014)
- SEGOVIA OLAVE, Elio, “El Principio de Subsidiariedad en la actividad económica del Estado. Acerca de una discusión constitucional”, ponencia presentada en el *Segundo Congreso Interuniversitario de Derecho Constitucional*, organizado por el Centro de Estudios Sociedad Libre, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, los días 30 de septiembre y 1 de octubre del 2014, y próximamente y con algunos arreglos, en *Corpus Iuris Regionis*, N°14, 2014.
- SCHIAPPACASSE ARDILES, Mauricio; MEDALLA MESA, Ernesto; SÁNCHEZ URRRA, Francisco, *Allende y Pinochet, Las verdades olvidadas*, Santiago, Editorial Maye. Ltda, 2012.

- SCHÜRMAN O, Miguel, "Orden Público Económico y Principio de Subsidiariedad, argumentos para una crítica", en *Derecho y Humanidades*, N° 12, 2006, pp. 217-229.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 3ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2012.
- VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo; PARDOW LORENZO, "Derribando mitos sobre el Estado Empresario", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1, 2008, pp. 135-156.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo*, Santiago, Legal Publishing, 2010.
- ZAVALA ORTIZ, José Luis; MORALES GODOY, Joaquín, *Derecho Económico*, 3ª edición, Santiago, Thompson Reuters Puntolex, 2009.

Estudios sobre Control administrativo

EL CONTROL DE MÉRITO FRENTE
A LAS AUDITORÍAS “3E”
DE LA
CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

THE CONTROL OF MERIT FRONT
TO AUDITS “3E”
OF THE
GENERAL OFFICE OF THE REPUBLIC

*Manuel Ángel Muñoz Cid**

Resumen

El control es un elemento clave para un estado de Derecho, pues supone limitar el poder público. Pero las potestades discrecionales suelen calificarse como asuntos de mérito, conveniencia u oportunidad, a fin de exceptuarlas del control. En este contexto, el enfoque de control “3E” de la Contraloría General de la República aspira a superar estos problemas, siguiendo el modelo de otras entidades fiscalizadoras superiores a nivel internacional.

Palabras clave: auditoría, contraloría, eficiencia, mérito

Abstract

The control is a key element for a Constitutional state, since it supposes limiting the public power. But the discretionary legal authorities are qualified as matters of merit, convenience or opportunity, in order to exempt them of the control. In this context, the approach of control “3E” of the Contraloría General de la República aspires to overcome these problems, being still the model of other entities worldwide.

Key words: audit, eontrollership, efficiency, merit

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y Magíster en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Artículo recibido el 21 de noviembre de 2016 y aceptado para su publicación el 27 de febrero de 2017. Correo electrónico: mmunozci@contraloria.cl

Introducción¹

“Contraloría detectó fallas en aplicación de pintura en Avenida 2 Sur para vías exclusivas (...) ya que la pintura acrílica aplicada no era la adecuada”,

reza el titular de un diario electrónico²; noticia que invita a preguntarnos si, en uso de sus atribuciones, la CGR puede controlar asuntos de idoneidad como el descrito. Como se sabe, y según veremos más adelante, nuestra doctrina mayoritaria postula que a la CGR no le compete pronunciarse sobre el mérito o la conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, tal como prescribe el artículo 21 B³ de la LOCGR, lo que también ha sido confirmado por la propia CGR⁴. Con todo, no debemos olvidar que por expresa disposición de la LBGAE⁵, la Administración debe cumplir, entre otros, con los principios de eficacia y eficiencia. Para ello, sus autoridades deben procurar ejercer un control jerárquico que asegure la observancia de esas directrices⁶, ya que su infracción podría atentar contra la probidad administrativa⁷.

En tal contexto, es útil destacar que durante el último tiempo la CGR está avanzando hacia un modelo de control basado en las auditorías “3E”,

¹ Abreviaturas: ART: artículo; CGR: Contraloría General de la República; CENC: Comisión de Estudios para la Nueva Constitución; CPR: Constitución Política de la República; D: Dictamen de la Contraloría General de la República; DFL: Decreto con Fuerza de Ley; DL: Decreto Ley; EFS: Entidades de Fiscalización Superiores; LBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado corresponde al DFL N° 1/ 19. 653, de 2000; LOAFE: Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, contenida en el DL N° 1.263, de 1975; LOCGR: Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, N° 10.336, cuyo texto refundido corresponde al DFL N° 2.421, de 1964; IF: Informe Final de Auditoría de la CGR; INVE: Informe de Investigación Especial de la CGR.

² Diario *El Centro*, 5 de junio de 2016. Disponible en www.diarioelcentro.cl/noticias/cronica/contraloria-detecto-fallas-en-aplicacion-de-pintura-en-avenida-2-sur-para-vias-exclusivas. [Fecha de consulta: 3 de octubre de 2016].

³ Art. 21 B: “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”.

⁴ D. N° 34.028/2016, entre otros.

⁵ Art. 3°, inc. 2°: “La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, (...), probidad, transparencia y publicidad administrativas (...)”.

⁶ Art. 11, inc. 2°: “Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”.

⁷ Art. 62°, N° 8: “Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas: 8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos (...)”.

el cual apunta a garantizar el cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia y economicidad en la utilización de los recursos públicos⁸. Es en este marco, pues, que se inserta el presente trabajo de investigación, cuyo objetivo general consiste en analizar si las infracciones a los principios de eficiencia, eficacia y economicidad, que la CGR ha observado en sus auditorías, han supuesto pronunciarse sobre el mérito de la decisión administrativa o, bien, solo constituyen una manifestación del control de juridicidad. Para acometer esta tarea, hemos abordado, en las secciones siguientes, los objetivos específicos que se señalan.

En la primera sección, analizaremos el concepto de control y su importancia, así como las diferencias que existen entre el control de mérito o político y el de legalidad o juridicidad. Para ello, hemos revisado la normativa aplicable y las principales opiniones doctrinales, en base a la bibliografía pertinente.

En la segunda sección, estudiaremos la CGR y sus funciones, principalmente en lo que respecta al control previo de legalidad o toma de razón, y analizaremos si es procedente que dicha institución fiscalice el mérito, así como la eficacia, eficiencia y economicidad de la actuación administrativa, fundamentalmente, desde el punto de vista del control de las potestades discrecionales. Para ello, junto con acudir a las normas aplicables y doctrina especializada, hemos definido los anotados conceptos y revisado auxiliariamente la historia del art. 21 B de la LOCGR, con el objeto de determinar si la discusión parlamentaria de su establecimiento aporta elementos que contribuyan en el análisis.

En la última sección, luego de profundizar en la función auditora de la CGR y el rol que cumple en el ámbito de la EFS a nivel internacional, analizaremos las principales infracciones a los principios de eficacia, eficiencia y economicidad que la CGR ha observado en sus auditorías y el curso de acción propuesto para las mismas, a objeto de determinar si aquellas han significado o no cuestionar el mérito de la actuación administrativa. Considerando lo breve de esta investigación, desde el punto de vista metodológico hemos optado por analizar los IF e INVE publicados en el buscador web de la CGR, entre el 1 de enero y el 16 de agosto de 2016, fecha esta última en la cual iniciamos el presente estudio. Para obtener dicha muestra, introdujimos, alternadamente, en la sección "búsqueda por

⁸ Así lo destacó el actual Contralor General don Jorge Bermúdez, durante la rendición de la cuenta pública institucional de 2015. En esa oportunidad aclaró que el mencionado enfoque fiscalizador "no supone controlar el mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, pues ello forma parte del ámbito de discrecionalidad de las respectivas autoridades". Disponible en www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA+Repository/Sitios/CuentaPublica/2016/ind ex. [Fecha de consulta: 14 de julio de 2016].

texto” los vocablos: economicidad, eficacia y eficiencia. Como documento anexo, se presenta una tabla con el resumen de los informes analizados, la que, creemos, aporta información que puede resultar de utilidad para quienes participan de la función de auditoría en la Contraloría General.

I. El control de la Administración

El control constituye un elemento que no puede estar ausente en cualquier operación estructurada sobre bases racionales⁹. Su origen etimológico proviene del francés *contre- rôle*, es decir, individualiza a aquel que realiza un registro paralelo, opuesto a otro, con el fin de luego contrastarlo; todo ello con el objeto de verificar si lo que se ha hecho por el órgano controlado es o no correcto¹⁰. Aunque algunos autores distinguen el control de la fiscalización, para destacar que esta persigue la emisión de un juicio de valor sobre el mérito, la conveniencia u oportunidad de lo obrado, mientras que aquel apunta a examinar la legalidad o constitucionalidad del acto¹¹, verdaderamente no hay diferencia sustancial entre ambos conceptos¹². Por tanto, en este trabajo emplearemos indistintamente esos vocablos para referirnos a la acción de verificar, medir, evaluar y comparar¹³.

Precisado lo anterior, cabe mencionar que para Cordero Vega el control es un juicio de conformidad a ciertas reglas, que implica, en caso de disconformidad, una medida represiva, preventiva o rectificadora y no

⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Contraloría General de la República en el umbral del siglo XXI*, p. 3.

¹⁰ Raúl LETELIER, “Contraloría General de la República”, en Jaime BASSA, Juan Carlos FERRADA, Christian VIERA (eds.), *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, pp. 293-294.

¹¹ Ana María GARCÍA, “Fiscalización parlamentaria de los actos de gobierno”, en *Revista de Derecho Público*, N° 75, p. 37. Por su parte, la CENC señaló que “fiscalizar” consiste en vigilar la conducta de personas o autoridades para que su comportamiento se conforme a ciertas pautas. *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 319, p. 1.658, cit. por Enrique NAVARRO, “La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados”, en *Revista de Derecho Público* N° 49, p. 82.

¹² José Luis CEA, “Una visión de la Contraloría General de la República”, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de vida institucional 1927-2002*, p. 27. Al efecto, el *Diccionario de la Lengua Española* define control como “Comprobación, inspección, fiscalización, intervención”. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=AeYZ09V>. [Fecha de consulta: 30 de octubre de 2016].

¹³ Patricio JIMÉNEZ, *Control de gestión*, p. 35. Este autor precisa que la acción de medir, la de comparar con un óptimo o estándar deseado y la de corregir para dejar el nivel en dicho estándar u óptimo son condiciones necesarias y solamente las tres suficientes para que efectivamente exista control. Afirma, entonces, que la función primordial del control es la de regular.

presupone, necesariamente, relaciones de superioridad. Por tal razón, el control no es un acto, sino el desarrollo lógico de una actividad comprobadora que requiere necesariamente de parámetros previos (jurídicos, contables, fines desarrollados a través de programas o planificaciones) y que al término de su fase activa envuelve un juicio de valoración¹⁴. Reyes, por su parte, estima que la función de control es esencial a toda organización humana, pues deriva conjuntamente del instinto gregario del individuo cuanto de su racionalidad organizativa¹⁵.

En el ámbito público, podemos afirmar que es un hecho indiscutido que el control de la Administración persigue limitar el ejercicio del poder público¹⁶. En ese sentido, el principio de control se erige como un elemento básico del Estado de Derecho que, junto a otros principios del derecho público (legalidad, separación de funciones, entre otros), tipifican lo que es un Estado democrático¹⁷. Así, pues, todos los órganos están sometidos a sistemas de control, sean jerárquicos, internos o externos, preventivos, coetáneos o posteriores, políticos, jurisdiccionales o administrativos, todo ello sin perjuicio del control ciudadano¹⁸. En el caso de nuestra Administración, un buen sistema de control debe velar por la estricta observancia del ordenamiento jurídico por parte de todos sus órganos. Se trata de lograr una gestión administrativa regular, continua, eficiente y eficaz, tendiente a cumplir los objetivos de bien común que inspiran la CPR, dentro de un marco de respeto al patrimonio público y a los deberes individuales¹⁹.

Ahora bien, los arts. 24 y 33 de la CPR confieren conjuntamente al Presidente de la República y a sus Ministros el gobierno y administración del Estado, funciones que si bien presentan diferencias²⁰, son difícilmente

¹⁴ Luis CORDERO, *El control de la Administración del Estado*, p. 20.

¹⁵ Jorge REYES, "Ámbito de la fiscalización en el sistema nacional de control estatal", en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de vida institucional 1927-2002*, p. 85. Por su parte, José Luis CEA, *op. cit.*, p. 25, define control como la revisión de las decisiones -acciones u omisiones- del órgano controlado para que se ajusten a la competencia, finalidades, trámites y formalidades señalados, de antemano y en texto expreso, por la CPR y las leyes, corrigiendo, sancionando o denunciando a la Magistratura las transgresiones para que ésta haga efectiva la responsabilidad correspondiente.

¹⁶ Luis CORDERO, *El control...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷ Julia POBLETE, "Eficiencia en la administración del Estado: ¿misión imposible?", en *Estudios de Derecho Público, XL Jornadas de Derecho Público*, p. 626.

¹⁸ *Ibid*, p. 632.

¹⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *op. cit.*, p. 3.

²⁰ Hugo CALDERA, *Función de gobierno y función administrativa*, en *Revista de Derecho Público*, N° 49, pp. 206-207. Al efecto, la función de gobierno es propiamente política, en el sentido de establecer las directrices o grandes orientaciones que deben regir el funcionamiento de los órganos públicos para alcanzar junto con la actividad privada, determinadas metas u objetivos esenciales. La función administrativa, en cambio, tiene

separables, toda vez que la primera constituye la directriz de la segunda, que es la que la ejecuta²¹. Así las cosas, nuestro Sistema Nacional de Control contempla instituciones de fiscalización para cada una de esas actividades. La Cámara de Diputados controla los actos de gobierno y la CGR fiscaliza los actos de la Administración. También se incluyen dentro de este sistema, los Tribunales de Justicia, las superintendencias, las autoridades que ejercen los controles jerárquicos, las unidades de control interno de los servicios públicos, la ciudadanía y los medios de comunicación que ejercen el control social²².

I. CONTROL DE MÉRITO O POLÍTICO FRENTE AL CONTROL DE LEGALIDAD O JURIDICIDAD

El mérito suele identificarse con la oportunidad y la conveniencia. En su sentido natural y obvio se entiende como aquello que es digno o merecedor de algo²³, cuya valoración, por lo general, se asocia a los elementos políticos del acto²⁴. También puede entenderse como la conveniencia y utilidad del acto, su adopción a la obtención de los fines genéricos y específicos que con la emanación del acto se pretende obtener²⁵. El mérito, entonces, constituye un valor de contenido relativo, porque engloba aspectos diversos que, en términos generales, los autores llaman conveniencia u oportunidad²⁶. El control de mérito suele oponerse al control jurídico, en el sentido que en este último no caben las apreciaciones subjetivas o políticas²⁷.

De otro modo, el control político o de mérito se caracteriza por ser contingente y coyuntural, con criterios subjetivos, pues sus juicios no se basan en elementos preestablecidos normativamente. Además, es realizado por órganos políticos (Cámara de Diputados), lo que supone por definición que

a su cargo la materialización de las políticas, planes y programas, caracterizándose por ser fundamentalmente fáctica, más que propiamente jurídica, aunque para su desarrollo deba emitir actos administrativos.

²¹ Jorge BERMÚDEZ, *Derecho administrativo general*, p. 403.

²² Julia POBLETE, *op. cit.*, p. 632.

²³ Disponible en <http://dle.rae.es/?id=P0mceZIlP0ncb5r>. [Fecha de consulta: 30 de octubre de 2016].

²⁴ Jorge BERMÚDEZ, *op. cit.*, p. 482.

²⁵ Manuel DIEZ, *El acto administrativo*, p. 190. Tomás HUTCHINSON, “Principio de Legalidad. Discrecionalidad y Arbitrariedad”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, p. 303.

²⁶ Ricardo DÍAZ, *Contraloría General de la República: análisis del control de mérito en la toma de razón*, p. 48.

²⁷ Gabriela GERDAIS, “El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables”, en *Revista de Derecho Público de la Agrupación Nacional de Abogados de la Contraloría General de la República*, p. 59.

no es imparcial y técnico²⁸. Su formulación se caracteriza por apreciaciones que se formulan sobre bases de doctrinas, ideologías o concepciones filosóficas que conducen a la formulación de juicios de conveniencia, mérito o de oportunidad sobre lo obrado o no por el gobierno²⁹. El mencionado juicio de valor, entonces, calificará de meritorio el acto si sus efectos fueron oportunos, es decir, si respondieron prácticamente a las necesidades del momento; convenientes, esto es si fue de utilidad para las apetencias colectivas; y eficaces, vale decir si el acto resultó pleno en sus consecuencias y en sus fines³⁰.

En lo concerniente al control de legalidad, creemos más apropiado hablar de control de juridicidad, pues este supone respetar toda la pirámide normativa³¹. Este tipo de fiscalización implica un juicio de conformidad al derecho vigente en sus diversas fuentes y corresponde al esencial en un Estado democrático. Él es necesario, indispensable y objetivado, pues tiene un canon fijo que es una norma abstracta³².

El distingo previamente efectuado importa para efectos de determinar si el control cubre todos los elementos jurídicos del acto o sólo a los elementos políticos del mismo, dando lugar a un control de juridicidad en el primer caso o a un control de mérito u oportunidad en el segundo³³. Esta diferenciación, como veremos más adelante, es la que ha suscitado uno de los mayores debates en lo que respecta al actuar de la CGR.

II. Rol de la Contraloría General de la República

En 1925, durante el gobierno del Presidente Arturo Alessandri Palma, el Gobierno de Chile contrató a un grupo de expertos financieros estadounidenses, liderados por Edwin Kemmerer, quien propuso la creación de la CGR a partir de la fusión de la Dirección General de Contabilidad, el Tribunal de Cuentas, la Dirección General de Estadísticas y la Inspección General de Bienes de la Nación. La medida fue analizada por la Comisión Revisora, presidida entonces por el Superintendente de Bancos Julio

²⁸ REYES ARAGÓN, *Constitución y control del poder*, pp. 82-84. Luis CORDERO, *El control*, *op. cit.*, p. 21.

²⁹ José Luis CEA, "Fiscalización parlamentaria del gobierno", en *Revista Chilena de Derecho de la Universidad Católica*, p. 10; *Ibid.* p. 22.

³⁰ Bartolomé FIORINI, *Manual de Derecho Administrativo*, pp. 346 y 347. Ricardo DÍAZ, *op. cit.*, p. 47.

³¹ Jorge BERMÚDEZ, *op. cit.*, p. 96. Así fluye de la lectura de los arts. 6° y 7° de la CPR.

³² REYES ARAGÓN, *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 82-84. Luis Cordero, *El control...*, *op. cit.*, p. 21.

³³ Jorge BERMÚDEZ, *op. cit.*, p. 482.

Philippi, quien le formuló indicaciones tendientes a armonizar sus ideas matrices, e innovar en la legalidad y las prácticas administrativas del país. Así nace la CGR, en virtud del DFL N° 400-Bis³⁴, decreto que tras su creación fue modificado por una serie de disposiciones que perfeccionan y conforman su actual estructura de funciones, atribuciones y potestades. Entre las disposiciones legales más importantes que han modificado la CGR está la reforma aprobada en 1943, que le otorgó rango constitucional, además de la promulgación en 1953 de su LOCGR³⁵.

Así, aunque en su origen la CGR fue pensada como un órgano destinado a fiscalizar la legalidad contable, hacia comienzos de 1950, tras una interpretación extensiva de sus facultades, dicha institución profundizó su control para asegurar que los actos administrativos se conformaran al ordenamiento jurídico en su integridad, lo que con posterioridad recogería la CPR, al insertar la función fiscalizadora de la CGR dentro de un sistema de control jurídico de los actos de la Administración³⁶. En la actualidad, para entender el rol que le cabe ejercer a la CGR, resulta útil atender tanto a lo dispuesto en los arts. 98 de la CPR³⁷ y 1° de la LOCGR³⁸, como a su Misión y Visión³⁹.

³⁴ De 26 de marzo de 1927.

³⁵ Disponible en www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111. [Fecha de consulta: 29 de octubre de 2016].

³⁶ Iván ARÓSTICA, “La Contraloría hoy”, en *Revista Actualidad Jurídica*, p. 128. Para mayor profundidad, puede consultarse, entre otros, Jorge BERMÚDEZ *op. cit.*, pp. 488-489, Raúl LETELIER, *op. cit.*, pp. 286-291.

³⁷ Art. 98, inc. 1°: “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”.

³⁸ Art. 1°, inc. 1°: “La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar, finalmente, todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención”.

³⁹ La Misión de la CGR es “Velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de la Administración del Estado, a través de una relación colaborativa con sus organismos y con los ciudadanos, promoviendo el bien común mediante una gestión

Las tareas que desarrolla la CGR se clasifican en funciones jurídica, de auditoría, contable y jurisdiccional. La primera está asociada al control de juridicidad de los actos de la Administración, realizada mediante la emisión de dictámenes que conforman la jurisprudencia administrativa, como también por medio del control de las órdenes formales emanadas de la Administración activa. La segunda persigue velar por la observancia de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y el respeto del principio de probidad. Para ello, en síntesis, la CGR evalúa tanto los sistemas de control interno de los entes fiscalizados como las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, formulando las proposiciones adecuadas para subsanar los vacíos que detecta. Por su parte, la función contable se materializa en la regulación de la contabilidad general de la Nación y la generación de información estructurada y sistemática sobre los eventos económicos que modifican los recursos y las obligaciones del Estado, destinada a apoyar el proceso de toma de decisiones. Por último, la función jurisdiccional se relaciona con el juzgamiento de las cuentas de las personas o funcionarios que tienen a su cargo fondos o bienes públicos y con la obligación de velar por la legalidad de sus ingresos y gastos, así como por la integridad del patrimonio estatal⁴⁰.

1. CONTROLADOR DEL MÉRITO

Para empezar, vale recordar que la dicotomía entre legalidad y oportunidad o entre legalidad y mérito o conveniencia ha sido desarrollada por razones políticas en el caso de Francia⁴¹ y procesales, en el caso de Italia⁴².

institucional eficiente en resguardo de la probidad, la transparencia y el correcto uso del patrimonio público". Como Visión, la CGR aspira a "Ser una entidad que entregue oportunamente a la sociedad civil y estatal productos y servicios con altos estándares de calidad, generándoles confianza respecto del buen uso de los recursos públicos e integrándolos activamente en los procesos de fiscalización, con el fin de incrementar el impacto de la labor institucional. Disponible en www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111. [Fecha de consulta: 29 de octubre de 2016].

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ La principal consecuencia que se desprendía de la utilización del concepto técnico de oportunidad por parte de la jurisprudencia francesa, que era la incompetencia del Consejo de Estado para apreciar dicha oportunidad en relación con los actos que juzgaba, se encuentra hoy morigerada por la característica que permite controlar la apreciación de los hechos y por la admisión del control de oportunidad en supuestos de arbitrariedad o de errores manifiestos en la apreciación de los supuestos fácticos. Juan Carlos CASSAGNE, *La Discrecionalidad Administrativa*, pp. 222-223.

⁴² Para Eduardo SOTO KLOSS, esta distinción efectuada por razones propias de sus sistemas (políticas/Francia, procesales/Italia), está siendo dejada de lado no sólo por la

Tradicionalmente se ha sostenido, incluso tes de la incorporación del ya invocado art. 21 B a la LOCGR, y sobre todo en materia de control previo de juridicidad de los actos formales emitidos por la Administración activa, que con ocasión del trámite de toma de razón la CGR no puede pronunciarse ni calificar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas⁴³. Incluso la propia CGR ha sostenido reiteradamente en su jurisprudencia⁴⁴ que no le corresponde efectuar ese tipo de control, por cuanto no le cabe sustituirse en las decisiones que competen a los órganos de la Administración del Estado⁴⁵. En igual sentido, la CENC expresó su parecer negativo respecto a otorgar atribuciones a la CGR para ejercer el control de mérito o de resultado, porque implicaba transformarla en un órgano administrador⁴⁶. Sólo a la Administración le corresponde evaluar exclusivamente el mérito, la oportunidad y la conveniencia de sus decisiones⁴⁷.

Así entonces, la CGR no está llamada a cuestionar el mérito o conveniencia de las decisiones técnicas o jurídicas que se adopten por la Administración objeto del control. Los gastos, por ejemplo, no pueden ser

iniquidad que representa, al sostenerse que el control de oportunidad no sería posible realizarlo por la jurisdicción, sino incluso por su falsedad conceptual, ya que la llamada “oportunidad” va inserta en la propia norma y por tanto, a su juicio, integra la juridicidad del acto. Eduardo SOTO KLOSS, “Acerca del Llamado Control de Mérito de los Actos Administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, pp. 123-124.

⁴³ Así aparece descrito en la página web institucional de la CGR. Disponible en www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111. [Fecha de consulta: 29 de octubre de 2016].

⁴⁴ Baltazar MORALES, “El mérito, oportunidad y conveniencia en la Contraloría General de la República”, en *Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional 1927-2012*, p. 208. En las notas 1 y 2, este autor cita los dictámenes en que la CGR ha sostenido la postura expuesta, y también aquellos en los cuales ha abogado en un sentido contrario. Para revisar la evolución de la jurisprudencia de la CGR respecto al alcance del control de juridicidad. Osvaldo RUDLOFF, “Control jurídico al amparo del principio de probidad y su alcance respecto del mérito o conveniencia”, en *Revista de Derecho Público Contemporáneo de la Agrupación Nacional de Abogados de la Contraloría General de la República*, pp. 96-99 y Jaime MILLAR, “Alcance del control de legalidad. Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973”, en *Revista de Derecho*, pp. 205-228.

⁴⁵ Julio PALLAVICINI, “Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República”, en *Revista de Derecho Público*, pp. 122.

⁴⁶ CENC (1978a), p. 291-294, Iván OBANDO, Johann ALLESCH, “La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada”, en *Contraloría General de la República 85 años de vida institucional*, pp. 76.

⁴⁷ Osvaldo GARCÍA, Hernán LLANOS, “La función de auditoría en la Contraloría General de la República”, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de vida institucional 1927-2002*, p. 141.

controlados en sus resultados, sino sólo en la legalidad de la inversión⁴⁸. Por el contrario, "el control de mérito o conveniencia lo efectúa el Presidente de la República a través de una Administración Ministerial al momento de evaluar el cumplimiento de los planes"⁴⁹.

De la historia fidedigna de la ley N° 19.817⁵⁰ que, como ya vimos, incorporó el art. 21 B a la LOCGR, no consta alguna referencia respecto al contenido o significado de lo que se entiende por mérito o conveniencia. Así aconteció con el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo y durante la discusión de la Cámara de Diputados. Con todo, de la tramitación seguida ante el Senado podemos desprender que el control de mérito u oportunidad en manos de la CGR había implicado dotarla de poderes de coadministrador⁵¹.

Para Rajevic y Garcés, la prohibición consignada en el anotado precepto debe entenderse restrictivamente, pues si se interpreta de manera amplia, implicaría que la CGR no podría controlar el ejercicio de los elementos discrecionales de las potestades⁵², debilitando cuando menos la aplicación de instrumentos de control de la actuación administrativa asentados en el derecho comparado, como el principio de proporcionalidad⁵³. Aunque también existen opiniones en sentido contrario⁵⁴.

Podemos señalar, entonces, que el origen del distingo entre legalidad y oportunidad del acto administrativo entronca, de manera directa, con el ejercicio de las potestades administrativas discrecionales⁵⁵. Así, en las

⁴⁸ Jorge BERMÚDEZ, *op. cit.*, p. 482.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ La ley N° 19.817, publicada en el Diario Oficial con fecha 26 de julio de 2002, modificó la LOCGR, incorporando, entre otros, los actuales artículos 21 A y 21 B.

⁵¹ Al respecto, destacan las opiniones expresadas por los senadores Silva CIMMA y Viera GALLO. Este último, tras aprobarse el proyecto, quiso dejar constancia que "no resultará fácil, cuando se aplique la fiscalización de la Contraloría, determinar el límite exacto entre el control de legalidad y el no control de mérito u oportunidad (...)". Baltazar MORALES *op. cit.*, pp. 211-212.

⁵² Enrique RAJEVIC, María Fernanda GARCÉS, *Control de legalidad y procedimiento de toma de razón*, p. 624.

⁵³ Al respecto, cabe preguntarse: ¿tiene sentido invertir cuantiosos recursos en un control que no puede examinar planamente algo tan crítico como la discrecionalidad de las decisiones? Enrique RAJEVIC, "La urgente reforma del sistema de control administrativo: una exigencia de la probidad", en *Revista de Derecho Público*, pp. 36-59.

⁵⁴ José Antonio RAMÍREZ, "Probidad, Transparencia y Eficiencia en la Actuación de los Órganos del Estado: Nuevos Elementos tras la Reforma Constitucional 2005", en *Revista de Derecho Público*, p. 170. La toma de razón no puede convertirse en un análisis de mérito, en escudriñar los alcances del ejercicio de la discrecionalidad gubernamental, pues la CGR no puede convertirse en un coadministrador, esto es, en un participante de la determinación de las políticas públicas y su implementación administrativa.

⁵⁵ Ricardo DÍAZ, *op. cit.*, p. 68.

potestades regladas no tiene sentido efectuar dicha diferenciación, pues el criterio de oportunidad tiene su origen y su cauce en la ley⁵⁶. Sin embargo, no debemos olvidar que todas las decisiones administrativas contienen algún factor discrecional⁵⁷, ya que es imposible que los elementos de un acto jurídico aparezcan predeterminados por la norma y se reflejen en un acto mecánico de aplicación del derecho objetivo⁵⁸. Por ello, el contralor de legalidad no podría excusar el ejercicio de sus potestades fiscalizadoras estimando que la aplicación de atribuciones discrecionales cae dentro del mérito de las actuaciones de la Administración, pues la discrecionalidad es un poder esencialmente jurídico que obliga a quien la ejerce a ajustarse a los presupuestos de hecho y de derecho contemplados por el legislador⁵⁹. Como la potestad discrecional es un producto del propio ordenamiento jurídico, podemos afirmar que siempre debe existir una norma atributiva de ella y que es justiciable administrativa y jurisdiccionalmente⁶⁰. El principio de juridicidad en ese ámbito, entonces, significa el rechazo de la arbitrariedad, de la irrazonabilidad y de la desproporcionalidad⁶¹.

De ahí que una parte de nuestra doctrina ha sostenido que la oportunidad y la conveniencia forman parte del fin de la ley y, por ende, están dentro de la legalidad administrativa susceptible de control⁶². Agregan, que

⁵⁶ *Ibid.* p. 69.

⁵⁷ Eduardo SOTO KLOSS, “La Toma de Razón y el Poder Normativo de la Contraloría General”, en *Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional 1927-1977*, p. 181. “En términos generales puede afirmarse que la doctrina más representativa en el derecho comparado está de acuerdo en que el cuándo (oportunidad, conveniencia, mérito, etc.) es aquel elemento más típicamente dejado a la apreciación del administrador, y que integra mejor esa discrecionalidad que el Derecho atribuye a aquél para poder mejor así ir concretando día a día la satisfacción concreta de las necesidades públicas”.

⁵⁸ Juan Carlos CASSAGNE, *op. cit.*, p. 230.

⁵⁹ Tomás HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 310.

⁶⁰ Claudio MORAGA, *La actividad formal de la Administración del Estado*, p. 36. Para revisar una síntesis de la ya clásica discusión sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa referida en el Derecho español, Juan Carlos CASSAGNE, *La discrecionalidad administrativa*, pp. 1-21.

⁶¹ Tomás HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 311.

⁶² “Como la inoportunidad o la inconveniencia escapan a la legalidad resulta que el no control de la oportunidad y la conveniencia permiten que el Ejecutivo dicte actos contra derecho, pero como en Chile la Contraloría debe evitar la dictación de actos contra derecho, resulta que ésta necesariamente debe entrar a ponderar la conveniencia y oportunidad del actuar administrativo”. Gustavo FIAMMA, “¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?”, en *Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional 1927-1977*, p. 199. En igual sentido, Eduardo SOTO KLOSS, “El decreto de insistencia ¿es conforme al ordenamiento constitucional?”, en *Revista de Derecho Público*, p. 182. “La oportunidad y la conveniencia integran pues la juridicidad misma de su actividad, que le han sido atribuidas potestades determinadas para lograr esos fines precisos y específicos, de modo idóneo y eficaz”.

el ejercicio de poderes jurídicos por parte de órganos administrativos está finalizado, pues persiguen satisfacer determinadas necesidades públicas,

“lo que significa utilizar los medios adecuados para lograr su solución, y lograr solución es actuar de manera eficaz, esto es, oportuna y convenientemente”⁶³.

De igual modo, Morales afirma que la CGR sí tiene competencia para controlar el mérito de la decisión administrativa, fundado en los principios de primacía de la persona humana, servicialidad e interdicción de la arbitrariedad⁶⁴.

En este punto, compartimos lo expresado por Aróstica, quien entiende que la prohibición contemplada en el art. 21 B de la LOCGR ha de leerse como un modo de afianzar la autonomía constitucional de la CGR, en cuanto le pone a salvo de tener que atender razones políticas o gubernamentales para aprobar o rechazar la juridicidad de un acto administrativo⁶⁵. Ese precepto en ningún caso puede modificar el control de legalidad mandatado por el art. 98 de la CPR, de modo tal que nunca razones subalternas de mérito o conveniencia podrán evitar un pronunciamiento cabal sobre la juridicidad de fondo del acto examinado (incluida su razonabilidad, proporcionalidad, eficiencia y recta finalidad), sea que se haya dictado en ejercicio de competencias regladas o discrecionales⁶⁶.

2. CONTROLADOR DE LA EFICIENCIA Y LA EFICACIA

Si la pregunta sobre a quién corresponde controlar el mérito de las decisiones administrativas ha suscitado múltiples opiniones doctrinales, el control respecto a la eficiencia y eficacia de la actuación pública también ha generado lo propio⁶⁷. Así, se ha dicho que la CGR no tendría competencia para controlar la correcta aplicación desde el punto de vista jurídico de los principios de eficiencia y eficacia establecidos como exigencia

⁶³ Ricardo DÍAZ, *op. cit.*, p. 63. Si la Administración actúa con medios inconvenientes, si actúa cuando ya es tarde porque pasó la oportunidad, si utiliza procedimientos inidóneos o aun inaptos para el caso concreto, puede afirmarse que ha actuado no ajustada a Derecho.

⁶⁴ Baltazar MORALES *op. cit.*, pp. 214-218.

⁶⁵ Iván ARÓSTICA, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Como sostiene CAMACHO, los problemas que plantea la necesidad de garantizar la eficacia y la eficiencia de las actuaciones administrativas no son nuevos para la ciencia jurídica. En nuestro ámbito, tales preocupaciones aparecen en su inicio vinculadas a la función de control y por ende al desarrollo y consolidación de la CGR como órgano autónomo. Gladys CAMACHO, *Los principios de eficacia y eficiencia administrativas*, pp. 1-30.

legal para el cumplimiento de sus funciones, por incidir en un control de gestión que solo corresponde a la Administración activa⁶⁸. En efecto, como apoyo a esa doctrina, se señala que de conformidad con los arts. 11 y 12 de la LBGAE y 52⁶⁹ de la LOAFE, la evaluación y verificación del cumplimiento de los fines y metas programadas para los servicios públicos, su eficiencia y eficacia corresponde al control del Ejecutivo y a las autoridades y jefaturas de los respectivos organismos públicos. Esa es la visión planteada por Pallavicini, quien incluye la eficiencia dentro del control de mérito y oportunidad, precisando que aquellos están reservados para la propia Administración, que es la responsable última de las prestaciones que otorga a la comunidad⁷⁰.

Sin embargo, cabe recordar que hasta antes de la modificación introducida en 1977 al precitado art. 52 de la LOAFE⁷¹, la CGR desarrollaba un control de eficiencia de la Administración,

“pudiendo fiscalizar a través de auditorías operativas, ‘los costos, rendimientos y resultados de la inversión de los recursos’ ejecutada por organismos públicos, y analizar los ‘resultados de su gestión’”⁷².

En este sentido, Cordero Vega sostiene que, atendida su finalidad, el control de gestión⁷³ no solo debe ser prerrogativa de la Administración activa, por el contrario, este autor estima peligrosa la regla de exclusión de la LOAFE por parte del control externo de la CGR, toda vez que resulta razonable que si es el Congreso quien confiere potestades y determina los recursos, es evidente que los órganos de control externo deben estar a su servicio y no al de la Administración activa, que para estos efectos es el sujeto

⁶⁸ Gabriela GERDAIS, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁹ Art. 52, incisos 1° y 2°: “Corresponderá a la Contraloría General de la República, en cuanto al control financiero del Estado, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos.

La verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos son funciones que competen a la Administración del Estado y cuyo ejercicio corresponde al Ejecutivo”.

⁷⁰ Julio PALLAVICINI, *Derecho público financiero*, p. 274.

⁷¹ DECRETO LEY N° 2.053, de 1977.

⁷² Enrique RAJEVIC, *op. cit.*, p. 48.

⁷³ “El control de gestión tiende a verificar y evaluar la forma cómo los servicios públicos han realizado su actividad, la consonancia de esas actividades con las decisiones, planes y programas preestablecidos, y el cumplimiento (...) del fiscalizado de los objetivos y metas trazados, especialmente en la inversión de los caudales y bienes puestos al servicio de la Administración”. Luis CORDERO, *El control...*, *op. cit.*, p. 31.

controlado. Asimismo, alejar el control externo del control de gestión es peligroso para los propios ciudadanos. La Administración no puede hacer con los recursos públicos lo que se le antoje⁷⁴.

En esta línea, un excontralor ya afirmaba que el control de legalidad lleva implícito el de la eficiencia, pues la juridicidad que debe proteger la CGR no puede ser la legalidad puramente formal⁷⁵, sino que tiene que preocuparse que los recursos se empleen para los fines que les fueron entregados por la comunidad y con la necesaria diligencia⁷⁶. Como señala Parejo,

“[n]o basta ahora ya al Estado la legitimación que le presta el origen democrático del poder, ni la derivada de la efectividad (en términos tradicionales) de su mando sobre los ciudadanos: le es preciso justificarse permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales, es decir, necesita la legitimación que proviene de la eficacia en la resolución de los problemas sociales”⁷⁷.

De este modo, la nueva concepción estratégica del Sector Público debe llevarnos por el camino en que las mejores soluciones técnicas tengan correspondencia con una adecuada solución económica y al satisfacer las demandas de la sociedad, se logre la ecuación política y social óptima, en el marco de una acción administrativa eficaz, eficiente y efectiva⁷⁸.

Precisado lo anterior, cabe entender la eficiencia como el uso de medios o recursos disponibles, postulando su mayor rendimiento al menor costo posible; la economicidad, como la obtención de objetivos con el mínimo costo, o sea, es la opción por el costo alternativo más favorable para los intereses de la Administración; y la eficacia apunta al logro oportuno de los objetivos y finalidades de la organización⁷⁹.

⁷⁴ Luis CORDERO, *El control...*, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁷⁵ En este sentido, Mario WAISSBLUTH, “Una revolución en la Contraloría”, en *Revista Qué Pasa*, pp. 46-89. “(...) el tipo de Contraloría y contralor que necesitamos: un componente esencial para la transparencia y la verdadera participación ciudadana, que se logra proporcionando información fidedigna, no sólo sobre la juridicidad [sic] de los actos administrativos, sino sobre la eficacia del accionar del Estado”.

⁷⁶ “En consecuencia, si hay un ‘derroche, un despilfarro’ o una situación de abierta ineficiencia, la Contraloría General, mediante su acción auditora, está obligada a representar e informar a las autoridades pertinentes de esta situación”. Arturo AYLWIN, “El control de legalidad lleva implícito el de la eficiencia”, en *La Semana Jurídica*, p. 9.

⁷⁷ Luis PAREJO, *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública*, p. 16.

⁷⁸ Carlos MUÑOZ, “Eficiencia, calidad de la gestión y probidad”, en *Revista Chilena de Administración Pública*, p. 17.

⁷⁹ Julio PALLAVICINI, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 284. En tanto, el *Diccionario de la Lengua Española* define eficiencia como la capacidad de disponer de alguien o de algo para

Ahora bien, para sostener que la CGR tiene competencia para controlar la eficiencia, eficacia y economicidad respecto al uso de los recursos públicos, se ha planteado que el control de legalidad que a dicha institución le corresponde efectuar, por expreso mandato constitucional, incluye velar por el respeto de la probidad administrativa⁸⁰ y, consecuentemente, por la eficiencia y eficacia de la función pública⁸¹. En efecto, nuestro legislador decidió reconocer normativamente, en el art. 3° de la LBGAE, a la eficiencia⁸² y la eficacia como principios jurídicos de obligatoria observancia para la Administración del Estado, los que, además de cumplir una función integrativa de la norma positiva, en cuanto señalan la forma en que ha de concretarse el interés general dentro del orden jurídico, han pasado a convertirse en un mandato legal y constitucional susceptibles de ser controlados jurídicamente⁸³. Así las cosas, la exigencia de la LBGAE de hacer prevalecer el interés general para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz⁸⁴, carecería de sentido si ello no fuera susceptible de control jurídico⁸⁵.

Desde el punto de vista del control de legalidad formal que le corresponde a una CGR moderna, está debe tener la facultad para pronunciarse acerca de la proporcionalidad y la racionalidad de la actividad administrativa, a fin de precaver arbitrariedades, abusos o desviación de poder, todo ello en un marco de imparcialidad e independencia. Por lo mismo, debe incluir el control de la eficiencia y de eficacia, lo que es armónico con el art. 53 de

conseguir un efecto determinado; eficacia, como la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera; y economicidad, en su tercera acepción, como poco costoso, que exige poco gasto. Disponible en www.rae.es. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2016]. Por su parte, Parejo expresa que “Teniendo en cuenta el que mayoritariamente se le asigna en la economía y en la ciencia de la Administración, la eficacia alude a la efectiva consecución de objetivos prefijados, pudiendo diferenciarse diversos tipos de eficacia en función tanto de la naturaleza de los objetivos (determinados normativamente o en virtud de criterios económicos o técnicos) como de las formas de la consecución de éstos (celeridad, intensidad, sistematicidad). La eficiencia puede definirse como subespecie de la eficacia, que incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir el grado óptimo de la misma, siendo posible también diferenciar tipos de eficiencia según el criterio material que se emplee para la fijación de la relación óptima”. Luis PAREJO, *op cit.*, p. 19.

⁸⁰ Así lo dispone el art. 21 A, inciso 1°, LOCGR: “La Contraloría General efectuará auditorías con el objeto de velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa”.

⁸¹ Osvaldo RUDLOFF, *op. cit.*, p. 95.

⁸² Para efectos pedagógicos, hemos decidido que el vocablo eficiencia también incluya el de economicidad.

⁸³ Gabriela GERDAIS, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁴ Art. 53, LBGAE.

⁸⁵ Gabriela GERDAIS, *op. cit.*, p. 60.

la LBGAE⁸⁶. En este marco, podemos afirmar que la eficiencia y la eficacia constituyen principios administrativos que permiten controlar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Ellos responden a la idea de que no obstante existir una pluralidad de distintas soluciones al alcance de la Administración, todas ellas indiferentes, se debe elegir la solución que mejor satisfaga el interés público. No hacerlo no invalidaría la decisión que se adopte, pero bien podría dar lugar a responsabilidad⁸⁷.

En lo concerniente a su labor fiscalizadora, esta debe orientarse, necesariamente, hacia la eficiencia de los organismos, es decir, el empleo racional de los medios y al rendimiento en los resultados, no bastando, en este sentido, que las operaciones se hayan ajustado a la ley y a la normativa contable, si se comprueba que los recursos fueron dispendiosamente utilizados, irrogaron un resultado escaso y de alto costo o si el fin mismo no se cumplió en su integridad⁸⁸. Por cierto, este enfoque de control considera indispensable aplicar criterios objetivos, acompañados de sólidos fundamentos técnicos, que excluyan toda posibilidad de emitir juicios de valor, marginando así a la acción fiscalizadora de cualquier participación o injerencia en la gestión administrativa⁸⁹.

El control de legalidad así entendido en el ámbito de las auditorías incluye el control de los principios de eficiencia y eficacia, por cuanto, como indicamos anteriormente, la LBGAE, dentro de la concepción amplia de probidad administrativa, incluye expresamente esos principios y, cuando tipifica algunas acciones que vulneran la probidad, señala expresamente que es contraria a ella el desaprovechamiento de los recursos públicos. A fin de cuentas, si la CGR se viera impedida de pronunciarse sobre la observancia de la eficiencia y la eficacia, el amplio respeto de que goza esta institución a nivel internacional se vería seriamente afectado, pues, hoy en día, todas las contralorías están realizando una auditoría plena⁹⁰.

⁸⁶ Guillermo VIDAL, "El modelo de control", en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de vida institucional*, p. 63-72.

⁸⁷ Claudio MORAGA, *op. cit.*, p. 37. Cabe destacar que en el D. N° 8.275/2015, la CGR toma razón de un acto administrativo sometido a control previo de legalidad, oportunidad en la cual, entre otros alcances, le instruyó al servicio: "que en atención al origen estatal de los haberes que se traspasan por el instrumento en trámite, solo procederá financiar con estos aquellos egresos que sean necesarios para el desarrollo de la enunciada iniciativa, debiendo esa entidad receptora ceñirse a los principios de economicidad, eficiencia y eficacia en su empleo".

⁸⁸ Osvaldo GARCÍA, Hernán LLANOS, *op. cit.*, p. 139.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Osvaldo GARCÍA, Hernán LLANOS, *op. cit.*, pp. 140-141. "Llegando, en los casos de Canadá y Estados Unidos, no sólo a practicar auditorías de eficiencia, sino también de resultados, de conveniencia y de mérito". Otros casos relevantes de mencionar son la Contraloría de la República de Colombia, cuyo control fiscal incluye el control financiero,

En suma, el desafío global, no sólo de la actuación de la CGR, sino del ordenamiento administrativo en su totalidad, es la buena administración. La meta futura, entonces, es diseñar como un auténtico derecho público subjetivo, el derecho a la buena administración, amparado sobre la base de ciertos estándares en la ejecución de la actividad administrativa. Estos estándares debieran permitir a los particulares exigir que la Administración actúe eficaz o eficientemente o que actúe como espera la ciudadanía que lo haga⁹¹.

III. Función de auditoría de la Contraloría General de la República

No debemos perder de vista que las necesidades públicas no siempre se satisfacen mediante la emisión de actos administrativos, sino también por medio de actos materiales⁹². Así, si bien la Administración se sirve de diversas formas jurídicas, las que regularmente se traducen en el establecimiento de normas, en la adopción de decisiones concretas y en la suscripción de contratos, su actividad también se manifiesta bajo la actuación material⁹³, la cual es controlada por la CGR, principalmente, a través de su función auditora. Esta constituye una de las herramientas más eficaces tanto para reducir la corrupción como para incentivar un uso eficiente de los recursos públicos⁹⁴. Se realiza a través de fiscalizaciones “en terreno” efectuadas con posterioridad a la ejecución de los hechos objetos de control, en aras de fiscalizar el correcto destino y la forma como se realiza la inversión con recursos públicos y por ende del cumplimiento de los fines de las Administraciones, lo que conlleva también evaluar la eficacia de la gestión administrativa⁹⁵. Considerando la importancia⁹⁶ que para la CGR presenta la referida fun-

de gestión y de resultados, “fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales” y la Contraloría General del Estado del Ecuador, que está encargada del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”, Iván OBANDO, Johann ALLESCH, *op. cit.*, p. 80.

⁹¹ Alejandro VERGARA, “El rol de la Contraloría General de la República: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración”, en *Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional*, p. 110.

⁹² Eduardo SOTO KLOSS, *Acerca de...*, *op. cit.*, p. 125, en materia de prestaciones de salud, de educación, de orden y seguridad públicos, de aseo y ornato comunal, etc.

⁹³ Luis CORDERO, *Lecciones de derecho administrativo*, p. 238.

⁹⁴ Raúl LETELIER, *op. cit.*, p. 308.

⁹⁵ Gladys CAMACHO, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁶ Aunque, en su momento, Aldunate planteó un efectivo abandono de la función fiscalizadora de la CGR, como función de control sistemática y oportuna, frente a la hi-

ción, debemos destacar que, en ese ámbito, dicha institución participa en dos entidades que agrupan a las EFS: la Organización Internacional de Instituciones Superiores de Auditoría⁹⁷ (INTOSAI, por sus siglas en inglés) y la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores⁹⁸ (OLACEFS). En este contexto, la INTOSAI continuamente produce documentos que orientan el actuar de las EFS⁹⁹, para que estas realicen auditorías en base a procedimientos correctos, a fin de que obtengan mejores datos y resultados. En esta línea, el documento fundante es la llamada Declaración de Lima¹⁰⁰ (aprobada en el 9° Congreso de la INTOSAI, Lima, Perú, 1977), que fija las bases para el control vía auditorías¹⁰¹.

Si revisamos el sitio electrónico de la CGR, con facilidad podemos corroborar lo dicho anteriormente. Al efecto, de un tiempo a esta parte la Contraloría ha resuelto impulsar la estandarización de sus procesos de auditoría con las Normas Internacionales de Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAIS, por su sigla en inglés¹⁰²), con el propósito de garantizar la independencia y eficacia de esa función esencial¹⁰³. Tales normas cubren las siguientes auditorías:

- a) financiera, que se centra en vigilar que la información financiera que presentan los servicios sea exhibida de acuerdo a la ley;

perfofia de su función de control de legalidad, Eduardo ALDUNATE, *La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República*, en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 29, compartiendo lo señalado por Letelier, estimamos que, en base a la importancia que la CGR asigna a su función auditora, corresponde moderar dicha apreciación. Raúl LETELIER, *op. cit.*, p. 308.

⁹⁷ La INTOSAI fue creada en el año 1953 y agrupa a las Entidades Fiscalizadoras Superiores de los países miembros de la Organización de Naciones Unidas. CONTRALORÍA, *op. cit.*, p. 89. Para más información véase www.intosai.org/es/actualidades.html. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2016].

⁹⁸ La OLACEFS es la organización internacional sucesora del Instituto Latinoamericano de Ciencias Fiscalizadoras, creado en el año 1965 en Santiago de Chile. Su nombre actual, adoptado en 1990, es consecuencia de la ampliación del ámbito en que desarrolla sus actividades. El rol fundamental de esta entidad internacional es hacer realidad en la región los objetivos de la INTOSAI relacionados con la colaboración y el perfeccionamiento de las Entidades Fiscalizadoras Superiores. CONTRALORÍA, *op. cit.*, p. 91. Para más información véase www.olacefs.com. [Fecha de consulta: 20 de octubre de 2016].

⁹⁹ Para consultar respecto a la visión global de la auditoría que realizan otras EFS y las recomendaciones que en esta materia han efectuado la INTOSAI y la OLACEFS, Osvaldo GARCÍA, Hernán LLANOS, *op. cit.*, pp. 141-147

¹⁰⁰ Disponible en www.intosai.org/es/issai-executive-summaries/detail/article/issai-1-the-lima-declaration.html. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2016].

¹⁰¹ Raúl LETELIER, *op. cit.*, p. 308.

¹⁰² *International Standards of Supreme Audit Institutions*.

¹⁰³ Disponible en www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA+Repository/Sitios/3i/que-es-el-programa-3i.html. [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2016].

- b) de cumplimiento, que persigue verificar que las actuaciones de los órganos administrativos se realicen como es debido; y
- c) de desempeño, las cuales persiguen comprobar que los programas desarrollados por la Administración se ejecutan de acuerdo a los principios de economía, eficiencia y efectividad¹⁰⁴.

Conforme con la orden de servicio N° 88, de 11 de junio de 2012, la CGR clasifica sus auditorías en tres tipos, según su procedimiento y requisitos de procedencia. Las auditorías propiamente tales son aquellas que se derivan del proceso de planificación anual que efectúa la CGR. Por su parte, las investigaciones especiales constituyen auditorías que se originan en una petición de fiscalización o denuncia de una autoridad o un particular, o incluso de oficio, con el objeto de verificar uno o más hechos específicos, sin involucrar una auditoría a un macroproceso de la institución a fiscalizar. Por último, las referencias de auditoría, como categoría residual¹⁰⁵, designan a la investigación que se desarrolla por la presentación de un particular que denuncia un hecho puntual, siempre que ello no dé lugar a una auditoría o una investigación especial.

El ejercicio de la función de auditoría da lugar a informes que contienen observaciones, las que se definen como manifestaciones por escrito de una situación en la que se ha detectado que el proceder de la entidad examinada no se ajusta a la normativa o a la jurisprudencia aplicable al caso específico o, bien, a las recomendaciones formuladas en los informes finales, oficios o pronunciamientos, pudiendo configurar una infracción, irregularidad o deficiencia que debe ser corregida¹⁰⁶. Cada una de las observaciones va seguida de una acción derivada que se le instruye cumplir al organismo examinado, las que pueden dar origen a responsabilidad administrativa, civil y penal de los funcionarios a cargo¹⁰⁷ o, bien, pueden constituir simples acciones que el servicio debe llevar a cabo para corregir la deficiencia advertida. Dentro de las muchas observaciones que se comprueban en los informes, destacan aquellas relacionadas con la necesidad de implementar mejoras a determinados procedimientos administrativos. Por último, una unidad especializada al interior de la CGR realiza el posterior seguimiento de las correcciones que debe realizar el organismo examinado, conforme a las observaciones planteadas en los mencionados informes de auditoría¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Raúl Letelier, *op. cit.*, p. 310.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 297.

¹⁰⁶ Orden de servicio N° 30, de 30 de enero de 2014, de la CGR.

¹⁰⁷ Raúl Letelier, *op. cit.*, p. 297.

¹⁰⁸ *Ibid.*

Las ilegalidades que se descubren en las auditorías que practica la CGR, como veremos más adelante, son de muchos tipos, como por ejemplo algunos incumplimientos en materia de inventario de bienes públicos, problemas con el manejo de cuentas corrientes y deficiencias en el control interno, entre otras¹⁰⁹. Cuantitativamente, durante el 2015 y gracias a la labor desempeñada por 410 de sus funcionarios, la CGR logró auditar a 665 organismos, lo que representó el 26% del universo de entidades fiscalizables (2.585). Dicha tarea implicó la emisión de 539 informes finales de auditoría, 508 informes de investigación especial y 3.107 atenciones de referencia, lo que trajo aparejado la regularización de \$1.845.758.034 y la presentación de 203 reparos por un monto de \$6.919.951.022¹¹⁰.

En suma, para concluir con este apartado, podemos señalar que la función de auditoría de la CGR presenta las siguientes características:

- a) es un control que se realiza con posterioridad a la ocurrencia de los hechos;
- b) se desarrolla sobre la base del conocimiento de una situación, de su análisis conforme a juicios de valor y a las disposiciones legales que le son aplicables;
- c) es un proceso cuya importancia radica, en último término, en la validación o verificación con la realidad de las situaciones examinadas;
- d) los objetivos del modelo apuntan a fijar el tamaño de la muestra a revisar y a presentar sugerencias útiles para mejorar los sistemas de control interno; a verificar la procedencia legal de las operaciones, y a evaluar la razonabilidad de las partidas presentadas en los estados financieros elaborados por las entidades públicas; y
- e) también,

como resultado del desarrollo del modelo pueden originarse juicios de cuentas, sumarios o investigaciones sumarias y denuncias ante la justicia¹¹¹.

1. OBSERVACIONES DE AUDITORÍA SOBRE LAS “3E”

Tal como adelantamos en la introducción, y habiendo abordado ya la importancia del control administrativo, tanto en su vertiente formal como material, y el rol protagónico que al efecto le empuja a la CGR, nos corresponde, ahora, analizar los informes de auditoría obtenidos de la muestra previamente expuesta, con el objeto de determinar si sus observaciones

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Cuenta pública de la CGR, año 2015.

¹¹¹ CONTRALORÍA, *op. cit.*, p. 38.

han supuesto o no controlar el mérito de lo obrado por la Administración. Considerando la breve extensión de este trabajo, nos hemos centrado en aquellas observaciones que han dado lugar a una acción derivada o curso de acción, omitiendo, por tanto, los reproches subsanados durante el desarrollo de las auditorías. Por último, y sin perjuicio de lo consignado en la tabla adjunta como anexo, formularemos apreciaciones generales en torno a los informes estudiados, pues un planteamiento pormenorizado superaría la extensión del presente artículo.

En primer término, cabe referirnos al principio de economicidad. Al respecto, en el INVE 178/16 se reprochó el desembolso innecesario que significó la aplicación de una pintura con poca adherencia a la calzada, considerando el alto tráfico de buses. Ello, atendido que el sistema de pintura aplicado no respetó las condiciones técnicas del proyecto, lo que derivó en un incumplimiento normativo, más aun considerando la incidencia económica de esa partida (40,4% del monto total contratado). El reproche derivó en que la Contraloría Regional del Maule dispusiera la instrucción de un sumario para determinar las eventuales responsabilidades administrativas y pecuniarias. Otro de los informes que destaca en esta materia es el INVE 291/16 por medio del cual la Contraloría Regional de Antofagasta observó la falta de mecanismos de control destinados a garantizar la razonabilidad y proporcionalidad de los pagos por servicios contratados, en este caso, el arriendo de un bien raíz. Aquí la sede regional reconoció que si bien la decisión de suscribir el apuntado contrato constituye un asunto de gestión interna que compete al municipio, sobre lo cual no corresponde un pronunciamiento en virtud del art. 21 B de la LOCGR, lo cierto es que ello no obsta a que los organismos públicos respeten los principios de eficiencia, eficacia y economicidad. El precitado reproche conllevó una advertencia para que, en lo sucesivo, la entidad edilicia vele por la observancia de dichas directrices. Los demás informes consultados utilizaron el principio de economicidad para recordar a los servicios fiscalizados tanto el propósito de las auditorías operativas internas que a cada uno de ellos les corresponde planificar y ejecutar como el propósito que persiguen los controles directivos, a la luz de lo prescrito en la resolución exenta N° 1.485, de 2 de septiembre de 1996, de la CGR, que aprobó las normas de control interno que dicha institución aplica durante sus fiscalizaciones.

En cuanto a los principios de eficiencia y eficacia, podemos colegir de los informes examinados que tales directrices, por lo general, suelen utilizarse como argumento para reforzar observaciones sobre debilidades de control interno¹¹².

¹¹² Para tal efecto, se suele citar el numeral 38 de la ya individualizada resolución exenta N° 1.485, en cuanto prevé que los directivos deben vigilar continuamente sus

Además, y reconociendo el ámbito de acción que le compete ejercer a las direcciones de control interno de los servicios, la CGR suele instruir, como curso de acción, que se informe respecto a la decisión de incorporar o no la materia investigada en los futuros planes de auditoría interna de los servicios (IF 195/16). También se han constatado faltas a la eficiencia y a la eficacia debido a desórdenes administrativos, que han derivado en el no cobro oportuno de prestaciones adeudadas a los servicios, como acontece con los subsidios de salud otorgados por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (INVE 316/16). Por otra parte, se han constatado subutilización de recursos instalados en las entidades fiscalizadas, como sucede con la base de datos para registrar licencias médicas (INVE 429/16) y falta de ahorro en las contrataciones, desde que se adjudicó una contratación a una oferta que no resultaba la más conveniente para los intereses fiscales (INVE 411/16). También se ha observado el incumplimiento de los plazos aprobados para el inicio de obras (IF 1.109/15). Asimismo, se ha reprochado la falta de manuales de procedimientos y el pago anticipado de prestaciones no contempladas en el respectivo contrato ni en un procedimiento formalizado (IF 1.049/15). De otro lado, se han formulado observaciones respecto a la dictación extemporánea de decretos alcaldicios que autorizaron el pago de horas extraordinarias (INVE 199/16), a la falta de reparación del lugar que sirve de custodia a diversos expedientes públicos (IF 982/15), y a la errónea imputación presupuestaria, de acuerdo con la naturaleza del respectivo gasto (IF 477). En la mayoría de estos casos, los cursos de acción propuestos por la CGR han consistido en instruir al servicio para que informe dentro de plazo si cumplió con la acción propuesta durante el transcurso de la investigación o bien, dé cuenta respecto al inicio del procedimiento disciplinario comprometido. En contadas ocasiones la propia CGR ha resuelto incoar el proceso sancionatorio, generalmente, en función de la gravedad de la falta advertida durante el desarrollo de la auditoría.

En suma, conforme a los resultados arrojados por la muestra examinada, podemos afirmar que las observaciones relacionadas con los principios de eficiencia, eficacia y economicidad no han supuesto cuestionar el mérito de la actuación administrativa, sino que han permitido reforzar los incumplimientos normativos advertidos durante las fiscalizaciones, ya sea respecto a las normas de control interno, bases administrativas, especificaciones técnicas, contratos y demás normas procedimentales de

operaciones y adoptar inmediatamente las medidas oportunas ante cualquier evidencia de irregularidad o de actuación contraria a los principios de economía, eficiencia o eficacia, junto a los ya mencionados arts. 3°, 5° y 11 de la LBGAE.

los propios servicios, entre otros. También podemos concluir que tales reproches, salvo la observación sobre la falta de un procedimiento para racionalizar los pagos de determinadas prestaciones, no han supuesto un juicio de valor sobre el rendimiento óptimo de los recursos públicos ni tampoco respecto al cumplimiento efectivo de las metas trazadas por la Administración activa. Además, podemos constatar que la mayoría de los hallazgos advertidos no han ameritado un procedimiento disciplinario, sino que, por el contrario, han significado la instrucción de medidas para corregir las falencias advertidas y evitar su reiteración en el futuro. De este modo, entonces, tal parece que el enfoque de fiscalización que viene desarrollando la CGR asume como premisa lo innecesario que “es usar ‘el látigo para mantener el control, pues este debe tender a ser educativo, formativo, motivador e integrador”¹¹³.

Conclusión

Al cúlmine del presente trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El control constituye un elemento básico del Estado de Derecho, por cuanto su propósito consiste en limitar el ejercicio del poder público.
2. Por lo general, el poder público supone el ejercicio de potestades discrecionales, que generalmente han sido circunscritas al ámbito del mérito, oportunidad y conveniencia, con el fin de exceptuarlas de su control.
3. Una de las técnicas para controlar el ejercicio de las potestades discrecionales consiste en la utilización de los principios generales del derecho.
4. La eficiencia, la eficacia y la economicidad constituyen, en nuestro ordenamiento, principios generales de derecho que el legislador ha reconocido expresamente en una norma positiva, junto con el principio de probidad administrativa, de manera que ellos integran el bloque de juridicidad o legalidad.
5. Acorde con su actual misión, a la CGR le corresponde velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de la Administración del Estado, promoviendo el bien común mediante una gestión institucional eficiente con resguardo de la probidad,

¹¹³ Patricio JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 81.

- transparencia y el correcto uso del patrimonio público, lo que incluye el enfoque “3E” que, en materia de gestión, se traduce en el derecho a la buena administración.
6. Si bien en sus auditorías la CGR ha constatado infracciones a los principios de eficacia, eficiencia y economicidad, aquellas vienen a reforzar el incumplimiento normativo advertido, y no han supuesto, aún, una evaluación respecto al mayor o menor provecho de los recursos públicos ni sobre el cumplimiento de las metas, planes y programas trazados por la Administración activa.
 7. Si proyectamos el rol de la CGR para los próximos años, podemos advertir que el mero control de una legalidad estática irá perdiendo fuerza, para dar paso al nuevo enfoque de las “3E”, vale decir, al control del actuar administrativo bajo los parámetros de la eficacia, la eficiencia y la economía, tal como ya acontece en otras EFS a nivel internacional. Se cumplirá la legalidad, entonces, cuando el servicio funcione bien, siendo la antigua legalidad administrativa solo una de las variables de corrección a considerar¹¹⁴.

Bibliografía

- ALDUNATE, Eduardo, “La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República”, en *Revista de Derecho Público Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 26, Valparaíso, 2005, pp. 19-30.
- ARÓSTICA, Iván, “La Contraloría hoy”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 16, Santiago, Universidad del Desarrollo, 2007, pp. 127-142.
- AYLWIN, Arturo, “El control de legalidad lleva implícito el de la eficiencia”, en *La Semana Jurídica*, N° 1, Santiago, 2001, pp. 8-9.
- BERMÚDEZ, Jorge, *Derecho administrativo general*, Santiago, 2014.
- CALDERA, Hugo, “Función de gobierno y función administrativa”, en *Revista de Derecho Público*, N° 49, Santiago, 1991, pp. 205-215.
- CAMACHO, Gladys, *Los principios de eficacia y eficiencia administrativas*, Editorial Conosur Ltda., 2000.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *La discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, 2008, tomo II.
- CEA, José Luis, “Una visión de la Contraloría General de la República”, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de vida institucional 1927-2002*, Santiago, 2002, pp. 23-32.

¹¹⁴ Raúl Letelier, *op. cit.*, p. 311.

- CONCHA, Felipe, “La interpretación administrativa y la facultad dictaminadora de la Contraloría General de la República”, en *Memoria Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Contraloría General de la República en el umbral del siglo XXI*, Santiago, 1997.
- CORDERO, Luis, *El control de la Administración del Estado*, Santiago, 2007.
- DIARIO EL CENTRO, del 5 de junio de 2016. Disponible en www.diarioelcentro.cl/noticias/cronica/contraloria-detecto-fallas-en-aplicacion-de-pintura-en-avenida-2-sur-para-vias-exclusivas. [Fecha de consulta: 3 de octubre de 2016].
- DÍAZ, Ricardo, *Contraloría General de la República: análisis del control de mérito en la toma de razón*, Memoria Escuela de Derecho, Universidad de Concepción, 1987.
- Diccionario de la Real Academia Española*, disponible en www.rae.es
- FIAMMA, Gustavo, “¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?”, en *Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional 1927-1977*, Santiago, Universidad de Chile, 1977, pp. 191-202.
- GARCÍA, Ana María, “Fiscalización parlamentaria de los actos de gobierno”, en *Revista de Derecho Público*, N° 75, Santiago, 2011, pp. 35-50.
- GARCÍA, Osvaldo; LLANOS, Hernán, “La función de auditoría en la Contraloría General de la República”, en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de vida institucional 1927-2002*, Santiago, 2002, pp. 135-147.
- GARDAIS, Gabriela, “El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables”, en *Revista de Derecho Público de la Agrupación Nacional de Abogados de la Contraloría General de la República*, N° 6, 2001, pp. 35-61.
- HUTCHINSON, Tomás, “Principio de Legalidad. Discrecionalidad y Arbitrariedad”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Buenos Aires, Argentina, 2005, pp. 297-319.
- JIMÉNEZ, Patricio, *Control de gestión*, Santiago, 2001.
- LETÉLIER, Raúl, “Contraloría General de la República”, en BASSA, Jaime - FERRADA, Juan Carlos - VIERA, Christian (ed.), *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, 2015, pp. 285-314.
- MILLAR, Jaime, “Alcance del control de legalidad. Su evolución a propósito de los actos administrativos requisitorios, durante 1970-1973”, en *Revista de Derecho*, N° 11, Valdivia, 2000, pp. 83-94.
- MORAGA, Claudio, “La actividad formal de la Administración del Estado”, VII, en *Tratado de Derecho Administrativo*, PANTOJA, Rolando (coord.), Santiago, 2010.
- MORALES, Baltazar, “El mérito, oportunidad y conveniencia en la Contraloría General de la República”, en *Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional 1927-2012*, Santiago, 2012, pp. 207-220.
- MUÑOZ, Carlos, “Eficiencia, calidad de la gestión y probidad”, en *Revista Chilena de Administración Pública*, Santiago, 1994, pp. 11-22.
- NAVARRO, Enrique, “La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados”, en *Revista de Derecho Público*, N° 49, 1991, pp. 71-90.

- OBANDO, Iván, ALLESCH, Johann, "La Contraloría General de la República en perspectiva histórica y comparada", en *Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional 1927-2012*, Santiago, 2012, pp. 69-84.
- OBSERVATORIO HABITACIONAL, Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Disponible en www.observatoriahabitacional.cl/opensite_20080428115627.aspx. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2016].
- PALLAVICINI, Julio, "Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República", en *Revista de Derecho Público*, N° 72, Santiago, 2010, pp. 108-132.
- PAREJO, Luis, "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública", en *Revista Documentación Administrativa*, España, pp. 15-65.
- POBLETE, Julia, "Eficiencia en la administración del Estado: ¿misión imposible?", en *Estudios de Derecho Público, XL Jornadas de Derecho Público*, Valparaíso, Chile, 2011, pp. 625-649.
- RAJEVIC, Enrique, "La urgente reforma del sistema de control administrativo: una exigencia de la probidad", en *Revista de Derecho Público*, N° 69, Santiago, 2007, pp. 36-59.
- GARCÉS, María Fernanda, *Control de legalidad y procedimiento de toma de razón*.
- RAMÍREZ, José Antonio, "Probidad, Transparencia y Eficiencia en la Actuación de los Órganos del Estado: Nuevos Elementos tras la Reforma Constitucional 2005", en *Revista de Derecho Público*, N° 69, 2007, pp. 166-173.
- REYES, Jorge, "Ámbito de la fiscalización en el sistema nacional de control estatal", en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de vida institucional 1927-2002*, Santiago, 2002, pp. 75-87.
- RUDLOFF, Osvaldo, "Control jurídico al amparo del principio de probidad y su alcance respecto del mérito o conveniencia", en *Revista de Derecho Público Contemporáneo de la Agrupación Nacional de Abogados de la Contraloría General de la República*, N° 12, 2007, pp. 91-101.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Acerca del Llamado Control de Mérito de los Actos. El decreto de insistencia ¿es conforme al ordenamiento constitucional?*, en *Revista de Derecho Público*, N°15, Santiago, 1974, pp. 58-80.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "La Toma de Razón y el Poder Normativo de la Contraloría General", en *Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional 1927-1977*, Santiago, Universidad de Chile, 1977, pp. 165-189.
- TÉLLEZ, Luis, *Gestión de control público*, Santiago, 2007.
- VERGARA, Alejandro, "El rol de la Contraloría General de la República: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración", en *Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional 1927-2012*, Santiago, 2012, pp. 103-110.
- VIDAL, Guillermo, "El modelo de control", en *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de vida institucional 1927-2002*, Santiago, 2002, pp. 63-72.
- WAISSBLUTH, Mario, *Una revolución en la Contraloría*, La reforma del Estado en Chile 1990-2005, Barcelona, 2006.

DICTÁMENES E INFORMES DE AUDITORÍA UTILIZADOS

Dictámenes N°s. 8.275, de 2015 y 34.028, de 2016, ambos de la CGR.

Informes de auditoría N°s.: 477, 969, 974, 982, 1.040, 1.049, 1.101, 1.109, 1.190, 1.273, 1.318 y 1.323, todos de 2015; 43, 96, 100, 130, 178, 195, 199, 236, 286, 291, 300, 316, 326, 335, 346, 405, 411, 420 y 429, todos de 2016, de la CGR.

Normativa utilizada

Constitución Política de la República

DL N° 1.263, de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, cuyo texto refundido corresponde al DFL N° 2.421, de 1964.

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado corresponde al DFL N° 1/ 19.653, de 2000.

Resolución exenta N° 1.485, de 1996, de la CGR.

Órdenes de servicio N°s. 88, de 2012 y 30, de 2014, ambas de la CGR.

ANEXO

*Auditorías efectuadas por la Contraloría General**

#	N°	CGR	Tipo	Materia	Curso de acción	Obs.
1	286/16	VA	INVE	Contratación publicidad diario circulación regional, fotografía Alcaldesa de la Municipalidad de Olmué.	Adoptar mecanismos de control para cumplir fines legales. Abstenerse de resaltar imagen política de una autoridad en particular.	ECC
2	291/16	AN	INVE	Arrendamiento propiedad para ejecución programas de desarrollo comunitario, Municipalidad de Tocopilla.	Adoptar mecanismos controlar razonabilidad y proporcionalidad pagos. Informar procedimiento disciplinario.	ECC EFI
3	178/16	MA	INVE	Irregularidades señalización y demarcación avenida tránsito exclusivo buses, Municipalidad de Talca.	Instrucción procedimientos para determinar responsabilidad administrativa y pecuniaria.	ECC
4	96/16	VA	IF	Auditoría saldo de la cuenta disponibilidad en moneda nacional, Municipalidad de Catemu.	Adoptar medidas para realizar auditoría operativa que debió efectuarse.	ECC
5	1273/15	TA	IF	Auditoría a dos programas ejecutados por la Dirección Regional de Tarapacá de CORFO.	Instruir implementación de procedimientos de control señalados por el servicio.	ECC EF
6	1101/15	TA	IF	Auditoría proyectos FNDR, subtítulos 29 y 33 del Gobierno Regional de Tarapacá.	Implementar un procedimiento de control de bienes adquiridos.	ECC EF
7	974/15	RM	IF	Auditoría procesos de permiso de circulación y licencias de conducir, Municipalidad de Cerro Navia.	Se recomienda a la Dirección de Control incluir en sus futuras fiscalizaciones la materia investigada.	ECC
8	346/16	TA	INVE	Irregularidades adquisición juegos infantiles, Municipalidad de Iquique.	Evitar incorporar cláusulas discriminatorias y arbitrarias en las bases. Informar instalación e inventario de los juegos. Instruir sumario.	EF

* Abreviaturas. ECC: Economicidad; EF: Eficacia; EFI: Eficiencia; Obs.: Observación de auditoría. Para identificar las regiones en que se originaron los informes de auditoría, se utilizó el listado consignado en www.observatoriohabitacional.cl/opensite_20080428115627.aspx [fecha de consulta: 17 de octubre de 2016]. TA: Tarapacá.; AN: Antofagasta.; CO: Coquimbo.; VA: Valparaíso.; RM: Región Metropolitana.; MA: Maule.; BI: Bio-bío.; LR: Los Ríos. Muestra obtenida en base a las auditorías publicadas entre el 1 de enero y el 16 de agosto de 2016 en el Buscador de Informes de Auditorías (BIFA) de CGR www.contraloria.cl/SicaProd/SICAv3-BIFAPortalCGR/faces/buscadorBifa?_adf.ctrl-state=2f7v6175x_3 [fecha de consulta: 16 de agosto de 2016]. Para ello se introdujo en la opción "búsqueda por texto", alternadamente, los conceptos: economicidad, eficacia y eficiencia.

#	N°	CGR	Tipo	Materia	Curso de acción	Obs.
9	405/16	LR	INVE	Irregularidades ejecución proyecto habilitación de un centro de creación (que se incendió), dependiente del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, Región de Los Ríos.	Evitar conductas advertidas (garantías de cumplimiento y certificación de instalaciones de gas), sin perjuicio del sumario CGR.	EF
						EFI
10	300/16	TA	INVE	Programa habilidades para la vida ejecutado por la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Iquique con recursos transferidos por JUNAEB, Región de Tarapacá.	Mantener a disposición los actos administrativos y antecedentes supervisión programa año 2016, para visita de seguimiento.	EF
11	316/16	CO	INVE	Irregularidades recuperación subsidio incapacidad laboral, Municipalidad de Coquimbo.	Evitar incurrir en conductas observadas, implementado medidas de control y efectuando acciones de cobranza.	EF
						EFI
12	195/16	BI	IF	Auditoría a las horas extraordinarias, Municipalidad de Los Ángeles.	Ponderar si procede incluir materia en futuras fiscalizaciones. Instruir sumario sobre aduiteración actos autorizaron horas extras.	EF
						EFI
13	420/16	TA	INVE	Irregularidades rendición cuentas organismo colaborador del SENAME, Región de Tarapacá.	Adoptar medidas de control aseguren exactitud registrado en SENAINFO. Instruir a colaboradores sobre correcta rendición.	EF
14	335/16	TA	INVE	Gastos en publicidad, Municipalidad de Iquique.	Revisar legalidad requerimientos de bienes y servicios por publicidad y difusión, estableciendo mecanismos de control.	EF
15	429/16	CO	INVE	Irregularidades recuperación subsidio incapacidad laboral, Municipalidad de La Serena.	Remitir manual de procedimiento actualizado debidamente formalizado.	EF
						EFI
16	326/16	CO	INVE	Principalmente, sobre ausencias laborales injustificadas en el Departamento de Educación, Municipalidad de Los Vilos.	Informar si ponderó incorporar en plan anual, fiscalización a esa unidad respecto al cumplimiento jornada laboral.	EF
17	236/16	LR	INVE	Irregularidades entrega materiales oficina de emergencia, Municipalidad de Lago Ranco.	Implementar mecanismos resguardo bienes públicos. Aplicar método asegurar ayuda se entregue a personas en vulnerabilidad.	EF
						EFI
18	411/16	TA	INVE	Irregularidades, entre otras, proceso licitación mantenimiento vehículos, Dirección de Vialidad, Región de Tarapacá.	Indagar, en el sumario instruido, evaluación con puntaje máximo a empresa adjudicada a pesar que incumplió diversos requisitos.	EF
						EFI
19	43/16	RM	IF	Auditoría al programa consolidación tenencia de tierras INDAP.	Adoptar medidas asegurar pagos se ajusten avance real del trabajo. Remitir información comprometida, sin perjuicio sumario.	EF
						EFI

#	N°	CGR	Tipo	Materia	Curso de acción	Obs.
20	130/16	MA	INVE	Irregularidades,entre otras, modificaciones presupuestarias sin autorización y adquisición materiales sin uso, Municipalidad de Licantén.	Adoptar medidas para correcta aplicación principios de eficiencia y eficacia en la administración de recursos públicos, y remitir acto afine proceso sumarial.	EF
						EFI
21	1109/15	RM	IF	Auditoría a las transferencias de recursos a municipios efectuadas por el SERVIU Metropolitano, programa de recuperación de barrios.	Exigir a municipios inicio obras dentro plazo y cumplir con normas sobre rendición de cuentas, para velar por la eficiencia y eficacia en la administración de los recursos públicos.	EF
						EFI
22	1323/15	RM	IF	Auditoría al activo fijo de la Municipalidad de La Pintana.	Acreditar incorporación todos bienes activo fijo al sistema informático, registros contables y auxiliares de cuenta e incorporar materia auditada en plan fiscalización 2016.	EF
						EFI
23	1190/15	TA	INVE	Irregularidades licitación construcción cuartel policial BICRIM, Municipalidad de Alto Hospicio, financiado con Fondos Nacional de Desarrollo Regional.	Municipio deberá instruir e implementar controles para asegurar documentos licitación sean firmados por los responsables de su confección, al momento de su aprobación.	EF
24	1049/15	RM	IF	Auditoría operaciones de compra de concentrados y precipitados de cobre realizadas por ENAMI, a través de la Fundación Hernán Videla Lira.	Elaborar procedimiento de compra por contratos comprometido. Aprobar manual de funciones. Suscribir oportunamente contratos y evitar registrar información en planillas excel, dada su vulnerabilidad.	EF
						EFI
25	199/16	RM	IF	Auditoría préstamos habitacionales, administrados por el Fondo de Auxilio Social de DIPRECA.	Instruir sumario por monto cuota préstamo que excede máximo permitido. Implementar medidas control para registro, custodia, arqueo y debida confección de pagarés, y acreditar acciones judiciales de cobro.	EFI
26	100/16	CO	INVE	Irregularidades pagos horas extraordinarias y modificación remuneraciones, Departamento de Educación, Municipalidad de Illapel.	Velar observancia de este principio y dar cuenta sobre ponderación de incluir materia investigada en planes de auditoría interna.	EFI
27	982/15	RM	IF	Auditoría a las adquisiciones realizadas por el Servicio de Registro Civil e Identificación durante el periodo que se indica.	Informar documentadamente estado de avance reparación bodega, asegurar adecuado resguardo e integridad de los antecedentes de respaldo de las operaciones.	EFI

#	N°	CGR	Tipo	Materia	Curso de acción	Obs.
28	1040/15	RM	IF	Auditoría proceso de uso y asignación de campo clínico Hospital de Urgencia Asistencia Pública. Doctor Alejandro del Río.	Sin perjuicio sumario, debe cobrar lo adeudado por uso campus clínico e implementar medidas para hacer efectivas las retribuciones de manera íntegra y oportuna.	EFI
29	1318/15	MA	INVE	Irregularidades en la obra de mejoramiento infraestructura pública educacional de la Municipalidad de San Rafael.	Fortalecer sistema de control para garantizar existencia libro de obras y comunicación oportuna entre unidades a cargo, y atender de forma rápida y eficiente los reclamos.	EFI
30	477/15	RM	IF	Auditoría sobre adquisición de maquinarias y equipos en el Gobierno Regional Metropolitano de Santiago.	Abstenerse de aprobar proyectos y cursar gastos no ajustados a limitaciones presupuestarias y los que vulnere eficiencia en el manejo de recursos públicos.	EFI
31	969/15	RM	INVE	Eventuales incumplimiento jornada laboral y otorgamiento dispar de beneficios económicos entre empleados de ENAER.	Conforme con su respuesta, incorporar en plan de fiscalización 2016 la materia auditada. Acompañar, además, los antecedentes que acrediten que el reajuste recibido por empleados se hace para cumplir fallos de los Tribunales.	EFI

LA INSPECCIÓN AMBIENTAL, LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL, LA AUTORIZACIÓN AMBIENTAL Y LA AUDITORÍA AMBIENTAL

THE ENVIRONMENTAL INSPECTION, THE EVALUATION OF ENVIRONMENTAL IMPACT, THE ENVIRONMENTAL AUTHORIZATION AND THE ENVIRONMENTAL AUDITING

*Alcides Antúnez Sánchez**

Resumen

Los avances en la política ambiental y la gestión ambiental en las organizaciones empresariales han permitido articular estrategias de conservación y aprovechamiento de los recursos naturales y del ambiente como paradigmas de la política ambiental de los Estados. De cara a la realidad cubana, el objetivo del artículo es sistematizar los elementos que configuran a los instrumentos de tutela ambiental (evaluación de impacto ambiental, inspección ambiental, licencia ambiental y auditoría ambiental) para delimitar sus puntos de conexión, como parte de la política ambiental en pos de alcanzar una adecuada gestión ambiental sostenible.

Palabras clave: gestión ambiental, tutela ambiental, instrumentos de mercado de carácter cooperador.

* Licenciado en Derecho. Máster en Asesoría Jurídica por la Universidad de Oriente. Profesor Auxiliar Derecho Ambiental. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. Cuba. Trabajo investigativo vinculado con la práctica de las herramientas de gestión ambiental, como actividad de control en el sector empresarial estatal cubano, para perfeccionar el ordenamiento jurídico en atención a la actualización del nuevo modelo económico y social. Realizado por la disciplina Derecho de la Empresa en el proyecto Consultoría Jurídica Rural 2016. Artículo recibido el 23 de septiembre de 2016 y aceptado para su publicación el 28 de febrero de 2017. Correo electrónico: aantunez@udg.co.cu, antunez63@nauta.cu.

Abstrac

The advances in the environmental policy and the environmental step in the business organizations have allowed articulating strategies of conservation and use of the natural resources of the environment like paradigms and of the environmental policy of the States. The objective of the article is to systematize the elements that configure the instruments of environmental tutelage (evaluation of environmental impact, environmental inspection, environmental license and environmental auditing) to delimit his connection points between these as part of the environmental policy in pursuit of attaining an adequate environmental sustainable step.

Key words: Environmental step, environmental tutelage, instruments of market of cooperative character.

Exordio

La cuestión social, generada por las dramáticas injusticias sociales provocadas por los excesos del liberalismo económico en los inicios de la Revolución Industrial en Europa y América (siglos XVIII y XIX), con jornadas de 14 y 15 horas de trabajo en fábricas y minas, salarios míseros, la explotación de menores y mujeres, enfermedades y muertes de trabajadores por la ausencia de normas de higiene y salubridad, es el origen del movimiento sindicalista y de la legislación laboral. La cuestión ambiental, o la toma de conciencia acerca de la gravísima crisis ecológica y ambiental –los fenómenos de contaminación, degradación y daños ambientales en los ámbitos planetario, hemisféricos, nacionales y locales– a partir de la década de los 70 del pasado siglo (Conferencia de Estocolmo, 1972) es el origen del movimiento ambientalista y de la legislación ambiental, y del Derecho Ambiental como transversalización axiológica.

La asunción de esta nueva responsabilidad estatal se lleva a cabo por medio de leyes y por las entidades públicas especiales, lo que ha traído como consecuencia la proliferación de normativas administrativas de contenido ambiental: leyes, reglamentos, ordenanzas locales, actos administrativos unilaterales, contratos, concesiones, etc. La disciplina jurídica que mayor influencia ha recibido de la cuestión ambiental es el Derecho Administrativo. Se manifiesta en la adaptación de categorías jurídicas tradicionales del Derecho Administrativo a la gestión pública de los bienes ambientales, como en la creación de nuevas categorías que responden a la especificidad de esa gestión. Es observable en instrumentos jurídicos de

control de las actividades susceptibles de degradar el ambiente, como las, autorizaciones, licencias, inspección, evaluación de impacto ambiental y la auditoría ambiental, entre otros, vinculadas en el desarrollo del artículo. Y que como categoría jurídico-técnica es poco conocida en los otros campos de actividad de la Administración Pública.

El artículo tiene como objetivo sistematizar los elementos que configuran a los instrumentos de tutela ambiental (evaluación de impacto ambiental, inspección ambiental, licencia ambiental y auditoría ambiental), para delimitar sus puntos de conexión entre estos, como parte de la política ambiental en pos de alcanzar una adecuada gestión ambiental sostenible y sustentable. Para ello fueron utilizados los métodos de la investigación como el histórico-lógico, el de análisis-síntesis, y el inductivo-deductivo.

1. El derecho ambiental y los instrumentos de tutela ambiental

La noción de ambiente ha existido en la mente del ser humano desde tiempos pretéritos, de modo consciente o inconsciente, el hombre ha tenido una relación simbiótica con su ambiente, pues su dependencia de los recursos naturales es indiscutible; sin embargo, esta relación se ha ido complicando con el paso del tiempo. Como realidad física del medio ambiente, tiene sus antecedentes en la palabra inglesa *environment*, traducida como “los alrededores, gente, modo de vida, circunstancias ...en que vive una persona”; la palabra alemana *Umwelt*, cuya traducción sería “el espacio vital natural que rodea a un ser vivo”; y la francesa *environnement*, que equivaldría en castellano a entorno. La religión occidental asumió un punto de vista respecto a la relación entre el hombre y el medio natural, sintetizado en el Génesis 1-28, donde se afirma

“...y los bendijo Dios, diciéndoles: ‘Procread y multiplicaos y henchid la tierra; sometedla y dominad sobre los peces del mar. Sobre las aves del cielo y sobre los ganados. Y sobre todo cuanto vive y se mueve sobre la tierra...’.

En este contexto GEOFFREY STO HILAIRE incluye en 1835 el concepto de medio ambiente, desde el punto de vista filosófico esta expresión se refiere al conjunto de relaciones entre el mundo natural y los seres vivos, influyen en la vida y el comportamiento del ser vivo. LORENZETTI lleva al análisis de los derechos del hombre con el enfoque del paradigma; la declaración aprobada en 1949, donde el derecho a la protección del

medio ambiente no fue aprobado en sus inicios, sino que ocurre en un tercer momento, a consecuencia de los nuevos avances tecnológicos que repercutían de manera negativa en la calidad de vida, el consumo, para proteger el patrimonio cultural e histórico, y la defensa del patrimonio genético. Llamados como derechos de cooperación y solidaridad desde la doctrina, delimitado en el derecho al medio ambiente. La primera referencia internacional que conectó de manera explícita los derechos humanos con el medio ambiente fue el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Nueva York en 1966, en la década de los 70 se publicó el primer informe del Club de Roma, “Los límites del crecimiento” y se celebró posteriormente la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano en 1972¹.

FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ señalaba que en las últimas décadas del pasado siglo el Derecho Internacional ha contribuido al desarrollo del Derecho Ambiental estatal en todos los países. Esto ha llevado a incrementar la concientización de que los intereses de la humanidad deben constreñir los intereses de los Estados individuales. Además, otros actores diferentes a los Estados han llegado a ser esenciales en la gestión de los cambios ambientales globales. Estos desarrollos siguen influyendo a un cambio fundamental en el paradigma del Derecho Internacional, evolucionando el campo ambientalista internacional. Refiere este autor consultado que, para la gran mayoría de los autores, el surgimiento del Derecho Ambiental Internacional se produce a finales de la década de los 70, sin dejar de reconocer la existencia en períodos anteriores de precedentes aislados de instrumentos internacionales con un objetivo o dimensión ambiental. Otros son más precisos y reconocen como fecha de la aparición del Derecho Ambiental Internacional a partir de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano en 1972, donde para muchos especialistas, esta Declaración constituye la Carta Magna del Derecho Ambiental, de aquí su maridazgo con el Derecho Internacional².

MARTIN MATEO refería que en el Derecho comparado GIANNINI catalogó en el año 1973 tres posibles versiones del concepto del medio am-

¹ Ricardo LORENZETTI, *Teoría del Derecho Ambiental*. Augusto MORELO, *Los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación*, en Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas, p. 947; Mirta LACIAR, *Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable*, p. 323; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, versión de Ernesto GARZÓN, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 86.

² Ángel FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, *Instrumentos Jurídicos Internacionales*, Editorial Pueblo y Educación, *Informe Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, conocido como Informe BRUNDTLAND “Nuestro Futuro Común”, p. 460, presentado a las Naciones Unidas en 1987.

biente en el ordenamiento jurídico italiano: el medio ambiente en cuanto conservación del paisaje, es decir, bellezas naturales, centros históricos, parques naturales, bosques. El medio ambiente en cuanto normativa relacionada con la defensa del suelo, del aire y del agua. Y el medio ambiente en cuanto objeto de la disciplina urbanística. En 1975, lo definió como el ámbito físico de diversas acciones humanas, en el cual subsisten sistemas de equilibrio que puede ser modificado, pero solo a costa de reconstruir otros sistemas. Incluye en su concepto jurídico el ambiente como conjunto de elementos naturales objeto de protección jurídica específica, concretando que dichos elementos deben ser bienes comunes, de titularidad común y de naturaleza dinámica: en definitiva, el agua, el aire y el suelo, aunque su gestión o bien se reconduce a la ordenación global del territorio, o bien se conecta con los ciclos del agua y el aire. La protección contra el ruido y otras agresiones físicas que utilizan el agua y el aire³-

Desde la Teoría General del Derecho⁴, se refiere que la naturaleza jurídica del derecho que posee el individuo con respecto al medio ambiente, partiendo de la teoría del interés, la relación de un sujeto con un bien o una relación contemplada como accesible a aquél, y evaluada como idónea para colmar una carencia o justificar una exigencia, o en parecidos términos, la relación entre un sujeto, al que se refiere una necesidad, y el bien idóneo para satisfacer tal necesidad, determinada en la previsión general y abstracta de una norma, podríamos pensar que el derecho al medio ambiente es un Interés Público en el sentido de directo y legítimo de la colectividad. Esta teoría está guiada por una diferenciación entre Derecho Público y Derecho Privado, con la consecuencia que el primero sólo protege derechos subjetivos, mientras que el segundo, además de derechos subjetivos, protege los llamados intereses legítimos.

Aplicado al Derecho Ambiental, vería en el derecho al medio ambiente un interés público, con relevancia decantada hacia el bien común, hacia el uso de los bienes conforme a la función pública, pero sin que tuviese relevancia alguna el interés individual, más que cuando hubiese un ataque personalizado a la propiedad, salud, intimidad o actividad industrial de algún individuo. El matiz público del Derecho Ambiental no lo da el sujeto interviniente como la actividad desempeñada, la situación jurídica individualizada creada como consecuencia de poner el interés individual de la persona en contacto, directa o indirectamente, con los bienes objeto del Derecho Ambiental.

³ Ramón MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, Editorial Trivium.

⁴ Catalina ABIDIN, "Derecho Ambiental: su consideración desde la Teoría General del Derecho" en *Revista Cartapacio de Derecho*.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN señalaba que el medio ambiente supone la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan, en un espacio y momentos determinados, la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos⁵.

JORDANO FRAGA considera que el Derecho Ambiental es una disciplina autónoma, que tiene requisitos como: presencia de principios propios, técnicas jurídicas propias y referencia a determinada categoría de personas, de objetos o de relaciones⁶.

Retomando a MARTÍN MATEO, quien defendiera la idea de que el Derecho Ambiental se caracteriza por *sustratum* ecológico, especialidad singular, énfasis preventivo, componente técnico-reglado, vocación redistributiva, primacía de los intereses colectivos, multidisciplinar, mixtura normativa de lo antiguo y de lo nuevo, transnacional. Es un derecho interdisciplinario, multidisciplinario calificado por su finalidad de orden público, interés público y utilidad pública, el Derecho Ambiental es un derecho reactivo, del riesgo y de la seguridad⁷.

El Derecho Ambiental, como disciplina autónoma, reguladora de determinados derechos y obligaciones de las personas, se originan mediante la utilización, transformación o explotación de una serie de bienes que cumplen, a modo de límite del Derecho de la Propiedad, la función social de preservar el equilibrio entre el desarrollo económico y la calidad de vida. La función social que cumple tiene enorme complejidad, a cada momento social se deberá dar por el legislador relevancia a aspectos con más trascendencia pública que privada, o a la inversa, nuestra disciplina está en continua evolución, al tener por objeto uno de los ámbitos donde el derecho va siempre a remolque: La salud de la persona, su calidad de vida en equilibrio con la económica.

Dentro de este los *instrumentos de tutela ambiental* en sus clasificaciones tienen un concepto amplio de instrumentos de tutela y tienden a describir todos los aspectos del Derecho Ambiental que han sido reseñados. Entrarían por consiguiente medios políticos, jurídicos, técnicos, económicos, sociales y culturales. Podían tener interés en los momentos iniciales

⁵ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, Editorial Dykinson, Madrid, 1991, p. 372.

⁶ JORDANO FRAGA, Jesús, *La Administración en el Estado Ambiental de Derecho*, en Revista de Administración Pública, número 173, España, 2007; BOTASSI, Carlos, *Derecho Administrativo Ambiental*, Editorial Platense, Argentina, 1997, p. 92.

⁷ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, 2ª edición, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1998.

del Derecho Ambiental en los que, precisamente, se habían tomado a préstamo las tradicionales instituciones administrativas de policía, y fomento. Pero en el actual desarrollo del Derecho Ambiental es una perspectiva clasificatoria no pertinente. Sin embargo, sí es conveniente precisar que muchos instrumentos dependen de decisiones políticas fundamentales sobre opciones con muy radical repercusión en el modelo ambiental a establecerse. Entre ellas resaltan la elección estatal de entre las diferentes fuentes de energía, relacionadas con los principios del Derecho Ambiental. Entre estos: Protección espacial (planificación, ordenación del territorio, espacios protegidos); Evaluación de impacto ambiental; Instrumentos económicos; Participación ciudadana.

Estos elementos han conllevado a la necesidad de reestructurar las instituciones clásicas del Derecho Administrativo e inducir de la realidad de la cuestión ambiental nuevas categorías para actualizar y reformar la Teoría General del Derecho Administrativo, a tal magnitud ha llegado el impacto de las nuevas realidades sociales y económicas del fenómeno. Y, desde esa inquietud, analiza los instrumentos de tutela bajo los conceptos generales de acción administrativa imperativa, estimulante, consensual, compensatoria, orientada hacia el riesgo y abierta a revisiones y fundamentadora de la innovación. Hoy apreciadas con la *responsabilidad ambiental compartida*, al decir de autores como MANUELA MORA, EMBID IRUJO, SANZ RUBIALES, y SANZ LARRUGA⁸.

2. Las herramientas de gestión, origen y evolución

Sus orígenes y evolución se constatan a partir del reconocimiento por los Estados de los Estados de los problemas ambientales. En su proceso de evolución ha avanzado superando tres etapas, de lo que ha sido la concientización ambiental, acontecida en la segunda guerra mundial; en los años 60 y 70 del pasado siglo XX, aparecen políticas ambientales acompañadas del desarrollo de la ecología y la aparición de interpretaciones multidisciplinarias, en los intentos de asociar las ciencias del hombre y las de la naturaleza. Una última etapa se aprecia a partir de la Cumbre de Río de Janeiro en la década de los 90, al despertar la alarma mundial derivada de la crisis ambiental. Dicho de otra manera, los problemas eco-

⁸ MORA RUIZ, Manuela, *Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general*, en Revista Derecho y Conocimiento, España, 2012; SANZ RUBIALES, Iñigo, *El mercado de los derechos a contaminar*, Editorial Lex Nova, España, 2012.

lógicos dejaron de ser analizados en prácticas de laboratorio, pasando a ocupar espacios noticiosos en los medios de comunicación internacionales, marcando como otro hito la firma de la Convención de la Biodiversidad (preservación de la vida)⁹.

Como consecuencia de lo señalado, se reconoce la intervención de una fuerte intervención estatal en los asuntos relacionados con la protección ambiental, a los que se les ha denominado: las normas de comando y control, y los instrumentos económicos. Bajo la teoría del comando y control, fundamentada en los estándares fijados por la Autoridad Ambiental, se acompañan de regulaciones para que estos estándares establecidos en los cuerpos jurídicos sean cumplidos por las personas naturales y jurídicas. Aquí se reconocen los *instrumentos de mercado* como mecanismos de control directo, con el objetivo de incentivar actividades sostenibles y procesos limpios, que permitan la introducción de los resultados de la ciencia y la técnica, y la aplicación de herramientas del tipo económico (impuestos, tasas, permisos negociables, incentivos, subvenciones, multas).

2.1 LA INSPECCIÓN AMBIENTAL

Deviene en una técnica de intervención sobre la actividad administrativa de creciente utilidad. Su presencia ha desbordado los tradicionales ámbitos de actividades de gestión financiera, prestacionales de sanidad, higiene y educación, para ganar presencia en sectores más emergentes, como la economía (pesca, agricultura) y la industria, los servicios de interés general (recursos hídricos, electricidad y energía, telecomunicaciones, transporte), consumo, medio ambiente y urbanismo. A ello, debe sumarse el hecho de que su contenido vincula a las más importantes instituciones del Derecho Administrativo, desde la actividad administrativa propiamente, pasando por organización y función pública, hasta procedimientos y actos administrativos, potestad sancionadora, control administrativo, responsabilidad, entre otros.

Pero ello no indica que la inspección contenga una categoría jurídica de novedosa introducción en el Derecho Administrativo, todo lo contrario, su arraigo en la práctica de las Administraciones es en buena medida consustancial al propio desarrollo de esta Ciencia. Conjuntamente, en materia de regulación jurídica se asiste a una dispersión normativa ocasionada por una creciente reglamentación sectorial en términos muchas veces no compatibles, que se agudiza con la carencia de una regulación general

⁹ WALSH, Juan, “*El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad*”, en obra colectiva *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, Editorial La Ley, 2000, pp. 1-63.

sistematizadora de sus elementos¹⁰. Tal referente se aprecia inclusive en los pronunciamientos de los máximos intérpretes y controladores de la Convencionalidad, Constitucionalidad y legalidad.

Como bien sostiene REBOLLO PUIG desde la realidad española, pero aplicable a disímiles contextos:

“(…) una regulación de la inspección administrativa es especialmente necesaria por la elemental razón de que aquí el ámbito cubierto por la actuación administrativa sancionadora es más amplio que en otros países y que, en consecuencia, donde en éstos basta una regulación de la investigación judicial de los delitos, entre nosotros es muchísimo lo que depende de la inspección administrativa de las infracciones”¹¹.

Conviene, por ello, valorar los elementos de las más importantes posiciones teóricas sostenidas al respecto. En tal sentido, un primer grupo identifica la inspección como actividad, con referencias a los vínculos de la actividad sancionadora y la de control preventivo o represivo. En esta vertiente destacan los criterios de SÁNCHEZ MORÓN, para quien la inspección es:

“(…) una actividad formalizada que tiene por finalidad verificar, igualmente con carácter preventivo o represivo, el cumplimiento de deberes u obligaciones, prohibiciones o limitaciones impuestas por la legislación vigente”¹².

Aquí destacan los elementos de la formalización de la actividad, su carácter preventivo o represivo y la comprobación del cumplimiento de la legalidad, sea cual sea la intervención.

Siguiendo esa línea, GARCÍA URETA la califica como:

“una actividad administrativa ordinaria de intervención, de carácter ejecutivo para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Esta actividad incluye la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y, en especial, la verificación del desarrollo ordenado de la actividad de la que el particular sea titular”¹³.

¹⁰ REBOLLO PUIG, Manuel, “Propuesta de Regulación General y Básica de la Inspección y de las Infracciones y Sanciones Administrativas”, en SAINZ MORENO, Fernando, (Director) obra Estudios para la reforma de la Administración Pública, 1ª edición, Editorial INAP, Madrid, España, 2004, p. 449.

¹¹ *Ídem*, p. 449.

¹² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Derecho Administrativo. Parte General”, 6ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, p. 660.

¹³ GARCÍA URETA, Agustín, “La potestad inspectora de las administraciones públicas”, Editorial Marcial Pons, Editorial Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006. p. 29.

Un segundo grupo suele encuadrar esta actividad dentro de los mecanismos de control posterior pura y simplemente. Así, pueden ser identificados los criterios de Bermejo VERA, quien fundamenta que:

“(…) se habla de actividad, función o potestad de inspección, sin excesiva precisión en este momento, para identificar unas actuaciones, más o menos genéricamente previstas en el ordenamiento jurídico, que habilitan a las Administraciones públicas para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas. El motivo principal de la dotación y ejercicio de estas funciones de inspección y control es, en cualquier plano, la seguridad...”¹⁴.

Esta resulta una de las definiciones más acabadas en la doctrina, que introduce un aspecto importante: las múltiples miradas de la inspección como potestad, actividad o función, aspecto que ha tomado diversos caminos. En igual sentido, la caracterización técnica de la actividad inspectora se conjuga con la legalidad para configurarse como un control de legalidad técnica.

En tercer lugar, se distingue una posición que la asocia como actividad auxiliar a otras. Desde esa línea, REBOLLO PUIG señala:

“La inspección es una actividad administrativa auxiliar de otras porque siempre tiene por finalidad detectar hechos que deben dar origen al ejercicio de otras potestades administrativas: no sólo la sancionadoras, como simplemente puede pensarse, sino a otras muchas de intervención de entidades de crédito, de reintegro de subvenciones, de restablecimiento de la legalidad, etc. Aun así, ella misma cumple por sí sola una función de prevención general que refuerza la observancia de los deberes. Y, en cualquier caso, aunque auxiliar de otras, se presenta formalmente al margen de esas otras”¹⁵.

De tales posiciones analizadas emanan algunas características relevantes que precisan ser sistematizadas:

- 1) La inspección administrativa ha sido vislumbrada desde una óptica tripartita, bien como potestad reconocida en el ordenamiento

¹⁴ BERMEJO VERA, José, *La Administración Inspectora*, en Revista de Administración Pública, número 147, España, 1998, pp. 40-41.

¹⁵ REBOLLO PUIG, Manuel, “*La actividad de inspección*” en CANO CAMPOS, Tomás, *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo*. Tomo III. La Actividad de Las Administraciones Públicas. Volumen II. El Contenido, 1ª Edición, Editorial Iustel, Madrid, España, 2009, p. 55.

jurídico a la Administración Pública, bien como función pública desarrollada por inspectores (funcionarios), bien como técnica de intervención de actividad material de control o policía, que no resultan incompatibles, sino resultan diversas posiciones jurídicas del ciclo de la actividad inspectora (ente administrativo atribuido de potestades exorbitantes en régimen reglado, funcionario público habilitado competencialmente y actividad investigativa de hechos, documentación de información y comprobación). Como potestad puede ser entendida como una técnica de atribución de poder, propia de la teoría general del Derecho y expresión del principio de legalidad (juridicidad), que emana directamente del ordenamiento jurídico, para el reconocimiento de una situación de poder de incidencia de los órganos de inspección hacia una actividad o sector de la actividad administrativa o particular, con el objetivo de producir efectos jurídicos derivados de la comprobación de la actividad con los criterios técnico legales, sin que ello genere de facto relaciones jurídicas, derechos o deberes; sino una sujeción al ordenamiento jurídico, a partir de posiciones pasivas¹⁶.

Como parte del criterio función del Derecho Administrativo, matizado por la arista subjetiva de la organización administrativa, se entiende como la acción administrativa desplegada por un funcionario (inspector), inserto en el tejido administrativo de forma estable, bajo las formas de ingreso y permanencia establecidas legamente para el cuerpo de inspección, que en ejercicio de las competencias profesionales aparejadas a su formación, eficacia y experiencia, realiza con objetividad y proporcionalidad un

¹⁶ Se sigue en este sentido el criterio de la doctrina italiana sistematizado por GARCÍA DE ENTERRÍA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y extendido a parte importante de la doctrina española, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I, 15ª Edición, Editorial Thompson- Civitas, Madrid, 2011, p. 466 y ss., ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, traducción de la 5ª edición italiana (1949) por Héctor Masnatta y actualizada con la 6ª edición por Francisco PICONE, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1954, pp. 227 y ss., GIANNINI, Massimo Severo, “*Derecho Administrativo*”, Editorial INAP, trad. Pos. ORTEGA, Luis, Volumen Primero, Madrid, 1991, pp. 171 y ss, BACIGALUPO SEGGESE, Mariano, “*Las potestades Administrativas*”, en CANO CAMPOS, Tomás, *Lecciones y Materiales para el Estudio del Derecho Administrativo*. Tomo III. *La Actividad de Las Administraciones Públicas*. Volumen I. La forma, 1ª Edición, Editorial Iustel, Madrid, 2009, LINDE PANIAGUA, Enrique, “*Fundamentos de Derecho Administrativo. Del Derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*”, 2ª Edición, Editorial UNED, Madrid, 2010, pp. 267 y ss, GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 7ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pp. 58-59.

análisis de conformidad de las manifestaciones de la actividad inspeccionada con los requerimientos establecidos en normas generales y reglamentarias de carácter técnico que ordenen el desarrollo de la actividad.¹⁷ Como técnica de intervención de actividad material de control, tiene como fin la aludida verificación de cumplimiento de la actividad inspeccionada con el contenido de deberes u obligaciones, prohibiciones y limitaciones reconocidas desde el orden legal o reglamentario para el desarrollo de la actividad, bien con carácter preventivo o posterior¹⁸.

- 2) Es de naturaleza individual, no depende ni requiere de la voluntad o del concierto del administrado ni de otros sujetos (en principio) para su plena eficacia y puesta en ejecución, incluso en aquellos casos en los que el título habilitante para el ejercicio de la potestad inspectora provenga o esté conectado con la participación voluntaria del administrado en una determinada relación jurídica de naturaleza administrativa (relación contractual de servicios públicos).
- 3) En relación al ámbito de inspección, la actividad puede desarrollarse hacia lo interno de la organización administrativa, como hacia lo externo, en la actividad de otras Administraciones o particulares¹⁹.
- 4) Resulta una actividad de comprobación de legalidad (juridicidad) en la actividad de los particulares conforme a las reglas establecidas, bien desde disposiciones generales habilitadas con preferencia mediante Reserva de Ley, bien desde normas reglamentarias para el desarrollo de la actividad inspeccionada²⁰.
- 5) Sus efectos tienen un carácter instrumental al ejercicio de otras potestades administrativas, como la sancionadora o la procedimental, en una actividad en concreto desarrollada por la Admi-

¹⁷ En este sentido se siguen los criterios básicos de la función administrativa establecidos por CASSESE, Sabino, *“Las Bases del Derecho Administrativo”*, trad. pos., Luis Ortega, Editorial INAP, Madrid, España, 1994, pp. 106-116; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *“Principios de Derecho Administrativo General”*, 2^{da} edición, Editorial Iustel, España, 2009, pp. 641 y ss; PAREJO ALFONSO, Luciano, *“Lecciones de Derecho Administrativo”*, 3^a edición revisada y actualizada, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 755 y ss.; PARADA, Ramón, *“Derecho Administrativo. Organización y empleo público”*, decimosexta edición, Editorial Marcial Pons, 2003, Madrid, pp. 381 y ss.; BLANQUER, David, *Curso de Derecho Administrativo I. Los sujetos y la actividad*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 358-359.

¹⁸ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ob. cit.*, p. 660.

¹⁹ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, *ob. cit. ult.*, p. 57.

²⁰ Cfr. BLANQUER, David, *ob. cit.*, p. 358, RIVERO ORTEGA, Ricardo, *“Derecho Administrativo Económico”*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 162.

nistración, con independencia de la fórmula de gestión, lo mismo en el procedimiento autorizatorio, tributario o sancionador, inmobiliario, o de otra administración sectorial. Sin embargo, debemos afirmar que posee una autonomía propia que las diferencia de aquellas como mera fase o instrumento, pues obedece a fines y funciones propias que, aunque coadyuvan a aquellas, desbordan el contenido de aquellas, pues en reiterados casos se desarrolla para obtener una actualización del estado de funcionamiento de la actividad inspeccionada y en consecuencia planificar una actividad tendente a la mejor progresiva de la calidad y eficiencia del servicio. De ahí que la potestad de inspección tenga como fin la comprobación de la certeza de juridicidad; expresando el resultado de la intervención de control, mediante evidencia documental certificante del estado de compatibilidad de la actividad administrativa con sus parámetros de ordenación²¹.

- 6) Es una función de carácter técnico. El ejercicio de la función requiere un alto nivel de cualificación y habilitación técnica para el desempeño, de ahí que su desarrollo atienda a factores como la competencia, formación del inspector, conocimientos y aptitudes demostradas en la actividad. Ha sido precisamente ese carácter tecnocrático, el que ha influenciado en los años recientes la externalización en el desarrollo de esta actividad desde formas de gestión indirecta, a partir de mecanismos de colaboración público-privada²².
- 7) Es una potestad de ejercicio reglado, no cabe discrecionalidad en su aplicación. Debe ajustarse a un canon de objetividad, eficiencia, transparencia y responsabilidad, que permitan asegurar, desde la planificación y control de su ejercicio, la debida neutralidad, probidad y cumplimiento estricto de la juridicidad por parte del inspector²³.
- 8) Tiene un efecto fedatario sobre la actividad inspeccionada. Esta facultad, reconocida a los notarios públicos, se desarrollada en la inspección mediante las Actas de inspección, verdaderos informes que certifican el estado de compatibilidad de la práctica administrativa en relación con la ordenación jurídica de la actividad, a las

²¹ Cfr. BLANQUER, David, *ob. cit.*, p. 360.

²² Cfr. ÍDEM., pp. 360-361; Cfr. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, "La actividad administrativa de inspección: el régimen jurídico general de la función inspectora", Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 54-55.

²³ Cfr. *ibid.*, p. 362.

que el ordenamiento procesal les atribuye el carácter vinculante y directo en la fase probatoria, por la certeza y veracidad que la competencia del inspector aporta en el Acta²⁴.

- 9) En algunos supuestos, sobre todo en casos de gestión indirecta, pueden resultar una actividad de carácter oneroso para el inspeccionado, porque así lo requiera para la certificación de hechos o circunstancias relativas a su actividad o por un tercero con interés procesal o técnico, creado en virtud de una relación orgánica. A ello se agrega la posible preferencia de un cuerpo de inspectores ajenos a la actividad inspeccionada que brinde un mayor nivel de neutralidad en las valoraciones técnicas emitidas en el Acta²⁵.

Sentadas las características, resultaría conveniente referirnos a los principios que informan la actividad inspectora. En primer lugar, el principio de legalidad (juridicidad) deviene en eje estructural de esta potestad, pues la comprobación de conformidad se realiza desde los criterios técnicos establecidos para la actividad inspeccionada. Su desarrollo, atendidos los criterios reglamentarios y legales, impone por un lado una verificación de lo normado en el desarrollo de la actividad inspeccionada, y por otro, una función inspectora acorde al canon de legalidad, de vinculación positiva, mediante el cual se asegura la sujeción de la actividad a la norma jurídica administrativa. De igual forma, debe destacarse uno de los principios de mayor invocación en el Derecho Público, el de proporcionalidad. Según la aplicación de este principio debe de establecerse un justo balance de ponderación entre la calidad e intensidad de la función inspectora en relación a la eficiencia de la actividad inspeccionada, de modo tal que esta no resulte inoperativa o en estado de inactividad como consecuencia de la intervención de la función inspectora²⁶.

En igual sentido, vinculado al ámbito subjetivo de la función inspectora, el principio de objetividad o imparcialidad impone una actitud y desempeño inmaculado del inspector, ajeno a favoritismos, parcializaciones de índole política, administrativa o motivadas por dádivas económicas monetarias o en especie. La función inspectora debe ser desarrollada de modo independiente, incluso, sin predisposiciones o indicaciones de superiores jerárquicos de fuerzas políticas o administrativas externas.

En resumen, aquí solo cabe el estricto deber de comprobación de compatibilidad de la legalidad con la actividad inspeccionada. Por último, nos referimos al principio de confidencialidad de la información

²⁴ Cfr. BLANQUER, David, *ob. cit.*, p. 359.

²⁵ Cfr. BLANQUER, David, *ob. cit.*, p. 361.

²⁶ Cfr. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *ob. cit.*, p. 162.

obtenida y deber de secreto y discreción de los inspectores. Bajo la égida de este principio de actuación de la función inspectora, se destaca una de las exigencias fundamentales para los funcionarios que desarrollan la actividad, la del manejo adecuado y exclusivo de la información obtenida conforme a los resultados de la inspección. Así ha de exigirse que esta no sea manejada con terceros ajenos a la relación de inspección o con los beneficiarios directos de sus resultados, caso en contrario podrían generarse lesiones incidentales directas a la actividad inspeccionada e imputables a la inspección por la violación de algún derecho reconocido a personas naturales o jurídicas.

Pero no basta la ordenación de principios rectores de la actividad, resulta preciso para su desarrollo una adecuada ordenación de las facultades derivadas de la potestad de inspección. Siguiendo a MUÑOZ MACHADO, entre las normas sectoriales, como tendencia, son reconocidas las potestades de

“(...) requerir información, la exhibición de documentos, la comparecencia de los inspeccionados ante las oficinas públicas, la facultad de entrada en fincas, instalaciones o recintos de propiedad particular, la toma y análisis de muestras, las visitas de inspección, etc. Inclusive se prevé la facultad de requerir aquellos datos necesarios para las finalidades de la inspección que sobre un sujeto puedan estar en poder de terceros o de otras Administraciones públicas”²⁷.

Pero estas potestades deben ser ejecutadas desde un prisma de proporcionalidad, de modo tal que no afecten de modo irrazonable el ejercicio y disfrute de derechos fundamentales de los inspeccionados, como por ejemplo el derecho a la intimidad, que, al decir de RIVERO ORTEGA,

“(...) es el derecho que más seriamente puede verse afectado por técnicas consistentes sobre todo en la recopilación de datos e informaciones. Pero también la igualdad, no siendo aceptable la focalización de las intervenciones inspectoras en sujeto determinado, de forma arbitraria o discriminatoria”²⁸.

Pero no agota su posible incidencia negativa en el derecho a la intimidad, sino que puede generar estados lesivos a los derechos desde el resultado de la actuación como la inviolabilidad del domicilio, del secreto de las comunicaciones, o la protección de los datos de carácter personal. Por otro lado, puede generar fricciones con los derechos de toda perso-

²⁷ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ob. cit.*, p. 661.

²⁸ RIVERO ORTEGA, Ricardo, *ob. cit.*, p. 162, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ob. cit.*, p. 662.

na a no declarar contra sí mismo y del derecho a obtener información sobre sus derechos, cuestión de la que data una doctrina jurisprudencial importante²⁹.

Se valora como la inspección constituye una actividad material de la Administración, esta tiene lugar a través de un despliegue de medios personales y materiales para realizar las comprobaciones que correspondan. Es una actividad técnica, realizada por funcionarios públicos cualificados y bajo ciertos procedimientos y estándares de actuación. Constituye en sí misma un acto trámite, dado que su realización sirve a decisiones administrativas ulteriores. Es una auténtica potestad de la Administración. Su titularidad es completamente pública. Como técnica de intervención administrativa, responde al mecanismo o medio que se emplea para lograr determinados fines. Es una actividad esencialmente instrumental. La particularidad de la inspección radica en que resulta ser una técnica doblemente instrumental, al servicio de la eficacia del ordenamiento jurídico y de ciertos actos administrativos (su finalidad inmediata) y al servicio de la protección de los intereses generales de la comunidad (su finalidad mediata).

El ejercicio concreto de la potestad de inspección implica la formación de una relación jurídica entre la Administración y el ciudadano. La relación jurídica de inspección es aquella que se da entre un órgano de la Administración que tenga atribuido el ejercicio de dicha potestad y un particular que se relaciona de alguna manera con el objeto de la inspección. El sujeto activo de la relación jurídica de inspección corresponde a un órgano de la Administración del Estado que ostente potestad para ejercer funciones inspectivas o fiscalizadoras. Al ser la inspección una función pública, su ejercicio debe quedar reservado, en primer lugar, a los funcionarios públicos. Con todo, las crecientes necesidades experimentadas por la Administración en el control de la técnica y sus riesgos han planteado nuevos dilemas en torno a la forma de organización de la inspección y a los recursos con que cuenta para ser ejecutada eficazmente.

Los inspectores pueden llegar a tener un conocimiento elevado respecto de la aplicación y cumplimiento de las normas jurídicas y de los actos administrativos que regulan a un determinado sector. Son portadores de información valiosa para la configuración de nuevas modalidades, planes o programas de inspección, que tengan en consideración las particularidades propias de la realidad frente a la cual ellos se enfrentan en el ejercicio de sus funciones. Se aprecia como el principio de prevención no sólo está asociado a la inspección como técnica de intervención, sino que, en gene-

²⁹ Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *ob. cit.* p. 662.

ral, resulta predicable de innumerables otras técnicas relacionadas con la ordenación de diversas actividades económicas y sociales. Es un principio general que rige la actividad de la Administración. Con la inspección, primordialmente, se pretende evitar o rechazar los peligros que pudieran afectar al orden público. Así, el tradicional binomio ordenación-sanción contempla un nuevo matiz –intermedio, si se quiere– protagonizado por la prevención. En este sentido, la inspección es útil por dos razones. Primero, porque otorga una herramienta –el conocimiento– al legislador y a la Administración para el diseño de nuevos mecanismos que eviten la producción de daños en el actual contexto de la sociedad del riesgo. Segundo, porque produce un efecto intimidatorio sobre los ciudadanos que no son sujetos directos de ella, pero que sí pueden serlo en un futuro próximo. La inspección es, como advierten algunos, “una advertencia de control permanente del cumplimiento de obligaciones y deberes”.

Sus dos funciones primordiales se constatan a través de la comprobación o verificación y la tutela de los intereses generales. En la doctrina más actual, se ha caracterizado a la potestad de inspección como una actividad unilateral desarrollada por la Administración para la comprobación del ejercicio de derechos y obligaciones por parte de un particular, con el fin de determinar su adecuación al ordenamiento jurídico. Incluye la recopilación de datos, la vigilancia, la investigación y, en especial, la verificación del desarrollo ordenado de la actividad que el particular sea titular. La potestad de inspección es una forma de intervención administrativa, unilateral, de carácter material e interlocutoria de decisiones administrativas ulteriores, realizada con la finalidad de comprobar la adecuación del ejercicio de derechos y obligaciones de los particulares al ordenamiento jurídico y a los actos administrativos que los rigen. Al ser una potestad pública, su atribución debe realizarse por ley. Sus características son la atribución que hace la ley de una potestad a la Administración, la que puede ser reglada o discrecional, la potestad fiduciaria o potestad-función, esto es, que debe ejercerse en función de un interés distinto al de su titular, la potestad preventiva y correctora y la potestad autónoma de la potestad sancionadora.

Son sujetos pasivos de la relación jurídica de inspección todas las personas naturales o jurídicas que resulten obligadas al cumplimiento de las normas y de los actos de la Administración que rigen a la actividad inspeccionada. El objeto de la relación jurídica de inspección puede consistir en cualquier actividad, objeto o entidad regulada por el Derecho, esto es, sometida al cumplimiento de ciertos requisitos o condiciones para su correcto ejercicio, ya sea que tales requisitos y condiciones estén establecidos en leyes, reglamentos o en los concretos títulos habilitantes

con los cuales deba contar la actividad. El objeto de la inspección nunca recae directamente en personas, puesto que estas sólo son titulares o responsables de las actividades inspeccionadas. El prestar testimonio o declaración en torno al desarrollo de una actividad no la transforma en objeto mismo de la inspección. Es frecuente que una misma actividad pueda ser objeto de inspecciones múltiples. Ello ocurre en las actividades agrícolas, turísticas, educacionales, recreativas, de transporte, entre otras, las cuales están sujetas a la actividad de inspección realizada por diversos órganos administrativos.

En el caso de la inspección ambiental, se han ideado mecanismos que coordinan la acción fiscalizadora de la Superintendencia del ramo y los organismos sectoriales, para que sus inspecciones no signifiquen una duplicación de funciones administrativas y no afecten el normal desarrollo de las actividades inspeccionadas. Ya dando un criterio, en lo relacionado a la protección ambiental en esta actividad de control, FERNÁNDEZ RAMOS³⁰, considera que la acción inspectora en materia ambiental, como en cualquier otra materia, consiste en un aspecto de la actividad de ejecución de la legislación ambiental, tiene por objeto primordial la protección de la legalidad, mediante la vigilancia y fiscalización de su cumplimiento por parte de los sujetos obligados. Se trata, por tanto, de una competencia de disciplina o policía administrativa. Y, debido a esta naturaleza ejecutiva, es claro que la actividad inspectora en materia ambiental se dirige a la protección del medio ambiente. El Estado se reserva competencias inspectoras en determinados ámbitos, como los traslados de residuos, en materia de vertidos al dominio público hidráulico en cuencas, o en materia de vertidos al dominio público marítimo-terrestre.

Continúa este autor citando que debe tenerse presente que, al margen de la inspección ambiental propiamente dicha, derivada del título competencial sobre protección ambiental, dado que el medio ambiente no es un sector propiamente dicho sino un bien jurídico a tutelar e integrar en cualesquiera de los sectores productivos y de servicios, otras inspecciones sectoriales tienen entre sus fines institucionales el de protección del medio ambiente. Entre ellas: la inspección en materia de seguridad industrial, la cual tiene por objeto no sólo la protección de la seguridad y salud públicas, sino también de la fauna y flora y el medio ambiente en general de industria; la inspección en materia de marina mercante, que tiene por objeto garantizar tanto la normativa de seguridad marítima, como la prevención de la contaminación del medio ambiente marino

³⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *La actividad administrativa inspectora. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 21-29.

producida desde los buques de inspección y certificación de buques civiles y la inspección en materia de pesca marítima, entre cuyos fines se encuentra evitar la sobreexplotación de los caladeros, como recursos naturales que son.

La *inspección ambiental* es un procedimiento metodológico que involucra análisis, pruebas y confirmación de procedimientos y prácticas de seguimiento que llevan a determinar la situación ambiental en que se encuentra un proyecto, obra o actividad y a la verificación del grado de cumplimiento de la legislación ambiental vigente. Es una evaluación objetiva de los elementos de un sistema que determina si son adecuados y efectivos para proteger al ambiente.

Esta inspección valora y controla si el funcionamiento y sistema de la empresa cumple con la normativa relacionada al medio ambiente como así también si es efectivo o no lo es, brindando en caso negativo las medidas correctivas o preventivas para la adecuación o ajuste de su sistema. Por lo tanto, el control y la fiscalización ambiental de las actividades productivas, son una herramienta de vital importancia para todos los actos de la Administración, garantizando la correcta aplicación de la normativa legal y obligando al regulado a la implementación de medidas correctivas o preventivas cuando resulte necesario.

2.2 LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Introducida por la *National Environmental Policy Act* de 1969, en los Estados Unidos de América. Esta norma es una de las pioneras en el mundo del Derecho ambiental moderno, creó la *Environmental Protection Agency*, y codificó por primera vez principios del Derecho y política ambiental como la solidaridad intergeneracional o el reciclaje. Sin duda, la mayor innovación fue la Evaluación de Impacto Ambiental, pretendiendo introducir, nada más y nada menos, la racionalidad ambiental en el proceso de toma de decisiones mediante una cláusula abierta.

Son procedimientos de evaluación de riesgos y en particular de estudios de "impacto ambiental" (Declaración de Río, principio 17) que incluye: Comunicación al órgano ambiental de la intención de realizar el proyecto, Consultas previas, Redacción del estudio de impacto ambiental, Información pública del estudio y la Declaración de impacto ambiental; la EIA como categoría jurídico-técnica es aún desconocida en los otros campos de actividad de la Administración Pública, es un instrumento especial creado para la toma de decisiones en los procedimientos autorizatorios de actividades susceptibles de degradar el medio ambiente. Dicho estudio tiene como objetivos evaluar si los efectos degradantes de

la actividad propuesta son “tolerables”, es decir, que puedan ser objeto de control, mitigación, restauración y reparación. Es un medio de articulación de los principios de prevención y del daño tolerable³¹.

El estudio realizado y la evaluación que se haga de la ejecución de la actividad autorizada con base en el mismo, tiene como fines: predecir, analizar e interpretar los efectos ambientales potenciales de una propuesta en sus distintas fases; verificar el cumplimiento de las disposiciones ambientales; proponer las correspondientes medidas preventivas, mitigantes y correctivas a que hubiere lugar; y verificar si las predicciones de los impactos ambientales son válidas y las medidas efectivas para contrarrestar los daños. Está concebida dentro de la familia de los instrumentos de gestión ambiental, previsto y regulado en la mayoría de los ordenamientos jurídico-ambientales de los Estados de la comunidad internacional, y en tal carácter forma parte del proceso de estandarización de la normativa ambiental o Derecho Ambiental estándar que se aplica.

Por ello, sus dos elementos esenciales son el *estudio de impacto ambiental* y la *declaración de impacto ambiental*. Su naturaleza jurídica es preventiva (protección del medio ambiente). Es un instrumento de gestión pública. Es ejecutado por profesionales que requieren un título habilitante para su consecución. Con las competencias requeridas por la alta complejidad técnica de los aspectos que se debaten en esta evaluación al sujeto inspeccionado, como un equipo pluridisciplinar. Está claro su carácter incidental, puesto que no es más que una parte, aunque de gran importancia, del procedimiento global de control previo, o sea, del expediente aprobatorio o autorizatorio, en cuyo seno (y sólo en él) cobra virtualidad.

Su realización es imprescindible, por lo que el procedimiento incidental tiene carácter esencial. Si llegara a prescindirse de la previa evaluación, la consecuencia sería la nulidad del acto decisorio. Sus efectos: como procedimiento administrativo, su finalidad es identificar, predecir e interpretar los impactos ambientales que un proyecto o actividad producirá en caso de ser ejecutado. Con la declaración se determina la conveniencia o no de realizar el proyecto y fija las condiciones que deben establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente.

³¹ LEOPOLDO E SILVA JUNIOR, Alcides, *El Estudio del impacto Ambiental como instrumento de prevención del daño al medio ambiente*, en *Direito Ambiental em Evolucao*, coordinación de PASSOS DE FREITAS, Vladimir, Editorial Juruá, 2002, p. 33; ANDORNO, Roberto, *El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica*, Editorial La Ley, Argentina, 2003.

2.3 LA LICENCIA AMBIENTAL

Como autorización, es un acto administrativo complejo que se dicta dentro de un procedimiento administrativo de autorización, dictado por el órgano competente en materia ambiental, que integra todas las autorizaciones ambientales existentes en distintos sectores del medio ambiente. Es un instrumento de gestión pública en el que convergen y se expresan con nitidez los dos aspectos que componen al Derecho Ambiental a las exigencias de la sociedad del riesgo. Es el título habilitante en virtud del cual se ordena y gestiona el ejercicio de derechos inmersos en el tráfico jurídico-privado concurrentes con intereses públicos ambientales, en el marco del ejercicio de actividades potencialmente contaminantes. El objeto de protección de la autorización ambiental y su ámbito de aplicación indican la alta complejidad técnica de los aspectos que se debaten en la EIA, y que luego son plasmados en forma de condiciones en el contenido de este título. Las respuestas a las exigencias ambientales, la determinación de los impactos y su grado de incidencia son aspectos cuyas respuestas las encontraremos en la ciencia, en el estado de desarrollo de la técnica, y no a intramuros del Derecho, como lo refieren PEREIRA BASANTA, REY SANTOS, LOZANO CUTANDA, NOGUEIRA LÓPEZ, PAREJO ALFONSO y MORA RUIZ³².

La determinación de si se autoriza determinada obra o instalación, y luego, del condicionado de la licencia no nos la proporciona exclusivamente el Derecho; algunas respuestas se hallan en las ciencias exactas, y otras ni siquiera son conocidas por los científicos expertos, sino que permanecen aún en espacios donde prima la incertidumbre científica. Por estos motivos es que llamamos la atención sobre la posición que desempeña la autorización ambiental en las sociedades contemporáneas; es un título

³² PEREIRA BASANTA, Jolene, Tesis de Maestría en Derecho: “*La autorización ambiental en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: introducción a su régimen jurídico en Cuba*”, Universidad de La Habana, (2011); REY SANTOS, Orlando, *Sobre los Instrumentos de la gestión ambiental* en, Viamontes Guilbeaux, E. (coordinadora) *Derecho Ambiental Cubano*, 2ª edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 172; LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo*, 5ª edición, Editorial Dykinson, España, 2004; PAREJO ALFONSO, Luciano, *El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública*, Editorial Aranzadi, España, 2013; NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, *Evolución de las técnicas de tutela ambiental en la Unión Europea* en, Revista Aragonesa de Administración Pública, N° 12, España, 1998, pp. 61-96; MORA RUIZ, Manuela, *La gestión ambiental compartida. Función Pública y Mercado*, Editorial Lex Nova, España, 2007; QUINTANA LÓPEZ, Tomás, *La evaluación de impacto ambiental en la jurisprudencia*, en R.A.P. número 153, España, 2000, pp. 421-440; JORDANO FRAGA, Jesús, *Viejos y nuevos retos de la evaluación de impacto ambiental*, Universidad de Sevilla, España, 2001; GÓMEZ OREA, Domingo, *Evaluación de Impacto Ambiental: Un instrumento preventivo para la gestión ambiental*, 2ª edición, Editorial Mundi-Prensa, España, 2003.

con el que se gestionan los peligros y riesgos tecnológicos que producen determinadas actividades humanas, pero que la sociedad está dispuesta a asumir por los beneficios que trae aparejado.

Recordemos que el enfoque sectorial en la lucha contra la contaminación ambiental se hace latente en la década de los 70 del pasado siglo, a partir del dictado de leyes nacionales que se dirigían a regular ámbitos ambientales concretos para solucionar los determinados problemas suscitados en precisos sectores, sin adoptar una visión global o general que brindara una solución adecuada que tuviese en cuenta las interrelaciones que se producen entre los distintos medios naturales. En el Derecho comparado ya citábamos que en los Estados Unidos se regularon leyes como la *Clean Air Act* de 1970, la *Federal Water Pollution Control Act* de 1972, y la *Resource Conservation and Recovery Act* de 1976, como manifestaciones claras de acciones estatales contra la contaminación ambiental, cuyas medidas se dirigían a los sectores concretos de la industria, tal y como lo refieren FERNÁNDEZ RUBIO-LEGRÁ, MARTÍN MATEO, y SARDONE³³.

La licencia ambiental que autoriza el ejercicio de actividades potencialmente contaminantes no debe limitarse a prevenir, limitar o reducir los peligros conocidos, sino a determinar lo más posible los contornos de riesgos, es decir, aquellos posibles impactos que pueden producirse en escenarios donde no se alcance a determinar con exactitud el peligro objetivo porque no se opera con todo el conocimiento científico para arribar a su total comprensión, pero que existan riesgos cuyos efectos no sean del todo conocidos por la ciencia.

Es un mecanismo de determinación y control del peligro, entendido éste como el impacto ambiental perfectamente determinable por el conocimiento científico en determinada materia; pero la autorización ambiental es también el título donde se verterán los riesgos que acarreará la actividad en cuestión, entendido éste como la probabilidad de producción de determinados impactos de imposible determinación por operar en escenarios donde prima la incertidumbre científica respecto a un asunto en particular.

La distinción entre peligros y riesgos puede ser entendida a través de los recursos que ofrece ESTEVE PARDO. Los riesgos son generados por el empleo de tecnologías de cuyo empleo desconocemos una porción de los efectos y consecuencias que pueden acarrear para la salud y vida humanas; a diferencia del peligro que encuentra su origen en los fenómenos natura-

³³ FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Ángel, “*El Derecho Ambiental en los Estados Unidos de Norteamérica*”, Seminario internacional de Derecho Ambiental Internacional y sus problemas actuales, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2008.

les. Las novedades del Derecho Ambiental en el seno de la autorización ambiental continúan. En ejecución del postulado de la prevención de la contaminación ambiental, el Derecho europeo ha impuesto como parte del contenido de la licencia el cálculo de valores límites de emisión de sustancias contaminantes para la instalación³⁴.

En el Derecho comparado en la Unión Europea, se aprecia como novedoso en la autorización de valores límites de emisión de sustancias contaminantes para un período de tiempo determinado, sino el método para su cálculo. Para el cálculo de las cuotas de emisión de sustancias contaminantes se emplea el sistema de determinación en base a la mejor tecnología disponible en el mercado. La *cláusula de progreso tecnológico* se erige entonces en otro de los elementos que coadyuva directamente a esculpir la implementación del principio de prevención en esta figura autorizatoria.

La autorización es un tipo de acto administrativo que generalmente se materializa a través de la forma escrita, pero el documento oficial es únicamente el soporte que sustenta a una declaración administrativa unilateral con efectos jurídicos directos sobre sujetos determinados, constituye una declaración unilateral de la Administración que, en ejercicio de la función administrativa, produce efectos jurídicos directos sobre situaciones jurídicas concretas e individualizables. La introducción de moderna *tecnología limpia* no se establece como una obligación del titular de la instalación impuesta por la legislación ambiental.

El titular del proyecto o instalación no se encuentra en la obligación legal de introducir aquellos avances tecnológicos que vayan surgiendo en el mercado, y que se traduzcan en reducción, o, en su caso, eliminación de las emisiones contaminantes que produce. Así, el contenido mínimo del permiso denominado *autorización ambiental integrada* viene constituido por los siguientes aspectos: prescripciones que garanticen la protección del suelo y de las aguas subterráneas; procedimientos y métodos que se vayan a emplear para la gestión de los residuos generados por la instalación, prescripciones que garanticen la minimización de la contaminación a larga distancia o transfronteriza, sistemas y procedimientos para el tratamiento y control de todo tipo de emisiones y residuos, especificando la metodología de medición, su frecuencia y procedimientos de evaluación, medidas relativas a las condiciones de explotación en los casos de puesta en marcha, fugas, fallos de funcionamiento, paradas temporales o cierre

³⁴ ESTEVE PARDO, José, *De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 119, España, 2003; MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho Público de la Economía*, Editorial CEURA, Madrid, 1985.

definitivo.

El control integrado de la contaminación descansa fundamentalmente en la *autorización ambiental integrada*, figura que sustituye y aglutina el conjunto disperso de autorizaciones de carácter ambiental exigibles hasta el momento. Así lo concierne a: producción y gestión de residuos, incluidas las de incineración y vertidos de residuos, vertidos a las aguas continentales, incluidos los vertidos al sistema de saneamiento, vertidos desde tierra a mar y contaminación atmosférica. De igual forma podemos apreciar que el procedimiento de autorización de la autorización ambiental integrada está guiado por dos parámetros: integración y publicidad. Esta perspectiva integradora se convierte en una garantía que supone, indirectamente, una aplicación del Derecho Ambiental con carácter transversal. Ello en el sentido de que la autorización ambiental tiene carácter condicionante. Pero, además, la figura de la autorización ambiental integrada ha venido a refrendar un decidido propósito por incidir en una protección del medio ambiente “en la fuente”³⁵.

La autorización ambiental integrada no presenta, en principio, una naturaleza singular, puede encuadrarse dentro de las fórmulas de intervención administrativa de carácter imperativo o de policía, conocidas por la legislación en materia de contaminación, y concretamente, dentro de las autorizaciones sobre fuentes puntuales, en este caso instalaciones industriales, como mecanismo de control del cumplimiento de determinados estándares o niveles de emisión, teniendo en cuenta que lo que subyace siempre a una autorización de esta naturaleza es la existencia de una regulación material. La originalidad de esta nueva normativa no radica, pues, en su naturaleza, sino en su finalidad o en sus objetivos (prevención y control integrados).

Se trata de una normativa que pretende hacer realidad el principio de prevención de la contaminación en origen o de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, mediante la exigencia del empleo de tecnologías limpias y no simplemente correctoras de la contaminación de un medio determinado (*tecnologías end of pipe*), susceptibles de provocar aquellas transferencias de contaminación, y propiciadas por el tradicional tratamiento sectorial de la contaminación industrial. Es aplicable a las instalaciones de titularidad pública o privada. La solicitud deberá estar acompañada de la autorización gubernativa en materia de Derecho Urbanístico, acreditativo de la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico.

³⁵ MORA RUIZ, Manuela, *La gestión ambiental compartida. Función Pública y Mercado*, Editorial Lex Nova, España, 2007.

La protección del Derecho Ambiental debe estar guiada por el cumplimiento de prioridades, efectivamente el desarrollo económico provoca que la sociedad deba asumir un riesgo que sea tolerable, pero al fin y al cabo es riesgo. Frente a la alternativa de reprimir, mediante la imposición de grandes multas y sanciones, no se garantiza la protección del medio sino en todo caso su restauración. Por ello es necesario incidir en la fuente, en el origen. En suma, es necesario priorizar la aplicación del *principio de prevención*³⁶.

2.4 LA AUDITORÍA AMBIENTAL

Reconocida entre los instrumentos de mercado de carácter cooperador, como actividad de control en la llamada sostenibilidad o sustentabilidad –al margen de cualquier discusión etimológica– se ha convertido en el centro de las concepciones que sobre el desarrollo se han esgrimido desde el Informe BRUTHLAND³⁷. Institución jurídica reconocida como herramienta de gestión en el Derecho Ambiental, se regula en normativas jurídicas especiales para su uniformidad, tiene un nexo causal: la exigencia de la responsabilidad ambiental y la cuantificación de los daños ambientales generados, la implementación de la responsabilidad social empresarial vinculada a la economía y la contabilidad ambiental. Elementos que han permitido que haya evolucionado con el transcurso del tiempo en relación con el país que la aplique y el desarrollo tecnológico industrial.

Su conexión está relacionada a los orígenes del *ius* ambientalismo como parte de la Agenda Pública Internacional; las Entidades Fiscalizadoras Superiores señalan al año 1969 como su inicio, con posterioridad las cumbres ambientalistas han debatido los problemas ambientales del planeta y las medidas para su mitigación, han aportado al desarrollo de esta institución jurídica desde la doctrina del Derecho Público.

³⁶ LOZANO CUTANDA, Blanca, *Tratado de Derecho Ambiental*, Editorial CEF, España, 2015; JAQUENOD DE ZÖGÖN, Silvia, *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, Editorial Dickinson, España, 1991; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, "Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental", en Boletín Económico ICE, número 2824, España, 2004; DEMALDÉ, Cristina, *El principio de precaución en el daño ambiental*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F. 2011; CAFERRATA, Néstor, "Teoría de los principios del Derecho Ambiental" en, Revista Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2009.

³⁷ El desarrollo sostenible definido por la Comisión Sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas presidida por Gro Harlem BRUNDTAND en 1987, en el informe *Nuestro Futuro Común*, lo define como un proceso de crecimiento económico, acompañado de cambios de estructuras económicas y sociales, a la vez satisface las necesidades de las generaciones futuras para satisfacer las propias necesidades.

Textos en materia jurídica revelan que se originó en los Estados Unidos de América a finales de los años 70 del siglo XX, apareció para evaluar al sector empresarial con la finalidad de servir como herramienta de dirección para la gestión ambiental ante el aumento y la complejidad de la normativa jurídica Estatal y Federal ante los problemas ambientales que acontecían en esta nación³⁸. En respuesta a los problemas globales de contaminación, generados con la Revolución Industrial y los avances tecnológicos que trajo consigo en la década de los años 80, se extendió la práctica de la auditoría ambiental a la Unión Europea como consecuencia de los intereses de las subsidiarias estadounidenses radicadas en este continente pasada una década.

Su *iter* se enmarca a partir de ser reconocida por las Entidades Fiscalizadoras Superiores en el año 1995, como herramienta de gestión ambiental, aunque en otros estudios contables se considere su génesis vinculada a la Contabilidad y a la Auditoría Social para dar respuesta a problemas generados al medio ambiente como la contaminación atmosférica, el vertido, la lumínica, la sonora; dirigida a la protección a la biodiversidad, el cambio climático, a los recursos hídricos, al incremento de los niveles de radiación, la lluvia ácida, el incremento de las concentraciones de ozono generado por la industria, la calidad del aire en las ciudades, el uso y manejo de la tierra, la desertificación, el comercio y el medio ambiente.

La década de los 90 adiciona nuevos elementos tecnológicos vinculados al comercio internacional, la hacen mucho más compleja, completa y dinámica la gestión ambiental por parte de los sujetos económicos que la implementan; así las cosas, las técnicas, métodos y objetivos de la auditoría como actividad de control de forma simétrica evolucionó para poder atender y dar respuestas a las nuevas exigencias de los clientes a partir del siglo XX hasta la actualidad en el mercado de bienes y servicios.

Son analizados conceptos dados sobre esta actividad de control por la Entidad Fiscalizadora Superior, la define como la herramienta técnica de gestión para realizar la evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva de la efectividad de la organización auditada; la gerencia y los equipos ambientales para proteger el medio ambiente con un mejor control de las prácticas ambientales y la evaluación. Para cumplir las políticas ambientales de la empresa y las normativas legales, a partir de la institucionalización de la tutela ambiental.

Las normas técnicas ambientales ISO 14 001 y 19 011 la definen como:

³⁸ SARDONE, Andrea, “*Valutazione di Impatto Ambientale in USA. Regulations N.E.P.A.*”, Editore Clup, Milano, 1988.

“proceso sistemático, autónomo y documentado para obtener evidencias de la auditoría, evalúa de manera objetiva con el fin de determinar la extensión en que se cumplen los criterios de auditoría”.

La Cámara Internacional de Comercio la reconoce como:

“herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de facilitar el control de gestión de las prácticas medioambientales y declarar la observancia de la política de la Compañía de acuerdo con la normativa medioambiental. Es el examen metódico que implica análisis y comprobaciones de las prácticas y procedimientos ambientales de una empresa o parte de ella. Este término de auditoría es sinónimo de revisión y verificación de diversos aspectos de una empresa”³⁹.

Como actividad de control, es el *instrumento de gestión ambiental* de naturaleza jurídica pública, su campo de acción son la empresa, la industria y el medio ambiente (personas jurídicas y naturales), su ejecución es realizada por funcionarios públicos requeridos de título profesional y un título habilitante, registrados en el Registro de Auditores y Contralores; su función es evaluadora y certificadora de las metas ambientales en relación con la política ambiental trazada por la organización empresarial, es una técnica de comprobación de la legalidad con una potestad reglada de la Administración Pública.

Es un proceso, en su práctica se utilizan procedimientos y metodologías, se evalúa la ejecución gasto contable del patrimonio destinado a la protección ambiental, puede ser ejecutada de forma interna o externa, se evalúa la eficiencia del sistema de gestión ambiental en relación con el vertido, la introducción de tecnologías limpias en la organización empresarial, se aplican normas técnicas, se exige la responsabilidad administrativa contravencional, laboral-funcionarial, social-empresarial, civil y penal a los sujetos auditados. Tiene efecto directo y vinculante al auditado, puede ser onerosa o gratuita. Su resultado final certificador le aporta valores añadidos que inciden de forma positiva en el comercio y el mercado a la

³⁹ La *Cámara Internacional de Comercio* para la Administración Ambiental ha elaborado un conjunto de principios. El Númeral 1 dice: Reconocer la Administración Ambiental entre las más altas prioridades corporativas y como un determinante clave para un desarrollo sustentable, establecer políticas, programas y prácticas para realizar operaciones ambientalmente correctas, AA. VV., *Las Nuevas Normas para la Administración Ambiental*, Editorial Mc-Graw Hill, México, 1977.

persona jurídica o natural objeto de la auditoría.

Desde la doctrina jurídica Hispanoamericana consultada, académicos como DE BESSA ANTUNES, DI TRINDADE AMADO, BUSTAMANTE ALSINA, CAFERRATA, MARTÍN MATEO, JORDANO FRAGA, DE GATTA SÁNCHEZ, PAREJO ALFONSO, SANZ RUBIALES, y NOGUEIRA LÓPEZ, señalan en sus estudios realizados desde 1995-2014 que la auditoría ambiental como instrumento de gestión, comprende una evaluación sistémica, documentada, periódica, y objetiva del comportamiento de una organización empresarial, del sistema de gestión ambiental y de los procedimientos destinados a proteger el medio ambiente. Evalúa el cumplimiento de la política ambiental de la organización empresarial, sus objetivos y metas ambientales, y el control del impacto ambiental generado al medio ambiente⁴⁰.

Refieren estos autores que sus elementos caracterizadores se perciben a partir de que es un instrumento de gestión ambiental, evaluador de los índices de contaminación generados al medio ambiente, del cumplimiento de la legalidad, de la externalización e internacionalización de los costes ambientales integrándolos a la responsabilidad ambiental en la organización empresarial. Como instrumento de tutela ambiental, tiene carácter horizontal para adoptar estrategias de protección ambiental.

Su adhesión es voluntaria u obligatoria, proporciona y da publicidad sobre el comportamiento ambiental a la organización empresarial. Reseñan que es una técnica de protección ambiental. Está reconocida como un instrumento de mercado de carácter cooperador. Permite a la organización usar un logotipo como organización responsable tras el resultado de la auditoría y ello le permite que se inscriba en un Registro Público. Se constata, como se le regula en los ordenamientos jurídicos en su desarrollo interno a través de Leyes de Auditoría, de Contraloría, de Gestión Ambiental, de Medio Ambiente y de Responsabilidad Ambiental por su especialidad.

El fin de esta actividad de control es prevenir, perfeccionar la tec-

⁴⁰ DE BESA ANTUNES, Paulo, *Direito Ambiental*, Editorial Lumen Juris, Brasil, 2010; DI TRINDADE AMADO, Fernando, *Derecho Ambiental Esquemático*, 2ª edición, Editorial Método, Brasil, 2011; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Derecho Ambiental, fundamentación y normativa*, Editorial Abeledo Perrot S.A., 1ª edición, Argentina, 1995; CAFERRATA, Néstor, *Introducción al Derecho Ambiental*, Editorial Pnuma-Semarnat, México D.F., 2003; MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, volumen I, 1ª edición, Editorial Trivium S.A., España, 1991; JORDANO FRAGA, Jesús, "Derecho Ambiental" en, *Revista Medio Ambiente*, España, 2009; PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5ª edición revisada y actualizada, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2012; SANZ RUBIALES, Iñigo, *El mercado de derechos a contaminar*, 1ª edición, Editorial Lex Nova, España, 2007; NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Editorial Marcial Pons, España, 2000.

nología y dar un carácter más competitivo con influencia mercantil, al conceder la certificación ambiental. En la Declaración de Johannesburgo de 2002 se reafirmó este compromiso. Son medidas que pretenden crear incentivos al mejor cumplimiento de las normas ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y fiscales “ecoetiquetas”, “ecoauditorías”, “ecotasas” y otras. Su evolución como actividad de control ha trascendido desde la empresa al sector industrial con las EMAS y finalmente hacia la biodiversidad, al cambio climático y a los recursos hídricos en la primera década del siglo XXI con las *auditorías de gestión ambiental*⁴¹.

3. Los puntos de contacto de los instrumentos de gestión ambiental

Se justiprecia que los puntos de contacto permitirán coadyuvar a alcanzar el desarrollo sostenible, y con ello lograr la adecuada tutela del bien jurídico ambiente, concebido como la base de la categoría de los instrumentos de mercado de carácter cooperador, al compatibilizarse la tutela ambiental con el crecimiento económico, al decir de autores como MARTIN MATEO, KISS, SHELTON, VILLAMIL SERRANO, MATIES GARCÍA, STEWARD, y PINAR MANAS⁴².

Se confirma con la implementación de las políticas en materia de protección ambiental con una gestión ambiental adecuada (política, derecho y administraciones ambientales), los métodos de control público ambiental aplicados para su tutela, la relación del Derecho Ambiental con otras ramas del Derecho, en especial con el Administrativo por ser el eje transversal y con otros saberes por su interdisciplinariedad y multidisciplinariedad permitirán alcanzar la meta del desarrollo sostenible; lo refrendan los estudios desarrollados por PAREJO ALFONSO, EMBID IRUJO, JORDANA DE POZAS, BETANCOR RODRÍGUEZ, MORA RUIZ, y LOZANO CUTANDA⁴³.

⁴¹ BENJAMÍN, Antonio, “¿Derechos de la naturaleza?”, en obra colectiva “Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI”, homenaje al profesor doctor Roberto LOPEZ CABANA, Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 2001, p.31; TOMA, Pedro, *Manual de Derecho Ambiental*, Tomo 1, Editorial Jurídicas, Argentina, 1995, p. 112; VALLS, Mario, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Ugerman, Argentina, 2001, p. 107 y ss.

⁴² MARTÍN MATEO, Ramón, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Editorial Trivium, España, 1994.

⁴³ PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Derecho Medio Ambiental en la Unión Europea*, Editorial Mac Graw Hill, México, 1998; EMBID IRUJO, Antonio, “El rol del Estado: Vigilante o Gestor”, en Revista de Política Ambiental y Desarrollo Sostenible, Madrid, 1999; BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones de Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, Madrid, 2001; MORA RUIZ, Manuela, *La gestión ambiental compartida. Función Pública y Mercado*, Editorial

En este escenario de control público ambiental, aparecen como sujetos el Ministerio del Ambiente y la Contraloría General (uno dentro del entramado de la Administración Pública y otro como un órgano de control superior), los que darán continuación al fomento de esta actividad para reforzar con ello la protección al bien tutelado ambiente a través de las funciones clásicas de la inspección y la auditoría, reconocidas desde la doctrina administrativa como la noción estricta de gestión del medio ambiente, articulándose a través de una actividad de control y de limitación; es aquí donde se reconoce la orientación del Derecho Administrativo Ambiental, al darle entrada a los instrumentos de mercado de carácter cooperador, señalado por MARTIN MATEO, MORA RUIZ, PAREJO ALFONSO, FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, BUSTAMANTE ALSINA y NOGUEIRA LÓPEZ⁴⁴. Su finalidad es premiar las actuaciones que van más allá de las normas de obligado cumplimiento.

El control público en la protección ambiental, se distingue de la función inspectiva al evaluar los procesos contables en materia ambiental en relación con el patrimonio financiero destinado a estos fines y la evaluación de la eficiencia y eficacia de los sistemas de gestión ambiental en el sector industrial, tal y como lo conciben autores como FONT LLOVET, PARADA, JORDANA DE POZAS, EMBID IRUJO, MACERA, CANALS I AMETLLER, ARENA, NOGUEIRA LÓPEZ, RAMÍREZ SÁNCHEZ y ANTÚNEZ SÁNCHEZ⁴⁵.

Lex Nova, España, 2007; LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo*, Editorial Dykinson, 5ª edición, Madrid, 2004.

⁴⁴ MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho Administrativo Ambiental*, 6ª edición, Editorial Trivium, España, 1997; MORA RUIZ, Manuela, “*Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general*”, en Revista Derecho y Conocimiento, España, 2012; PAREJO ALFONSO, Luciano, *El derecho al medio ambiente y la actuación de la Administración Pública*, Editorial Aranzadi, España, 2013; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Las auditorías ambientales*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2008; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *La ecoauditoría empresarial en la Unión Europea*, Editorial Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2008; NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, Tesis Doctoral: *Régimen jurídico de la auditoría ambiental*, Universidad Santiago de Compostela, España (1997).

⁴⁵ JORDANA DE POZAS, Luis, *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en Revista de Administración Pública, número 4, España, 1951; EMBID IRUJO, Antonio, *Precaución y Derecho*, Editorial Iustel, Madrid, 2010; NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, “*Hacia un EMAS de alcance internacional en competencia con la ISO 14001: notas a la revisión del Reglamento EMAS*”, en Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental, España, 2010, Disponible en www.actualidadjuridicaambiental.com. (Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2016); RAMÍREZ SÁNCHEZ, Amed, y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, *La responsabilidad administrativa derivada de la inspección estatal sanitaria en Cuba. Una mirada a su régimen jurídico sancionador desde la lucha contra el dengue*, Revista Derecho y Cambio Social, Perú, 2015;

La inspección ambiental, dirigida en esencia al control de los ecosistemas de interés, en materia de vertidos al dominio público hidráulico, en cuencas hidrográficas o en materia de vertidos al dominio público marítimo-terrestre, participa en el control de las empresas, industrias o actividad, les certifica el cumplimiento de la normativa ambiental, concediendo la etiqueta ambiental a los productos y servicios evaluados, y el aval ambiental⁴⁶. La función inspectora tiene un alto coste en los medios personales y equipamientos que son utilizados en su aplicación e implementación. Ya se trate de actuaciones programadas o no rutinarias, la inspección, por su propia naturaleza, siempre actúa de oficio. Como los derivados del principio de proporcionalidad y, específicamente, en el caso de los requerimientos de información, del Derecho Constitucional a declarar contra uno mismo.

También aparece el principio de *–responsabilidad compartida–*, el que se deberá configurar como el principio instrumental de una tutela ambiental renovada, donde se impone revisar las relaciones entre la Administración Ambiental y los ciudadanos, ello permitirá alcanzar una participación más amplia y activa de los agentes económicos, de los poderes públicos, de los sujetos de gestión y del público en general *–ciudadanos y consumidores–* y por qué no la Universidad como el ente formador. (ya no solo es ejecutada la actividad de control *–inspección y auditoría–* por la Administración Pública, es ejecutada por ciudadanos habilitados para este fin).

La Evaluación de Impacto Ambiental, vinculada a la inspección ambiental, es el paso previo para su ejecución, al evaluar los supuestos de riesgo grave para el medio ambiente como institución jurídica ponderando el principio de prevención. Está concebida como una técnica de coordinación entre organismos de una misma Administración Pública

⁴⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *La inspección ambiental*, en Medio Ambiente y Administración Local, España, 2012, pp. 1-26; ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Potestad de inspección*, en Revista Actualidad Jurídica Ambiental, España, p. 1894; AMENÓS ÁLAMO, Juan, *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Editorial Cedecs, Barcelona, 1999, pp. 198-236; BERMEJO VERA, José, *La Administración Inspectora*, en Revista de Administración Pública, número 147, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1998, pp. 1-20; ESTEVE PARDO, José, *De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Revista Española de Derecho Administrativo, número 119, España, 2003; GARCIA URETA, Agustín, *Potestad inspectora y medio ambiente: Derecho de la Unión Europea y algunos datos sobre las Comunidades Autónomas*, Revista Actualidad Jurídica Ambiental, número 54, España, 2016, pp. 1-36; GUILLÉN CARAMÉS, Javier, *Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la competencia*, Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 237-260; MIRANDA HERNÁNDEZ, Gloria, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, en Revista Cuadernos de Inspección del Territorio, España, 2012, pp. 1-21; REBOLLO PUIG, Manuel, *La actividad inspectora*, Editorial Iustel, España, 2011.

por su interdisciplinariedad, los que dan un informe evaluatorio, sobre la protección de la salud, riesgos industriales, salud laboral, medio ambiente construido, desechos peligrosos por vertido, contaminación atmosférica, lumínica, ruido; en este proceso participan otros cuerpos de inspección, en materia de salud, urbanístico, seguridad laboral, entre otros; tiene dos pasos previos, uno es el estudio de impacto ambiental que concluye con el informe evaluatorio y el otro la declaración de impacto ambiental con un carácter público. En sí, es el acto administrativo definitivo del órgano ambiental por el que se determina la conveniencia o no de realizar el proyecto y fija las condiciones que deben establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente. De aquí que el paso siguiente será otorgarse o no la licencia ambiental, por ser un trámite cualificado de juicio materialmente autorizatorio, requerido de cierta onerosidad en los trámites administrativos en la materia ambiental.

La *Evaluación Ambiental Estratégica* es una herramienta preventiva, permite completar el proceso de evaluación ambiental en la jerarquía de decisiones, es más integral, evalúa todas las decisiones estratégicas para lograr el desarrollo sustentable, es sistémica. La misma incluye ocho elementos: *la investigación, el ámbito obligatorio, el ámbito no obligatorio, alcance, evaluación de alternativas, informe ambiental, consultas, toma de decisiones, información sobre la decisión y supervisión*⁴⁷.

4. A manera de conclusiones

Los puntos de contacto de los instrumentos ambientales, como la Evaluación de Impacto Ambiental, la Inspección Ambiental, la Licencia Ambiental y la Auditoría Ambiental, tienen como el elemento clave la prevención como principio del Derecho Ambiental, visto y aplicado desde una perspectiva del sector empresarial industrial; más que la reparación por el daño ambiental, lograda con una gestión ambiental adecuada y mayor responsabilidad con el acatamiento de la normativa ambiental, al aplicarse de manera adecuada la Responsabilidad Social Empresarial.

En la ejecución de los instrumentos ambientales como la Evaluación de Impacto Ambiental, la Inspección Ambiental, la Licencia Ambiental y la Auditoría Ambiental como instituciones jurídicas reconocidas en ley,

⁴⁷ GÓMEZ VILLARIÑO, Miguel, Tesis Doctoral: *Evaluación Ambiental Estratégica*, Universidad Politécnica de Madrid (2010); FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, “*El régimen jurídico de las Evaluaciones de Impacto Ambiental, las Evaluaciones Estratégicas y las Auditorías ambientales*”, en Documento TOL 1.436.850, España, 2010.

decreto o reglamentos; los mismos aplican procesos y procedimientos, predomina la interdisciplinariedad y transdisciplinariedad por sus ejecutantes por la multidimensionalidad de la cuestión ambientalista en la protección del bien público ambiente, como parte de la política ambiental para la implementación de la gestión pública ambiental para alcanzar el desarrollo sostenible como *res comunes*.

La triada Evaluación de Impacto Ambiental, Inspección Ambiental y Licencia Ambiental no es complementada por la Auditoría Ambiental, esta actividad de control es el instrumento de gestión más integrador, toda vez que evalúa las acciones realizadas en la Evaluación de Impacto Ambiental, la Inspección Ambiental y la Licencia Ambiental otorgada, si se han cumplido todos los requerimientos técnicos y el principio de legalidad por sus ejecutores, hace una evaluación del cumplimiento de los procedimientos contables en relación con las acciones ejecutadas y si se actuó conforme a Derecho del patrimonio presupuestario destinado a la protección ambiental, como del sistema de gestión ambiental en funciones.

La inspección y la auditoría ambiental tienen elementos en común que las definen como actividad de control, pero difieren en la institución que las ejecuta y los procesos y procedimientos para su contextualización por el cuerpo de inspectores y auditores, es realizada por sujetos estatales y privados.

La ciencia económica aportó tres elementos para el estudio de la problemática ambiental, su naturaleza de recursos extractivos, la calidad de vida, y la contaminación. Esta última, calificada como el abuso de la capacidad asimilativa del medio ambiente, en cuanto vertedero de residuos y desperdicios, es aquí donde entran a jugar un rol preponderante de los instrumentos de gestión analizados.

Referencias Bibliográficas

- AA. VV. *Derecho al Medio Ambiente y Administración Local*, por Esteve PARDO (coord.), José, 2ª edición, Editorial Fundación Democracia y Gobierno Local, España, 2006.
- ÁLVAREZ HINCAPIÉ, Carlos, “*Sistemas de certificación ambiental para la extensión tecnológica, la competitividad empresarial*”, en Revista P+L, Colombia, 2008.
- ALVARADO RIQUELME, María, *Teoría y práctica de la auditoría*, Editorial Pirámide, España, 2014.
- ALONSO GARCÍA, Ernesto, “*La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales*”, en R.E.D.A., número 61, 1989, España, pp. 43-65.

- ALLI ARANGUREN, José, “*Régimen Jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental*”, en Revista Jurídica de Navarra, número 8, España, 1989, pp. 69-117
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “*La potestad inspectiva v/s auditoría pública. Ojeada histórica dentro del Derecho Administrativo Ambiental cubano*”, en Revista Dos Tribunais Thomsonreuters, número 967, Brasil, 2016, Disponible en www.thomsonreuters.com. [Fecha de consulta: 27 de octubre 2016].
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “*La auditoría de gestión ambiental a los recursos hídricos, a la biodiversidad y al seguimiento del cambio climático*”, en Revista del Tribunal de Cuentas, número 132, Brasil, 2015.
- ANDALUZ, Carlos, *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Proterra, Perú, 2006, pp. 399-500.
- AMENÓS ÁLAMO, Juan, *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Editorial CEDECS, Barcelona, 1999.
- ARMISÉN CAUSARANO, Juan, *Concepto, alcances y resultados actuales de la auditoría ambiental*, en Revista UNAM, México, 2008.
- ARTEAGA SILVA, Karina, Tesis de Maestría: *Ecogestión y Ecoauditoría, un instrumento de protección medioambiental*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España (2015).
- AUDIVERTH ARAU, Ramón, *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, Editorial CEDECS, España, 1997.
- AYEZ, Amellier, *Medio Ambiente, impacto y desarrollo*, Editorial Científico-Técnica, La Habana, 2003, pp. 111-132.
- BELMONTE MARTIN, Ismael, “*La ecoauditoría: instrumento para la defensa del medio ambiente*”, en Revista electrónica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche, 2010.
- BELLORIO, Dino, *Tratado de Derecho Ambiental*, Editorial AD HOC, Argentina, 1997.
- BERMEJO VERA, José, “*La Administración inspectora*”, en Revista de Administración Pública, número 147, España, 1998.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones de Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, Madrid, 2001.
- BIFARETTI, Marcela, *Contabilidad de gestión: la importancia de los costos ambientales en el sistema de información contable*, Editorial D&R Profesional y Empresarial, Argentina, 2008.
- CARMONA LARA, María, *Aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México*, en Revista UNAM, México D.F., 2005.
- CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, “*Licencia ambiental y sistemas de responsabilidad*”, en El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Libro homenaje a Fernando Álvarez Tabío, obra coordinada por Ana María ÁLVAREZ-TABÍO ALBO y Andry MATILLA CORREA, Editorial de la Universidad de La Habana, 2010.
- CONESA FERNÁNDEZ, Vicente, *Auditorías medio ambientales: guía metodológica*, Editorial Mundi-Prensa, España, 1997.

- DA CONCEIÇÃO DA COSTA MARQUES, María, “*La problemática de la auditoría ambiental*”, en Revista Empresarial, Portugal, 2012.
- DA ROCHA SAMPAIO, Rômulo Silveira, *Direito ambiental: doutrina e casos práticos*, Editorial Elsevier, Brasil, 2012.
- DARNACULLETA I GARDELLA, Mercé, “*Autorregulación regulada y medio ambiente. El sistema comunitario de ecogestión y auditoría ambiental*”, en Revista Derecho del Medio Ambiente y Administración Local, España, 2005.
- DÍAZ BASTIDA, Ángel, Tesis de Maestría: *Propuesta de metodología para la realización de auditorías de gestión basada en el elemento ecológico*, Universidad de Zaragoza, España (1999).
- DI CAGNO, Vittorio, *La protección del medio ambiente en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2005.
- DOMPER FERRANDO, José, “*El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*”, volumen I y II, Editorial Civitas, Madrid, 1992.
- ELSTEIN, Steven, “*La auditoría del medio ambiente crece y evoluciona para afrontar los retos de un ambiente cambiante*”, en Revista de Auditoría Gubernamental, INTOSAI, 2012.
- EMBID IRUJO, Antonio, “*El rol del Estado: Vigilante o Gestor*”, en Revista de Política Ambiental y Desarrollo Sostenible, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Las auditorías ambientales*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2008.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, “*El régimen jurídico de las evaluaciones de impacto ambiental, las evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales*”, El séptimo programa ambiental de la Unión Europea 2013-2020, en Revista Aragonesa de Administración Pública, números 41-42, España, 2013, España, 2010.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, “*La inspección ambiental*”, en Revista del Medio Ambiente y la Administración Local, España, 2010.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *La actividad administrativa inspectora. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ RUBIO LEGRÁ, Ángel, *Instrumentos Jurídicos Internacionales*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1991.
- FERRER DUPUY, Placida, Tesis Doctoral: *Perspectiva jurídico financiera del medio ambiente*, Universidad Pompeu de Fabra, España, 2006.
- GARCÍA MARCOS, José, “*La inspección ambiental y el derecho comunitario europeo*”, en Revista Ambiente & Derecho, número 26-27, España, 2014.
- GARCÍA URETA, Agustín, “*Potestad inspectora y medio ambiente: Derecho de la Unión Europea y algunos datos sobre las Comunidades Autónomas*”, en Revista Actualidad Jurídica Ambiental, número 54, España, 2016.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, Jorge y REY SANTOS, Orlando, *Foros de negociación e instrumentos jurídicos internacionales en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*, Editorial Acuario, La Habana, 2005.
- GÓMEZ OREA, Domingo, *Auditoría ambiental: un instrumento de gestión en la empresa*, Editorial Agrícola Española, España, 1994.

- GÓMEZ VILLARIÑO, Miguel, Tesis Doctoral: *Evaluación Ambiental Estratégica*, Universidad Politécnica de Madrid, España (2010).
- GONZÁLEZ IMIDA, José, *La naturaleza jurídica del Impacto Ambiental. Análisis de Derecho comparado*, Editorial Imida, México, 2011.
- HERAS, Iñaki, “Evolución al reglamento de las EMAS en la Unión Europea y España”, en *Revista Ambienta*, Universidad del país Vasco, España, 2008.
- LUSTOSA DA COSTA, Carlos, “Las auditorías coordinadas y sus contribuciones para los Estados Federales: la experiencia de la auditoría en la Amazonía”, en *Revista OLACEFS*, N° 15, Brasil, 2014, pp. 43-46.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José, “El régimen jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental”, en *R.A.A.P.*, N° 4, España, 1990, pp. 61-91.
- LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial Porrúa, México, 2008.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo*, Editorial Dykinson, 5ª ed., Madrid, 2004.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, *Tratado de Derecho Ambiental*, Editorial CEF, España, 2015.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, Editorial Trivium, Madrid, 1991.
- MARTÍN MATEO, Ramón, “La ecoauditoría”, en *Boletín de Estudios Económicos*, N° 150, España, 1993, pp. 489-502.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Nuevos Instrumentos para la Tutela ambiental*, Editorial Trivium, España, 1994.
- MORA RUÍZ, Manuela, *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*, Editorial Lex Nova, 1ª ed., España, 2012.
- MORENA, J. & PLAZA, Carlos (coord.) *El Etiquetado Ecológico: Verde por Dentro, Verde por Fuera*, Editorial Medio Ambiente, Madrid, 2003.
- MORENO, Rosa, *Régimen Jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Editorial Trivium, Madrid, 1993.
- MORALES LAMBERTI, Alicia, *Estudios de Derecho Ambiental*, Editorial Alveroni, Argentina, 2007.
- MOYA MARCHI, Francisca, *El principio de precaución*, Editorial Cuadernos del Tribunal Constitucional, Chile, 2013.
- MURAD ROBLES, Pedro, *La auditoría ambiental voluntaria, concepto, antecedentes, fundamentación jurídica y evaluación*, Editorial Porrúa, México, 2009.
- NOGUEIRA, Alba, Tesis Doctoral: *Régimen jurídico de la auditoría ambiental*, Universidad Santiago de Compostela, España (1997).
- NOGUEIRA, Alba, “Hacia un EMAS de alcance internacional en competencia con la ISO 14001: notas a la revisión del Reglamento EMAS” en *Revista electrónica Actualidad Jurídica Ambiental*, España, 2010, Disponible en www.actualidad-juridicaambiental.com. [fecha de consulta: 1 de enero 2012].
- NOGUEIRA Alba, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Editorial Marcial Pons, España, 2010.

- NUÑEZ RIVERO, Cayetano, "Bases conceptuales de los derechos ambientales y transgeneracionales", en *Revista de Derecho UNED*, N° 8, España, 2011.
- PADIN, María, "La auditoría ambiental y las normas ISO 14000", en *Revista Foro de Contabilidad Ambiental y Social*, N° 5, Argentina, 2011, pp. 1-6.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Derecho Medio Ambiental en la Unión Europea*, Editorial Mac Graw Hill, México, 1998.
- PÉREZ MORENO, Ángel, *Instrumentos de tutela ambiental*, Editorial Trivium, España, 1993.
- PEREIRA BASANTA, Jolene, Tesis de Maestría: *La autorización ambiental en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: introducción a su régimen jurídico en Cuba*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba, 2011.
- PIGRETI, Eduardo, *Ambiente y Sociedad. El bien común planetario*, Editorial Lajouane, Buenos Aires, 2007.
- PNUMA, *Propuesta de Ley Básica de protección ambiental y promoción del desarrollo sostenible*, en Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental, N° 1, México, 1993.
- PNUMA, *Hacia un Sistema para la formación en Derecho Ambiental*, en Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental, N° 3, México, 1995.
- PRIEUR, Michel, *Derecho del Medio Ambiente*, 5ª edición, Editorial Dalloz-Sirey, Paris, 2003.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás, *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2014.
- RAZQUIN, José, *La Evaluación de Impacto Ambiental*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.
- REBOLLO PUIG, Manuel, *La alta inspección, La reforma del Sistema Nacional de Salud*, en PAREJO ALFONSO, Luciano (coord.), Editorial Marcial Pons, España, 2004.
- REBOLLEDO PUIG, Manuel, *La actividad inspectora*, Editorial Iustel, España, 2011.
- REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, "Las nuevas tendencias en la inspección ambiental de actividades industriales", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, N° 185, España, 2001, pp. 111-156.
- RODRÍGUEZ, Roberto, *La auditoría ambiental en la gestión empresarial*, Editorial Colciencias, Holguín, 2016.
- RINALDI, Gustavo, "La evaluación de impacto ambiental estratégica, nexo con la auditoría ambiental", en PNUMA-ONU, Argentina, 2013, pp. 1-3.
- SARDONE, Andrea, *Valutazione di Impatto Ambientale in USA. Regulations N.E.P.A.*, Editore Clup, Milano, 1988.
- SANTAMARÍA ARINAS, René, "Implicaciones del Desarrollo Sostenible para la Ciencia del Derecho Administrativo", en *Revista Donostia*, Universidad Pública de Navarra, España, 2006, pp. 631-638.
- SANZ RUBIALES, Iñigo, *Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica*, Editorial Marcial Pons, España, 2000.
- SOTO HUANCA, Rubén, "La auditoría ambiental y su proceso en el contexto de la auditoría integral", en *Revista Ciencia y Desarrollo*, N° 3, España, 2012, pp. 23-26.

- SILVA TORRES, Beatriz, Tesis Doctoral: *Evaluación ambiental: impacto y daños. Un análisis jurídico desde la perspectiva científica*, Universidad de Alicante, España, 2012.
- SUNKEL, Osvaldo y LEAL, José, “Economía y Medio Ambiente en la perspectiva del Desarrollo”, en *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, N° 1, Editorial La Ley, Argentina, 1985, pp. 3-35.
- STEWART, Roy, “Controlling Environmental Risks Through Economic Incentives”, in *Columbia Journal of Environmental Law*, N° 2, Estados Unidos de América, 1988, pp. 153-169.
- STEWART, R.B. & ACKERMAN, Bo, “Reforming Environmental Law, The Democratic Case for Market Incentives”, in *Columbia Journal of Environmental Law*, N° 2, Estados Unidos de América, 1988, pp. 171-199.
- TARRÉS VIVES, Marc, “Los sujetos privados en la gestión y auditoría medio ambiental comunitaria. Su desarrollo en la Ley ambiental alemana”, en *Revista de Administración Pública*, N° 145, España, 1998, pp. 503-542.
- IRIBAREN, Federico, *Evaluación de Impacto Ambiental*, Universidad de la Patagonia, Argentina, 2010.
- VAN LEEUWEN, Silvia, “El desarrollo de la auditoría ambiental dentro de la INTOSAI”, en *Revista Internacional de Auditoría Gubernamental*, N° 1, Estados Unidos de América, 2013, pp. 13-15.
- VILLACORTA CAVERO, Armando, “Ecoauditoría: una necesidad actual”, en *Revista de la Asociación Interamericana de Contabilidad*, España, 2012, pp. 3-20.
- VILLARINO VALDIVIELSO, Teresa, *Curso de evaluación de impacto ambiental*, Instituto de Territorio, Paisaje, Ambiente y Sostenibilidad, Editorial ITEPAS, Madrid, 2010.
- VILLAVELLA ARMENGOL, Carlos, “Los derechos humanos y el medio ambiente su tratamiento en el Derecho Constitucional comparado”, en *Revista electrónica de estudios jurídicos CUBALEX*, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2011, pp. 1-10.
- VERDES CABARCOS, Yanira, Tesis de Maestría: *Las etiquetas ambientales. Régimen jurídico del etiquetado ecológico*, Universidad de la Coruña, España, 2014.

DISPOSICIONES JURÍDICAS INTERNACIONALES CONSULTADAS

- ONU, *Agenda 2030 para el desarrollo sostenible*, 2015.
- ONU, *Carta Mundial de la Naturaleza*, 1982.
- ONU, *Convención Espoo, Evaluación de Impacto Ambiental*, ONU, 1991.
- ONU, *Convención sobre el Cambio Climático*, París, 2015.
- ONU, *Convenio sobre la diversidad biológica*, 1992.
- ONU, *Declaración de Estocolmo*, 1972.
- ONU, *Declaración de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible*, ONU, 2002.

ONU, *Declaración de la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano*, 1972.

ONU, *Declaración de Río, sobre el medio ambiente y el desarrollo*, 1992.

ONU, *Declaración Río+20*, Brasil, 2012.

ONU, *Protocolo de Kioto*, 1997.

ONU, *Protocolo sobre Evaluación Ambiental Estratégica*, ONU, 2008.

PNUMA, *Agenda 21*, 1992.

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 10 | 2017

DERECHOS HUMANOS PERDIDOS
Y DOCTRINA DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL.
FUNDAMENTOS E ITINERARIO
DE LA CAUSA ROL 17393-2015
EN FAVOR DE LEOPOLDO LÓPEZ
Y DANIEL CEBALLOS,
ANTE LAS CORTES CHILENAS
Y EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DDHH DE LA OEA

*María Victoria Villegas Figueroa**

Resumen

Este artículo analiza la primera medida cautelar basada en la Doctrina de Jurisdicción Universal otorgada por la Corte Suprema de Chile en favor de presos políticos de Venezuela Leopoldo López y Daniel Ceballos.

La sentencia judicial presentada para su cumplimiento ante el sistema interamericano de DDHH fue originariamente rechazada y espera como denuncia de violación de DDHH su tramitación ante por la CIDH, que inició su trámite de admisibilidad bajo rol P 1067-16, analizándose la legalidad de dicho incumplimiento.

Palabras clave: DDHH, Constitución, Límites a Soberanía, Máximo Legal, Mínimo Legal, Acto prohibido por ley, Principio de No Intervención y No injerencia, Pacto de San José, Carta de la OEA, Medida Cautelar, Denuncia ante la CIDH, Interpretación de la ley, CIJ, Pleno Derecho, Mora, Usurpación de Funciones.

Antecedentes de hecho en torno a la causa

1.- El 24 de mayo de 2015, a través de un video grabado en la Cárcel Militar Ramo Verde, Venezuela, el Sr. Leopoldo López se suma a la huelga de hambre que el día anterior el Sr. Daniel Ceballos ha iniciado tras ser

* Abogada chilena. PUCV. Correo electrónico: victoriavillegas5@gmail.com

golpeado, rapado, vestido contra su voluntad con el uniforme de presidiario, y trasladado a la cárcel de delincuentes comunes de Guárico en Venezuela.

Sus demandas son las siguientes:

La liberación de los que la oposición considera presos políticos. El cese de la persecución, la represión y la censura, y la fijación de fecha para las próximas elecciones parlamentarias en dicho país, con observadores electorales de la OEA y Unión Europea.

Ambos presos políticos deponen su huelga de hambre durante la tramitación del Recurso de Protección. El Sr. Daniel Ceballos, tras 21 días de ayuno y a petición de su esposa, quien teme que tras agravarse su condición pierda la vida. El Sr. Leopoldo López continúa su huelga de hambre pasados los 21 días, que marcan el inicio de la Fase Tres y última de un ayuno. Su padre escribe una carta pidiéndole que la deponga. Sin embargo él persiste, y solo pone término a su protesta cuando el Gobierno del Sr. Nicolás Maduro señala como fecha para la elección de representantes de la Asamblea Nacional, diciembre 5 del año 2015. En enero 6 de 2016, Venezuela instala una Asamblea Nacional de mayoría de oposición al gobierno, con mandato hasta el año 2021, y ambos presos políticos, junto a otros más de 100 personas, permanecen en prisión desde Febrero o marzo del año 2014.

2.- RP presentado por un matrimonio americano-chileno, buscaba el reconocimiento del ejercicio de los Derechos a la Vida, Derecho de Igualdad ante la ley, Derecho de Asociación y Protección a la vida pública, privada y la honra de la persona y su familia de ambos presos políticos. La acción fue delimitada pidiendo sólo la protección a las Cortes chilenas, sin entrar a juzgar la responsabilidad política o criminal del gobierno de Maduro, como una acción no contenciosa. Fundamentan el recurso con los casos históricos de Tomás Moro, quien como libre pensador reclama en vano de sus pares su famoso “qui tacet consentire videtur” (quien calla otorga), las huelgas de hambre de Mahatma Gandhi y el legado de Bobby Sands, que sienta las bases de lo que se entiende por prisionero político moderno, quien reclamó: derecho a no vestir uniforme de prisión, derecho a no hacer trabajo de prisión, derecho de libre asociación con otros prisioneros, derecho a organizar actividades educativas y recreativas y derecho a una visita, una carta y un paquete por semana.

El Petitorio solicita se acoja el recurso y se ordene sean puestos a disposición de la Asamblea General de la OEA o de la CIDH. En subsidio, se otorgue asilo político judicialmente, o lo que la Corte disponga.

Conforme se desarrollaron los hechos en el cumplimiento de la sentencia de este RP, es posible sostener que fue un error dejar en manos de un organismo internacional el cumplimiento de la sentencia, pues

pese a contar con las atribuciones y mandatos legales por texto expreso de tratados internacionales como son el Pacto de San José y la Carta de la OEA, la CIDH no ha querido o sabido implementar su competencia. También es posible plantear que los Derechos Constitucionales de cada República, usando la extradición activa y el derecho a asilo, pueden salvar el vacío institucional que a nivel de Derecho Internacional ha creado la CIDH al no ejercer sus funciones y mandato. Un tercer escenario es preguntarnos: ¿qué resultado diferente en el cumplimiento de la sentencia existiría si el RP hubiere pedido la protección al Sistema de la ONU?

3.- El recurso se planteó ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, bajo Rol 1850-2015. Incluye un Recurso de Hecho, Rol 7099-2015 de la C.S., y finalmente como RP en Alzada Rol 17393-2015 de la misma C.S. que dicta sentencia definitiva acogiéndolo.

En concreto la sentencia definitiva ordena:

“Se dispondrá como *medida de cautela de la garantía constitucional del derecho a la vida* de los citados ciudadanos, la medida de requerir, a través del Gobierno de Chile, a la CIDH, representada por su Presidente, o un delegatario suyo debidamente autorizado, para que se constituya en el Estado de Venezuela, ciudad de Caracas, cárcel militar Ramo Verde y cárcel común de Guárico o donde se encuentren privados de libertad a la fecha de la Visita los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, y constate el estado de salud y de privación de libertad de ambos protegidos, recoja sus impresiones y evacúe un informe a la Asamblea General de la OEA, a fin de que ésta adopte todas las medidas aconsejables a la adecuada protección de sus derechos esenciales, respecto a lo cual se informará a esta Corte”.

El fallo fue un acuerdo de mayoría de 3 votos contra 2. Los votos de minoría de las Ministras Sras. Egnem y Sandoval estuvieron

“por confirmar el fallo en alzada, la primera teniendo únicamente presente que los tribunales chilenos carecen de jurisdicción para conocer de la acción intentada”.

La segunda:

“según sus propios fundamentos y teniendo a la vista además lo resuelto en sentido contrario a la aplicabilidad de la jurisdicción universal de los DDHH, por esta Corte, en Recurso de Amparo Rol 60-2015”.

4.- Esta sentencia definitiva fue impugnada por el Gobierno de Chile, interponiendo un incidente de nulidad el CDE, a través de su Presidente,

Sr Juan Ignacio Piña, quien además solicitó en subsidio declaración de nulidad de oficio de la sentencia por la misma Corte.

El cumplimiento de la sentencia además fue enervado ilegalmente por el Ministerio de RREE, siendo titular de la cartera el Sr. Heraldito Muñoz, al desconocer el oficio N° 20094 -2015 de la C.S. de Chile que ordenaba hacer cumplir la sentencia.

Consta en el expediente certificación del Sr. José Eduardo Sáez Martín, Secretario de la C.S. de Chile que consigna:

“Que en cumplimiento de lo ordenado por el tribunal, siendo las 11:01 horas me comuniqué telefónicamente con el Embajador don Juan Anibal Barría, Jefe de gabinete del Ministerio de RREE, quien me informó que recibieron y tomaron conocimiento del oficio de la Excma. C.S. en que se les notificaba de la sentencia dictada en causa Rol 17393-2015. Que el cumplimiento de la sentencia *lo han dejado en suspenso*, habiendo tomado conocimiento del incidente formulado por el CDE en la causa, en espera de su resolución. Santiago 24 de diciembre de 2015”.

La Corte Suprema de Chile resolvió el incidente de nulidad del CDE, en una primera Sentencia Interlocutoria de dos del día 28 de diciembre de 2015, negando lugar a él por unanimidad de votos a ambas peticiones, y tras dictar una segunda sentencia interlocutoria, inició el cumplimiento de la sentencia el día 28 de diciembre de 2015, acordada esta segunda, con los votos de minoría de las Sras. Egnem y Sandoval, quienes “fueron de parecer de no adoptar la decisión antedicha por las razones expuestas en el voto de minoría contenido en la sentencia definitiva”.

La C.S. comunicó la Sentencia definitiva y sus dos sentencias interlocutoras complementarias directamente a la CIDH vía correo electrónico, como consta en el proceso, para recibir de dicho organismo internacional carta enviada con fecha 4 de febrero de 2016, suscrita por la Sra. Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva adjunta del organismo, en la que informa a la C.S. de Chile que la CIDH no cumplirá el fallo, porque “no se encuentra sujeta a la jurisdicción de los tribunales nacionales.”

Denuncia ante la CIDH para hacer cumplir la sentencia de la C.S. chilena

5. Una vez que la causa quedó a firme en marzo 10 de 2015, tras sucesivos incidentes de nulidad, el día 3 de junio de 2016, las mismas partes presentaron una denuncia para ante la CIDH a fin de hacer cumplir la

sentencia, pidiendo para el caso de declaración de inadmisibilidad o rechazo de la denuncia, tener por presentado un caso de Interpretación del Pacto de San José para ante la CIJ.

El argumento legal es el siguiente:

Los Tratados Internacionales, en este caso, la Carta de la OEA y el Pacto de San José, son cuerpos legales complejos formados tanto por el tratado mismo, su parte considerativa y sus disposiciones, además de las actas de ratificación de las respectivas partes. La vigencia, de acuerdo a cada Tratado, obliga a todas las partes, incluidos los organismos internacionales que se constituyen conforme a ellos.

La denuncia inició su trámite de admisibilidad el día 24 de febrero de 2017, bajo el rol 1067-16 de la CIDH.

Artículos del Pacto de San José

Esta Convención del año 1969, ratificada por la República de Chile en 1990, determinó varios deberes de los Estados respecto a los derechos de todas las personas.

Art. 1: “Los Estados partes de este Convención *se comprometen a respetar los derechos* y libertades reconocidas en ella y *a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona*”.

Art. 2: “Deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, *los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

El art. 25 se refiere expresamente a la Protección Judicial como deber del Estado, que por la reciprocidad del Tratado también obliga a la CIDH.

ART. 25 N° 2: PROTECCIÓN JUDICIAL

Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. Sobre el cumplimiento de la sentencia, el Pacto de San José en el art. 29 establece las Normas de Interpretación:

Art. 29: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

Permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlas en mayor medida que la prevista en ella.

Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados,

Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

De acuerdo al art. 44 del Pacto de San José:

“Cualquiera persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la comisión *peticiones que contengan denuncias o quejas* de violación de esta convención por un Estado Parte”.

El art. 46 del mismo Pacto dice:

“1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los arts. 44 o 45 sea admitida por la Comisión se requerirá:

Que se hayan interpuesto y *agotado los recursos de jurisdicción interna*, conforme a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos.

Que sea presentada dentro del *plazo de 6 meses*, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva.

Que la *materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento* de arreglo internacional y;

que en el caso del art. 44, la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición”.

A su vez el Reglamento de la CIDH en su título II establece en su art. 22 y siguientes las reglas para presentar denuncias y fija en el art. 29 la primera obligación de la CIDH.

Art. 29:

“Tramitación Inicial.

1. La Comisión, actuando inicialmente por intermedio de su Secretaría Ejecutiva, recibirá y procesará en su tramitación inicial las peticiones que les sean presentadas. Cada petición se registrará, se hará constar en ella la fecha de recepción y se acusará recibo al peticionario”.

El art. 30 fija el Procedimiento de admisibilidad, que el cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema de Chile, materia de la denuncia, aún espera.

La CIDH está en mora de cumplir lo que ordenan los artículos 29 y 30 de su propio reglamento, y en ello infringe los propios tratados en los que sustenta su existencia.

De acuerdo al Acta de ratificación del Pacto de San José, DS 873 del Ministerio de RREE de Chile, de 23 de agosto de 1990:

a) El gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la CIDH, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de DDHH establecidos en la Convención Americana de DDHH, en los términos previstos en el art. 45 de la mencionada Convención.

b) El gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de DDHH, respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone el art. 62”.

Cierra el marco legal de la denuncia ante la CIDH basado en el Pacto de San José su art. 61:

“1. Sólo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de *la Corte*.

Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los art. 48 a 50”.

La letra b) del Acta de ratificación establece que *la competencia de la CIJ es de pleno derecho* para resolver casos de interpretación y aplicación del Pacto de San José. De acuerdo a este concepto, tiene y debe otorgarse el derecho de ver resuelta la denuncia por la CIJ, porque aquello que existe en pleno derecho no puede ser desconocido, y no cabe tampoco ser interpretado. Simplemente negar el derecho es un acto prohibido y nulo de acuerdo al Derecho Internacional, al tratado mismo y a las leyes de la República de Chile.

En consecuencia, la Carta de la CIDH mandada a la Secretaría de la Corte Suprema constituye *per se* un incumplimiento de las funciones encomendadas a este organismo de la OEA y es acto prohibido y nulo de acuerdo a la ley chilena y al Acta de Ratificación del tratado. Constituye además la prueba de los hechos de la denuncia, que busca restablecer el Estado de Derecho y el goce de los derechos que la sentencia establece. Con fecha 24 de febrero de 2017 la denuncia inició el trámite de admisibilidad ante la CIDH, manteniéndose las circunstancias de hecho de la prisión política de ambos protegidos, no obstante la declaración de arbitrariedad e ilegal de dichas detenciones por sentencia de la Corte Suprema de Chile. La demora en la tramitación de una simple visita carcelaria deja en evidencia la falla capital al sistema de protección de DDHH de la OEA, donde la tardanza por parte de la CIDH mantiene en peligro la vida de los protegidos y constituye además en la demora una usurpación de funciones tanto a la Asamblea General como a la Corte Interamericana de DDHH.

Fundamentos de derecho conforme a la carta de la OEA

Por sobre todo lo anterior, la decisión de la CIDH de negarse a cumplir la sentencia cuando fue requerida por la Corte Suprema de Chile, fue un acto nulo y además de usurpación de funciones, tanto a la CIJ como a la Asamblea General de la OEA, máximo órgano político del continente, a quien la Sentencia de la CS correctamente entregó la resolución del caso.

Art. 54 de la Carta de la OEA: La Asamblea General es el órgano supremo de la OEA. Tiene como atribuciones principales, además de las otras que señala la Carta, las siguientes:

- a) Decidir la acción y la política generales de la Organización... “y considerar cualquier asunto relativo a la convivencia de Estados americanos”.

Esta Carta en su artículo 1 plantea los “principios de paz, justicia, fomentar la solidaridad, robustecer la colaboración y defender la soberanía de los Estados que inspiran el Tratado”.

Su inciso segundo señala: “ninguna de las disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los estados miembros”; mas ya veremos, ello no incluye a los DDHH de las personas.

Su art. 2 señala de entre sus propósitos:

- “b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención.

e) Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos... que se susciten entre ellos”;

Sobre los *Principios*: reafirman en el art 3:

“a) El Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas.

b) El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional.

l) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

El art. 9 se refiere al mecanismo de suspensión de la organización, en los casos de que un miembro de la organización vea su gobierno democráticamente constituido derrocado por la fuerza, y que es el mecanismo actualmente en consideración frente a la crisis por la que atraviesa Venezuela.

Presten especial atención a que el mecanismo opera frente a la pérdida de la democracia por obra de fuerza sin distinguir, lo cual nos permite incluir no sólo la fuerza externa, sino también la interna.

La Carta avanza en el tema de los derechos y deberes de los Estados estableciendo la igualdad entre ellos.

El art. 13 describe ampliamente el marco de atribuciones estatales y define el límite en su parte final: “El ejercicio de estos derechos no tiene otros límites que el ejercicio de los derechos de otros Estados conforme al Derecho Internacional”.

El art. 19 señala:

“el Derecho de No Intervención:

Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen”.

El art. 20 insiste en el derecho de no intervención:

“Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico o político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier *naturaleza*”.

El art. 22 señala la proscripción del uso de la fuerza:

“Los Estados americanos se obligan en sus relaciones internacionales a no recurrir al uso de la fuerza, salvo el caso de legítima defensa, de conformidad con los tratados vigentes o en cumplimiento de *dichos tratados*”.

Conforme a las reglas de interpretación, si la ley no distingue, no es válido al intérprete distinguir. Debe entenderse que es todo tipo de fuerza, ya sea contra otros estados, como contra los ciudadanos del continente.

El análisis de el Principio de No Intervención y No Injerencia lo dejo para más adelante cuando trate el tema de la Soberanía y la Doctrina de Jurisdicción Universal.

El capítulo v, referido a la Solución Pacífica de controversias, incluye el procedimiento judicial en su art. 25, punto que solicito al lector tenga presente para entender el alcance de la sentencia definitiva de la Corte Suprema de Chile como título legítimo y legal de derechos ante las instancias internacionales, cuyo cumplimiento se reclama.

El capítulo VII de la Carta se refiere al Desarrollo Integral de los miembros de la OEA.

El art. 31 es particularmente claro sobre el rol de la democracia para asegurar este fin:

“La cooperación interamericana para el desarrollo integral es responsabilidad común y solidaria de los Estados miembros en el marco de los principios *democráticos y de las instituciones del sistema interamericano*”.

El art. 32 recalca:

“la cooperación interamericana para el desarrollo integral debe ser continua y encauzarse preferentemente a través de los organismos multilaterales”,

lo cual nos permite afirmar que la sentencia de la Corte Suprema de Chile cumple exactamente con esta disposición, al solicitar a la CIDH que realice la visita carcelaria y emita los informes que ya hemos señalado, para la Asamblea General de la OEA y la Corte Suprema de Chile.

El art. 33 nos da claridad sobre qué significa el desarrollo integral:

“El desarrollo es responsabilidad primordial de cada país y debe constituir un proceso integral y continuo para la creación de un orden económico y social justo que permita y contribuya a la plena realización de la *persona humana*”.

El art. 45 es la piedra angular de la carta de la OEA:

“Los Estados miembros convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y *mecanismos*:

a) todos los seres humanos sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”.

Conforme a todo este derecho internacional, es posible sostener que la sentencia de la Corte Suprema de Chile es un acto soberano del Poder Judicial chileno, que se ajusta a las fuentes de derecho Internacional conforme al tenor literal de los Tratados, Convenciones y Pactos, y que corresponde en Derecho que se cumpla a cabalidad por los organismos internacionales constituidos para tal efecto.

6. Un último aspecto que es relevante en el análisis de los eventos que rodean esta causa judicial es que con anterioridad a ella, en febrero 21 del año 2015, ambas partes presentaron Recurso de Amparo en favor de Antonio Ledezma, también preso político venezolano detenido por las fuerzas de SEBIN el día 19 de febrero de 2015, desde sus oficinas de la Alcaldía del Distrito Federal de la ciudad de Caracas, Venezuela.

La causa, que es la aludida por el voto de minoría de la Ministra Sra. Sandoval, fue tramitada con Rol 60-2015 en la Corte de Apelaciones de Valparaíso y bajo Rol 3311-2015 ante la Corte Suprema. Fue rechazada por *inadmisibilidad*. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso señaló:

“Atendido el mérito de los antecedentes, advirtiéndose que esta Corte no cuenta con Jurisdicción para conocer del recurso intentado, porque los hechos que se denuncian habrían ocurrido en la República Bolivariana de Venezuela, se declara inadmisibile”.

La sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema confirmó el fallo, con voto de minoría:

El Sr. Ministro Lamberto Cisternas R.

“estuvo por revocar la resolución de alzada y disponer el trámite de la acción constitucional de amparo incoada en estos autos, en atención a que por ella se plantea un reclamo por violación de DDHH, para lo cual los tribunales legalmente establecidos cuentan con jurisdicción universal;

por lo cual el lugar de ocurrencia de los hechos denunciados no puede limitar la admisibilidad”.

Doctrina de Jurisdicción Universal de Derechos Humanos

Esta doctrina planteada en síntesis sostiene que la vigencia del Estado de Derecho en cualquier país otorga jurisdicción y competencia a sus órganos judiciales, cualquiera sea la organización que éstos tengan, para conocer, conforme a sus normas de procedimiento vigentes, de materias de DDHH; teniendo en consecuencia la competencia para conocer, resolver y ordenar la ejecución de la sentencia respectiva y restablecer el ejercicio de dichos derechos en sus titulares y el Estado de Derecho.

Fue inventada durante la década de los 80 por el jurista español Sr. Joan Garcés, y aplicada con éxito por el que fuera juez del 6° Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional de España, Sr. Baltazar Garzón, quien ordena la detención del Sr. Augusto Pinochet mientras se encontraba en Inglaterra para un tratamiento médico en octubre de 1998. El Sr. Garzón asume la causa que hasta entonces tramitaba el juez del 5° juzgado Sr. Manuel García Castellón, cuya materia era la desaparición de ciudadanos españoles durante la dictadura chilena. La doctrina ha sido aplicada por otros países, como Gran Bretaña, que tramitó la causa de extradición del Sr. A. Pinochet substanciada por el Juez Sr. Ronald David Bartle de los juzgados de Bow Street; proceso que terminó radicado en el Ministro de Fuero Sr. Juan Guzmán Tapia, Rol 2182-1998 A. También fue aplicada por las Cortes italianas, contra el fiscal Militar de Valdivia Sr. Alfonso Podlech, y el caso “Operación Cóndor” de 2017. España también ha aplicado la misma doctrina en el llamado “Caso Genocidio de Guatemala”, de 1999, y “Caso Scilingo” de la Argentina, de 2005.

La pregunta que la causa en estudio respondió es: Considerando todos estos casos previos de DJU, ¿qué efectos se lograrían al utilizar la DJU sólo para proteger a los víctimas del abuso estatal y evitar la existencia de violación de DDHH en primer lugar?

La DJU se sustenta en la idea que el Derecho es el acto político que tiene supremacía por sobre todos los demás actos políticos. Arbitra en caso de conflictos sobre todos ellos usando los DDHH, las normas Constitucionales, legales y Tratados Internacionales preexistentes, confirmando a los DDHH la supremacía sobre cualquiera otra norma legal, porque ellos emanan de la existencia de cada persona, con independencia de los ordenamientos jurídicos y definiendo el límite del ejercicio de la

soberanía tanto dentro como fuera de cada país. Son *Ius Cogens* y como tal producen efectos *erga omnes*. En otras palabras, DDHH y la vida de cada persona están intrínsecamente ligados, confiriendo a cada persona la titularidad del Máximo Legal doquiera esté. Basta que alguien haya existido, lo cual explica la imprescriptibilidad de los DDHH, para que el derecho concorra a reconocer sus derechos. El Estado, en cambio, y por ende todas las personas jurídicas, por ser sólo una idea deben someter su actuación dentro del Mínimo Legal, que se traduce que quienes actúan en ejercicio de función pública o corporativa –tanto a nivel nacional como internacional– sólo pueden hacer aquellos que la Constitución, las leyes o los tratados ratificados permitan, y tienen la obligación de velar, proteger y promover los DDHH. El Estado de Derecho, la organización del Estado de acuerdo al mandato constitucional y legal, otorga las facultades a las diversas funciones públicas de acuerdo a cada Mínimo Legal, y reconoce el Máximo Legal en cada ciudadano, quienes confieren con su voto periódico y el ejercicio de sus derechos solidez, estabilidad y madurez al Estado de Derecho. La soberanía del Estado, que no es otra cosa que el ejercicio del Estado de Derecho en su propio territorio y en las relaciones con los demás, deriva su solidez del respeto de los DDHH de cada persona.

Todos los conceptos, como Derecho, Estado de Derecho, Soberanía, política e ideologías son ideas y actos políticos, y todos ellos tienen como límite a la persona humana con su común dignidad. Los DDHH en cambio existen, están y son una unidad en cada persona, *atados indisolublemente con la existencia de cada ser humano que ha vivido, vive o vivirá*.

Miremos el art. 5° de la Constitución chilena para aplicar estos conceptos:

“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y elecciones periódicas y también por las autoridades que esta Constitución establece”.

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

El concepto de soberanía, porque la Constitución no distingue, implica que Chile reconoce su propia soberanía, pero también la soberanía de los demás países, tiene como límite los DDHH de cualquiera persona. El concepto de frontera, como límite territorial de un país, impone sus límites en el derecho local para ser aplicado a la nación que allí vive,

pero que goza de una posición jurídica independientemente de dicho ordenamiento jurídico, por ser titular de DDHH. Solo se podrán aplicar aquellas normas de derecho que no contravengan los DDHH y explica, por ejemplo, por qué ocurren los procesos migratorios. Conforme al Máximo Legal, cualquiera persona tiene la libertad de escoger dónde vivir, especialmente si se siente vulnerable en un territorio nacional por escasez, violencia o falta de oportunidad, para ellos o sus descendientes.

Finalmente el principio de No Intervención y No Injerencia que reclaman los Estados en sus relaciones entre sí, y que el derecho Internacional regula, también queda sometido al límite que imponen los DDHH. El concepto de soberanía de los Estados en la DJU se traduce en que los actos de gobierno y administración nunca pueden violentar los DDHH de una persona. El gobierno y la administración terminan donde comienzan los DDHH de cada persona, y el tenor del art. 19 de la Carta de la OEA determina que los actos de gobierno y administración están referidos a la personalidad del Estado en sus aspectos políticos, económicos y sociales, y jamás pueden ser considerados los DDHH parte de ellos o ser sólo considerados "aspectos políticos, económicos y sociales". No serán nunca tampoco actos políticos constitucionales, legítimos y legales si violentan, menoscaban o perturban los DDHH de cualquiera persona. Dicho acto es de acuerdo a la ley acto prohibido y nulo; no sólo en el país, sino *erga omnes*.

Normas de interpretación del derecho chileno y derecho internacional

Antes de entrar al análisis de la causa y la sentencia, es necesario además dejar presentada las normas de interpretación que se plantearon a lo largo de la causa y que son ley de la República o principios de Derecho:

El art. 10 del CC:

1. "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención".
2. Se aplicaron todas las normas de interpretación de la ley que señalan los artículos 19 a 24 incluido del CC chileno, que no se reproducen por su extensión y ser materia básica de la formación legal.
3. El art. 19 N° 26 de la Constitución es norma de interpretación a nivel constitucional:

“La seguridad de los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su *libre ejercicio*”.

Uno de tales límites son los límites procesales que definen qué tribunales de la república tienen jurisdicción y competencia para conocer de materias de DDHH.

Además están las limitaciones de tiempo y condiciones de forma que la ley pueda haber establecido para tramitar los derechos garantizados por la Constitución, cuya lectura debe siempre ser restrictiva, porque dichas limitaciones de acuerdo al mandato constitucional “no pueden afectar los derechos en su esencia.”

4. Normas de interpretación del Pacto de San José.

Art. 29:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) *Permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlas en mayor medida que la prevista en ella.*
- b) *Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.*
- c) *Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d) *Excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.*

5. Acta de Ratificación del Pacto de San José, DS 873 del Ministerio de RREE de Chile, de 23 de agosto de 1990:

“a) El gobierno de Chile declara que *reconoce la competencia de la CIDH, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad*, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de DDHH establecidos en la Convención Americana de DDHH, en los términos previstos en el art. 45 de la mencionada Convención.

b) El gobierno de Chile declara que reconoce como *obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de DDHH*, respecto

de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone el art. 62”. (Competencia de la CIJ).

6. Finalmente el art. 45 de la Carta de la OEA, por ser la piedra angular del sistema interamericano de DDHH:

“Los Estados miembros convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y *mecanismos*:

a) todos los seres humanos sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”.

Derecho chileno y la Doctrina de Jurisdicción Universal

La admisibilidad de la DJU en el derecho constitucional chileno fue resuelta en Causa de Hecho Rol 7099-2015 que conoció la Corte Suprema de Chile, a raíz de la sentencia interlocutoria dictada por La Corte de Apelaciones de Valparaíso el día 26 de mayo de 2015 declarándose *incompetente*, y una segunda sentencia interlocutoria de la misma Corte, que declaró *improcedente* el recurso de Apelación, y que fueron impugnadas.

La C.S. dictó sentencia en el Recurso de Hecho el 6 de julio de 2015. En los vistos y considerandos del fallo la C.S. tiene presente en su punto segundo el argumento de la Corte de Origen:

“que lo informado por los Ministros y el Fiscal Judicial de la aludida Corte señalan que resolvieron en conformidad a lo dispuesto en el Auto Acordado del Recurso de Protección, donde a juicio de ellos el recurso de apelación se encuentra reservado únicamente en contra de la sentencia definitiva que se dicte en las causas”.

Por último indicaron:

“de conformidad a los arts. 96 y 98 del COT el Recurso de Apelación para ante la Corte Suprema se encuentra reservado para los casos que dichos preceptos indican”.

La sentencia que analizamos en su punto tercero reproduce el art. 6 inciso 2° del AA sobre la materia que dispone:

“la apelación se interpondrá en el término fatal de cinco días hábiles, contados desde la notificación por el estado diario de la sentencia que decide el recurso”.

De acuerdo a lo anterior razona la Corte Suprema,

“el recurso de apelación sólo ha sido consagrado en materia de protección de garantías constitucionales como medio de impugnación de la sentencia que resuelve o decide el recurso, de manera que al no revestir esa calidad aquella que declaró la incompetencia del tribunal, la apelación resulta improcedente”.

Sin embargo, haciendo uso de la facultad de oficio y en razón que la competencia no puede ser resuelta en etapa de admisibilidad del recurso, dejó sin efecto la resolución y ordenó a la C. de A. de Valparaíso “dar curso progresivo a los autos”.

El fallo del Recurso de Hecho tuvo 4 votos a favor y uno en contra. La ministra Sra. Rosa Egnem fue de la opinión de no ejercer la facultad de oficio.

El art. 5 inciso segundo del AA dice: “La sentencia que se dicte, ya sea que lo acoja, rechace o *declare inadmisibile el recurso, será apelable ante la C.S.*”. La sentencia impugnada, de carácter interlocutorio impedía poder seguir tramitando el recurso y en este art. se basó el Recurso de Hecho. Con todo, producido el efecto deseado, la sentencia dictada en el Recurso quedó ejecutoriada, y es la primera sentencia que reconoce en Chile la DJU.

De acuerdo a la ley, la admisibilidad es una primera cuestión a resolver. El juez debe evaluar quién acciona, qué reclama y ante quién lo hace.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sus dos sentencias interlocutorias, creó un imposible jurídico. Cualquier pronunciamiento en el que se omite uno de estos tres puntos, puede implicar una resolución por omisión. En otras palabras, al declarar inadmisibile el recurso en razón de competencia, la Corte de Apelaciones de Valparaíso reconocía su propia jurisdicción para conocer del RP, o la titularidad de los actores, o que los hechos presentados y reclamados configuraban violaciones en el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución, produciendo el efecto de cosa juzgada sobre la admisibilidad como condición previa.

El Recurso de Hecho en el RP está regulado en el art. 2 del AA:

“El recurso se interpondrá por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, en papel simple o por cualquier *medio electrónico*.”

Presentado el recurso, el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el art. 20 de la Constitución Política de la República. Si su presentación es extemporánea o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas en la referida disposición constitucional, lo declarará inadmisibles desde luego por resolución fundada, la que será susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día. En carácter de subsidiario de la reposición, procederá la apelación para ante la Corte Suprema, recurso que será resuelto en cuenta”.

El art. 20 de la Constitución dispone:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías... podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva”.

Por su parte, el art. 1 del A.A. señala:

“El recurso o acción de protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, o donde estos hubieran producido sus efectos, a elección del recurrente, dentro del plazo fatal de 30 días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos”.

Todo sin mayores requisitos, de acuerdo al art. 2 del A.A. ya visto.

Quien acciona debe tener el cuidado de reclamar *hechos*; referidos a la acción u omisión que generan la privación, perturbación o amenaza arbitraria o ilegal y que enervan el *ejercicio de los derechos reclamados*, que no es lo mismo que decir que enervan los derechos reclamados. Con todo, la acción de Protección Constitucional tiene un plazo fatal de 30 días contados desde el hecho o la omisión, o los mismos 30 días fatales contados desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los hechos.

El tenor del art. 1 del auto acordado es bien particular. Es una larga oración con muchas comas y muchas conjunciones “o” que nos lleva al terreno de interpretación lo más amplia posible, porque está regulando garantías constitucionales, y siguiendo el tenor del art. 19 N° 26 de la Constitución ya visto: “no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Sobre cuál es el tribunal con jurisdicción y competencia para conocer de los hechos, el mismo art. 20 de la Constitución señala que cualquiera como actor, podrá presentar el Recurso ante *la Corte de Apelaciones respectiva*.

Jurisdicción y competencia son términos complementarios. El primero determina qué tribunal legalmente investido tiene la capacidad de administrar justicia, mientras que la competencia viene dada a los tribunales por las reglas previamente establecidas en las leyes, en razón de territorio o materia, que fijan cuál de entre todos los tribunales de la misma categoría ya legalmente investidos conocerá de la acción entablada.

Es en este punto donde se inserta la Doctrina de Jurisdicción Universal de DDHH, confiriendo jurisdicción, competencia y atribuciones a los tribunales de cualquier país donde rija el Estado de Derecho para conocer de casos de violaciones de DDHH, precisamente porque son el órgano jurisdiccional de los Estados, investidos previamente y con una competencia predeterminada por la ley y con un debido proceso a seguir.

La DJU de DDHH no crea tribunales, usa la red existente y las leyes de cada Estado de Derecho para proteger a las víctimas de violaciones de DDHH, sin distinguir si la víctima sufre mucho o poco, o si el abuso es grande o chico, porque dicha distinción ofende la universalidad de los DDHH. Son de todos en carácter indivisible.

Nuevo texto del auto acordado que regula el recurso de protección de 18 de agosto de 2015

Esta sentencia tiene una segunda importancia. Es posible sostener que generó una modificación en el AA que regula el Recurso de Protección. Habiendo sido advertido por la C.S. que la declaración de inadmisibilidad fundada en argumentos no idóneos dejaba a las partes en indefensión, la Corte en Pleno dictó en uso de sus atribuciones administrativas, económicas y conservadoras una modificación al AA que expresamente estableció nuevas reglas, y que entró a regir al día siguiente de la sentencia definitiva que la Corte de Apelaciones de Valparaíso dictó en esta causa.

El nuevo art. 2 inciso 2º, otorga ahora el derecho de recurrir de hecho en carácter subsidiario a una reposición, dentro de tercero día, para ante la C.S. en casos de declaración de inadmisibilidad del Recurso de Protección. Sin embargo la nueva norma expresamente señala que este recurso de hecho se verá en cuenta.

La pregunta es: ¿El nuevo artículo 2 inciso 2º del AA, será un problema para determinar si la sentencia dictada en favor de Leopoldo López

y Daniel Ceballos es un precedente de nuevos Recursos de Protección o pasará a la historia como un intento de obtener la protección de las democracias, en beneficio de quienes tienen la mala suerte de vivir en un país donde la democracia pierde estabilidad o simplemente no existe?

Un abogado deseando proteger a otro preso político o de conciencia no tendrá la oportunidad de argumentar en estrado la solidez de su reclamo en primera instancia, porque este nuevo art. 2 inciso 2° del AA no permite pedir la vista de la causa poniéndola en relación a fin de escuchar alegatos, y si el caso se eleva a la C.S. la situación es un poco mejor, si se considera el art. 7 del AA. Allí un abogado deberá tener el cuidado de fundar su petición para que se vea en previa vista.

Art. 7 AA:

“Recibidos los autos en la Secretaría de la Corte Suprema, el Presidente del Tribunal ordenará dar cuenta preferente del recurso en la Sala que corresponda, la cual, si lo estima conveniente, se le solicita con fundamento plausible y especialmente cuando se lo pide de común acuerdo por recurrente, recurrido y quienes hayan sido considerados como parte en el procedimiento, podrá ordenar que sea resuelto previa vista de la causa, disponiendo traer los autos en relación, evento en el cual el recurso se agregará extraordinariamente a la tabla respectiva de la Sala que corresponde”.

Es cierto que la función judicial está en manos de los funcionarios públicos que conforman el Poder Judicial, pero también en el proceso de administrar justicia participan los abogados defensores. Sin su aporte no está garantizado el Estado de Derecho y la evolución del mismo. Debemos aceptar la idea que el Estado de Derecho es un proceso creciente de fortalecimiento de los DDHH y de las instituciones en resguardo de las libertades, garantías y derechos constitucionales, no sólo en Chile, y en el que cualquiera persona puede participar. Los jueces, administrando justicia de acuerdo a la ley y los abogados argumentando en base a nuevos casos y lógica interpretación de esa misma Constitución, leyes y tratados que se vayan dictando, planteando nuevas teorías e interpretaciones sobre el derecho existente, tanto desde la academia como en estrado.

El pleno de la C.S. introdujo otras modificaciones, y señalaba que entrarían en vigencia en 30 días desde la fecha de publicación en el Diario Oficial. Como fue publicado el 18 de julio, su contenido fue obligatorio a partir del día 18 de agosto. Las restantes modificaciones son igualmente interesantes y desde su vigencia afectan el tema de la admisibilidad. Pasemos revista al nuevo texto del A.A., donde se marca con negro el nuevo texto para facilitar el análisis.

- a) Art. 2: el Recurso de Protección, que ya sabemos puede plantearse por cualquiera, es posible hacerlo “por cualquier medio electró-

nico". Esta capacidad electrónica de comunicación se autorizó además para pedir oficios (art. 3 inciso 4º) y para comunicar la sentencia y su cumplimiento (art. 14 inciso primero). Fantástica modernización, que esperemos que con el avance de la digitalización permitirá a las Cortes de Apelaciones, conocer de Recursos de Amparo y Recursos de Protección en total eficacia, para mantener el Estado de Derecho y garantizar la vigencia efectiva de los derechos libertades, y garantías constitucionales, que no son otra cosa que DDHH.

b) Art. 1 que se transcribe entero por su importancia y peculiaridad:

"El recurso o acción de protección se interpondrá ante la Corte de Apelaciones en cuya Jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de las garantías constitucionales respectivas, O DONDE ÉSTOS HUBIEREN PRODUCIDOS SUS EFECTOS, A ELECCIÓN DEL RECORRENTE, dentro del plazo fatal de 30 días corridos contados desde la ejecución del acto o de la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que hará constar en autos".

El artículo en ambas versiones claramente distinguía Jurisdicción y Competencia, por lo que en ello no hay novedad. Mantuvo su estructura. Una sola oración, con uso repetitivo de comas y de la conjunción 'o', lo que es importante en términos de interpretación.

Es posible concluir que para el constituyente, todos y cada uno de los supuestos que el artículo plantea son iguales en importancia al momento de definir la competencia de una Corte para conocer del Recurso de Protección. Con ello se concluye que hay tres casos y tres Cortes que hoy tienen competencia al momento de presentar el recurso:

- 1) Corte del lugar de la ocurrencia de los hechos o la omisión.
- 2) Corte del lugar del domicilio del actor donde los hechos o la omisión producen sus efectos.
- 3) Corte del lugar del domicilio del actor donde se tomó noticia o conocimiento cierto de los hechos.

Para cualquiera de estos 3 casos que confieren competencia, el actor tendrá que concurrir a la Corte de Apelaciones de su elección dentro del plazo fatal de 30 días corridos.

Basado en el tenor del art. 19 N° 26 de la Constitución, que establece la regla de Interpretación Constitucional, el Recurso de Hecho reclamó en la versión original del art. 1, que el constituyente distinguía dos causales de competencia: una territorial y una de acuerdo a la materia de los hechos, donde cabe incluir los DDHH. El lugar donde se toma noticia o conoci-

miento cierto de ellos confiere competencia a la Corte de Apelaciones de dicho lugar.

Como el nuevo texto agrega la expresión “o donde éstos hubieren producido sus efectos, a elección del recurrente”, esta causal fue la elegida por la C.S. de Chile al momento de dictar sentencia definitiva.

Las violaciones de DDHH producen efecto *erga omnes*, porque dichos derechos son universales e indivisibles; la violación a una persona es una violación que afecta a todos. Esta interpretación y causal de competencia es totalmente compatible con la DJU. de DDHH

Aún más, se debe advertir al lector cómo la C.S. de Chile interpretó la atribución de los tribunales de la República de Chile. La sentencia definitiva de la C.S. que estudiamos dice en su considerando cuarto de la Sentencia de la Corte de Apelaciones que la C.S. da por reproducida:

“Que de lo anterior se colige que, a elección del recurrente, existen *sólo dos* Cortes de Apelaciones competentes para conocer el recurso de protección, ora en la jurisdicción de aquella en que se ha cometido el acto o se ha incurrido en la omisión, ora en la jurisdicción de aquella donde dicho acto u omisión ha producido sus efectos”.

c) Notificación del recurso a Organismos Públicos. Art. 3 inciso 2° es nuevo:

“En los casos en que el recurrido sea un organismo público, bastará la notificación al jefe local del servicio o a su representante en el territorio jurisdiccional *respectivo*”.

Esta modificación es totalmente compatible con la circunstancia de conocer de violaciones de DDHH fuera del país, donde precisamente estaríamos frente a un territorio jurisdiccional diferente, y útil también para facilitar el cumplimiento.

d) Art. 2 inciso 2°: En carácter de subsidiario de la reposición, procederá la apelación para ante la Corte Suprema, recurso que será resuelto en cuenta, tema ya comentado.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso se pronunció conforme a lo ordenado por la C.S. proveyendo derechamente:

“Téngase por interpuesto Recurso de Protección en favor de Leopoldo López y Daniel Ceballos, ordenando además a objeto de obtener antecedentes que permitan resolver: oficiase al Ministerio de RREE para que, por su intermedio, se solicite al Señor Embajador de la R.B. de Venezuela, si lo tiene a bien, pueda brindar información sobre los antecedentes del Recurso, adjuntándose copia de todo lo obrado en autos”.

Sobre la petición subsidiaria de Asilo Político en el tercer otrosí del Recurso, señaló que se resolverá en definitiva, y tiene por acompañada la noticia como fundamento de hecho del recurso. Finalmente señala que tendrá presente en lo que corresponda en derecho la argumentación de la Doctrina de Jurisdicción Universal de DDHH planteada en Primer Otrosí y jurisprudencia del caso Pinochet, individualizada en el cuarto Otrosí, y que incluye la causa de extradición y la orden de detención emanada del 5° juzgado de la Audiencia Nacional de España, en la causa seguida por el Ministro de Fuego.

El día 23 de julio quedó hecha la certificación por parte de la Secretaría de la Corte, para dar cumplimiento al art. 1 y su parte final del A.A. que ordena la constancia en autos del día de haber conocido los hechos materia del recurso y los plazos allí establecidos.

La obligación de hacer constar en autos el cumplimiento de los plazos no es parte del peso de prueba, y en consecuencia es responsabilidad del tribunal. El fundamento: el art. 19 # 26 de la Constitución, que expresamente dice que no puede imponerse límites que impongan condiciones, tributos o requisitos que impidan el libre ejercicio de las garantías constitucionales. Siento todo lo anterior cierto, como abogado defensor advertiría a mis colegas verificar dicho cumplimiento. Los vicios de nulidad son costosos, y cuanto más en materia de DDHH.

*Normas constitucionales
que sustentan la jurisdicción de los tribunales chilenos
para conocer causas de DDHH*

Los arts. 1°, 19 inciso 1°, en relación al art. 5° inciso 2°, art. 6°, y art. 7° de la Constitución, fundamentan la Doctrina de Jurisdicción Universal de DDHH en Chile, dando JURISDICCIÓN a los tribunales chilenos para conocer de los HECHOS materias del Recurso y de DDHH.

*Normas constitucionales y legales
que delinear y fijan la competencia de los tribunales chilenos
en materias de DDHH*

La COMPETENCIA de los tribunales chilenos está dada conforme al art. 20 de la Constitución en concordancia con el Auto Acordado que regula el Recurso de Protección, a su vez concordados con los art. 63 #2 B del COT, art. 5 del COT; en subsidio, art. 6 #8 del COT en concordancia con

la Declaración Universal de DDHH y o el Pacto de San José; art. 10 del COT, art. 110 del COT, art. 134 del COT en relación al art. 55 del COT, aplicables a las Garantías Constitucionales del art. 19 de la Constitución que cuentan con el Recurso de Protección.

Tratándose de un Recurso de Amparo las normas de jurisdicción son las mismas y sobre la competencia tendrían que aplicarse el art. 21 en concordancia con el art. 19 #7 de la Constitución de Chile, ambos concordados con los arts. 63 #2 B del COT, art. 5 del COT; en subsidio art. 6 # 8 del COT en relación a la Declaración Universal de DDHH y o el Pacto de San José; art. 10 del COT, art. 110, art. 134 COT en relación al art. 55 del COT.

Resta sin embargo presentar un caso de amparo basado en estas mismas normas, y obtener el precedente judicial de un Amparo basado en la Doctrina de Jurisdicción Universal.

Normas constitucionales y legales que sustentan la doctrina de jurisdicción universal en el derecho chileno

Art. 1 Constitución: “Las PERSONAS nacen libres e IGUALES en dignidad y DERECHOS”.

La palabra usada por la Constitución para determinar quién es el titular de los derechos que ella reconoce es “persona”, no dice chileno, ciudadano o habitante de la república.

En consecuencia, debe entenderse que es cualquiera persona sin distinción de raza, credo, nacionalidad, ciudadanía, domicilio, condición o situación geográfica.

El concepto de igualdad no admite diferenciación, en consecuencia significa que todas las personas frente a la constitución son idénticas en derecho y dignidad, y porque expresamente la constitución ata el derecho a la dignidad de la persona, podemos concluir que la expresión del art. 1° se refiere a todos los derechos, porque la frase usa el concepto en sentido general sin excluir ninguno; incluye *ergo sum*, los derechos y garantías constitucionales que ésta establece, como también los DDHH que la Declaración Universal de DDHH de 1948, El Pacto de San José, ratificado por el Congreso de Chile en 1990, y cualquier otro tratado internacional que haya sido ratificado por el Congreso y que en consecuencia, es ley de la República de Chile.

Art. 19 Inciso 1° Constitución: “La Constitución asegura a TODAS las personas”.

Nuevamente el art. 19 de la Constitución en su inciso 1 recalca que las garantías constitucionales pertenecen a todos y nadie puede quedar excluido por ninguna razón. *Significa que, referido a los Derechos de las personas, la Constitución acoge, protege y ampara a todo el género humano vivo, muerto o en gestación, doquiera estén o cualquiera sea su condición.*

Art. 5 de la Const.:

“La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

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

Como ya ha sido analizada parte de este artículo, enfocaremos nuestro análisis en la primera parte, porque fija que es a través de los poderes del Estado que las personas pueden solicitar la protección de los derechos, garantías y libertades constitucionales, que no son otra cosa que sus DDHH. En Chile y en un Estado de Derecho, no pueden existir ni la autotutela ni la impunidad. Por eso existen los recursos procesales a nivel constitucional, y los recursos administrativos que en esta causa incluyó pedir información a través del sistema de Chile transparente dos veces.

Una última idea antes de pasar a ver los recursos administrativos que fueron utilizados en esta causa, es insistir en el límite que incorpora la Doctrina de Jurisdicción Universal al concepto de soberanía. Cada país tiene competencia soberana sobre su territorio, pero no sobre las personas.

Para que una persona viviendo en el territorio de un país quede obligada por los actos de los órganos del Estado, tienen que ser actos legales, legítimos y que no menoscaben, perturben, amenacen, priven o dañen los legítimos derechos de la primera. Así no es posible sostener que el ejercicio de la función jurisdiccional en beneficio de una persona viviendo en otro país, el otorgamiento de asilo y la extradición tanto activa como pasiva afectan o menoscaban la soberanía de un país, o el principio de no intervención y no injerencia, porque por sobre todas las normativas jurídicas deben respetarse los DDHH.

Para que un país reclame acto soberano es necesario que quien reclame esté obrando en el marco de un Estado de Derecho, que implica:

- a. Acto conforme a las atribuciones conferidas por la Constitución o las leyes del país.

- b. Ejercitando la atribución conforme a los procedimientos legales y administrativos previamente establecidos.
- c. Que dicho acto no violento, perturbe, menoscabe o prive de derechos y garantías constitucionales a nadie.

Uso de la instancia de Chile transparente

La tramitación de la causa impuso en dos oportunidades utilizar los recursos administrativos que establece el Sistema Chile Transparente.

Una primera vez fue para acceder a las actas del Pleno de la Corte Suprema a fin de estudiar la historia fidedigna del nuevo texto del A.A. que regula el Recurso de Protección. El debate existente en Chile es si la C.S. tiene y o mantiene la facultad de dictar los Autos Acordados que regulan el Recurso de Protección. La respuesta, a la luz del art. 19 N° 26 de la Const. es que si tiene y mantiene, porque prevalecen el art. 76 de la Const. en relación al art. 6° y 7° sobre el art. 19 #3 inciso 5° final, que dice:

“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Pensar lo contrario no permitiría garantizar la oportunidad en la administración de justicia que está en el centro del ejercicio efectivo y eficaz de los derechos que la Constitución establece y del respeto al debido proceso. También porque la norma de interpretación constitucional recalca que las limitaciones que regulen o complementen los mandatos constitucionales no pueden afectar los derechos en su esencia y la administración de justicia recae “exclusivamente” en el Poder Judicial. Así lo ha entendido también la Corte Suprema, que ha modernizado la tramitación del Recurso en sucesivos AA. Texto original de 1977, textos refundidos de 27 de Junio 1992, 9 de junio de 1998, 8 de junio de 2007 y el actual de 28 de agosto de 2015.

También es relevante señalar que el RP está enmarcado en las *funciones conservadoras, económicas y administrativas del Pleno de la C.S.* y no en la jurisdicción judicial tradicional del Poder Judicial.

Emana del art. 82 de la Const: “La C.S. tiene la *superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación*”.

El mandato de la C.S. es insistido en el art. 5° inciso 2° de la Const. que señala: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución”; el art. 6° inciso 1° de la Const.:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”;

el art. 7° inciso 2° de la Const:

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

Finalmente el art. 76 de la Const.:

“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, *pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*. Ni el presidente de la República, ni el congreso pueden en caso alguno ejercer funciones judiciales...

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieran. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

Concuerdan con la Constitución los mandatos del COT.

Art. 3 del COT:

“Los tribunales tienen además las facultades *conservadoras*, disciplinarias y *económicas* que a cada uno de ellos se asignan en los respectivos títulos de este código”.

Art 96# 4 del COT:

“Corresponderá a la C.S. en pleno: #4 Ejercer las facultades administrativas, disciplinarias y económicas que las leyes le asignan... *En uso de tales facultades podrá determinar la forma de funcionamiento de los tribunales y demás servicios judiciales*”.

La segunda vez que se utilizó el sistema de Chile transparente fue para tratar de rastrear, de ubicar y conocer en qué estado de cumplimiento

se encontraba el oficio que ordenaba el cumplimiento de la sentencia definitiva dictada en noviembre 18 de 2015, y que había sido mandado al Ministerio de RREE de Chile.

La solicitud, OIR 144428- RJCXPQ, fue procesada el día 9 de diciembre de 2015, e ingresada con el N° AC001T 0000090. Fue contestada el día 31 de diciembre de 2015, reproduciendo el contenido del *e-mail* de la abogado patrocinante e informando en su número 3:

“habiéndose emitido un nuevo pronunciamiento de la C.S. de fecha 28 de diciembre pasado, por el cual se deja sin efecto el fallo recurrido, sólo en cuenta a que el requerimiento a la CIDH se hará directamente por dicho tribunal, no corresponde, en consecuencia, a este Ministerio gestión alguna que realizar a esta materia”.

Art. 6° de la Const.:

“ Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción a esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

Art. 7° de la Constitución:

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

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

Estos dos artículos constitucionales y el tenor del art. 76 parte final de la Const.:

“*la autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar*”,

son las bases constitucionales de la denuncia ante la CIDH en contra del Sr. Juan Ignacio Piña del CDE y del Sr. Heraldo Muñoz del Ministerio de RREE, porque con su actuar han participado en el enervamiento del cumplimiento de la sentencia que se estudia.

II. Normas de competencia para conocer de los derechos, garantías y libertades reclamadas, conforme a derecho procesal chileno

Como ya se planteó la competencia es el concepto complementario de la jurisdicción, que quedó regulado por el art. 20 de la Constitución en concordancia con AA de la C.S. vigente, ya estudiado.

A mayor ahondamiento y claridad, todos los artículos que se señalan a continuación permiten también concluir que los tribunales chilenos tienen la competencia preestablecida para conocer de violaciones de DDHH, a través de los Recursos de Protección. En aras de la economía en esta exposición simplemente los dejo citados.

Art. 63 #2B del COT; art. 5 del COT, –alternativamente y en subsidio, art. 6 del COT #8, en concordancia con la Declaración Universal de DDHH y Pacto de San José–; art. 10 del COT; art. 110 del COT y art. 134 del COT en relación al art. 55 del COT.

Garantías constitucionales y su prueba

Pasamos a continuación al tema de la prueba de los hechos reclamados en la causa:

Art. 20 Constitución:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas en el art. 19#”:

Art. 19 # 1: Vida e integridad física y síquica de la persona.

Art. 19# 2 y 3: Derecho de igual protección de la ley en el ejercicio de derechos.

Art. 19 # 4: Respeto y protección a la vida privada, pública, honra personal y de la familia.

Art. 19 #15: Derecho de asociación.

Prueba en el recurso

La prueba consistió en Noticias como hechos públicos y notorios; los Oficios al Ministerio de RREE destinados a la Embajada de la R.B. de Vene-

zuela y el valor del silencio; las presunciones judiciales, y finalmente los Informes del Grupo de Trabajo de la ONU y la Medida Cautelar 335-14 de la CIDH.

Todos ellos a la luz de cuál debiera ser el estándar de prueba a considerar en base al art. 5° del AA que dice:

“Para el mejor acierto del fallo se podrán decretar todas las diligencias que el tribunal estime necesarias. La Corte apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica los antecedentes que se acompañen al recurso y los demás que se agreguen durante su tramitación”.

Por sana crítica deberá entenderse que se aplica el estándar de convicción de prueba preponderante o probabilidad prevalente, conforme al art. 19 N° 26, pues no se pueden imponer límites que afecten la esencia de los derechos, exigiendo una convicción más allá de toda duda razonable, y a la vez deben respetarse los DDHH de las demás personas, en sus actuaciones como funcionarios públicos o simples privados.

I. NOTICIAS COMO HECHO PUBLICO Y NOTORIO

1. Presidente Obama de EEUU, en septiembre 23 de 2014 en la Iniciativa Global de la Fundación Clinton y discurso pronunciado en la Asamblea de la ONU llamó por la libertad de López, diciendo: que él solidarizaba con aquellos que permanecen detenidos en este momento. “Nos ponemos del lado de los detenidos Leopoldo López, Pierre Claver Mbonimpa, Ahmed Maher, Liu Xiabo, Ilham Tolthi y Father Ly”.
2. Sra. Roberta Jacobson, Secretaria adjunta para Latinoamérica de la Secretaría de Estado de EEUU, manifestó su profunda preocupación “por la escalada de intimidación” del gobierno venezolano. La secretaria también instó a la región para que “trabaje para asegurar que el gobierno de Venezuela cumpla su compromiso común con la democracia”. (Diario el País versión de la red 20 de febrero de 2015. Periodista Sra. Sylvia Ayuso).
3. Con fecha 26 de septiembre de 2014 el grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre Detenciones Arbitrarias, emitió informe, en donde concluye que Leopoldo López fue detenido arbitrariamente y que el Gobierno de Venezuela violó varios de sus derechos civiles, políticos y constitucionales, ordenando su liberación inmediata. (Diario El Universal de Caracas, de fecha 8 de octubre de 2014).
4. Sr. Zeid Ra’ ad Al Hussein, Alto Comisionado de la ONU para DDHH, llamó por la inmediata libertad del Sr. López y de los

demás Presos Políticos de las protestas de 2014, “cuya arbitraria y prolongada detención causa preocupación internacional”. (Diario El Mundo, España de 24 de octubre de 2014. Periodista Sr. Eduardo Alvarez).

5. En diciembre 19 de 2014, la Secretaria Jefe de la UE, Sra. Federica Mogherini, declaró que ella estaba seriamente preocupada sobre los continuos arrestos arbitrarios en Venezuela, agregando la resolución de la UE que el Sr. Leopoldo López ha sufrido torturas físicas y psicológicas y, también denuncia las situaciones de los Sres. Daniel Ceballos y Vicencio Scarano. (Diario El Universal de 16 de diciembre de 2014, artículo titulado: “UE seriamente preocupada por detenciones arbitrarias en Venezuela”).
6. Opinión de la Conferencia Episcopal Venezolana en Revista Mensaje, julio 25 de 2015, que llama a una recomposición política y social en Venezuela.
7. El gobierno de Venezuela refutó las declaraciones de los Estados Unidos y la ONU demandando que no interfirieran en asuntos de Venezuela. (Artículo Diario Correo del Orinoco de Venezuela, publicado 19 de diciembre de 2014.)
8. Opinión que indica que se le impidió al Sr. Felipe González, ex Presidente de España y abogado patrocinador en la defensa de los Protegidos en Venezuela, conferenciar con sus defendidos. Visita de Felipe González a Venezuela 7 y 10 de junio de 2015. (Artículo del Sr. Mario Vargas Llosa en Diario El País, de fecha 14 de junio de 2015).
9. La Delegación de parlamentarios brasileños que quiso visitar a los protegidos durante junio 18 de 2015, fue atacada con piedras en la carretera que une el Aeropuerto de Caracas con la ciudad. Considerando el peligro que representaba la situación para dichas autoridades, éstas abandonaron el país sin lograr el objetivo de visitar a los detenidos. (BBC Mundo, 18 de junio de 2015).

A medida que pasaron los meses muchas más noticias se suman a la causa, emitidas por el equipo de periodistas de El Mercurio de Santiago, Chile:

10. Noticia en Emol, Chile, julio 24 de 2014: Maduro califica de “vomitiva” visita de senadores españoles a PPP.
11. Noticia Emol, agosto 1 de 2015 titulada: Comercio sigue paralizado después de saqueos en Venezuela.
12. Noticia Emol, 12 de agosto de 2015 titulada: Otorgan arresto domiciliario a opositor venezolano Ceballos por razones de salud.

13. Noticia Emol, 15 de agosto de 2015, titulada: Maduro afirma que EEUU “no entiende” las revoluciones pacíficas y democráticas en A. Latina.
14. Noticia Emol, 18 de agosto de 2015: Opositores venezolanos reivindican inocencia de Leopoldo López al cumplir año y medio preso.
15. Noticia Emol, domingo 13 de septiembre de 2015 titulada: jueza que condenó a Leopoldo López asumiría como Cónsul en Chile.
16. Noticia Emol, 14 de septiembre de 2015 titulada: Venezuela rechaza injerencia de Chile por condena de Leopoldo López.
17. Noticia Emol, 14 de septiembre de 2015: Chile niega injerencia en asuntos internos de Venezuela por pedir garantías judiciales en caso López.
18. Noticia Emol, 16 de septiembre de 2015 titulada: Maduro desafiante contra La Moneda: “Nadie viene a darnos lecciones de justicia”.
19. Noticia Emol, 16 de septiembre de 2015 titulada: Chaguan dice que dichos de Maduro han excedido todo límite y le faltan al respeto al Gobierno de Chile (El Sr. Chaguan era Fiscal Nacional).
20. Noticia Emol de fecha 16 de septiembre de 2015 titulada: Mujer de Leopoldo López: sería un insulto que la jueza que lo condenó llegara como Cónsul a Chile “.
21. Noticia Emol, de fecha 17 de septiembre de 2015 titulada: Secretario General de la OEA lanza duras críticas a Venezuela tras reunirse con disidentes.
22. Noticia Emol, 17 de septiembre de 2015, titulada: Ex presidente español por condena de López: Pinochet respetaba más los DDHH que Maduro.
23. Noticia Emol, de fecha 24 de agosto de 2015 donde Maduro asegura que la OEA debe “morir” y que ojalá sea él el “sepulcrista”.
24. Noticia Emol, de fecha 25 de septiembre de 2015 titulada: Leopoldo López pide apoyo internacional en una carta enviada desde la cárcel.
25. Noticia Emol, de fecha 7 de octubre de 2015 titulada: Madre de Leopoldo López denuncia que gobierno venezolano “persigue” a toda su familia.
26. Noticia Emol, 24 de octubre de 2015: Fiscal que proceso a Leopoldo López huye de Venezuela y acusa que juicio fue una “farsa”.
27. Noticia Emol, 26 de octubre de 2015 titulada: Fiscal venezolana niega cualquier presión en caso López y descarta liberación.

La sentencia definitiva de la C.S. expresamente señala en el considerando tercero párrafo 3:

“En ciertos casos de singular importancia y trascendencia para la pervivencia de la propia comunidad internacional, ésta ha permitido excepcionalmente la aplicación del principio de extraterritorialidad, o sea, *la potestad de juzgar los hechos* que acontezcan fuera de los límites políticos de los Estados, sin que medie un tratado vinculante y sin que existan nexos de otra naturaleza, como el de la nacionalidad”.

En el considerando quinto, la sentencia señala:

“Respecto de la efectividad de la situación de los ciudadanos venezolanos en referencia, aparte de los *datos entregados por los recurrentes y que constan en el expediente, existe una copiosa información internacional disponible en internet y medios de comunicación globales de distintas nacionalidades y diferentes sinos*, que describen una situación de riesgo inminente para sus vidas. *Y su país, emplazado legalmente en este procedimiento, ha optado por el silencio*, aunque en las mismas fuentes informativas aparece entregando una versión de que López se encuentra condenado por los tribunales ordinarios de justicia locales por sentencia no ejecutoria, a penas de rango criminal por delitos que guardan relación con conductas que en todos los países democráticos son adjetivadas como ‘políticas’ y no personales. *Agrava lo anterior que el fiscal persecutor de su causa ha salido de su país y ha declarado que el proceso en mención fue una invención oficial a la que fue obligado.*”

En consecuencia, los antecedentes disponibles revelan que las personas en cuyo favor se recurre se encuentran sometidas a privación de libertad por el gobierno de su país en virtud de un proceso aparentemente ilegítimo, por hechos de connotación evidentemente política y sin protección de sus tribunales nacionales, lo que se *evidencia por el largo período de encarcelamiento y por la inaccesibilidad a la revisión de sus condiciones por organismos y personalidades internacionales (entre ellos un ex presidente chileno, como ha sido destacado en estrado)*”.

Finalmente, el considerando Sexto de la sentencia termina:

“Que, así, resulta visible que operan en este caso todos los requisitos exigibles para que actúe la Jurisdicción Universal protectora de los derechos humanos antes mencionada, desde que los tribunales de la república bolivariana de Venezuela no aparecen actuando con suficiencia en la protección de los derechos de sus ciudadanos ya individualizados; y hasta se podría sostener con al menos cierta connivencia con los propósitos políticos del gobierno local”.

Todo lo anterior la C.S. de Chile dio por acreditado en base a las pruebas aportadas en el proceso y en su considerando décimo la Corte continúa su razonamiento:

“Que fruto de todo cuanto se ha venido razonando, existiendo una garantía constitucional que cautelar, como es el derecho a la vida de los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos, habiéndose establecido suficientemente y en el marco de lo exigible en esta clase de procedimientos el acto de amenaza denunciado; y considerándose razonable estimarlo como arbitrario por las razones antes anotadas”,

la Corte Suprema dio a lugar al Recurso de Protección.

II. OFICIOS AL MINISTERIO DE RREE Y VALOR DEL SILENCIO

La Corte de Apelaciones envió oficio, # 1707 el día 17 de julio, y un segundo oficio, # 1878 el 19 de agosto de 2015, dirigidos al Ministerio de RREE, respondidos el día 31 de agosto del mismo año, mediante oficio de la Cancillería # 009896, firmado por el Director de Asuntos Jurídicos suplente, Sr. Alvaro Arévalo, quien informó a la Corte que habían cursado dos Notas Diplomáticas. Una primera el día 24 de julio, bajo el N° 8216 y la segunda con fecha 31 de agosto, N° 9876; ambas dirigidas a la Embajada de la R.B. de Venezuela, con lo cual se respetó el derecho a réplica y al debido proceso que faculta al tenor del art. 3° inciso 3° del AA, dar curso progresivo a los autos.

Art. 3 inciso tercero AA:

“Recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos, el Tribunal ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día siguiente, previo sorteo, en las Cortes de Apelaciones de más de una Sala”.

El silencio del Embajador de la R.B de Venezuela constituyó una violación al art.76 de la Const:

“La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar sus fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

Este mandato obliga a todas las autoridades del país sin distinción, desde el cargo de la Presidencia de la República, sus Ministerios y órganos centralizados y descentralizados del Estado pasando por los cargos de los

representantes de ambas Cámaras del Congreso y Poder Judicial, hasta llegar al último funcionario del escalafón en cualquier organismo estatal, municipal o de organismos descentralizados, e incluye además las representaciones diplomáticas del resto de los países como también las sedes de organismos internacionales con status diplomático o no.

Es importante tener presente que tratándose de las garantías constitucionales que reclamen violaciones de DDHH éstas no han sido establecidas en beneficio de los poderosos, sino de la persona que reclama ser víctima, quien sufre perjuicio, abuso, perturbación o amenaza de sus derechos constitucionales. No es posible garantizar Estado de Derecho si al administrar justicia, quienes están en cargos para cumplir funciones de gobierno u otra función pública no están dispuestos a cumplir sus respectivos mandatos.

III. INFORMES DE LA ONU Y LA CIDH

Los Informes de la ONU del Grupo de Trabajo # 26/2014 y Medida Cautelar #335/2014 y resolución # 12- 2015 de la CIDH fueron agregados durante agosto de 2015 al proceso, mientras se esperaban los oficios que había dictado la Corte al proveer el recurso, y por provenir de organismos públicos a nivel internacional, la primera, de la máxima organización política del planeta, regido por *Ius Cogens* y la segunda, un organismo internacional cuyo tratado es ley de la República de Chile, constituyen plena prueba de su contenido y veracidad como Instrumentos Públicos, porque además no fueron disputados.

Diferente es el caso de la Carta de la CIDH durante la etapa de cumpliendo, en la que el organismo internacional informa a la C.S. de Chile que no cumplirá la sentencia y sus funciones. En este caso la carta es nula de acuerdo al art. 10 del CC, y así fue impugnada en el proceso y en la denuncia. La misiva además incurre en error, presentando la Medida Cautelar 335/2014 como prueba de una diligencia inexistente en el cumplimiento, enervando la ejecución de la sentencia definitiva.

El argumento que por ser un órgano autónomo de la OEA no está sujeta a la jurisdicción de los tribunales nacionales, no respeta el mandato de su existencia, cual es velar por el respeto de los DDHH en todo el continente americano en reciprocidad y sin distinción alguna, incurriendo en una violación del Tratado y de los DDHH de los denunciantes y los protegidos.

IV. PRESUNCIONES

El art. 1712 inciso 2° del CC dice que las presunciones que deduce el juez deben ser “graves, precisas y concordantes”. El art. 426 del CPC:

“Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su *convencimiento*”.

Se argumentó que habiéndose resguardado el derecho a réplica del gobierno de la R.B. de Venezuela y respetado en consecuencia el derecho a debido proceso, con los oficios y notas diplomáticas, el silencio de la Embajada otorgaba una presunción de veracidad a las noticias y demás pruebas, al no disputar los hechos de que daban cuenta todas ellas.

*Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso,
28 de septiembre de 2015*

De este fallo lo primero que hay que rescatar son los vistos y los considerandos uno a quinto, que la sentencia de la C.S. da por reproducidos. En su considerando primero, inicia el razonamiento para determinar la competencia de las Cortes chilenas para conocer de violaciones de DDHH acaecidas en diferente país.

Cita el art. 20 de la Constitución

“que faculta a reclamar a quien sufra privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 19 # 1°, 2°, 3°, inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá recurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

El considerando segundo aclara que la norma constitucional entrega el conocimiento de la acción cautelar de protección a la Corte de Apelaciones respectiva, precisando el art. 63 N° 2 letra b) del COT que a las Cortes de Apelaciones les corresponde conocer de los recursos de protección.

En su considerando tercero analiza el art. 1 del Auto Acordado que regula el Recurso de Protección y termina por concluir en el considerando cuarto que dicho art. 1 establece sólo a elección del recurrente *dos Cortes de Apelaciones Competentes* para conocer del recurso de Protección, ora en la jurisdicción de aquella en que se ha cometido el acto o se ha incu-

rrido en la omisión, ora en la jurisdicción de aquella donde dicho acto u omisión ha producido sus efectos.

Este es el ámbito de Competencia en base a la Doctrina de Jurisdicción Universal de DDHH que las Cortes de Chile reconocieron y tienen a partir de este fallo para conocer de violaciones de DDHH de personas viviendo fuera de la jurisdicción de los tribunales chilenos; todas las personas, sin distinción quedan igualmente protegidas ante la Constitución por el Estado de Derecho que rige en Chile, pudiendo presentar su reclamo de violación de DDHH, porque dichas violaciones producen efectos en Chile.

Las garantías, libertades y derechos que las Constitución establece en el art. 19 con los numerales que este fallo indica, quedan protegidos Constitucionalmente a través del Recurso de Protección para entablar ante una Corte Chilena competente:

Nº 1º Derecho a la vida.

Nº 2º Igualdad ante la ley.

Nº 3º Igualdad en la protección y ejercicio de los derechos.

Nº 4º Respeto y protección a la vida privada, pública y honra personal y familiar.

Nº 5º Inviolabilidad del hogar y comunicaciones privadas.

Nº 6º Libertad de conciencia y creencia.

Nº 8º Derecho a un Medio Ambiente libre de contaminación (Incluido en el art. 20 inciso final de la Constitución).

Nº 9º Derecho a Contratación de Sistema de Salud Público o Privado.

Nº 11º Derecho a abrir y mantener establecimientos educacionales.

Nº 12º Libertad de emitir opinión, de informar sin censura.

Nº 13º Derecho de Reunión.

Nº 15º Derecho de Asociación.

Nº 16º Derecho a la libertad de trabajo y derecho a la libre elección y libre contratación y de crear actividad económica y laboral.

Nº 19º Derecho a sindicalización.

Nº 21º Derecho a crear y participar en la economía.

Nº 22º Derecho a la no discriminación.

Nº 23º Derecho de propiedad y dominio.

Nº 24º Derecho de propiedad y sus limitaciones.

Nº 25º Libertad de creación, expresión artística y propiedad intelectual.

Deberá agregarse la libertad personal establecida en el art. 19 Nº 7 de la Const. incluyendo el Recurso de Amparo cuya tramitación está establecida en el art. 21 de la Constitución, porque se trata de una garan-

tía constitucional que también es DDHH, y cuya competencia ha sido entregada a las Cortes de Apelaciones de la República de Chile.

En todo lo demás la sentencia dejó de tener valor y su rechazo del recurso por incompetencia –en su considerando décimo– fue revocado por la C.S. en sentencia de fecha 18 de noviembre, vía Recurso de Apelación.

*SENTENCIA DEFINITIVA DE LA C.S.
18 DE NOVIEMBRE DE 2015*

La apelación fundada y pidiendo previa vista fue proveída por la Tercera Sala de la C.S. el 22 de octubre de 2015, dando lugar a lo pedido, trayendo los autos en relación, pero esa decisión no fue unánime. La Ministra Rosa Egnem votó por conocer en cuenta del Recurso de Apelación.

Las reglas del período probatorio que rigen el procedimiento ordinario no se aplican al Recurso de Protección ni al Recurso de Amparo, lo cual permite acompañar prueba y nuevos antecedentes hasta antes que se dicte sentencia y el caso de autos no fue una excepción.

Sin duda la noticia más relevante mientras se esperaba la vista fue la petición de asilo político en Miami, EEUU, del Fiscal venezolano Franklin Nieves junto a toda su familia. El fue quien había acusado y procesado al protegido Leopoldo López. El hecho ocurrido el día 24 de octubre de 2015 estaba en todas las noticias a partir de ese día, incluyendo el día de la vista; evento que quedó plasmado en la sentencia redactada por el Ministro Sr. Carlos Aránguiz, y que ya se ha analizado en la prueba.

El fallo de la Tercera Sala contó con el voto de su presidente, Sr. Pedro Pierry, y los votos de los Sres. ministros Carlos Aránguiz y Manuel Valderrama. Votaron en contra las Sras. Ministras Rosa Egnem y María Eugenia Sandoval, cuyo contenido resolutivo ya ha sido reproducido.

INCIDENTE DE NULIDAD DEL CDE

El día 2 de diciembre de 2015, el CDE presentó en la causa un incidente de nulidad. En subsidio, le pide a la C.S. que en uso de sus facultades correctivas anule la sentencia definitiva.

La C.S. dictó una primera sentencia interlocutoria negando lugar a ambas peticiones por unanimidad el día 28 de diciembre de 2015.

El incidente era procesalmente nulo, de acuerdo a los arts. 79 y 80 del CPC, en relación al art. 10 del CC, porque fue ejercido por quien no tenía la calidad de parte interesada en la causa, excediendo sus atribuciones legales, ejerciendo el derecho extemporáneamente y además presentado sobre una sentencia definitiva, más allá del *limine litis*, esto es, contra texto

expreso de los arts. 174 y 175 del CPC, interviniendo en la causa en su estado de cumplimiento, violentando el principio de cosa juzgada, derecho al debido proceso y a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

La extemporaneidad constaba en el proceso y la acción transgredía el art. 83 del CPC, porque el Ministerio de RREE –parte del Gobierno de Chile– había sido notificado de la causa con fecha 17 julio de 2015, como consta del Instrumento público Oficio 1707, analizado como parte de las pruebas de la causa.

Así lo entendió también la C.S. en su fallo unánime al dictar sentencia interlocutoria el día 28 de diciembre en su considerando primero, negando lugar a lo pedido por “extemporáneo”, además de negar lugar a la nulidad por “improcedente” en su inciso primero y resolutivo.

El Presidente del CDE incurría además en el vicio de falta de personería para actuar. Sus atribuciones, establecidas en la Ley Orgánica, D.F.L. 1 de 1993, arts. 2, 3 y 18 N° 2, permiten intervenir al Fisco en causas en que el patrimonio del Estado de Chile o sus intereses pecuniarios puedan estar involucrados, y la acción ejercida en el RP fue precisamente delimitada como no contenciosa, sólo buscando la protección de los DDHH que hemos ya identificado.

Sobre la argumentación de que las Cortes chilenas carecían de jurisdicción y competencia de acuerdo a la Jurisdicción Universal, ello ya había sido dilucidado en causa de Recurso de Hecho; sentencia que no fue identificada en el recurso de nulidad, y sobre la que se basada la sentencia definitiva de Medida Cautelar.

La sentencia definitiva acogió el RP remitiéndose no sólo en las normas de jurisdicción y competencia que hemos analizado, sino que además discurrió sobre las normas de derecho internacional, contenidas en el Pacto de San José y la Declaración Universal de DDHH para reconocer que los contenidos de Ius Cogens y del derecho consuetudinario internacional permitían acoger la DJU en el texto Constitucional chileno, (considerando tercero inciso 5° parte final) y termina la sentencia señalando en su considerando sexto: “que la legislación de Chile se encuentra en completa armonía con el señalado derecho internacional”.

Razona el fallo a continuación:

“la jurisdicción universal, que permite el juzgamiento criminal y en varios casos el civil, especialmente en materia de derecho de familia y derecho comercial, y aunque no existan precedentes objetivos en materia de protección por vía cautelar de los derechos esenciales de la persona humana, con mayor razón deberá admitirse que es posible la dictación de medidas precautorias que tiendan a hacer efectivos tales derechos y los procedimientos judiciales que los apliquen”.

Sobre la pugna con las atribuciones de la Presidencia de la República, de acuerdo al art. 32 N° 15 que establece:

“Son atribuciones especiales del Presidente de la República: N° 15. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales”,

el error de interpretación queda en evidencia al considerar los DDHH parte de las relaciones políticas entre Estados. Ya hemos planteado que los DDHH no son parte de la “cosa pública o política” de la función de gobierno y administración del país. Los DDHH le pertenecen a cada persona y no al gobierno de un país, y el Ejecutivo está igualmente obligado por los arts. 6° y 7° de la Constitución a respetarlos.

Incluir causas de DDHH dentro del ámbito pecuniario del Estado o como cosa política es otro imposible jurídico, porque dichos derechos son *Ius Cogens* y como lo señala la sentencia en su considerando Tercero, inciso 4°, ninguna norma legal es válida si está en oposición a una norma de *Ius Cogens*, remitiéndose al art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

“Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la Presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, *aplicable aun sin aceptación expresa en los ordenamientos nacionales y situados sobre ellos*, que tiende a velar por los derechos humanos contemplados en prácticamente todas las cartas constitucionales del mundo”.

El argumento del CDE de la existencia parcial de la Doctrina de Jurisdicción Universal, sólo para casos graves de violaciones de DDHH es débil y nos lleva al concepto de DDHH.

Conforme al considerando primero de la sentencia definitiva inciso 2° ellos son: “universales, imprescriptibles, inalienables, irreductibles, inmanejables e inquebrantables”, porque existen en el principio del Máximo Legal y pertenecen a todas las personas, lo que se traduce en que su violación impone el peso de la prueba en el que los transgrede, por la simple razón que tratándose de un organismo público, éste actúa legal y legítimamente sólo en el marco de la ley.

Los casos presentados para argumentar la vigencia parcial de la DJU, tampoco son útiles porque están referidos al sistema europeo, donde aplican la Declaración Universal de DDHH y el Tratado de Ginebra, adaptándola con la legislación vigente de cada país.

Tal fue el caso de España frente al llamado caso “Pinochet”; el caso “Genocidio en Guatemala”, de 1999; o el caso “Scilingo”, de 2005. En ellos, España ejerció la DJU aplicándola en carácter subsidiario a su legislación procesal penal, simplemente porque España no forma parte del sistema de la OEA, y tampoco del Pacto de San José, tratados que conforman la base del sistema interamericano de DDHH.

En contraste la medida cautelar ordenada por la C.S. de Chile, descansa tanto en las normas constitucionales chilenas, como el *Ius Cogens* regional “en completa armonía”. (considerando sexto parte final de la sentencia ya citado).

Agrega la sentencia en su considerando nueve parte final:

“Por último, no se puede dejar de consignar que si, por una parte, la jurisdicción universal tiene reconocimiento en el Derecho chileno según se ha venido señalando, su corolario secuencial es que dicho derecho –si no se quiere concebirlo abstracto– tenga también una acogida procesal en el ordenamiento nacional, que le otorgue eficacia y concreción. Dicha manifestación es, en cuanto a la garantía principal involucrada, el recurso de protección de los derechos esenciales reconocidos en nuestra Constitución”.

Una última argumentación es que al hacer uso de las normas constitucionales, la protección otorgada en esta sentencia no es en base al principio de extraterritorialidad, sino en base a la protección que ofrece la Constitución a todas las personas sin distinción, por la posición jurídica que les otorgan los DDHH.

El Incidente de Nulidad del CDE fue un pobre ejemplo de respeto a la ley, sin embargo la última argumentación del CDE, que sostuvo que la sentencia era inejecutable, ha probado hasta ahora imponerse, y que ha tenido como condición la falta de cooperación del Ministerio de RREE en hacer cumplir la sentencia y una decisión de la CIDH contra texto expreso de los tratados que la conforman.

SEGUNDA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DE 28 DE DICIEMBRE

Una vez resuelto el Incidente de Nulidad del CDE, la Tercera Sala de la C.S. de Chile dictó una segunda sentencia interlocutoria destinada a corregir el cumplimiento.

Esta sentencia dice:

“advirtiendo esta Corte que se encuentra pendiente de cumplimiento la medida cautelar ordenada en autos, como se desprende del certificado del Sr. Secretario de esta Corte...lo que no se puede seguir dilatando, sin afectar la naturaleza misma de la medida dispuesta en la sentencia definitiva de 18 de noviembre de 2015... y atento a lo establecido en el AA de esta Corte... se deja sin efecto la medida decretada en el citado fallo sólo en cuanto se dispuso requerir, por medio del Gobierno de Chile, lo que allí se indica a la CIDH de la OEA y, en su lugar, se decide que dicho procedimiento se efectuará directamente por esta Corte remitiendo a la citada Comisión las comunicaciones que fueren pertinentes, por la vía más expedita”.

Esta sentencia interlocutoria fue acordada con voto de minoría de las Sras. Egnem y Sandoval, “quienes fueron de parecer de no adoptar la decisión antedicha por las razones expuestas en el voto de minoría de la sentencia definitiva”.

Fue notificada electrónicamente por el Sr. Secretario de la C.S. de Chile en la que “Comunica sentencia en recurso de protección de garantías constitucionales”, agregando las sentencia definitiva y sus dos sentencias interlocutorias complementarias, como anexo electrónico, como consta en el proceso.

La respuesta de la CIDH que ya hemos estudiado mantiene hasta el día de hoy la sentencia sin cumplir, y a los Sres. Leopoldo López y Daniel Ceballos como presos políticos en la R.B. de Venezuela.

*LEOPOLDO LÓPEZ Y DANIEL CEBALLOS
SON PRESOS POLÍTICOS VENEZOLANOS
Y DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DDHH*

La Sentencia de la C.S. de Chile es una primera Medida Cautelar de Protección dictada conforme a la Doctrina de Jurisdicción Universal, para ser implementada en el sistema Interamericano de DDHH. Fue recibida por la CIDH el mismo día 28 de diciembre de 2015, y a la fecha se encuentra pendiente su cumplimiento.

Como las violaciones de DDHH producen efecto *erga omnes*, es posible afirmar que hoy, son responsables de la mantención de la violación de DDHH de los protegidos de la sentencia no sólo el gobierno del Sr. Nicolás Maduro, sino todas las autoridades chilenas que con su actuar enervaron el cumplimiento de la sentencia y los funcionarios de la CIDH que contra texto expreso del Tratado y normas reglamentarias del organismo, no cumplen su mandato legal.

Las sentencias, al igual que los tratados, son normas de derecho complejas. Requieren que su cumplimiento sea ejecutado por las auto-

ridades que la ley ha entregado el mandato. La sentencia definitiva y sus complementarias son títulos de derecho, que imponen la obligación en quienes ejercen la función pública descrita con antelación por la misma ley, constitución o tratado.

Cierro esta exposición con el mandato de la OEA, Base del sistema Interamericano de protección de DDHH y del Pacto de San José.

*Preámbulo de la carta de la OEA:
en nombre de los pueblos los Estados representados
en la IX Conferencia Internacional Americana*

Convencidos de que la misión histórica es:

- *ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de la personalidad y la realización de sus justas aspiraciones;*
- *Conscientes de que esa misión ha inspirado ya numerosos convenios y acuerdos cuya virtud esencial radica en el anhelo de convivir en paz y de propiciar, mediante su mutua comprensión y su respeto por la soberanía de cada uno, el mejoramiento de todos en la independencia, en la igualdad y en el derecho;*
- *Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región;*
- *Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;*
- *Persuadidos de que el bienestar de todos ellos, así como su contribución al progreso y la civilización del mundo, habrá de requerir, cada día más, una intensa cooperación continental;*
- *Determinados a perseverar en la noble empresa que la Humanidad ha confiado a las Naciones Unidas, cuyo principios y propósitos reafirman solemnemente,*
- *Convencidos de que la organización jurídica es una condición necesaria para la seguridad y la paz, fundadas en el orden moral y en la justicia.*

De acuerdo con la Resolución IX de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, reunidos en Ciudad de México, HAN CONVENIDO en suscribir la siguiente Carta de la OEA

Este contenido quedó suscrito en Bogotá el año 1948, entró en vigencia en 1951 y ha sido enmendado con el Protocolo de Buenos Aires del año 1967, Protocolo de Cartagena de 1985, Protocolo de Managua de 1993 y Protocolo de Washington de 1992.

Para Chile es ley de la República y el acta de ratificación exige el cumplimiento de las obligaciones en reciprocidad. Si el sistema de la OEA tiene tres organismos, el Estado de Chile también, cada uno con sus atribuciones y obligaciones dadas para asegurar el proceso democrático. La reciprocidad del Tratado va en beneficio de los DDHH de todas las personas y para construir Estado de Derecho a lo largo y ancho del continente americano.

La OEA incluye a 35 países con casi 900 millones de habitantes y todos ellos aspiran a vivir en paz, armonía, prosperidad y traspasar el legado de los DDHH intacto, y aun mejorado, a las próximas generaciones.

Conclusión

No puedo adelantar el resultado de la denuncia presentada a la CIDH, porque está aún pendiente. La denuncia persigue hacer cumplir la primera Medida Cautelar de Protección de DDHH dictada por la Corte Suprema de Chile.

Puedo sí entregar como conclusión las bases de un Programa efectivo de DDHH basado en la Doctrina de Jurisdicción Universal, que debería incluir:

1. En cada país, asumiendo el mandato de la OEA de fortalecer las instituciones democráticas en sus respectivos territorios, Tribunales con Jurisdicción y Competencia previamente investidos de acuerdo a la normativa vigente, quienes podrán velar y ofrecer la protección de los DDHH teniendo como única condición que en dicho país rija el Estado de Derecho. Esta doctrina no se sirve de tribunales especiales, que son tan odiosos al concepto de justicia, ni tampoco exige crear tribunales sólo con el fin de conocer de casos de DDHH.

En el caso de Chile, el Recurso de Protección y el Recurso de Amparo son de competencia de las Cortes de Apelaciones y en Alzada de competencia de la Corte Suprema, según las reglas establecidas en la Constitución, las leyes y AA.

2. Utiliza los procedimientos procesales que la jurisdicción de los países haya diseñado por tradición y que son ley de las respectivas

repúblicas. En Chile son el Auto Acordado, las normas del CPC y COT y cualquier otra normativa que se enmarque dentro de las normas constitucionales. Estas normas deben incluir el proceso de corrección y mejora de las leyes, donde se establezcan los mecanismos para modernizar el Estado de Derecho.

Requieren modernización la Extradición Activa y el Derecho de Asilo para evitar que personas sean usadas como rehenes por gobiernos sin legitimidad.

En el caso de Chile, y considerando las normas estudiadas, cabe insistir en el respeto al debido proceso, y asegurar el ejercicio de la labor de defensa de los abogados, ampliando el uso de la vista de las causas poniéndolas en relación en vez de verse en cuenta.

3. El Principio de Progresividad aplicado a los DDHH significa que cada avance, aun por pequeño que éste sea, puede y debe implementarse en los países en donde se respeta el Estado de Derecho, porque la democracia como sistema de gobierno no es perfecta, y la vida común requiere de cooperación para lograr construir Estado de Derecho, debemos asumir que el derecho como herramienta social tampoco es perfecto, pero sí podemos reconocerle que es preeminente por sobre la política.
4. También parece justo señalar que la Jurisdicción Universal devenga del ejercicio de una acción y no opere de oficio. En mi opinión la solidaridad y la fraternidad deben ejercitarse civilmente, y no es obligación del Estado.
5. Como causa a pedir esta doctrina cuida los DDHH de las personas y no más, Otros temas políticos, como límites, derechos de explotación de recursos, medio ambiente y derechos de Personas Jurídicas no tienen por qué ser incluidos en esta Doctrina. Esta DJU de DDHH protege a *Personas y sus derechos* no intereses humanos. Los derechos además deben estar establecidos en las Constituciones y leyes del país en el que se pide la protección, o en su defecto, los establecidos en los tratados internacionales ratificados por el país o *Ius Cogens*. En subsidio de normas constitucionales que establezcan qué DDHH son protegidos, debe entenderse que incluye los DDHH considerados *Ius Cogens*, que hasta ahora son la Declaración Universal de DDHH, el Pacto de San José, los Convenios de Ginebra contra la tortura y delitos de lesa humanidad, donde parece haber ya un acuerdo entre los países para reconocer que frente a estos casos de graves violaciones de DDHH, tienen derecho a intervenir bajo el amparo de esta doctrina los tribunales de países democráticos.

6. Es finalmente una Jurisdicción de Carácter Principal, que sin embargo cede competencia frente a la Jurisdicción de origen de los hechos, sólo en el caso que el Estado de Derecho esté restablecido en dicho país.

No hay contradicción en este principio de ser una Doctrina principal y la circunstancia de ceder jurisdicción. Más bien en una consecuencia directa del objetivo de procurar que todos los países desarrollen un robusto Estado de Derecho o Imperio de la ley.

Esta característica explica por qué la causa seguida por el 5 juzgado de la Audiencia Nacional de España, contra Augusto Pinochet, quedó finalmente radicada en un Ministro de Fuero del Poder Judicial de Chile.

Tampoco es una excepción en el derecho la circunstancia que frente a una materia haya más de un tribunal competente. En la judicatura interna de cada país puede darse el caso de más de un tribunal con competencia para conocer de una acción o procedimiento judicial en la llamada Contienda de Competencia, que se resuelve asignando el caso conforme a reglas claras de precedencia.

En el caso de la DJU de DDHH la condición para ceder competencia es la existencia de un Estado de Derecho capaz de garantizar la ecuanimidad en el proceso de administrar justicia y reconocer los DDHH de cualquiera, bajo la mirada del resto del mundo como testigos.

Todo lo anterior en armonía con la Declaración Universal de DDHH de 1948, cuyo preámbulo y contenido mantiene total claridad a casi 70 años de su declaración:

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, 1948

“Preámbulo:

Considerando que la *libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.*

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias,

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones,

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los *Derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres*, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad,

Considerando que los *Estados miembros se han COMPROMETIDO A ASEGURAR*, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, *el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre*,

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades *es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso*,

La Asamblea General

Proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DDHH, como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tantos LOS INDIVIDUOS COMO LAS INSTITUCIONES, inspirándose constantemente en ella, promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

He aquí en la proclamación, la creación del *Ius Cogens* moderno que incluye a la persona, a un simple ciudadano, sin cargo ni poder alguno, como actor en el ámbito de Derecho Internacional, con la capacidad de reclamar, proteger y demandar no sólo para sí, sino para y en favor de terceros. Bien sabemos que donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir. En consecuencia, la atribución de ser titular de derechos incluye por razones obvias el mandato. Bien sabemos que una víctima de violación de DDHH poco puede hacer por sí mismo, ya sea en la cárcel o si ya ha muerto, pero mucho puede esperar de la solidaridad humana en su nombre.

Por ello, no es contra Derecho Internacional que la Corte Suprema Chilena haya dictado la sentencia de Protección, otorgando una Medida Cautelar en beneficio de ambos protegidos, sino que es una consecuencia directa de la obligación estatal de responder frente a las violaciones de DDHH.

El derecho constitucional chileno está imbuido de DDHH, generando un círculo virtuoso desde la coyuntura histórica de 1973, que ha dado fortaleza al Estado de Derecho en Chile. El Recurso de Protección como mecanismo de estabilidad democrática, de creciente inclusión, fue el reclamado para Leopoldo López y Daniel Ceballos. Sus derechos existen

en Chile, producen sus efectos en Chile y les permitirán a ellos y a sus familias vivir con dignidad y en libertad, donde ellos escojan.

ARBITRARIEDAD Y PRINCIPIO DE
JURIDICIDAD EN EL SIGLO XIX.
CASO VICARIO APOSTÓLICO DE
ANTOFAGASTA (1905)
(CORTE DE APELACIONES DE TACNA,
SENTENCIA DE AMPARO, 28 DE AGOSTO DE 1905,
VICARIO APOSTÓLICO DE ANTOFAGASTA
c/MUNICIPALIDAD DE ANTOFAGASTA.
GACETA DE LOS TRIBUNALES N° 7064, PRIMER SEMESTRE,
APELACIONES, SECCIÓN CIVIL, PP. 923-924)

*Eduardo Soto Kloss**

Es un hecho que si bien la independencia de Chile, allá a inicios de 1818, marcó unas relaciones diplomáticas no muy fáciles con la Santa Sede, la cual tenía concordatos con la Corona de España, de la que se habían desprendido varios de sus territorios ultramarinos de las Indias Occidentales, esas relaciones se afirmaron especialmente por el genio de Portales, para quien la Iglesia era una institución fundamental de la República ilustrada que él –también Bello– concebían bajo la trilogía tradicional de Dios-Patria-Ley (en sustitución de Dios-Patria-Rey).

Como lo explica de manera muy certera Bravo Lira¹ estas relaciones más que juridificarlas (con los problemas anexos al “regalismo”) fueron vistas más bien desde el punto de vista “pastoral”, aspecto que asumía mucho mayor importancia en la práctica para el bien de quienes habitantes, tenían una conciencia bien clara de la importancia de la religión en la convivencia ciudadana de cada día. No se puede olvidar que la inmensa mayoría de la población profesaba la religión católica, que era reconocida por todos como la religión oficial de la República (artículo 5° de la Constitución de 1833).

Esta situación se dio, en general, de manera pacífica hasta el comienzo de la segunda presidencia de Montt Torres (1856-1861) cuando ocurriera

* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon-Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@gmail.com

¹ BRAVO LIRA, Bernardino, *Una historia jamás contada (1810-2010)*. Origo. Santiago de Chile. 2016, caps. IV a VI.

la borrascosa “cuestión del sacristán”, asunto que bien podía haberse resuelto sin bulla ni sobresalto, pero que originó una acalorada y muy tensa disputa entre Iglesia y Gobierno, y que dio por resultado una verdadera quiebra del ambiente político de entonces, creándose bandos partidistas que serían con posterioridad no poco irreconciliables y dividiendo los espíritus entre conservadores, católicos, partidarios de los derechos de la Iglesia, y liberales, si no ateos, librepensadores y especialmente anticlericales y que después se dividirían dando origen a los radicales (masones).

De allí que décadas después –hacia 1881-1886– el presidente Santa María, liberal, se erigiría como adalid de la corriente anticlerical, laicista (curiosa paradoja, con ese apellido tan santo...) y que haría aprobar por el Congreso las llamadas “leyes laicas” (1884) como fueron la creación de los “cementeros laicos”, el “matrimonio civil”, como, asimismo, la Ley del Registro Civil, con las inscripciones de nacimiento, matrimonio y defunción en manos de un registro estatal obligatorio para la identificación, estado civil y muerte de las personas, despojando a la Iglesia del registro oficial de esos hechos.

Es en este ambiente que se encuentran varios casos de jurisprudencia judicial –fines del siglo 19 y comienzos del 20– y de los cuales es posible advertir una especie de “persecución” (“avant la lettre”, como diría un afrancesado) en contra de la Iglesia, un tanto sibilina a veces y en otras francamente desembozada².

Comentaba hace muy poco el “voto especial” (voto en contra en lenguaje de hoy) de un Ministro de la Corte de Apelaciones de La Serena, recaído en *Márquez con Municipalidad de La Serena*³ de 1903, litigio notable por el carácter típicamente persecutorio de la autoridad municipal respecto de la Iglesia de La Serena, localidad de las más antiguas de Chile, puesto que fue fundada en los primeros años del poblamiento del territorio y que tuviera una acendrada práctica religiosa⁴. En dicho caso un Acuerdo municipal, de 25.2.1902 *prohibía* “la conducción de los cadáveres a los templos para la celebración de servicios religiosos”, acuerdo reclamado por varios vecinos y reconsiderado por su autor (en la pura forma,

² Hoy 2014-2017 vemos en la Región de la Araucanía una abierta persecución en contra de la Iglesia, con más de 17 templos, iglesias y capillas, incendiados por grupos terroristas financiados desde el exterior y con instrucción guerrillera desde las Farc colombiana, que se esconden bajo el pretexto de una “causa mapuche”, que ni siquiera los mapuches/araucanos alientan o comparten; y todo ello bajo la desidia insólita de la autoridad de gobierno... para poner término al clima de violencia e inseguridad de quienes habitan sus campos e incluso ciudades como Temuco, capital regional.

³ Ius Publicum 38/marzo 2017 (en prensa).

⁴ Reconstruida por don Francisco de Aguirre, de la hueste de don Pedro de Valdivia, en 1549 como San Bartolomé de La Serena en los albores del poblamiento del territorio, ciudad conocida por la abundancia de sus iglesias y campanarios.

porque persistía la “prohibición”) en cuanto se permitían dichos servicios de cuerpo presente en las iglesias, pero siempre que los cadáveres fueran “embalsamados”..., requisito que debía ser comprobado previamente ante la Alcaldía. Invocaba la autoridad la ley de Municipalidades, de 4.12.1891, artículo 24 N° 10, disposición legal que ni por asomo, ni remotamente, contenía dicha atribución. Aquí fue que don Andrés Márquez, párroco de La Serena, pidió la reconsideración de la modificación referida (que era una farsa...) y en caso de serle denegada –como ocurrió– solicitaba que “se enviaran los antecedentes” a la Corte de Apelaciones. Esta acogió el amparo del señor párroco, por cuanto texto alguno de ley otorgaba una tal atribución a las Municipalidades, y dados los términos claros y perentorios del artículo 151/160 de la Constitución de 1833

–“Ninguna magistratura...ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, tiene otra autoridad o derechos que aquellos que espresamente le han sido conferidos por la Constitución y las leyes...”–

dicho Acuerdo fue declarado *nulo*, conforme lo disponía la disposición citada, dando así plena aplicación y directa a esta “regla de oro del derecho público chileno”, como la denomináramos hace ya más de tres décadas⁵.

Pero nuestro interés aquí es comentar otro caso, que es de una franca y abierta persecución municipal (porque no se puede imaginar tanta torpeza o desatino de una autoridad pública), en contra de la Iglesia, no ya de la religiosa La Serena, sino de Antofagasta, incorporada a Chile apenas 20 años antes con motivo de la victoria chilena de la Guerra del Pacífico (1879), territorio que fuera boliviano.

Se trata de Monseñor Luis Silva Lezaeta, *Vicario Apostólico de Antofagasta con Municipalidad de Antofagasta* (Corte de Apelaciones de Tacna 28.8.1905).

⁵ SOTO KLOSS, Eduardo, *La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833*, en Anales de la Universidad de Chile. Estudios en honor de Alamiro de Avila Martel. Quinta Serie, N° 20, agosto 1989, pp. 803-833, también en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 15/1992-1993, pp. 333-358. También, SOTO KLOSS, Eduardo, *La nulidad de derecho público en el derecho chileno*, en Revista de Derecho Público 47-48/1990, pp. 11-25. Esta aplicación fue constante durante el siglo 19 con la Constitución de 1833, como queda demostrado hasta la saciedad en su jurisprudencia, vid. al respecto BOCKSANG, Gabriel, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Chile-Thomson Reuters. Santiago de Chile 2015. Es una prueba palpable del error que aun algunos sostienen –contra pruebas irrefutables– en cuanto a que la CP de 1833 no tenía aplicación y que la nulidad de derecho público sería una mera “invención” de Soto Kloss. Una vez más es necesario reiterar que quien no conoce la historia, e historia patria, difícilmente sabrá lo que es Derecho, al igual que quien desconoce la filosofía jamás tendrá ideas claras sobre lo que es el Derecho.

Pareciera ser que por aquella época el anticlericalismo hubiera “capturado” (como se dice hoy) el ámbito municipal nortino, dado que no hemos encontrado aún otros casos de este tipo en la zona centro sur del país, lo que no significa, ciertamente, que pudiera haberlos habido. Aquí no se trataba como en *Márquez* cit. de prohibir en los hechos la celebración en las iglesias de oficios fúnebres de cuerpo presente de feligreses fallecidos a menos que fueran previamente “embalsamados”, prohibición que concluía, en la práctica, en impedir las exequias religiosas y la celebración de misas por los difuntos, e incluso el “responso”, de cuerpo presente.

Mucho más drástico era el Acuerdo municipal (7.7.1905) antofagastino, porque con total desfachatez y completa arbitrariedad (no caben otros calificativos) disponía simplemente la “clausura” (prohibición) de los lugares en donde se celebraran ceremonias religiosas o espectáculos públicos mientras existiese una “epidemia” desencadenada en dicha ciudad. En otras palabras, se clausuraban las iglesias prohibiendo la asistencia de personas a ellas en razón de una epidemia (que la propia Corte de Apelaciones al conocer el amparo deducido señala que no se haya comprobada).

La autoridad eclesiástica⁶ impugnó tal decisión, en conformidad al artículo 99 de la ley de municipalidades de 1891 y solicitó su “reconsideración” fundada en que el artículo 24 N° 10 de dicha ley no confería atribución alguna al Municipio para “clausurar” edificios, ilegalidad que llevaba a coartar, además, el derecho de dominio que la propia Constitución garantizaba (artículo 12 N° 5), además que la misma (artículo 5°) aseguraba a la Iglesia Católica Romana el ejercicio público de este culto. Suspender las ceremonias religiosas y clausurar los templos donde se celebran no sólo vulneraba la ley –que no atribuía a autoridad alguna tal facultad–, sino también la Constitución y doblemente, porque ello atentaba contra los derechos de la Iglesia como Institución de la República en el ejercicio de sus atribuciones, pero también la propiedad sobre esos lugares de culto al impedir el ejercicio de sus facultades inherentes al dominio como son su uso y goce. Y no solo ello, del mismo modo se afectaba el derecho de reunión de los feligreses para rendir culto a Dios, derecho que simplemente se cercenaba, aunque fuera temporalmente, sin tener fundamentación legal para ello la autoridad que así lo disponía. Concluía el señor Vicario recurrente que el Acuerdo impugnado era *nulo* en virtud del artículo 151/160 de la Constitución, que la misma ley de municipalidades lo reiteraba expresamente en su artículo 33, cuyo texto

⁶ Monseñor Luis Silva Lezaeta fue un destacado eclesiástico de la Iglesia chilena en la primera mitad del siglo 20, fue obispo de Antofagasta y allí realizó una gran labor apostólica como social en los difíciles días del cierre de salitreras.

termina –decía el Vicario referido– “con la enérgica frase todo acto en contravención a este artículo es nulo”.

La Corte de Apelaciones de Tacna –ciudad a la sazón bajo dominio chileno– conociendo del asunto comprueba que el precepto invocado por el Acuerdo impugnado –el artículo 24 N° 10 de la ley de municipalidades– no contiene entre las atribuciones que confiere a éstas la de “clausurar templos” (considerando 4°) con lo cual aparece de evidencia que la autoridad recurrida ha excedido sus atribuciones. Y añade, también, que la atribución general que el inciso 1° de dicho artículo 24 expresa:

“no es posible llevar el alcance hasta la prohibición, siquiera sea temporal, del ejercicio del culto católico, ejercicio que constituye un derecho reconocido de un modo particular por la Constitución del Estado, como lo están igualmente los de propiedad y de reunión, que pueden mirarse también como afectados”

por la decisión municipal (considerando 6°).

Es de interés señalar cómo el tribunal hace *aplicación directa* de la Constitución (1833), como lo venía haciendo desde pocos años después de 1833⁷. Para los jueces de la época ella era el ordenamiento básico de la República y la suprema garantía del efectivo ejercicio de los derechos de las personas que la misma reconoce y garantiza a través de las acciones pertinentes. Hay en esto una muy gran diferencia con la visión estatista (verdadero “síndrome fiscal”) que los jueces superiores impondrían bajo la Constitución de 1925, inventando que para poder aplicarla se requería de la ley para hacerla operativa, o sea, para que tuviera aplicación concreta y efectos⁸.

Pero no sólo ello, que es de por sí muy importante para mostrar la involución o regresión que experimentó durante el periodo 1932-1973 la defensa de los derechos de las personas ante los Tribunales de Justicia frente a la arbitrariedad de la Administración. Resulta reconfortante

⁷ BOCKSANG, *op. cit.*

⁸ Recuérdese la inaplicación del artículo 20, sobre responsabilidad del fisco por detenciones ilegales, por no existir ley específica que la regulase, o el más monstruoso caso de su artículo 87, sobre tribunales administrativos, cuya ley que los debía crear jamás fue dictada, entendiéndola la mismísima Corte Suprema que en tal situación ella carecía de atribuciones jurisdiccionales para conocer de la nulidad de los actos de la Administración (artículo 4°), otorgando así una verdadera “inmunidad de jurisdicción” a la Administración Pública hasta marzo de 1973, a raíz del discurso del Presidente de la Corte Suprema, don Enrique Urrutia Manzano, en la inauguración del año judicial de ese año; vid al respecto nuestro SOTO KLOSS, Eduardo, *La destrucción del Estado de Derecho en Chile 1970-1973* (El Poder Judicial), en Revista de Derecho Público 53/54 (1993), pp. 57-96.

comprobar que el tribunal de apelación de Tacna tiene muy claro que su función es proteger los derechos de las personas aun frente a la autoridad estatal, aquí municipal. Advierte que el Acuerdo impugnado viola una triple esfera de derechos individuales, como son el “derecho de propiedad” de la Iglesia al impedir –con la “clausura de templos” dispuesta por dicho Acuerdo– el ejercicio del uso y goce de esos templos para celebrar allí las manifestaciones del culto católico, como asimismo el “derecho de reunión” de los parroquianos para acudir a las celebraciones religiosas allí realizadas, como la Santa Misa, el rezo del Rosario, las exequias fúnebres, la adoración al Santísimo Sacramento, los bautismos, confirmaciones, matrimonios, ordenaciones sacerdotales, etc. En otros términos, la medida municipal adoptada era de tal arbitrariedad que impedía el derecho, fundamental diríamos hoy, que todo ser humano tiene para profesar públicamente su fe. Lo que conllevaba, además, la violación flagrante del artículo 5° de la Constitución, como lo señalaba expresamente el libelo del recurrente Vicario Apostólico de Antofagasta, en cuanto le reconocía a la Iglesia Católica el ejercicio público de su culto, que no podía ni suspender ni menos prohibir autoridad municipal alguna.

Si bien todo lo decidido es de extrema importancia para mostrar cómo los derechos de las personas eran protegidos por la Judicatura⁹ y el texto de la Constitución no contenía preceptos meramente programáticos o líricos¹⁰, sino eran directamente aplicados y sin problemas, hay un tema –que lo he dejado para el final– como es que el Acuerdo municipal de marras invocaba como fundamento para adoptar la decisión que tomó, la “epidemia” que se habría producido en la ciudad de Antofagasta. Pues bien, el fallo que anula ese Acuerdo municipal señala que *no se ha comprobado* la existencia concreta de la referida “epidemia”, mención que pretendía dar un viso de realidad a tal decisión. Es lo que desde hace décadas se denomina como el vicio de la “ausencia de fundamentación del acto administrativo” y específicamente por “inexistencia del hecho”/*factum* que habilita a la autoridad para adoptar una determinada actuación¹¹. Pero en este caso de Antofagasta,

⁹ No me canso de repetir la idea central que animaba a quienes tenían a su cargo la redacción de la Constitución, como era la defensa de los derechos de las personas –siguiendo toda la tradición indiana– y que se concretara v. gr. en dos disposiciones claves de la Constitución de 1823, que regiría hasta 1875 (ley de organización y atribuciones de los tribunales de justicia) como son los artículos 116, 138 y 151 N° 2, y dos disposiciones igualmente claves de la Constitución de 1833 como son sus artículos 108 y 160 (que pasarán a la de 1925) y son hoy los artículos 73/76 y 7° de la Constitución vigente de 1980.

¹⁰ Puede ser de interés al respecto SOTO KLOSS, Eduardo, *¿Lirismo constitucional o realismo político?* En Revista Chilena de Derecho vol.6 (1979) N°s. 1-4, pp. 361-373.

¹¹ Sobre la “fundamentación del acto administrativo” nuestro SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3ª edición). Thomson Reuters. Santiago

aun si hubiera habido una “epidemia” tampoco habría podido decidirse por la Municipalidad, como lo hizo, por cuanto habría adoptado un acto administrativo sin la “competencia” debida, indispensable, para emitirlo, desde que carecía de la atribución para “clausurar” los templos o edificios, cualesquiera fueren, ya que ley alguna se la confería. Y es que en aquella época como en la actual, principio inamovible y fundamental, insoslayable, de nuestro derecho público es aquel en cuya virtud *autoridad estatal alguna* –administrativa en este caso– *tiene, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otras atribuciones jurídicas que aquellas que expresamente le han sido conferidas por la Constitución o las leyes*, de tal modo que si incurrir en su vulneración el acto que ha emitido es *nulo, ipso iure*, insanable e imprescriptible, como concluye con “enérgica frase” el actual artículo 7° inciso 3° de la Constitución vigente de 1980 y de modo idéntico el artículo 160 de la de 1833, bajo cuya vigencia se decidió este caso.

Hoy como ayer nuestras disposiciones constitucionales han establecido verdadera y prácticamente *una sujeción integral de las autoridades de la República a Derecho* (“principio de juridicidad”, como la he llamado, mucho más amplio que de legalidad), sujeción que al asumir sus cargos las supremas magistraturas deben jurar o prometer respetar y hacer respetar (“guardar y hacer guardar”).

Por desgracia, no infrecuentemente, ocurre lo contrario, vulnerándose las libertades y derechos ciudadanos; ante ello, siempre se podrá, como último baluarte, acudir ante los tribunales de justicia, ante los jueces, independientes e imparciales¹²; ahora bien, si estos claudican y no son independientes ni imparciales ¿dónde acudir?

de Chile. 2012, pp. 429-432; sobre la “inexistencia del motivo del acto administrativo”, idem 432-436 y sobre el “vicio de incompetencia del autor de un acto administrativo”, vid. nuestro SOTO KLOSS, Eduardo, *La nulidad de derecho público en la jurisprudencia reciente, de su tergiversación a su destrucción*, en *Ius Publicum* 34/2015, pp. 73-92.

¹² Valga recordar aquello de “*hay tribunales en Berlín*”, frase que le espetara el molinero Arnold a Federico II, rey de Prusia (siglo 18), ante la pretensión de éste de expropiarle el molino que poseía colindante con la posesión real del Palacio Sans Souci, en Posdam, propiedad y actividad que por generaciones era de los Arnold; se trata más una leyenda que verdad, pero revela muy bien que son los tribunales el último baluarte que tiene una persona frente al despotismo o arbitrariedad de la autoridad que pretende imponerse por la fuerza agravando los derechos de ella. Mucho más real es la frase de Solórzano de Pereyra, el gran jurista del derecho indiano (*De indiarum iure* y su célebre *Política indiana*) cuando habla que las Audiencias Reales (instituidas en las Indias Occidentales por la Corona de Castilla, v. gr. en Chile/Santiago del Nuevo Extremo, en 1609) que son “los castillos roqueros donde se guarda justicia, los pobres hallan defensa de los agravios y opresiones de los poderosos y a cada uno se le da lo que es suyo con derecho y verdad” (*Política* cit. tomo IV, libro V, capítulo III, 7; uso edición de la Biblioteca de autores españoles, tomo CCLV /4 volúmenes, Ediciones Atlas. Madrid. 1972, p. 40).

De allí que reconfortan estas decisiones judiciales de principios del siglo 20 que venimos comentando, siquiera como una remembranza de un pasado al parecer mejor en este aspecto, ya que allí se puede hablar propiamente de jurisprudencia¹³.

¹³ Lo que hoy en la Tercera Sala suprema se hace bien difícil de afirmar dados los constantes vaivenes de solución que adopta en casos idénticos; valga recordar simplemente sus constantes “volteretas” respecto del llamado “amparo económico” (llegándose incluso a negarle el carácter de “amparo”); vid. al respecto nuestros *La jurisprudencia*, en *Actualidad Jurídica* 32/2015, 29-32 y reciente *De veleidades supremas*, en *Gaceta Jurídica* 436/ octubre 2016, p. 7-14.

ADMINISTRACIÓN, HETEROTUTELA Y COSA JUZGADA EN EL SIGLO XIX

EL CASO “DESPOJO” (1874)

(CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN,
SENTENCIA 2444, 12 DE NOVIEMBRE DE 1874,
DON DIONISIO I CALISTO GONZALEZ GÜELIÑIR
CON DON JOSÉ DEL R. RODRIGUEZ, SOBRE DESPOJO.
REVOCA SENTENCIA DE JUZGADO DE LETRAS DE ANGOL,
DEL 15 DE JULIO DE 1874. GACETA DE TRIBUNALES,
AÑO XXXIII, NOVIEMBRE 7 DE 1874, N° 1.674)

*Rodrigo Céspedes Proto**

Sentencia de primera instancia

Anjeles, julio 15 de 1874.- Vistos: teniendo presente:

- 1° Que el despojo de que se trata en este juicio tuvo por antecedente una orden de la Intendencia de la provincia cometida al inspector don José del Rosario Rodríguez;
- 2° Que los actos que se ejecutaron con motivo de dicha orden procedieron de su estricto cumplimiento como se asevera en el oficio de la Intendencia fecha 15 de junio último;
- 3° Que al juzgado de letras no compete rever la orden gubernativa para apreciar la responsabilidad que pudiera afectar a la autoridad pública que la libró a virtud del poder de que se halla investida;
- 4° Que al presente no se trata de una cuestion posesoria suscitada entre los querellantes i don José Dolores Garcia, que se dice es sucesor de los derechos del Fisco, en que se desconozca la competencia del juzgado para conocer; i si solo del derecho civil que asiste a los querellantes i de que se les ha privado segun se afirma por una orden de la Intendencia, la cual los coloca bajo el amparo del art. 84 de la lei del Régimen Interior.

En su virtud, se declara sin efecto el auto restitutorio de 28 de mayo próximo pasado corriente a f. 11, pudiendo los querellantes usar de su derecho ante quien corresponda. Anótese i devuélvase, i si se interpone apelacion en tiempo i forma concédase. Trascríbase esta resolucion al señor intendente en contestacion al oficio de 15 de junio., núm. 239.

* Doctor en Derecho Universidad de Lancaster. Research Associate, Law School, Manchester University, rodrigo.cespedes@manchester.ac.uk. Esta investigación es financiada por el European Research Council (Advanced Grant: 323656-STC).

Reemplácese el papel comun de que se ha hecho uso por el competente.
- Matus. - Ante mí, Sanhueza.

Sentencia Corte de Apelaciones

Concepcion, octubre 12 de 1874.- Vistos: teniendo presente:

- 1° Que este asunto versa sobre un juicio sumario de posesion entablado por don Dionisio i Calixto Gonzalez Güeliñir contra el inspector don José del R. Rodriguez, ante el juzgado de primera instancia de Angol i el cual termino por la sentencia de 20 de mayo último, corriente a f. ll, por la cual se declaró que había habido despojo i en consecuencia, se mandó restituir la posesion a los querellantes i se les hizo la entrega en 15 de junio siguiente; i aun cuando Rodriguez habia interpuesto apelacion contra dicha sentencia se desistió del recurso i admitido el desistimiento quedó terminado definitivamente el juicio;
- 2° Que estando concluido el juicio, carecía el juez de facultad para revocar la sentencia que ya estaba pasada en autoridad de cosa juzgada, i mucho ménos cuando para ello no mediaba reclamo de la parte agraviada ni juicio en forma en que hubieran sido oídos i vencidos a la vez, los que habían obtenido la primera sentencia a su favor;
- 3° Que siendo ya sentencia de término la espedida a favor de los querellantes Gonzalez Güeliñir, el deber del juez es hacer que tenga su debido cumplimiento, impetrando de la autoridad administrativa el auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario para remover los inconvenientes que a ellos traten de oponerse;
- 4° Que la competencia promovida por el señor intendente de la provincia de Arauco al juzgado de primera instancia de Angol en su oficio de f. 18 se refiere a un juicio fenecido, en el cual ha terminado tambien la jurisdiccion del juez para conocer i resolver, i solo subsiste la necesaria para dar cumplimiento a la sentencia; i aunque esa competencia se trata de fundar en la disposicion del art. 84 de la lei del Réjimen interior, ella no obsta para que pueda sostenerse por parte del juzgado cuando considera que es acto propio de su jurisdiccion el hacer cumplir sus fallos;
- 5° Que el referido art. 84 al establecer que cuando una persona se crea agraviada por la órden de un intendente, puede elevar su queja al Presidente de la República, solo ha podido referirse a los actos que están comprendidos dentro de las atribuciones que por la Constitucion i las leyes le están señaladas a su autoridad i no a los que correspondan al ejercicio de otro poder público, para cuyo caso no ha denegado la lei el que se pueda hacer uso de otros recursos legales, como es el de competencia; i
- 6° Que el art. 108 de la Constitucion política del Estado ha dado esclusivamente a los Tribunales establecidos por la lei la facultad de juzgar

las causas civiles i criminales, i de este precepto se deduce que es un deber de su parte el sostener el ejercicio de su jurisdiccion cuando lo crea invadida por la intervencion de una autoridad estraña, i que no puede suponerse que el señor intendente de Arauco haya recibido comision espresa para ejercer actos que invadan esas atribuciones, injeriéndose en un proceso que a mas de ser contencioso entre partes, se halla como ya se ha dicho, fenecido.

Por estos fundamentos, se revoca la resolucion apelada de 15 de julio del presente año, corriente a f. 22 vta., en cuanto altera lo juzgado por la sentencia ejecutoria de 22 de mayo próximo anterior, corriente a f. 11; i se declara que el juez letrado de Arauco, en la competencia que le ha promovido al señor Intendente con el fin de dejar sin efecto ese fallo, debe defender sus atribuciones judiciales para el efecto de obtener los ausilios necesarios para dar cumplimiento a lo juzgado, i en caso de insistir el señor Intendente en la competencia entablada, debe el mismo juez a quo elevar el proceso al Consejo de Estado, con arreglo a la parte 5°, art. 104 de la Constitucion, para la resolución de dicha competencia. Devuélvase. - Riso - Sanhueza - Soto. - Pronunciado por la Illma. Corte - Soto Salas.

Comentario

Las sentencias del siglo XIX nos abren una puerta para entender cómo se formaron las bases de nuestro derecho administrativo, un sistema particular que evolucionó en forma paralela al de Francia e Inglaterra. En una época en la que la República se estaba formando, el poder judicial podía ser arrinconado por la Administración y así romper la división de poderes. La esencia de este caso no es el juicio posesorio en sí, sino el desconocimiento de la cosa juzgada por la Administración y la defensa celosa que los tribunales tienen que realizar para proteger la heterotutela y, en definitiva, los derechos fundamentales.

Sumariamente los hechos son los siguientes: el Juez de Letras de Angol falló (22.05.1874) en favor de los demandantes, Sres. González Güeliñir, en un juicio sumario posesorio¹ contra el inspector de la Intendencia, quien desconoció su posesión por acto administrativo. Se estimó

¹ En el siglo XX, los interdictos posesorios eran una forma indirecta de cuestionar actos administrativos. En algunos casos con éxito; por ejemplo, "Juez de Melipilla con Presidente de la República", *RDJ T 64 Nr. 3 (1967)*, sec. 1, pp 109-ss., Corte Suprema, Contienda de Competencia; "Rayonhil Industrial Nacional de Rayón S.A. con Dirinco", *RDJ T 70 Nr. 1 (1973)*, sec. 1, pp 66-ss., Corte Suprema, Casación Fondo; "Tejidos Caupolicán S.A.", *RDJ T 71 Nr. 3 (1974)*, sec. 1, pp. 147-ss., Corte Suprema, Casación Fondo.

que el funcionario los había “despojados” de su posesión (debe referirse al Artículo 928 del *Código Civil*) y se ordenó restituirla a los querellantes, lo que de hecho se realizó (28.05.1874). Se apeló por el vencido, pero éste se desistió del recurso, quedando firme el fallo. El Intendente cuestionó la competencia del juez, una vez terminado el juicio (15.06.1874), invocando el Artículo 84 de la “Lei de Régimen Interior”, que establecía la vía jerárquica administrativa, recurriendo al Presidente, para revertir actos administrativos agraviantes. Frente a la petición, y sin haber mediado otro juicio de lato conocimiento en que los querellantes “hubieran sido oídos i vencidos a la vez” que revirtiera la cosa juzgada formal, el juez dejó sin efecto y alteró su propia sentencia (15.06.1874) en “estricto cumplimiento” a la “orden de la Intendencia”, sin existir siquiera “reclamo de la parte agraviada”. Sostuvo el juez que “al juzgado de letras no compete rever la orden gubernativa para apreciar la responsabilidad que pudiera afectar a la autoridad pública que la libró a virtud del poder de que se halla investida”. En su opinión “no se trata de una cuestion posesoria”, porque fueron despojados por “orden de la Intendencia, la cual los coloca bajo el amparo del art. 84 de la Lei del Régimen Interior”, debiendo seguir esa vía. Los Srs. González Güeliñir apelaron. La Corte de Concepción revocó la sentencia que declina la competencia, confirmó la decisión ilegalmente ignorada en la que restablece la posesión de los demandantes y corrigió el despojo, declaró competente al Juez y le ordenó “defender sus atribuciones judiciales” dando cumplimiento a lo fallado y obteniendo “los ausilios necesarios para dar cumplimiento a lo juzgado”. Adicionalmente, se le ordenó “elevar el proceso al Consejo de Estado... para la resolución de dicha competencia” en el caso de “insistir el señor Intendente.”

La sentencia en comento versa sobre uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho Moderno: la división de poderes estatales; la famosa *trias política*: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Es frecuente que el ejecutivo tienda a invadir las atribuciones de otros poderes, en el caso en comento, el Judicial. El mantenimiento de la separación de poderes, según la habilitación dada por la Constitución, permite mantener el otro pilar esencial del derecho público: las libertades fundamentales. En efecto, a través de una “orden” administrativa ilegítima se turbó la posesión de particulares no sólo invadiendo las facultades de otro poder, sino reviviendo un “juicio fenecido”, totalmente prohibido para el Parlamento y el Gobierno.

La cosa juzgada es una cualidad de los efectos de determinadas sentencias que cumplen con ciertos requisitos, en virtud del cual por no existir ya medios de impugnación en contra de ella, ésta es inmodificable y, por lo tanto, puede seguirse su cumplimiento forzado. La inmutabilidad pone

punto final a la discusión y se consolida una situación que previamente parecía dudosa. Por esta razón, “admitido el desistimiento quedó terminado definitivamente el juicio” y “estando concluido... carecía el juez de facultad pura revocar la sentencia que ya estaba pasada en autoridad de cosa juzgada”. En definitiva la cosa juzgada impide que exista un nuevo pronunciamiento sobre una misma materia entre las mismas partes y con la misma causa de pedir que ya fue objeto de una decisión anterior (triple identidad). En efecto, por la cosa juzgada termina “la jurisdicción del juez para conocer i resolver, i solo subsiste la necesaria para dar cumplimiento a la sentencia”. El artículo 84 de la “Lei del Régimen Interior” no lo autoriza para desconocer su propia sentencia, ya ejecutoriada. Sólo persiste “el deber del juez” de

“hacer que tenga su debido cumplimiento, impetrando de la autoridad administrativa el auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario para remover los inconvenientes que a ellos traten de oponerse”.

La ejecución de lo juzgado es una emanación natural de la competencia del juez; es un “acto propio de su jurisdicción el hacer cumplir sus fallos” una vez que establece un derecho indubitado. Establecido éste por sentencia ejecutoriada, el juez que la dictó pierde el poder para alterarla, pero subsiste la potestad para hacerla cumplir, removiendo obstáculos, entre ellos la resistencia administrativa.

Si ni el propio juez ni ninguna corte superior pueden modificar lo resuelto por una sentencia “de término”, con mayor razón no lo puede intentar un Intendente, ya que se trata de “un juicio fenecido”. El mencionado artículo 84 sólo establece una vía administrativa jerárquica para recurrir al Presidente de la República por actos agraviantes del Intendente, el que sólo se refiere “a los actos que están comprendidos dentro de las atribuciones que por la Constitución i las leyes le están señaladas a su autoridad”. Ésta es sólo una vía de las varias que podría emplear el particular y no puede usarse para impugnar las potestades “que correspondan al ejercicio de otro poder público”. Si el Intendente estaba en desacuerdo con la jurisdicción ordinaria, pudo haber hecho “uso de otros recursos legales, como es el de competencia”. De intentar esta vía, debió hacerlo *in limine litis*, antes de hacer cualquier gestión, no cuando la sentencia se encontraba ejecutoriada. El uso a destiempo del “recurso de competencia” es contrario a la buena fe. Frente a esa petición, el juez pudo defender su competencia, o en caso de duda, debió “elevar el proceso al Consejo de Estado”, pero no declarar su propia incompetencia sin más. La Corte de hecho le sugiere actuar así “en caso de insistir el señor Intendente en la

competencia entablada”. Otra vía era no haberse desistido de la apelación y continuar con el proceso o, finalmente, impugnar la cosa juzgada formal en un juicio de lato conocimiento. El Intendente elige una vía claramente ilegítima y el juez se limita simplemente a obedecer. La Corte no sólo declara la actuación administrativa como ilegal, el “inconveniente” que se debía “remover”, sino que también recuerda al juez la esencia de su función.

El juicio sumario posesorio es un “proceso contencioso *entre partes*” resuelto por heterotutela, ya que

“el art. 108 de la Constitución política del Estado ha dado exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley la facultad de juzgar las causas civiles i criminales”.

Entonces, del artículo 84 “no puede suponerse que el señor intendente de Arauco haya recibido comisión expresa para ejercer actos que invadan esas atribuciones”. La heterotutela sigue en pie aunque la Administración esté involucrada; es más, es la mejor garantía de imparcialidad e independencia. Por lo tanto, no puede sostenerse que la “vía graciosa” sea la única.²

² En el Siglo xx esta teoría era común y los Tribunales, por desgracia, frecuentemente la aceptaban. Por ejemplo, “Buzeta con Fisco”, GAT Nro. 63 (Primer semestre/1942), sec. Civil, pp 243-ss. Corte de Stgo. Apelación. Por Ley de Seguridad del Estado, el intendente paraliza, con uso de la fuerza pública, la construcción de un edificio que había sido autorizada por la Municipalidad. El particular deduce querrela de amparo ante tribunales ordinarios atendido que estima que el acto administrativo de paralización turba su posesión. La Corte señala que el Intendente actuó en calidad de autoridad pública. Por lo tanto, “no son competentes los Tribunales Ordinarios de Justicia para conocer de la correspondiente querrela de amparo deducida por el particular afectado en contra del Intendente”... aquellos (actos de autoridad) se realizan en cumplimiento de funciones jurídicas del Estado; y les corresponde “conocer de ellos a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo creados por la Constitución”. La Corte añade que, “como aún no han sido establecidos por no haberse dictado todavía la ley que los organice y fije sus atribuciones, sólo le cabe en este caso al perjudicado el ejercicio de los recursos por vía graciosa o jerárquica, contemplados en la Ley de Régimen Interior, para reclamar por escrito ante el mismo Intendente, o, en caso de que éste persistiere en su resolución, para ocurrir a la autoridad inmediatamente superior, pudiendo llegar, de grado en grado, hasta el Presidente de la República”. Los Tribunales renegaron de sus facultades y dejaron a los particulares en indefensión. Otro ejemplo, “Moreno con Municipalidad de Concepción”, RDJT 63 Nr. 2 (1966), sec. 1, pp 147-ss., Corte Suprema, Casación Fondo. En este caso, se pretendía que la autoridad judicial obligara a la Municipalidad a reincorporar al recurrente a su empleo, en cumplimiento del fallo que declaró ilegal su despido. Según la Corte, era un asunto que tenía “el carácter especial de ser contencioso-administrativo, puesto que es un conflicto originado por una omisión ilegal de la Administración Comunal, que con abuso de su autoridad ha dejado de cumplir una sentencia judicial, perjudicando a un particular”. No obstante, la Corte señala que la falta de estos tribunales administrativos

Sostenerlo implicaría dejar a los particulares en indefensión. Para el juez entonces, "es un deber... el sostener el ejercicio de su jurisdicción cuando lo crea invadida por la intervención de una autoridad extraña". Lo que es más, el Intendente actuó "injeriéndose en un proceso que a más de ser contencioso entre partes" se encontraba "fenecido". Por lo tanto, el juez tiene el deber de "rever la orden gubernativa" y perfectamente puede "apreciar la responsabilidad que pudiera afectar a la autoridad pública que la libró a virtud del poder de que se halla investida". En síntesis, un interesante fallo que recuerda la esencia de la función judicial y los peligros de su invasión por la Administración.

ordenados por el Art. 87 de la Constitución Política, "ha mantenido la situación de que no se tenga una autoridad, extraña a la Administración, que compela a ésta a ejecutar un acto propio de su autoridad o salvar una omisión ilegal que perjudique a un particular." Como la reincorporación era un acto propio de autoridad de la Administración Comunal, "la justicia ordinaria ha carecido de jurisdicción para ordenar ejecutivamente, debido a que no hay precepto legal que la autorice para intervenir en ella".

PROPÓSITO PRÁCTICO Y BUENA FE INTEGRADORA EN CONTRATOS CONSENSUALES DE CONFECCIÓN DE OBRA MATERIAL

(CORTE SUPREMA, SENTENCIA ROL 2073-2013,
29 DE MAYO DE 2014;
CORTE DE APELACIONES DE TALCA,
SENTENCIA ROL 1155-2012, 11 DE ENERO DE 2013,
Y TERCER JUZGADO DE LETRAS DE TALCA,
SENTENCIA ROL 3778-2009, 31 DE ENERO DE 2012)

*Andrés Erbetta**

Cada vez se está haciendo más frecuente encontrar fallos de nuestros tribunales en los cuales se entrecruzan diversos institutos propios del llamado moderno derecho de las obligaciones, entre los cuales podemos mencionar la consideración del propósito práctico y del interés cuya satisfacción persigue el acreedor. Es el caso de la sentencia que comentaremos a continuación, en la cual, además, la buena fe nos muestra toda su utilidad práctica como fuente integradora de contratos consensuales, quizás más allá de lo que *a priori* se vislumbra del tenor del artículo 1546 del *Código Civil*¹.

En el mes de agosto de 2008, la sociedad Inversiones Clarkson y Compañía Limitada contrató a don Humberto Guillermo Donoso Caa-maño para la construcción de una obra material consistente en una casa habitación y una bodega en terrenos de propiedad de la demandante. La particularidad de esta convención –aunque reflejo de lo que usualmente ocurre en la práctica– es que ésta se celebró consensualmente, esto es, sin que mediara un instrumento escrito que regulara los derechos y obligaciones de las partes. La obra material objeto del contrato fue ejecutada y entregada por la demandada, pero el actor demandó judicialmente el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, por cuanto aquélla presentaba defectos de construcción, tales como roturas de baldo-

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Diego Portales. Alumno regular del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: aerbettamattig@gmail.com.

¹ Hernan CORRAL, *Contratos y daños por incumplimiento*, p. 68.

sas y cerámicas, piso flotante levantado, ventanas de termopanel instaladas sin perfil, instalaciones eléctricas sin el módulo respectivo completamente montado, manchas en muros, mala calidad de materiales empleados, etc.

El juzgado de la instancia y la Corte de Apelaciones de Talca rechazaron la demanda por estimar que, de los antecedentes allegados al proceso, no resultaba posible establecer el contenido de las obligaciones contraídas por el demandado, en especial respecto a las terminaciones y a la calidad de los materiales que debió haber empleado para la confección de la obra.

Así se lee del considerando 3° de la sentencia del tribunal de alzada:

“Que, esta Corte con el análisis de los antecedentes y lo expresado ante estrados, da por establecido que por medio de un contrato de tipo consensual las partes acordaron que el demandado Sr. Humberto Donoso Caamaño construiría una obra material consistente en una casa habitación y un galpón en un terreno propiedad de la demandante, lo que efectivamente hizo, sin que pueda precisarse cuáles eran las condiciones de tal obra, pues no existe ni se acreditó algún proyecto para la construcción que indique las extensiones, materiales y en general las especificaciones que tales construcciones debían tener. Por ello no puede indicarse cuál era de manera precisa y determinada el contenido de la obligación de hacer que pesaba sobre el demandado, y de tal suerte, no puede señalarse a la luz de lo que éste construyó si se cumplió con las obligaciones acordadas, en especial respecto a las terminaciones y materiales empleados”.

De esta forma, concluye la Corte de Apelaciones, no es posible acceder a lo pedido en la demanda por falta de determinación y prueba de las obligaciones a que se encontraba sujeto el demandado. La Corte, de este modo, se limita a hacer una aplicación formal de la parte primera del inciso primero del artículo 1698 del Código Civil.

En contra de dicha sentencia, el actor recurre de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema, la que, luego de declarar inadmisibles la nulidad formal intentada, acoge el recurso de casación en el fondo, revoca el fallo de primera instancia y consecuentemente acoge la demanda, condenando al demandado a pagar los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

¿Qué argumentos consideró la Corte Suprema para decidir de la manera en que lo hizo?

Como una primera cuestión, la Corte se encarga de resaltar que, en el moderno Derecho de Daños, el acento se encuentra en su carácter protector de la víctima más que en su función sancionatoria de actos lícitos, concibiendo y estructurando la responsabilidad en función de la parte que sufre el daño y no de aquél que lo produce. Así, en la medida

en que la actuación coactiva del derecho de crédito se haga más expedita, dicha tutela se refuerza². En este sentido, citando a CORRAL, señala en el considerando 5º:

“Por eso, de alguna manera, la frontera entre responsabilidad civil contractual y la extracontractual, tiende, si no a desaparecer (porque siempre persisten elementos estructurales que mantienen la diferencia), a hacerse cada vez más flexible e interconectada. Por otro lado, de un sistema subjetivo de responsabilidad, en que la obligación de responder se radica en aquél que ha obrado con dolo (intencionalmente) o culpa (negligentemente), se pretende transitar, aunque con cautelas, hacia un régimen de responsabilidad objetiva, en el que el deber de reparar surge de factores diversos de la culpa del agente, como el riesgo organizacional o de empresa o la utilización lucrativa de cosas o energías peligrosas”.

Así, para la Corte Suprema es posible concebir sistemas especiales de responsabilidad que tienden a aplicarse con independencia de que exista un contrato entre el responsable y la víctima y que buscan favorecer a esta última, relevándola de la obligación de identificar y probar la negligencia del individuo concreto que con su error produjo un daño constructivo, lo que se desprendería de la regulación contenida tanto en el Código Civil como en la Ley General de Urbanismo y Construcciones. Estos sistemas transitan desde la consideración de la relevancia en el incumplimiento de la culpa hasta prescindir de la valoración de la conducta del deudor en el supuesto de la inejecución, gravándolo con el peso del daño derivado de causas internas a su esfera de control³.

En nuestro país, este tema se analizó y discutió profusamente a propósito de los daños constructivos causados por el terremoto del 27 de febrero de 2010, concluyéndose mayoritariamente que la responsabilidad en este ámbito debe ser tratada en clave objetiva. En este sentido, señala PIZARRO:

“Para que proceda la responsabilidad civil del constructor debe verificarse un defecto de la estructura, constructivo o de terminaciones. Esta nomenclatura la recoge en forma explícita la Ley de Urbanismo y Construcciones. El origen de la responsabilidad radica en un problema de calidad de la obra. No se trata de un análisis en clave de culpa de la conducta del constructor. Por lo mismo, es irrelevante la evaluación de su conducta, siendo el elemento de imputación el defecto en la obra. La obligación del constructor ameritaría ser calificada como aquella de resultado, siendo éste la necesidad de excluir todo defecto en la respec-

² FRANCISCO JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, p. 68.

³ *Ibid*, pp. 40-42.

tiva obra. No hay una imputación a la conducta del constructor, sino al resultado de la cosa construida”⁴.

Tal como lo señala la Corte, en materia constructiva la intención del legislador es resguardar a quienes pueden verse afectados por el cumplimiento deficiente de las obligaciones propias de quienes se encargan de la ejecución de una obra material, en todas y cada una de sus etapas. Precisamente por lo anterior, las obligaciones que contrae el artífice pueden ser calificadas como de resultado, por cuanto el deudor debe satisfacer las expectativas del acreedor y no podrá exonerarse de responsabilidad probando que ha actuado con la debida diligencia y cuidado⁵. Dicho de otro modo, el deudor para cumplir debe alcanzar el resultado propuesto⁶. En verdad, como recuerda CABANILLAS, la configuración de la prestación de obra como de resultado constituye una tesis dominante en la doctrina. Incluso, esta configuración es afirmada por los romanistas, que encuentran en esta característica de la prestación del *conductor operis* el rasgo distintivo de la *locatio operis* frente a la *locatio operum*, por cuanto en la primera lo debido es el resultado del trabajo, mientras que en la segunda es la pura actividad⁷.

Como corolario de lo anterior, más allá de la determinación exacta de la obligación en un contrato escrito, para la Corte Suprema lo relevante es que estamos ante un tipo contractual de resultado, que debe ejecutarse y concluirse en condiciones de servir. Al respecto, se sostiene en el considerando 10° de la sentencia de casación en el fondo:

⁴ Carlos PIZARRO, “Daños en la construcción, fuerza mayor y terremotos”, pp. 162-163.

Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos dejar de advertir la evidente contradicción que representa la afirmación que efectúa la Corte en el considerando 5° de la sentencia de reemplazo, cuando sostiene que la facultad contemplada en el artículo 1489 del Código Civil, en orden a solicitar la resolución o el cumplimiento del contrato, requiere de un *incumplimiento imputable* de la obligación.

En realidad, como lo sostiene la doctrina más reciente, la culpa constituye un elemento ajeno tanto para el ejercicio de la facultad resolutoria como para la pretensión de cumplimiento específico, radicándose en la indemnización de los perjuicios que trascienden la simple reposición del valor de la prestación. Incluso, con argumentos que preferimos, otro sector va más allá, objetando la exclusividad de la culpa como factor de imputación de los daños. En la primera tesitura podemos mencionar a Alvaro VIDAL, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”, pp. 137 y s., y, en la segunda, a Jorge BARAONA, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva”, pp. 151 y ss.

⁵ Sergio URREJOLA, *La responsabilidad profesional de los agentes de la construcción*, p. 12.

⁶ René RAMOS PAZOS, *De las obligaciones*, p. 32.

⁷ Antonio CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, pp. 49-50.

“En efecto, aun cuando la parte que encomienda el trabajo no detalle en forma expresa la manera como el contrato debe cumplirse, en esta especial situación debe mirarse al resultado obtenido luego de ejecutada la obra, de suerte que aquella haya quedado en condiciones de servir para lo que es, respetando los principios constructivos y la *lex artis* que regla la materia. Esta misma línea argumentativa nos impide tener por cumplida una obligación de la naturaleza de que hablamos, cuando una vez entregada o bien dada por terminada la obra por quien tenía a su cargo la edificación, se constata que presenta defectos de construcción, como ha quedado precisamente justificado en el caso que nos ocupa”.

En nuestra opinión, el razonamiento del máximo tribunal es correcto. Tal como lo señala MORALES MORENO, el negocio jurídico es una declaración o acuerdo de voluntades por medio del cual los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de tutela, sea en base sólo a dicha declaración de voluntades, sea completado con otros hechos o actos. Lo relevante es que ese resultado trasciende al negocio mismo y se proyecta en la realidad. De este modo, el propósito práctico, o sea la función o utilidad que debe prestar al adquirente el objeto que a través del negocio se le transmite, constituye el interés mismo que se debe satisfacer con su celebración⁸. En este caso, para dar cumplimiento a la obligación, no bastaba con que el artífice entregara materialmente la obra, por cuanto ésta, además, debía servir para el propósito que pretendió satisfacer el que la encargó, para lo cual resultaba indispensable que no presentara vicios ni defectos de construcción. Antes bien, en el proceso se produjo una contundente prueba pericial con la cual no quedó duda alguna respecto a los defectos de construcción que presentaba la obra. Además, la satisfacción de la finalidad o propósito práctico constituye un elemento ingénito en cualquier obligación, sea ésta de medios o de resultado⁹.

Como si las argumentaciones anteriores no bastaran, la Corte Suprema se encarga de resaltar que la buena fe en su función integradora constituye un importante instrumento para contornar aquello a lo que se obligan las partes de un negocio jurídico. Al efecto, señala en los considerandos 11°, 12° y 13°, respectivamente:

⁸ Antonio Manuel MORALES MORENO, *El propósito práctico y la idea de negocio jurídico*, pp. 329-334. En el mismo sentido, Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, pp. 20-21.

⁹ En este sentido, Michele GIORGIANNI, *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, p. 64: “Que el deber del deudor tenga la función de satisfacer el interés del acreedor, esto es, el interés de una persona determinada, constituye, como antes hemos dicho, un carácter fisonómico de la obligación que reviste notable importancia para la individuación de ésta en el ámbito de la categoría del deber jurídico”. En contra, véase Ángel CRISTÓBAL MONTES, *La estructura y los sujetos de la obligación*, p. 199.

“Undécimo: Que, a partir de lo expresado cobra especial relevancia el tenor del artículo 1546 del Código Civil, también invocado por la demandante, de acuerdo al cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino que a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Se trata, entonces, de una extensión del deber de prestación, conforme a los dictados de la buena fe contractual, conjugando a los contratantes en una conducta de colaboración mutua en el cumplimiento de sus obligaciones, orientados a todo aquello que deriva de la naturaleza de la obligación que cada quien debe acatar (...).

Duodécimo: Que de esta manera, ha de entenderse que el citado artículo 1546 contempla una verdadera norma de integración de los contratos, pues según ella, estos últimos dictan más allá de su letra, todos los elementos que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella (...).

Décimo tercero: Que consecuentemente, una interpretación del contrato habido entre las partes en la situación *sub judice*, acorde con la buena fe a que se ha hecho alusión, nos conduce indefectiblemente a la conclusión que su cumplimiento debe verificarse en términos tales que los defectos de construcción, no atribuibles por supuesto a quien demande, deben estar ausentes. Ergo, al constatarse la existencia de tales anomalías, se tendrá por incumplida la obligación del encargado de la obra, consistente en hacer entrega de la misma, correspondiéndole indemnizar los perjuicios que tal incumplimiento ha podido provocar”.

La Corte nuevamente acierta. Como señala BOETSCH es normal que las partes no prevean todas las situaciones que es posible que ocurran durante el desenvolvimiento del contrato, creándose lagunas que, si no pueden ser llenadas por el ordenamiento positivo, hacen necesario recurrir a la buena fe¹⁰. En este caso, es la buena fe, en su función integradora, la que nos permite afirmar, sin duda alguna, que el contrato de construcción, en tanto envuelve un resultado que el artífice compromete al mandante, no puede presentar vicios o defectos. Así, la prestación no queda limitada a la literalidad del contrato –que como instrumento propiamente tal ni siquiera existía en este caso–, puesto que hay casos en que el deudor puede quedar obligado más allá de lo expresado en él¹¹. Es irrelevante, por lo tanto, que las partes no hayan pormenorizado detalladamente en qué consistían las especificaciones de las obras, por cuanto la naturaleza misma de esta convención impone que aquéllas no tengan vicios o defectos.

¹⁰ Cristián BOETSCH, *La buena fe contractual*, pp. 115-116.

¹¹ Como lo ponen de relieve Iñigo DE LA MAZA y Álvaro VIDAL, “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres sentencias de la Corte Suprema”, pp. 19-20.

Luego, al haberse acreditado los desperfectos, la obligación necesariamente debe tenerse por incumplida. De este modo, tal como lo avizoraba BETTI, el criterio de la buena fe sirve para valorar si ha sido satisfecho o no el interés de la otra parte en los casos en que se discute si la prestación cumple o, por lo menos, ofrece todavía al acreedor la utilidad que estaba destinada a proporcionarle¹².

Es de esperar que esta jurisprudencia se mantenga en el tiempo. En efecto, en las actuales condiciones del tráfico, en que priman los pactos negociales de carácter consensual, sin duda lo que sostiene la Corte sigue correctamente la vertiente protectora del acreedor que subyace al moderno derecho de las obligaciones.

Bibliografía

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 2002.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 1, Santiago, 1997, pp. 151-177.
- BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, traducción de José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, tomo I.
- BOETSCH GILLET, Cristián, *La buena fe contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, Editor José María Bosch, 1993.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Contratos y daños por incumplimiento*, Santiago, Editorial Abeledo Perrot, 2010.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *La estructura y los sujetos de la obligación*, Madrid, Editorial Civitas, 1990.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo y Álvaro VIDAL OLIVARES, "Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres sentencias de la Corte Suprema", en *Revista Ius et Praxis*, año 20, N° 1, 2014, pp. 15-37.
- GIORGIANI, Michele, *La obligación (La parte general de las obligaciones)*, traducción de Emilio Verdura Tuells. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1985.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Editorial Civitas, 1987.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro*, en *La modernización del Derecho de las Obligaciones*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.

¹² Emilio BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, p. 116.

- PIZARRO WILSON, Carlos, “Daños en la construcción, fuerza mayor y terremotos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIV, Valparaíso, Chile, 2010, pp. 161-176.
- RAMOS PAZOS, René, *De las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- URREJOLA SANTA MARÍA, Sergio, *La responsabilidad profesional de los agentes de la construcción*, Santiago, Editorial LexisNexis, 2007.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”, en Carlos PIZARRO WILSON y Álvaro VIDAL OLIVARES, *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 137-208.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL CASO ANTUCO. FALTAS NO DESPROVISTAS DE TODO NEXO CON EL SERVICIO

*Gonzalo Carrasco Astudillo**

El presente comentario de sentencia analiza críticamente la solución propuesta por la Corte Suprema de Chile para indemnizar por daños y perjuicios a los ex conscriptos sobrevivientes de la tragedia conocida con el nombre “Tragedia de Antuco”. Se analiza cómo la Corte Suprema sigue la doctrina sentada por la jurisprudencia francesa de *faute personnelle non dépourvu de tout lien avec le service* (faltas no desprovistas de todo nexo con el servicio) para atribuir responsabilidad al Estado.

1. Introducción

Dentro de las normas que regulan la responsabilidad del Estado, importancia fundamental cobra la Ley 18.575¹, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo artículo 4° establece:

“El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”.

Así mismo, el artículo 44 del mismo cuerpo legal señala:

“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas de Universidad Andrés Bello. Profesor de Derecho Civil de Facultad de Derecho Universidad Andrés Bello. Artículo recibido el 29 de agosto de 2016 y aceptado para su publicación el 27 de octubre de 2016. Correo electrónico: gonzalo.carrasco8@gmail.com

¹ Sin duda es la regulación normativa más importante del Estado.

Y el artículo 42 del mismo cuerpo legal reza:

“Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiera incurrido en falta personal”.

Superada la anacrónica doctrina de la inmunidad de la jurisdicción, mediante la cual el soberano establecía el derecho, pero no estaba sujeto a él (y por tanto no era responsable), han surgido en general dos grandes teorías que han estado en pugna², siendo su estudio un análisis clásico en las facultades de derecho, con repercusiones tanto en las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema de Chile.

A grandes rasgos la primera teoría la compone aquella corriente doctrinaria iuspublicista que ha pretendido el divorcio con el derecho privado, con el objeto de obtener una configuración eminentemente autónoma de la responsabilidad estatal, con una estructura compuesta exclusivamente por normas constitucionales. Y una segunda teoría que sostiene que la responsabilidad del Estado es especial, con un fundamento que puede ser constitucional, pero configurado con normas especiales³ y en lo no previsto por ellas, la aplicación del derecho común, es decir el Título XXXIII del Código Civil.

Dentro de las normas especiales que son parte de la configuración de la responsabilidad del Estado se encuentran el artículo 22 N° 2 y 35 del DFL N° 164, Concesiones de Obras Públicas; artículo 142 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades; Título xv, artículo 174 inciso cuarto de la Ley del Tránsito; artículo 14 de la Ley N° 19.799, de documentos y firma electrónica; artículo 21 del Código de Minería; Título III de la Ley N° 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente; artículo 38 de la Ley N° 19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud.

En este contexto ilustra la sentencia que ahora comentamos, que hace suyos los avances que ha efectuado la civilística chilena. Es un riesgo para la jurisprudencia asumir los nuevos criterios que se van forjando en la comunidad científica, y aun cuando, tal como se analizará, no sea del todo claro cómo ésta construye dicha responsabilidad extracontractual del Estado, al menos esta sentencia tiene la virtud de asumir el desafío.

El esquema general del comentario se sistematiza con una descripción de los hechos, luego con los argumentos que esgrime el Fisco, poste-

² Una de estas teorías ha sido sustentada principalmente por Eduardo Soto-Kloss.

³ Nicolás ENTEICHE ROSALES, “El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)”.

riormente se expone una descripción del contenido de las sentencias de primera y segunda instancia, para ulteriormente describir la decisión de la excelentísima Corte Suprema. Luego se termina con un análisis crítico tanto de la sentencia de primera y de segunda instancia, y fundamentalmente de la sentencia del recurso de casación en el fondo de la Corte Suprema, para luego terminar con una conclusión.

2. *Los hechos*

El 4 de abril de 2005 hacen ingreso al Regimiento Reforzado N° 17 “Los Ángeles”, aproximadamente 400 varones conscriptos, con el objetivo de dar cumplimiento al servicio militar obligatorio⁴ del Ejército de Chile, en la Ciudad de Los Ángeles.

En mayo del mismo año, acatando una instrucción militar ordenada por el Comandante del Regimiento “Los Ángeles”, 473 uniformados (347 de ellos soldados conscriptos), se trasladan a los refugios Mariscal Alcázar y Los Barros, ubicados en las cercanías del volcán Antuco, zona precordillerana de la VIII Región del Bío-Bío, al mando del Comandante del Batallón de Infantería.

Al finalizar la primera parte de la misión ordenada, el oficial a cargo de ésta envía al Jefe de Instrucción del Regimiento (su superior jerárquico), un documento que contiene las fechas y horas para el retorno del batallón. Éstas son aprobadas, lo que permite a la primera compañía de Plana Mayor, Logística y Cazadores, iniciar la marcha el 17 de mayo. Durante el retorno, la señalada Compañía es alcanzada en el descenso por el inicio de una tormenta.

La segunda compañía de Morteros y Andina, sin ninguna información de las condiciones climáticas señaladas, realizaron su partida desde Los Barros, a las 05.00 horas del 18 de mayo, siendo azotada por la tormenta de “viento blanco”⁵, a las orillas del lago Laja, en donde se pierde su pista.

⁴ El Servicio Militar Obligatorio se define de acuerdo al Decreto Ley 2306 “Sobre reclutamiento y movilización de Fuerzas Armadas” de 2005, en el artículo 12 N° 49 como “Forma de cumplir el deber militar, que impone a los chilenos llamados a recibir instrucción militar en las Fuerzas Armadas por un período determinado, en virtud de un Decreto Supremo de convocatoria”. Cabe mencionar que el mismo Decreto Ley 2306 establece una conscripción obligatoria parcial, y no total.

⁵ Según la American Meteorological Society, el “viento blanco” o “blizzard” se define como “una condición de tiempo severo caracterizado por fuertes vientos y visibilidad reducida debido a la caída de nieve y viento”. El Servicio Meteorológico Nacional de Estados Unidos señala que “es un sostenido viento o ráfagas de 16 metros por segundo

Posteriormente, la tercera compañía de Ingenieros es informada de la tempestad y logra regresar al refugio de Los Barros, donde permanecieron a salvo sus 112 integrantes.

El contingente militar debía avanzar del refugio de Los Barros al albergue de La Cortina, separados por 24 kilómetros bajo severas condiciones meteorológicas, que los lleva a marchar durante dos días sin encontrar el rumbo de regreso.

En efecto, los conscriptos sin contar con la implementación necesaria para soportar temperaturas bajo los -10° C y sin vestimenta, telecomunicación, alimentos, etc., terminan falleciendo en el cumplimiento de la instrucción militar. Esta tragedia acabó con la vida de un sargento y de 57⁶ conscriptos chilenos.⁷

Los ex conscriptos del Ejército sobrevivientes demandan de indemnización de perjuicios al Estado, persiguiendo hacer efectiva la responsabilidad extracontractual por los daños que sufrieron como consecuencia de los hechos ya señalados. El Juzgado de Letras acoge la demanda por falta de servicio condenando al Fisco al pago de 25 millones de pesos a cada uno de los actores por concepto de daño moral. El Tribunal de Alzada, confirma la sentencia definitiva impugnada por el Fisco. Posteriormente el Fisco recurre de casación en el fondo, recurso desestimado por la Excelentísima Corte Suprema, toda vez que si bien la sentencia impugnada adolece de error de derecho, dicho yerro no tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, desde que se trató de una falta personal que, al estar vinculada a la función, si compromete la responsabilidad estatal.

3. Argumentos esgrimidos por el fisco de Chile

Luego de la teoría de la responsabilidad de derecho público, tanto la doctrina civil como la doctrina administrativista han ido armonizando sus

(30 kt o 35 millas por hora) o mayor, acompañado de nieve, con frecuencia reduciendo la visibilidad a menos de 400 metros (0,25 millas) de 3 horas o más. Las definiciones anteriores también incluyen una condición de baja temperatura, del orden de -7° C (20° F) o menos, o -12° C (10° F) o menos (ventisca severa). El nombre se originó en los Estados Unidos, pero también se utiliza en otros países. En la Antártida se le da el nombre a los vientos otoñales violentos fuera de la capa de hielo. En el sureste de Francia, el viento frío del norte de nieve se denomina tormenta de nieve. Disponible en <http://glossary.ametsoc.org/wiki/Blizzard>, [fecha de consulta: 6 de mayo de 2016]. La traducción al español es nuestra.

⁶ En 57 muertos fija el número de muertos el considerando segundo de la sentencia.

⁷ Historia de la Ley 20.195, que autoriza erigir un monumento en memoria de los fallecidos en la tragedia de Antuco.

posiciones en orden a la interpretación de la responsabilidad del Estado. Si bien nos parece correcta la postura de EDUARDO SOTO-KLOSS, respecto a sostener que el hombre tiene una primacía originaria por sobre cualquier otra consideración, ergo la persona humana tendría una primacía por sobre el Estado, lo cual sirve de fundamento para hacerlo responsable, nos parece también excesivo el voluntarismo, que en ocasiones es radical, de postular un sistema de responsabilidad exclusivamente público, sin la complementación de la demás normativa vigente sobre responsabilidad. Se observa que una cosa es que el deber de responder del Estado por sus acciones u omisiones tenga su fundamento en normas y principios de la Constitución (principalmente el art. 38 inciso segundo), y otra distinta es que el régimen de dicha responsabilidad no esté fijado en la normativa constitucional, sino que se haya delegado al legislador⁸.

En la sentencia que ahora comentamos, el Fisco denuncia que habría infracción del artículo 1698 del Código Civil, en relación a los artículos 1437, 2314 y 2329 del mismo cuerpo normativo y artículo 42 de la Ley N° 18.575. Es decir, que el yerro jurídico se produce por cuanto la sentencia de la Corte de Alzada afirma que existe relación causal entre el hecho ilícito imputado y el daño alegado por los actores, sin que éste hubiese sido acreditado por los demandantes, toda vez que correspondía a aquellos la prueba de este nexo causal. En efecto, de acuerdo al Fisco, esto no habría sucedido en conformidad con el artículo 1698 del Código Civil.

La fundamentación de lo sostenido por el Fisco arranca de la sentencia penal militar dictada en autos Rol N° 310-2005 del Tercer Juzgado Militar de Valdivia, sentencia que según el Fisco jamás establece la relación causal que los sentenciadores han fijado, sino que en el proceso solo se condenó a los miembros el ejército por su responsabilidad en la muerte de 57 conscriptos, sin que existiera alguna referencia a los daños sufridos por los demás soldados que formaron parte de la marcha.

Finalmente, en razón de lo anterior es que existe una infracción de los artículos 1437, 2314 y 2329 inciso primero del Código Civil, ya que en virtud de estas normas se construye la exigencia de la relación de causalidad. En efecto, señala el considerando Segundo de la sentencia que:

“para que nazca la responsabilidad del Estado es necesario que estén acreditados todos los requisitos que son exigidos, entre los que se encuentra la relación de causalidad”.

⁸ Hernán CORRAL TALCIANI, *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*, p. 320.

Posteriormente, el Fisco denuncia infracción de ley de los artículos 1° de la Ley 18.948 y 2320, 2322 y 2284 del Código Civil. La razón de esto radica en que se opusieron las excepciones contempladas en los artículos 2320 y 2322, puesto que la sentencia del proceso penal militar, ya señalado anteriormente, sentenció por los delitos de “abandono de deberes militares” y “cuasidelito de homicidio”. En efecto, el ejercicio intelectual del Juzgado Militar de fijar la conducta en un hecho típico, configura la controversia sub lite como una “falta personalísima” atribuible a cada uno de ellos y no al Estado, ya que las conductas desplegadas por los condenados en sede penal no pudieron ser evitadas por el Fisco, quien adicionalmente ejerció las actividades correspondientes a la vigilancia e instrucción oportunas para evitar el riesgo, capacitando al personal al mando de la marcha. Así, el considerando tercero, parte final señala:

“[El Fisco] Señala que las características del hecho que fue imputado permite la natural separación entre el comportamiento y la función pública, es decir, intelectualmente se puede decir que al cometer los actos que fueron reprochados penalmente los sujetos no actuaron como agentes públicos, ya que se apartaron o separaron de su carácter de funcionarios. Agrega que también la conducta es separable de la función, porque al disponerse a cometer los delitos, los autores voluntariamente abandonaron y se apartaron radicalmente de su calidad de funcionarios”.

En efecto, el reproche personalísimo efectuado en sede penal conduce a la conclusión de que dicho reproche no dice relación con una deficiencia en el funcionamiento del Fisco, considerado éste como institución. Por tanto concluye que intelectualmente se puede afirmar que en los actos sancionados penalmente los sujetos no actuaron como agentes públicos, porque voluntariamente abandonaron y se apartaron de forma radical de su calidad de funcionarios públicos.

4. Descripción del contenido de las sentencias de primera y segunda instancia

Nos parece necesario efectuar una breve descripción de los fallos de primera y segunda instancia, en razón de que metodológicamente nos permite situarnos de mejor manera para la comprensión de la decisión final sostenida por la Excelentísima Corte Suprema, en la sentencia del recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco.

1) EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Del texto de la demanda, junto con la defensa del demandado, el Tribunal de primera instancia logra fijar como hechos no controvertidos de la causa:

- a) que el 18 de mayo de 2005, los actores cumplían su servicio militar obligatorio y realizaban un entrenamiento militar en terreno en el sector cordillerano de “Los Barros”, día en que se efectuó una marcha de repliegue del contingente hacia el refugio del Ejército en el sector de “La Cortina”;
- b) que durante la marcha se produjo una tormenta de nieve denominada “viento blanco”, resultando fallecidos algunos conscriptos y los actores, sobrevivientes (sic); y
- c) que oficiales y funcionarios de planta del Ejército de Chile fueron condenados penalmente con motivo de estos hechos.

Asimismo, fija como controversia la discrepancia de:

- a) si los hechos son causados por caso fortuito o fuerza mayor;
- b) acerca de la existencia de los perjuicios cuya indemnización se pretende; y
- c) acerca de la responsabilidad del demandado en su producción.

El fallo es confuso en el considerando décimo tercero, al sostener:

“Que la responsabilidad civil del Estado proviene de las normas constitucionales señaladas, las que por su rango y jerarquía superior a la ley, prefieren sobre esta” (sic).

¿Qué quiere decir este considerando? ¿Que se aplican las normas constitucionales con prescindencia de las normas de rango legal? O bien ¿Que el fundamento de la responsabilidad estatal está en las normas constitucionales, pero que existen normas de rango legal que complementan la atribución de responsabilidad estatal? Es poco clara la sentencia en este sentido.

La confusión encuentra su origen en un error grave de comprensión de la Ley N° 18.575, en su artículo 21 inciso segundo, el cual establece:

“Las normas del presente Título no se aplicarán a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley, órganos que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quorum calificado, según corresponda”⁹.

⁹ El destacado es nuestro.

En efecto, señala el considerando décimo segundo, párrafo final del fallo de primera instancia:

“Esta norma introduce una grave perturbación en la inteligencia de los artículos citados al excluir a las instituciones citadas, las que entonces serían únicamente reguladas por el artículo 38 de la Constitución Política de la República de Chile y el artículo 4° de la ley n° 18.575” (sic).

Es claro en este caso que no se alcanza el principio “*iura novit curia*”, por cuanto el Juzgado de Letras mal entiende la norma señalada, en razón de que el artículo 21 inciso segundo, al excluir a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad, junto a las demás instituciones que contiene, las excluye sólo en lo que se refiere a la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas. Al respecto, señala el considerando trigésimo:

“La aplicación del artículo 21 de la Ley N° 18.575 lo es exclusivamente en lo que toca a la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas, algo que es sistemáticamente coherente con la especial estructuración y organicidad que a esos institutos reconocen sus respectivos estatutos, parecer que encuentra asidero en el examen de la evolución normativa y en la historia fidedigna de su establecimiento” (Considerando cuarto de la sentencia Rol 24984-2014).

Esto ya había sido señalado por la Corte Suprema tiempo atrás, en la sentencia Rol 24984-2014, que cita la Ilustrísima Corte de Apelaciones en el fallo de segunda instancia para aclarar la “perturbación en la inteligencia” que le provocó al Juzgado de Letras aquella norma. Por tanto la jurisprudencia del máximo Tribunal ya había aclarado el punto, con anterioridad al caso que ahora se analiza.

2) *EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA*

Vista la resolución de primera instancia, el Fisco interpone recurso de casación en la forma fundándose en la causal establecida en el artículo 768 N° 5, relacionándolo con el artículo 170 N° 4, sosteniendo que la sentencia de primera instancia no contiene los fundamentos de hecho y de derecho que sirven para tener por acreditada la falta de servicio imputada al Estado.

Por otro lado, en la interposición del recurso de apelación por parte del Fisco, este medio de impugnación se fundamenta sobre tres elementos principales:

- a) existencia del caso fortuito;
- b) la falta personalísima en la conducta de los funcionarios a cargo del contingente; y
- c) que los daños padecidos por los demandantes fueron previamente indemnizados.

Sobre la base de estas alegaciones, la Corte de Apelaciones fija un marco de presupuesto teórico de rango constitucional para dictar su sentencia, amparándose en los principios fundamentales que inspiran nuestra Carta Magna, tales como las responsabilidades y sanciones que se originan por la contravención del principio de legalidad, desprendido del capítulo “Bases de la Institucionalidad” de la Constitución Política, precisando que esta responsabilidad fijada por el constituyente:

“(...) asegura uno de los pilares fundamentales del estado de derecho, cual es el límite que presenta para la actuación de la Administración, los derechos fundamentales de los derechos”¹⁰ (sic).

En efecto, a través del prisma de lo que sería un Estado de Derecho, la Corte de Apelaciones caracteriza la responsabilidad estatal como una de “*tipo genérico*”, puesto que emana de la naturaleza misma de la actividad estatal. Así, la Corte entiende la naturaleza estatal como una comunidad de tipo jurídico-político cuyas acciones realizadas en el marco del funcionamiento de un Estado de Derecho, desarrolla las funciones que le correspondan.

Es así como la Corte fundamenta la definición jurisprudencial de falta de servicio, señalando en el considerando 15° que:

“(...) se produce cuando se presenta una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación con lo que debería haber sido su comportamiento normal y que de ello se siga daño, lo que puede ocurrir cuando el servicio no funcionó debiendo hacerlo, cuando el servicio funcionó irregularmente y cuando el servicio funcionó tardíamente y de la demora se han seguido perjuicios”.

En este sentido, nos parece loable que la Corte de Apelaciones de Concepción quiera reafirmar jurisprudencialmente el concepto de falta de servicio. Y sin perjuicio de esto, va más allá, realizando un intento de sistematización de las normas que sirven de base positiva-legal para abstraer y configurar la “*responsabilidad del Estado por falta de servicio*”. De esta manera, la responsabilidad estatal por falta de servicio estaría fundada

¹⁰ Considerando 13°

normativamente en los artículos 6°, 7°, 38 inciso segundo de la Constitución Política; y en el artículo 1°, 4° y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575¹¹.

En este sentido ¿Cuándo hay responsabilidad del Estado por falta de servicio? Ya de manera uniforme con la doctrina y jurisprudencia anterior, podemos decir que en síntesis la habrá *cuando los órganos o agentes estatales no han actuado, debiendo hacerlo, o cuando su accionar ha sido tardío o deficiente, y que de ello se siga un daño a los particulares usuarios del servicio público*. Así, los requisitos para que proceda son:

- a) Que exista una norma de derecho positivo que obligue a la Administración a prestar el servicio;
- b) Que se acredite que el servicio no se prestó o se prestó en forma inadecuada o tardíamente;
- c) Que se pruebe el perjuicio; y
- d) Que se pruebe que el perjuicio se produjo por falta de servicio (nexo causal).

De esta manera, la Corte de Alzada señala respecto al primer requisito, que éste se cumpliría en razón del Decreto Ley N° 2.306 de 1978¹² y de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948¹³. En efecto, de las normas contenidas en los dos cuerpos legales citados se colige que los actores se encontraban realizando el servicio militar, y por tanto se encontraban sujetos a las instrucciones del personal de planta del Ejército de Chile, y por otro lado al cuidado y responsabilidad del mismo personal.

Respecto al segundo requisito, la Corte de Alzada señala que los funcionarios de planta incurrieron en negligencias inexcusables que configurarían la hipótesis de falta de servicio al infringir el deber de cuidado al que estaban obligados al ejercer el mando sobre los actores.

El tercer requisito se cumple, según la Corte, en consideración a que es el mismo Fisco quien reconoce la existencia de perjuicios, ya que éste habría adoptado medidas de reparación del daño sufrido por los actores. Aunque precisa que dicha reparación no se hizo como concepto de indemnización de perjuicios, como así lo sostiene el recurrente, sino que aquella reparación cabe dentro del concepto de liberalidad.

¹¹ Corresponde precisar que la Corte de Apelaciones, a diferencia del Tribunal de primera instancia, señala y hace hincapié en que el inciso segundo del artículo 1° de la ley 18.575 menciona como componentes de la Administración del Estado las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Pensamos que este hincapié es el que lleva al razonamiento final de la sentencia.

¹² Específicamente los artículos 42 A y 42 B.

¹³ Específicamente los artículos 1° y 2°.

Sobre el cuarto requisito, es de manifiesto, según el razonar de la Corte, ya que el nexo causal es claro toda vez que la conducta ilícita por la que resultó condenado el personal de la planta del Ejército de Chile es causa directa e inmediata de los daños que sufrieron los actores.

Así las cosas, finalmente la Corte de Alzada concluye que si bien existe una falta personal, considerando que los funcionarios de planta del Ejército de Chile fueron condenados penalmente, y por tanto no habría en dicha sentencia penal una configuración de falta de servicio, es también claro que el servicio no puede separarse de la falta, ya que “la falta personal ha sido cometida en ejercicio de la función pública”.

En consideración a todo lo anterior, la Corte de Apelaciones confirma el fallo de primera instancia que acogió la demanda, ordenando el pago de \$ 25.000.000 (pesos chilenos) en favor de cada uno de los actores, como indemnización de perjuicios por daño moral.

5. Decisión de la Excelentísima Corte Suprema

Finalmente, con la confirmación del fallo de primera instancia de la Corte de Apelaciones, el Fisco de Chile decide interponer un recurso de casación en el fondo, por infracción de los artículos 1698 del Código civil, en relación a los artículos 1437, 2314 y 2329 del mismo texto legal, e infracción al artículo 42 de la Ley 18.575.

Sostiene el recurrente que el yerro jurídico está fundamentado por cuanto los sentenciadores anteriores sostienen que existe relación causal entre el hecho ilícito imputado y el daño alegado por los actores, sin que éste hubiese sido acreditado en el proceso. En efecto, al ser el nexo causal un requisito para que proceda la responsabilidad estatal, de acuerdo al artículo 1698, debió corresponderle al actor su prueba, pero sin embargo la Corte de Apelaciones afirma que existe relación de causalidad entre la falta de servicio y los daños alegados, fundándose de manera exclusiva en la sentencia penal militar Rol N° 310-2005 del tercer Juzgado Militar de Valdivia.

Sostiene además el Fisco que la Corte de Apelaciones no ha considerado que los actores obraron con infracción reglamentaria, incurriendo en una falta personalísima, por lo que procedía acoger las excepciones opuestas, toda vez que las conductas desplegadas por aquellos no pudieron ser evitadas por el Fisco, quien ejerció actividades de vigilancia e instrucción oportunas para evitar los riesgos.

Además, señala el Fisco que los delitos y cuasidelitos especificados en la sentencia penal militar son un reproche personalísimo respecto de los

autores, y ello no implica deficiencia en el funcionamiento de sí mismo como institución. En efecto, el considerando sexto de la sentencia que ahora comentamos señala:

“Que, a través del arbitrio en estudio se atribuyen a los sentenciadores haber incurrido en errores de derecho que se relacionan con dos materias específicas: la relación de causalidad y el rechazo de la alegación de no configurarse la falta de servicio por estar ante una falta personalísima de los funcionarios del ejército condenados penalmente en la causa N° 310-2005; sin embargo, el examen de la normativa que rige la materia permite descartar los errores de derecho alegados, según se analizará a continuación”.

Finalmente postula como argumento que

“la conducta es separable de la función, porque al disponerse a cometer los delitos, los autores voluntariamente abandonaron y se apartaron radicalmente de su calidad de funcionarios públicos”.

Sin embargo, la Corte Suprema rechaza el recurso de casación en el fondo, descartándolo por adolecer de manifiesta falta de fundamentos, toda vez que en lo que respecta a la relación causal, ésta tiene un aspecto fáctico y otro aspecto normativo, siendo cuestionado por el Fisco solo el primer aspecto, cuestión que en la especie no resiste análisis. La Corte Suprema en este sentido es clara en declarar que la relación causal quedó establecida en primera y segunda instancia, ya que quedó establecido que los actores eran conscriptos que participaron en la marcha del 18 de mayo de 2005, y que a raíz de aquel suceso se produjeron los daños, reconocidos incluso por el Fisco.

Respecto a lo sostenido por el Fisco, en orden a que la conducta es separable de la función, la Corte Suprema rechaza aquel argumento al sostener que quedó asentada la existencia de una falta personal imposible de desvincular con la función pública desplegada por el agente del Estado, es decir el Ejército de Chile.

6. Análisis crítico de las sentencias de primera y segunda instancia y decisión de la Corte Suprema

Respecto a la sentencia de primera instancia, cabe sostener que es correcto el razonamiento del Juzgado de Letras en orden a desestimar la excepción de caso fortuito sostenido por el Fisco. Esta sentencia hace suyas las pala-

bras del profesor ENRIQUE BARROS BOURIE, al afirmar que el caso fortuito como eximente de responsabilidad

“alude a circunstancias que no pudieron ser objeto de deliberación al momento de actuar y que, por lo tanto, no pueden atribuirse a una falta de diligencia exigida”¹⁴.

Por tanto, al ser reconocido por el mismo Fisco que la marcha se inició con mal tiempo, resulta claro que se obró sin el cuidado que ordinariamente un hombre prudente hubiere empleado en este caso, es decir, el cerciorarse de manera previa que no existiera ningún peligro o indicio de él.

También nos parece correcta la afirmación, apoyada en la doctrina, que afirma que la falta de servicio exige calificar de defectuoso el funcionamiento del servicio público. Esa calificación supone comparar el servicio efectivamente prestado con el que se debió ejecutar por el municipio u otro órgano de la Administración del Estado. Es correcto afirmar por la sentencia de primera instancia, junto con BARROS BOURIE, que la responsabilidad por falta de servicio “supone un *juicio de valor* acerca del nivel y calidad de servicio que era exigible del municipio o del órgano de administración”¹⁵.

Sin embargo, es un error sostener que existe una falta de servicio, toda vez que en los hechos de autos lo que existe es sin duda una falta personal, que tiene una “vinculación directa” con el servicio prestado, ya que se actuó en función de él. Es de ahí de donde emana la responsabilidad estatal que finalmente señalará la Corte Suprema al conocer del recurso de casación en el fondo.

Respecto a la sentencia de la Corte de Alzada, ésta es correcta en su razonamiento, porque si bien existe una falta personal, teniendo en consideración que los funcionarios de planta del Ejército de Chile fueron condenados penalmente, y por tanto no habría en dicha sentencia penal una configuración de falta de servicio, es también claro que el servicio no puede separarse de la falta, ya que “la falta personal ha sido cometida en ejercicio de la función pública”.

La Corte de Apelaciones asume el reto de reintegrar el concepto de falta personal y falta de servicio en este caso. La doctrina francesa señala hace ya bastante tiempo que la falta personal puede coexistir con la falta de servicio. En efecto, puede haber coexistencia de ambas faltas y “al resultar una falta personal no completamente desligada del servi-

¹⁴ Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, pág. 90.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 485-486.

cio, su efecto es la acumulación, esto es, que la víctima de la falta puede elegir entre demandar al agente responsable o bien a la Administración del Estado”¹⁶. En este sentido, si bien la Corte no se pronuncia sobre una posible acumulación, al menos trasciende la clásica clasificación entre falta personal y falta de servicio¹⁷⁻¹⁸.

Por otra parte, en lo que dice relación a la desestimación del recurso de casación en la forma, fundado en que la sentencia no contiene fundamentos de hecho y de derecho, según el Fisco, se desprende de la sola lectura de la sentencia de primera instancia, que ésta si contiene, en la parte considerativa, los fundamentos fácticos y jurídicos necesarios y suficientes para dar cumplimiento a la exigencia del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, respecto a las formas de las sentencias.

El recurso de casación en la forma interpuesto por el Fisco es tremendamente débil, toda vez que sostiene que no existen fundamentos de hecho y de derecho, cuando debió sostener, si esa era su intención, que estos fundamentos eran insuficientes. La “*no existencia de fundamentos de hecho y de derecho*” y la “*ausencia de fundamentos suficientes*” son cosas distintas. Por tanto, es correcto sostener que el recurrente yerra al invocar la causal de nulidad, y en razón de esto es que el recurso no prospera.

Respecto a la relación de causalidad aquí sostenida y analizada por la Corte Suprema, podemos señalar que el nexo causal, respecto a la responsabilidad estatal

“no se trata de un vínculo de causalidad meramente empírico o material, sino que es necesario acreditar una causalidad normativa: es decir, que, atendido el curso causal de los hechos, es razonable y justo imponer sus consecuencias al Estado que no prestó sus servicios en la forma adecuada”¹⁹.

Así mismo, la Corte Suprema vuelve a sostener, al igual que la Corte de Apelaciones, que la falta personal no se encuentra desprovista de vínculo con el servicio, sino que se ha cometido en el ejercicio del mismo, tal como lo sostiene el fallo impugnado. En efecto, los hechos descritos en la primera parte de este comentario demuestran un entorno que está

¹⁶ Georges VEDEL, *Derecho administrativo*, pp. 297-298.

¹⁷ Se configura la falta personal cada vez que el hecho dañoso provocado por el agente está desprovisto de todo vínculo con el servicio.

¹⁸ Señalan MAZEAUD Y TUNC que “por ello la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo para considerar a la falta de servicio, en el estado puro, como una culpa de la Administración. Así los cita Pedro PIERRY ARRAU, “¿Es objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia”, p. 14.

¹⁹ Hernán CORRAL TALCIANI, “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen constitucional o régimen civil?”, p. 22.

vinculado al servicio del que formaban parte los soldados conscriptos, lo que evidencia una clara relación entre la falta personal y el servicio.

La Corte Suprema razona correctamente sobre el concepto de falta personal vinculada al servicio. En efecto, una falta personal se encuentra desvinculada del ejercicio de la función cuando el acto realizado obedece a motivos personales o cuando se ha obrado con la intención de agraviar²⁰. Es decir, que el motivo de la separación entre la falta personal y el servicio, cuando la falta se comete en él, puede ser la existencia de una separación material o bien psicológica. Así, todo lo anterior lleva a concluir que la falta personal sí se encuentra vinculada con el servicio prestado.

Es por esto, que en el considerando 7° párrafo final, el Tribunal de Casación señala:

“En consecuencia, el Estado no puede desvincularse de la falta personal en que han incurrido sus agentes, por cuanto ha sido éste quien ha instalado a los conscriptos afectados en una determinada misión militar y les ha impuesto además la obligación de cumplir con los ejercicios o actividades de instrucción, de modo que la acción desplegada por los funcionarios condenados penalmente *no se encuentra desprovista de vínculo con el servicio, sino que por el contrario, se ha cometido en el ejercicio de la función*, la que se ha ejecutado indebidamente, comprometiendo por tanto la responsabilidad estatal”²¹.

Por tanto, razona correctamente la Corte Suprema toda vez que concluye que se asienta la existencia de una falta personal inescindible de la función pública desplegada por el agente del Estado, tal como lo afirma en el considerando 12°.

Con todo este razonamiento de los Tribunales de Justicia, en especial por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, podemos afirmar que parece ya superada aquella doctrina iuspublicista que sostenía la imposibilidad de que las normas del Derecho Civil fueran aplicadas al Estado y sus órganos.

7. Conclusión

Comentar una sentencia que condene al Estado al pago de una indemnización por ser responsable de un daño que no debió ser soportado por la víctima, en cierto modo, es positivo. VON IHERING señala en este sentido

²⁰ Pedro PIERRY ARRAU, “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, p. 14.

²¹ El destacado es nuestro.

que la subordinación del Estado al derecho otorga garantías respecto al sentimiento nacional del derecho, sentimiento que se vivifica cuando el orden jurídico se aplica desde su cúspide hasta las capas inferiores. Por tanto, sentencias en que se condene al Estado, como la que se analiza acá, tienen como cierto aspecto positivo la provocación del sentimiento del orden, que “no puede nacer en el servidor si el mismo amo provoca de hecho la imposibilidad del orden; de igual manera el sentimiento del derecho permanecerá extraño al súbdito del Estado, si este mismo estruja bajo los pies de sus propias leyes” (IHERING, 1968).²²

La sentencia de la Corte Suprema analizada en este comentario tiene la virtud, junto con las sentencias de primera y segunda instancia, de provocar un sentimiento del orden en el sentido en que IHERING señala, y además en segundo lugar, y más concretamente en lo que dice relación con la responsabilidad extracontractual del Estado, de asumir las nuevas tendencias modernas de los conceptos de la responsabilidad.

De este modo, el argumento que postulan algunos profesores del Derecho público en el sentido de que las reglas del Código Civil serían imposibles de aplicar al Estado y sus órganos porque siendo personas colectivas, no pueden incurrir en actitudes dolosas o culposas, deja de tener fundamento.

La Corte Suprema razona correctamente sobre el concepto de falta personal vinculada al servicio. Una falta personal se encuentra desvinculada del ejercicio de la función, cuando el acto realizado obedece a motivos personales o cuando se ha obrado con la intención de agraviar. Es decir, que el motivo de la separación entre la falta personal y el servicio, cuando la falta se comete en él, puede ser la existencia de una separación material o bien psicológica. Así, todo lo anterior lleva a concluir que en el caso Antuco la falta personal sí se encuentra vinculada con el servicio prestado.

Además, un análisis detenido de la sentencia lleva a distinguir entre tres situaciones jurídicas distintas respecto a la falta de servicio y la falta personal:

- a) la falta personal se separa de la falta de servicio y no se conecta con ésta última;
- b) la falta personal no se separa de la falta de servicio y existe una conexión entre ellas;
- c) aquel caso en que se superponen dos faltas, una falta de servicio y una falta personal.

La sentencia ahora comentada entra dentro de la segunda calificación.

Estas tres situaciones jurídicas que se pueden inferir de la sentencia de la Corte Suprema ya fueron aceptadas por la jurisprudencia francesa

²² VON IHERING, R., *El fin del Derecho (Zweck im Recht)*, p. 237.

en el año 1949 en el caso “*Mimeur, Defaux et Besthelsemer*”, que fijó la doctrina de *faute personnelle non dépourvu de tout lien avec le service* (faltas no desprovistas de todo nexo con el servicio). Por tanto, podemos terminar concluyendo también que en este caso se sigue a la jurisprudencia francesa para obtener una solución en “la tragedia de Antuco”.

Bibliografía citada

- AMERICAN METEOROLOGICAL SOCIETY GLOSARY, Disponible en <http://glossary.ametsoc.org/wiki/Blizzard>, [fecha de consulta: 6 de mayo de 2016].
- BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Extracontractual*, Ed. Thomson Reuters, 2ª Edición, 2013.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen constitucional o régimen civil?”, en BARAONA (coord.), *La responsabilidad de las entidades corporativas*, Santiago, Universidad de los Andes, 2003, pp. 21-45.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, “El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010)”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 23, Santiago, 2011, pp. 109-135.
- PIERRY ARRAU, Pedro, “¿Es objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado actual de la jurisprudencia”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, Santiago, 2004, pp. 73-84.
- PIERRY ARRAU, Pedro, “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 1, Santiago, 2000, pp. 31-71.
- VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, 6ª ed., Madrid, Aguilar, 1980.
- VON IHERING, R., *El fin del Derecho (Zweck im Recht)*, Traducción de Leonardo RODRÍGUEZ, Madrid, B. Rodríguez Serra, 1911.

NORMAS CITADAS

- Constitución Política de la República de Chile
- Código Civil
- Código de Minería
- Decreto con Fuerza Ley N° 164, de 1991, Concesiones de Obras Públicas
- Decreto Ley N° 2.306 de 10 de septiembre de 2005, Sobre reclutamiento y movilización de Fuerzas Armadas

- Ley N° 18.290, de 7 de febrero de 1984, De Tránsito
- Ley 18.575, de 5 de diciembre de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
- Ley N° 18.695, de 26 de julio de 2006, Orgánica Constitucional de Municipalidades
- Ley N° 18.948, de 27 de febrero de 1990, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas
- Ley N° 19.300, de 9 de marzo de 1994, De Bases Generales del Medio Ambiente
- Ley N° 19.799, de 12 de abril de 2002, Sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.
- Ley N° 19.966, de 3 de septiembre de 2004, sobre Régimen de Garantías en Salud
- Ley 20.195, de 3 de agosto de 2007, Que autoriza erigir un monumento en memoria de los fallecidos en la tragedia de Antuco.

JURISPRUDENCIA CITADA

- León con Fisco* (2014) 2° Juzgado Civil de Concepción, Rol 3.864-2009, 6 de septiembre de 2014
- León con Fisco* (2015) Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 1697-2014, 31 de diciembre de 2015
- León con Fisco* (2016) Corte Suprema, Rol N 16.269-2016, 2 de mayo de 2016

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 10 | 2017

SANTIAGO LEGARRE, *OBLIGATORIEDAD ATENUADA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*, BUENOS AIRES, ABACO, 2016, 200 PÁGS.

Alberto F. Garay

1. Introducción

En *Obligatoriedad Atenuada de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, su autor, el profesor argentino Santiago Legarre, encaró una tarea compleja que supo manejar con destreza y erudición. En realidad, como se verá, el libro abarca mucho más de lo que su título anuncia, pero ya se sabe que muchas veces el nombre que se pone a un libro no hace justicia a su contenido.

La obra se presenta dividida en tres partes. En la primera, titulada *Conceptos Fundamentales*, su autor aborda dos temas diversos. Por un lado, nos presenta una visión introductoria de la noción del llamado *stare decisis*, según como se la estudia en el *Common Law*. Por el otro, trata una característica de las sentencias de la Corte Suprema, como es la relacionada con la cantidad de jueces que son necesarios para el dictado de una sentencia válida y el modo en que esos jueces pueden expresarse.

En la segunda parte, trata de los que llama *Presupuestos Habilitantes*. El lector hallará aquí el desarrollo de las exigencias de quórum y mayoría conforme lo ha tratado la legislación a lo largo del tiempo y según como la práctica del Tribunal atestigua.

Finalmente, la tercera parte llamada *La Obligatoriedad de la Jurisprudencia en la Argentina*, es dedicada a la llamada *obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema*. En el penúltimo capítulo se incluye un texto en inglés, sobre el respeto del precedente como límite al ejercicio del poder público. Y en la última sección Legarre vierte sus conclusiones.

Hecha esta presentación, permítanme poner manos a la obra.

2. Conceptos Fundamentales:

Stare Decisis, Unanimidad, Mayoría y Votos Concurrentes

Abordar una característica de la Doctrina del Precedente como es el *stare decisis*, es una tarea complicada. Sobre todo lo es cuando ello ocupará apenas una porción breve de un libro. Porque, como sabe el lector, es muy difícil sintetizar en unas pocas páginas una práctica tan añosa y que se ejercita, con matices diferenciales a veces importantes, en diferentes jurisdicciones (e.g., Reino Unido, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, India.) Aun dentro de un mismo país, como puede ser el caso de Estados Unidos de Norteamérica, profesores y magistrados discuten, por ejemplo, si la doctrina del precedente y el efecto obligatorio de los precedentes pronunciados por un superior tribunal de una jurisdicción (el *stare decisis*) poseen idénticas características, según se trate de un problema regido por el *common law* o por el derecho constitucional (p. 35/36). Diferencias importantes también han existido históricamente entre el *common law* practicado en Inglaterra y en Escocia, por citar otro ejemplo.

La expresión completa es *stare decisis et quieta non movere* y, conforme traduce libremente el autor, ella significa “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. Los autores suelen aludir a ella, indistintamente, como una doctrina, un principio o un efecto.

Si se tienen en cuenta las advertencias formuladas anteriormente, este Capítulo cumple el fin de llamar la atención sobre la importancia que en esta tradición posee la sentencia en tanto precedente, es decir, cómo y en qué medida lo resuelto en un caso por un tribunal superior es obligatorio, vincula a los demás jueces, quienes deberán resolver los casos análogos del mismo modo.

En esta comprensión, el autor defenderá que en la tradición del Derecho Continental no puede hablarse de “precedentes”. Pues, a su entender,

“preguntarse por el precedente es preguntarse si hay una decisión previa aplicable (*on point*) que me obligue a mí como juez a resolver el caso presente de una determinada manera. Y esta pregunta sólo se da, como vimos, en el *common law*” (p. 29).

No obstante, como era natural, empleará el término para referirse indistintamente a la jurisprudencia, basado en que en la jerga de los países civilistas así se lo suele emplear.

Luego mostrará las dos dimensiones clásicas del *stare decisis*, la horizontal y la vertical, según que la obligatoriedad de lo resuelto en un precedente deba ser seguida –ante un caso análogo– por el mismo tribunal

que lo dictó o por los tribunales inferiores a él. Aquí Legarre nos enfrenta a una nueva diferencia de matiz importante entre el sistema norteamericano y el inglés. Pues el primero, según nos comenta acertadamente, históricamente ha sido más flexible que el segundo. Los norteamericanos siempre concibieron como una posibilidad cierta (que ejercitaron en numerosas oportunidades) apartarse de un precedente o de una línea de precedentes. Ellos suelen emplear la expresión “*overrule*” para caracterizar a esa acción. La teoría que respaldaba al sistema inglés, en cambio, no admitía esa posibilidad, rigidez formal que fue flexibilizada en 1966 por la Corte de los Lores (por entonces su tribunal judicial más alto) en la llamada *Practice Statement*. En esta declaración, el alto tribunal inglés reafirmó la “normal” obligatoriedad de los precedentes, si bien admitió que en ciertos casos, bajo ciertas circunstancias, él podía abandonar una línea jurisprudencial por otra considerada más correcta. Tiempo después, otros tribunales de apelación ingleses imitaron esta flexibilización.

Ya como tema final de este Capítulo, el Prof. Legarre nos sumerge en uno de los distinguos más sutiles e importantes de la doctrina del Precedente. Recapitulemos. Hasta aquí el autor, entre otras cosas, nos ha hablado de la obligatoriedad de un precedente, efecto que puede proyectarse en sentido horizontal o vertical. Ahora bien, ¿qué es lo obligatorio? ¿Qué es lo que tiene de característico este modo de resolver? La característica central es la siguiente.

En general, la teoría dice que lo que “obliga” de una sentencia es su “*ratio decidendi*” o su *holding*. La primera expresión es, en general, preferida por los ingleses y la segunda, por los norteamericanos. En este punto, el lector encontrará en el Capítulo no sólo el tratamiento de un aspecto característico de la doctrina del precedente, sino también muchas diferencias de matiz o de grado en punto a qué debe entenderse por esas expresiones, según los autores y los tribunales que se consulten. A veces los significados son semejantes. Otras veces no lo son. En ocasiones los autores coinciden a ambos lados del Atlántico y, en oportunidades, no. Igual variación se encontrará entre los profesores norteamericanos entre sí y los ingleses entre sí. Dado lo controvertido del tema, me parece que aquí y dadas las limitaciones de espacio, debería haberse simplificado un poco más la exposición, presentando la cuestión de modo más esquemático. Esto, me parece, habría producido un resultado menos erudito pero más claro.

Lo cierto es que cuando se habla de la obligatoriedad de un precedente uno debe tener presente tres cosas importantes. Por un lado, debe considerar que lo que obliga de una sentencia no es todo lo que en ella se dice, sino su *ratio decidendi/holding*.

Hay sentencias donde el tribunal declara expresamente cuál es su *ratio decidendi/holding*, redactándola al modo de una regla o un principio. Allí se condensan la o las razones suficientes o más próximas para adoptar la decisión que adoptan. Hay autores y tribunales que admiten esta posibilidad y reconocen a esa formulación como “la” *ratio decidendi/holding* de la decisión.

Para otros, los tribunales subsiguientes no están obligados por esa formulación canónica, sino que están en libertad de explicitar la que para esos jueces es la regla o el principio que surge del fallo anterior. Es decir, para esta corriente de pensamiento, que podría ser denominada como la clásica, es el tribunal que debe decidir un nuevo caso el que determina cuál es la regla explicitable (la *ratio decidendi/holding*) del precedente.

Por otro lado, en el análisis de una sentencia, en el mundo anglosajón hacen otra distinción: el *obiter dictum* (*obiter dicta*, en plural). Con esta expresión aluden a razones, o consideraciones dichas al pasar o incidentalmente o sin la debida o suficiente consideración en la sentencia. Estas expresiones no son obligatorias. Ellas pueden ser mencionadas como dichas en el precedente, pero no obligan en casos sucesivos porque no integran la *ratio decidendi/holding*.

Por último, el tercer aspecto fundamental a tener presente son los hechos relevantes u operativos del precedente y los del caso a resolver. La obligatoriedad de la *ratio decidendi/holding* de un precedente depende enteramente de lo que se considere que son los hechos operativos o relevantes del caso. Conforme dice una expresión harto reiterada, los casos iguales deben ser resueltos del mismo modo. Pero si se juzga que ellos no son iguales o análogos a los del caso a resolver, el juez ya es “libre” de proceder sin esa dependencia.

Teniendo estas precisiones en mente, el autor concluye en el sentido que:

“la regla del *stare decisis* puede reformularse en los siguientes términos más circunscriptos: es la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a la *ratio/holding* de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada (*stare decisis* horizontal) o superior (*stare decisis* vertical)”(p. 42).

El Capítulo II versa sobre el modo de trabajar de los tribunales colegiados. Estas cuestiones son presentadas por el autor como problemas internos de coordinación del grupo. Como es obvio, uno de los problemas centrales que debe enfrentar este tipo de tribunales es qué regla o reglas decidirán la toma de decisiones, las que pueden ser decididas de antemano por una norma constitucional, legal o por el propio tribunal.

En la práctica, las posibilidades suelen reducirse a dos, a saber: “O las decisiones del tribunal colegiado se toman por unanimidad o mediante lo que a veces se llama ‘autoridad’” (p. 46). Siguiendo a Finnis, Legarre expresa que es previsible que si el tribunal se integra con miembros inteligentes y si los problemas que debe resolver son complejos, como es de prever que lo sean, la primera posibilidad queda descartada de hecho. Imponer la expresión de decisiones unánimes es un ideal demasiado ambicioso y quizá pueda exigir sacrificios inconvenientes.

Entonces, en virtud de la regla de autoridad, se adjudica al tribunal una decisión “*adoptada por un número inferior a la totalidad de los integrantes.*” Y entre todas las posibilidades, la prevaleciente es la de la mayoría de los miembros. Es decir que cuando en un tribunal de nueve miembros –nuestro autor ejemplifica con la Corte Suprema de los Estados Unidos, compuesta por esa cantidad de magistrados–, cinco de ellos coinciden en un texto, es la decisión que éste contiene la que prevalecerá sobre los restantes y es este voto mayoritario el que expresará, explícita o implícitamente, la *ratio decidendi/holding* del precedente.

Puede ocurrir, sin embargo, que existan cinco jueces que coincidan con la decisión a adoptar (por ejemplo, revocar la sentencia), pero que no concuerden en las razones que los inclinan a ello. En una situación así, por ejemplo, cuatro de esos magistrados estarán de acuerdo en los fundamentos y un quinto decidirá en el mismo sentido, pero por razones diferentes (o, inclusive, sin expresarlas). Por lo tanto, habrá un voto en el que concurrirá una pluralidad de magistrados (usualmente llamado *plurality opinion*) y otro voto, que usualmente los norteamericanos llaman voto concurrente. En tal supuesto, sólo existirá una mayoría coincidente con relación a cómo debe decidirse el caso (revocar o confirmar la sentencia), lo cual, a esos efectos, es suficiente.

Como corolario de ello, Legarre afirma que esta sentencia, al no contar con una mayoría que concuerde en las razones (sólo cuatro jueces concordaban), no servirá como precedente (p. 49 *in fine*), sutileza esta que es fundamental al momento de identificar un precedente.

Acto seguido, el autor analiza cómo se da el mismo fenómeno en el seno de la Corte Suprema argentina. Comprueba que, en general, el formato de las sentencias es diferente del de la Corte Suprema norteamericana y esa diferencia de formato, en su opinión, facilita errores de percepción al tiempo de verificar qué ocurre con el cómputo de mayorías. Me explico.

La Corte norteamericana, como la argentina, posee distintos formatos de sentencia. En los casos de las sentencias en las que la Corte norteamericana se pronuncia expresando el fundamento de su decisión (allá suele hablarse de una sentencia *on the merits*) se individualiza al autor del voto

y a los jueces que lo han secundado en esa redacción¹. Actualmente, al final de los sumarios (llamados *Syllabus*) que preceden al texto del fallo se anticipa si se trata de una sentencia unánime² o, en el caso que no lo sea, cómo se han formado las adhesiones, concurrencias o disidencias. También se destacará si el preopinante expresa la opinión de una mayoría de la Corte³, de una pluralidad de jueces o si sólo ha habido coincidencia respecto de lo que nuestra práctica procesal llama la parte resolutive o dispositiva de la sentencia⁴.

Así, con ese formato, es más fácil computar si ese voto tiene la mayoría exigida por la ley para que pueda ser considerado un precedente del Tribunal.

Entre nosotros el mecanismo es diferente. En principio y más allá de cuál haya sido el trámite interno de elaboración o construcción del fallo, las sentencias de la Corte Suprema argentina son impersonales y las firmas que obran al pie del fallo respetan el siguiente orden: Presidente, Vicepresidente y, en escala decreciente de antigüedad, los restantes jueces. El problema surge, obviamente, cuando hay votos concurrentes y/o disidencias. Pues, en tal caso, el orden de aparición de los distintos votos seguirá siendo el mismo que comenté recién, lo que puede inducir a cometer errores no sólo a la doctrina sino a la propia Corte, como demuestra Legarre con un ejemplo concreto. En ese caso (“Spinosa Melo”, fallado el 5.9.06), un voto remite al “voto de la mayoría” en un caso anterior, cuando, en realidad, este último no representaba a una mayoría de la Corte porque había sido firmado por dos integrantes solamente. La observación del Prof. Legarre es acertada y el inconveniente no hace sino reflejar uno de los tantos problemas que se presentan en la práctica judicial de los países que, como el nuestro, han dedicado su atención a los desarrollos teóricos y, parejamente, han desatendido el estudio sistemático de las decisiones judiciales.

¹ Esta práctica se inició a partir del famoso caso *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Desde entonces, el Presidente de la Corte adjudica cada caso *on the merits* a alguno de los restantes magistrados, entre ellos denominados brethren.

² Véase, por ejemplo, *Leroy L. Young v. Ernest Eugene Harper*, 520 U.S. 143, 144 (1997); 117 S. Ct. 1148, 1150. *Arizonans for Official and Robert D. Park v. English v. Arizona*, 520 U.S. 43, 47; 117 S. Ct. 1055, 1059.

³ *Michele L. Timmons v. TwinCities Aerea New Party*, 520 U.S. 351, 353 (1997); 117 S. Ct. 1364, 1367.

⁴ Véase *Commissioner of Internal Revenue v. Estate of Otis E. Hubert*, 520 U.S. 93, 96 y 97 (1997); 117 S. Ct. 1124, 1127. *Turner Broadcasting System Inc. v. Federal Communications Commission*, 520 U.S. 180, 184 (1997); 117 S. Ct. 1174, 1183.

3. *Presupuestos habilitantes del funcionamiento de la Corte Suprema argentina*

En el Capítulo III, el autor continúa el tratamiento de la cuestión del funcionamiento de la Corte Suprema argentina, concentrándose ahora en el quórum exigido para su funcionamiento. En este Capítulo el lector hallará una inusual investigación histórica, donde se recorren las diferentes leyes que se han referido al asunto.

Las normas que gobiernan el quórum y las mayorías no son claras, poseen ambigüedades y vaguedades que, hasta el día de hoy, no se han eliminado. No existen reglas que expresamente, *in terminis*, digan “el quórum para funcionar será de X miembros”, como se muestra que ocurre en U.S.A. Lo mismo ocurre con las mayorías para fallar. Las reglas siempre son imprecisas e insuficientes. Por ello, comprender bien el tema exige considerables esfuerzos de interpretación y, en definitiva, de adjudicación de sentido. Ninguna interpretación será concluyente porque los textos que interpretan no lo son. Consecuentemente, obtendremos interpretaciones legales más o menos plausibles. Veamos.

De acuerdo al art. 9 de la ley 27, la Corte “*no podrá expedir sentencia ni auto alguno que no sea de simple sustanciación, sin la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros*”. Mayoría absoluta (expresión que la ley no define) de sus miembros (sin aclarar si se trata de todos los miembros que, según la ley, debe tener el tribunal, o de todos los miembros en actividad o presentes al momento del fallo) es la proporción necesaria que debe estar presente para poder funcionar como tribunal, esto es, para deliberar y decidir las cuestiones que deba resolver, excepto los casos de simple sustanciación (que, dicho sea de paso, no se pormenorizan). Obsérvese, nos recuerda Legarre, que la norma sólo alude a la asistencia necesaria para funcionar, no a qué cantidad de votos de los miembros asistentes sería suficiente para tener una decisión que pueda ser atribuida a la Corte Suprema.

Luego de esta breve introducción, el prof. Legarre encara un estudio comparado, analizando la misma cuestión, en el derecho federal norteamericano, molde sobre el que se vació la Constitución y la legislación argentina en lo que hace a la competencia federal. Allí, luego de sucesivos cambios en la cantidad de jueces de la Corte Suprema y en el quórum para funcionar, se llegó a la relación actual, donde para una integración de nueve miembros, el quórum se estableció en seis. Por último, acompañando sus afirmaciones de referencias judiciales y doctrinarias, Legarre concluye que una vieja práctica consideró que existiendo quórum (es decir seis integrantes), si votan nueve u ocho jueces, la mayoría para “*representar*”

una decisión de la Corte Suprema será de no menos de cinco. Si votaran siete o seis, esa mayoría pasaría a ser cuatro.

El Capítulo culmina con una rica y original investigación histórica y jurisprudencial, de donde concluye que, sin lugar a discusión, en una Corte de cinco integrantes, tres son los miembros que deben estar presentes para que aquella sesione eficazmente. Ahora bien, qué ocurriría si sesionando con tres jueces, es decir, válidamente, uno de ellos disintiera. En tal caso, ¿la mayoría de dos Ministros sería suficiente para representar una sentencia “de la Corte Suprema”? A esto dedicará parte del Capítulo siguiente.

El Capítulo IV, donde se estudia qué mayoría es necesaria para dictar una sentencia válida de la Corte Suprema, está dotado de gran originalidad. Creo que aquí se sacan a la luz precedentes en los que nadie, que yo sepa, se detuvo alguna vez.

Como vimos anteriormente, el artículo 9 de la ley 27, exigía mayoría absoluta de los integrantes del Tribunal, para que éste pudiera funcionar válidamente en todas las cuestiones que no fueran las de mero trámite. Es decir que la norma tolera la interpretación que dice que en una Corte Suprema de cinco jueces, el quórum necesario son tres jueces. La ley 50, sancionada un año después, siguió el mismo criterio, pero en su artículo 22 aclaró expresamente que si dos jueces estaban impedidos de actuar, la Corte podría funcionar con tres. Si hubiera menos, el Tribunal se completaría con conjueces. El autor basa su posición en jurisprudencia y también en doctrina, si bien escasa, que se ha referido al tema.

Luego ataca la cuestión de la mayoría necesaria para predicar que la sentencia pronunciada por esos jueces es la sentencia de la Corte Suprema. El autor muestra tres posibilidades teóricas que se presentan (computar la mayoría sobre un quórum de tres; hacerlo sobre el número total de integrantes del Tribunal o unanimidad de todos los participantes) y analiza el marco normativo. Este último, como ya expresé anteriormente, no proporciona una respuesta concluyente. Parece sí descartar la unanimidad, pues prevé la posibilidad de disidencias, pero no más que esto hallará el intérprete en la ley.

La posibilidad de sentencias con mayorías de 2-1, es decir, decisiones con quórum de tres integrantes, donde dos coinciden en su voto y uno disiente, son decisiones donde hay una mayoría absoluta de los asistentes. Esta variante cuenta la mayoría sobre el quórum y –conforme atestigua la investigación del autor de esta obra– existieron numerosas sentencias de la Corte –desde 1885 hasta mediados del siglo XX– que fueron decididas de esta forma.

En los Capítulos V y VI se analiza el mismo fenómeno, pero desde la segunda mitad del siglo XX hasta el siglo XXI. A través de un minucioso estudio normativo, el autor comprueba que en 1948 la Corte Suprema

sancionó el Reglamento para la Justicia Federal y allí, en el artículo 63, ahora sí titulado “quórum”, dispuso:

“La Corte Suprema podrá decidir las causas con asistencia de la mayoría absoluta de sus ministros siempre que éstos concordaran en la solución del caso. Si hubiera discordia fallará con los ministros necesarios para obtener una mayoría absoluta de opiniones”.

Como surge de su lectura, el artículo trataba no sólo del quórum, sino también de la mayoría que sería necesaria para considerar a la sentencia, como una que pueda serle atribuida a la Corte Suprema, cuando existen discordancia de opiniones. No obstante, el precepto seguía siendo ambiguo y vago. En opinión de Santiago Legarre, este texto parece ir contra la práctica de años anteriores –tolerada por el texto de la ley 27– donde se habían pronunciado sentencias cuya votación era 2-1 (p. 107).

En esta exhumación de reglas poco conocidas, Santiago rescata el novedoso art. 66 del mismo Reglamento, el que, para decisiones donde se declarara la inconstitucionalidad de una norma por primera vez, exigía “*la intervención de la totalidad de los ministros que formaran la Corte al momento de la sentencia*”. Esta cuestión, con redacción diversa, será retomada años después (art. 23 del decreto ley 1285/58). Para el caso que alguno de ellos padeciera algún “impedimento prolongado”, bastaría con la mayoría absoluta y concordante de los ministros.

Dos años más tarde, se sanciona la ley 13.998 donde se vuelve sobre el tema y se varía el lenguaje, siempre impreciso, relacionado con la mayoría y las integraciones (por recusación, excusación, vacancia) del Tribunal en caso de necesitar hacerlo. Leyes posteriores (15.271, 23.498 y 26.183) siguieron tratando, desprolijamente, como destaca el autor en p. 120, la cuestión de las mayorías y los reemplazos en caso de vacancia, recusación o y excusación.

Finalmente, este mar de imprecisiones autoriza al autor a concluir el Capítulo compartiendo con nosotros su duda:

“A mí no me resulta claro que el régimen legal, tanto el de la ley 27 como el actual de la 26.183, impida contar la mayoría sobre el quórum (y dictar sentencias ‘2-1’) por excepción, cuando el Tribunal queda subintegrado; a diferencia de lo que ocurriría con el régimen transitorio, que rigió entre 2006 y 2014, cuando era clarísimo que la mayoría debía contarse sobre el número legal. Aunque sí me preocupa la legitimación de una sentencia dictada por una mayoría de sólo dos votos, en un Tribunal de cinco. Se trata, sin duda, de un problema difícil”.

4. La Obligatoriedad de la Jurisprudencia en la Argentina

Luego de este largo e interesante periplo, el autor retoma la cuestión que principió en el Capítulo I. No me queda claro por qué eligió tratar la obligatoriedad vertical de los precedentes (Capítulo VII) antes que su obligatoriedad horizontal (Cap. VIII); no advierto su conveniencia metodológica ni lógica. No obstante, seguiré su propuesta.

En esta sección, el autor pone su esfuerzo en mostrar qué tipo de obligatoriedad vertical, es decir, de los tribunales inferiores respecto de lo decidido por la Corte Suprema argentina, existe. Luego de un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Suprema que comienza en el año 1870 (es decir, hace casi ciento cincuenta años) donde muestra la inestabilidad de las diferentes variantes que sobre el asunto trató el derecho judicial, el autor se concentra en lo que es la corriente jurisprudencial predominante en la Corte Suprema que identifica, en lo que coincide, como obligatoriedad vertical atenuada o presunción *iuris tantum* de obligatoriedad (p. 144). Según nos informa, se trata

“de una presunción de obligatoriedad que admite prueba en contrario: el tribunal inferior *debe* seguir el precedente relevante, pero puede no hacerlo, siempre y cuando aporte nuevos fundamentos conducentes”.

Legarre dice, desde el Capítulo I (p. 29) y repite ahora (pp. 144, 150), que en la Argentina no puede hablarse de “precedentes” porque el *stare decisis* no existe; ambas son criaturas del *Common Law*. En un sentido, esta afirmación es cierta. La Doctrina del Precedente es característica de esa tradición jurídica. Pero esa ajenidad no brinda toda la respuesta en un país como la Argentina, donde la estructura del poder judicial federal y muchas de sus garantías constitucionales fueron “importadas” básicamente del sistema constitucional norteamericano y sus leyes (y muchas de sus sentencias) reiteradamente emulan o se basan en las de otros sistemas y tradiciones jurídicas. A mi modo de ver, que esa Doctrina pertenezca a esa órbita no impide que algunas de sus características puedan ser “trasplantadas” inteligentemente, es decir, adaptándolas a nuestro medio, para obtener un derecho judicial más elaborado, más justo, más racional o más eficaz. En Argentina y en muchos países de la tradición romanista, somos diestros en el manejo de la ley, como decía Genaro R. Carrió, pero “no se ha desarrollado una buena técnica para fundar correctamente un fallo en otros”⁵. De

⁵ CARRIÓ, Genaro R., *Recurso de Amparo y Técnica Judicial*, Abeledo Perrot 2ª. ed. aumentada 1987, p. 174.

aquí que la discusión debe plantarse, a mi modo de ver, en términos de la conveniencia o inconveniencia de propiciar y desarrollar ciertas prácticas, en tanto ellas satisfagan ciertos propósitos (en el caso, fundamentalmente, igualdad, previsibilidad y seguridad jurídica) y no contraríen las normas constitucionales vigentes.

El prof. Legarre afirma que la doctrina de “Cerámicas San Lorenzo” (*leading case* en la materia)

“fue posteriormente aplicada de forma consistente por la Corte Suprema en todas sus integraciones y por ello puede ser definida como la doctrina oficial del Tribunal acerca de la obligatoriedad de sus precedentes” (p. 145).

Aquí el autor no despeja la ambigüedad de la expresión “*aplicada de forma consistente*”, refiriéndose a esta doctrina. Pues, ¿qué significa aplicar esa doctrina de forma consistente?

El empleo de esta doctrina puede estar motivado en diversas razones y puede producir distintas consecuencias. La cita de este *leading case* suele aparecer en casos que concluyen en la revocación de la sentencia inferior examinada. Existe mucha jurisprudencia donde se la ha invocado en este sentido. Es decir, se la ha empleado en muchas decisiones, reprochándole al tribunal anterior el no haber expresado razones para apartarse (reproche que, en ocasiones ha sido vehemente). También hubo casos donde, si bien en el fallo apelado se sostenía un fundamento diferente, él, a juicio de la Corte, no presentaba novedad. En supuestos como éstos, puede hablarse de consistencia en su aplicación.

Pero esta doctrina tiene otro aspecto. A mi entender su arista más novedosa –si es que el Tribunal la postula cándidamente– radica en que, ante un caso dado (o una serie de casos) la Corte Suprema estaría dispuesta a aceptar que las nuevas razones expresadas por el tribunal inferior son conducentes para habilitar un cambio de su jurisprudencia. Y, en este sentido, si bien existen casos donde la Corte abandona su jurisprudencia, no conozco ninguno donde se destaque que ese abandono fue propiciado por las “nuevas razones” expresadas en la sentencia apelada. Tampoco existe una línea consistente de sentencias en donde la Corte Suprema, no obstante reconocer que la decisión apelada ofrece “nuevas razones”, mantiene su jurisprudencia.

Por otra parte, como nos recuerda el autor, la exigencia que esta doctrina deposita en los tribunales inferiores es muy débil (p. 151). La realidad nos enseña que una sentencia difícilmente agote la expresión de todas las razones que podrían justificarla. Por lo tanto, la doctrina no impone un condicionamiento pesado sobre quienes no coincidan con ese resultado;

alguien bien entrenado es capaz de imaginar muchísimas “nuevas” razones no consideradas por el Tribunal de modo expreso. Estas consideraciones me inclinan a pensar que, si en la formulación de esta doctrina la Corte creyó condicionar seriamente a los jueces inferiores que no coincidan con su jurisprudencia, erró. Esta doctrina no sirve a ese propósito y ejemplo de ello es la cantidad de sentencias que han sido revocadas por apartarse injustificadamente de la jurisprudencia vigente.

Quizá la crítica anterior adolezca de miopía. Puede ser que el Alto Tribunal esté esperando una respuesta más lenta. Es posible que conoedor de la escasa aceptación del principio de la obligatoriedad debido a su jurisprudencia por el sólo hecho de ser tal –aceptación relativa que han comprobado Legarre y Rivera en un importante relevamiento de sentencias de tribunales inferiores⁶– haya preferido recorrer un camino intermedio, más largo y sinuoso, pero que, al final, concluya en una noción más potente.

La obligatoriedad horizontal (también atenuada) de la jurisprudencia es discutida en el Capítulo VIII. Esta sección comienza explicando brevemente cómo, aun en un país de la órbita del *Common Law* como los Estados Unidos, la fortaleza del *stare decisis horizontal* mengua en materia constitucional federal, al nivel de la Corte Suprema. Luego pasa al caso argentino y comprueba que el Alto Tribunal desde sus inicios ha fundado sus sentencias en otras propias anteriores (p. 165). Existe una tendencia a fallar conforme se lo ha hecho en decisiones anteriores y a tratar esas decisiones como si fueran precedentes (pp. 166 y 187). Al mismo tiempo, no es extraño hallar precedentes donde sus hechos se distinguen de algún o algunos casos anteriores (p. 166), u otros, agrego yo, en los que se expresa que el pronunciamiento tendrá efecto solamente prospectivo (Fallos: 330: 2361; año 2007 y 333: 935; año 2010), o, como variante del anterior, se aplica el criterio en el caso y en los casos futuros, pero se anuncia que no se lo aplicará retroactivamente (Fallos: 308: 552; 1986). Estas prácticas, son típicas del *Common Law*.

No obstante, no puede afirmarse que estemos ante un comportamiento sistemático. Nutridos por la inestabilidad institucional y política del país a partir del primer golpe de Estado del año 1930, existen demasiados vaivenes jurisprudenciales como para que esta costumbre haya podido echar raíces sólidas. Además, si bien algunos autores han preconizado las ventajas de un sistema donde se privilegie la igualdad de tratamiento de

⁶ RIVERA (h), Julio César y LEGARRE, Santiago, “La Obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores”, *Jurisprudencia Argentina*, 2006-IV, p. 1333.

los litigantes, la economía procesal, la previsibilidad y la estabilidad de las decisiones judiciales, esa prédica no fue asistida por una cultura que privilegie esos valores y que consolide el cambio.

Concluye el Prof. Legarre:

“ni precedente horizontal ni precedente vertical. El sistema argentino es un híbrido interesante, que va camino, lenta y erráticamente, de delinear sus contornos. Si este híbrido es funcionalmente plausible y racionalmente justificable, en un Estado con un sistema de control descentralizado (como el nuestro), es un interrogante merecedor de la atención de un futuro trabajo”.

En el Cap. IX el autor nos propone el estudio de dos casos concretos, reales, a fin de constatar en ellos los principios que se han ido delineando en la páginas anteriores. Este recorrido es muy útil, puesto que aquí se aprecia al autor y su manejo, en un caso concreto, de aquellas ideas.

En el Capítulo X, en un texto en inglés, podemos apreciar qué es lo que Legarre piensa, aprobatoria o desaprobatoriamente, acerca de los avatares de la historia constitucional judicial argentina y de cómo ella influyó e influye en las decisiones judiciales y en la obligatoriedad horizontal y vertical de muchas sentencias de los tribunales. Compara brevemente el sistema norteamericano, argentino y chileno de control de constitucionalidad y vuelca experiencias personales que han influido en su pensamiento.

El trabajo, teniendo en cuenta las observaciones que he ido realizando a lo largo de este comentario, es uno digno de lectura. Es ameno y refleja una investigación y una dedicación infrecuente respecto de temas complejos cuyo tratamiento urge. Debemos tomarnos el Derecho seriamente y esta contribución nos señala el camino. Como crítica a esta edición diría que la impresión es muy buena, pero el libro debió tener un índice bibliográfico, otro analítico y uno de fallos. Las editoriales tendrían que proporcionar ese servicio que actualmente está enormemente facilitado por los *softwares* que ellas emplean a diario. El índice de contenido no es suficiente.

JOSÉ DÍAZ NIEVA, *EL NACIONALISMO BAJO PINOCHET, 1973-1993*, SANTIAGO, CENTRO DE ESTUDIOS BICENTENARIO, HISTORIA CHILENA, 182 PÁGS.

Eduardo Andrades Rivas

De muy reciente publicación, nos llega el nuevo libro del profesor don José Díaz Nieva, doctor en Derecho y en Historia, académico de la Universidad Santo Tomás. El tomo que comentamos continúa la línea cronológica de una interesantísima y muy documentada edición del mismo autor sobre “Patria y Libertad, el Nacionalismo frente a la Unidad Popular”, que fuera publicada el 2015.

Se trata de un esfuerzo particularmente valioso por estudiar un fenómeno que, huelga decirlo, ha concitado escasa atención de los historiadores del tiempo reciente en nuestro medio. El profesor Díaz Nieva, español de origen y chileno de adopción, se ha ocupado de llenar este vacío recurriendo a una vastísima selección de fuentes de la más diversa procedencia.

Las distintas agrupaciones, movimientos, corrientes y frentes nacionalistas que se expresaron durante el gobierno del expresidente Pinochet presentan empero, menos rasgos comunes y más diferencias de las que a primera vista uno pensaría o, como en el caso de quien escribe estas líneas, recordaría. Estos grupos se nos muestran como un verdadero caleidoscopio de iniciativas personales, contradictorias, competitivas entre sí y en constante mutación y choque, entre las que destacan nombres como los de Gastón Acuña o Álvaro Puga, liderazgos más o menos populistas como Francisco Javier Errázuriz o de cuño nacionalista más auténticamente local, como el caso de Eduardo Díaz Herrera en la Araucanía.

Como indicamos, el autor hace acopio de numeroso material y lo analiza seria y debidamente. Así, el profesor Díaz Nieva va explicando y trazando varios hilos conductores que nos permiten formarnos una idea muy clara de cuáles fueron las motivaciones y distinta fortuna de los grupos

nacionalistas en el periodo indicado. Estimamos que es uno de los mayores méritos del libro, pues si hay un punto de especial complejidad en el estudio del nacionalismo, es el de desmarañar la copiosísima cantidad de nombres, títulos, referencias y siglas que se repiten una y otra vez, hasta producir en cualquiera una virtual confusión mental. El autor logra, con el rigor que caracteriza a sus ediciones, presentarnos un cuadro ordenado de todos los nacionalismos que tuvieron actuación política efectiva en ese tiempo.

El autor no cae en el error de pretender etiquetar a las diversas corrientes limitando de partida lo que debería entenderse por “nacionalismo”, en este periodo de la historia nacional. Existen fuertes dudas al respecto y personalmente me asiste la convicción de que muchos de estos líderes tampoco tenían una idea clara de cuáles eran las vertientes del nacionalismo a las que adscribían.

Cabe destacar igualmente la prescindencia que, en general, tuvo el gobierno del Presidente Pinochet con respecto a estos grupos, actitud en alguna medida debilitada hacia el final de su mandato, hecho condicionado por los sucesos posteriores a la derrota electoral de octubre de 1988.

De especial importancia es el estudio que se da a las ideas nacionalistas de Eduardo Díaz Herrera, líder singularísimo que sí se preocupó de dar forma a un cuerpo de conceptos nacionalistas y los hizo publicar.

Guardando las proporciones de su real peso político, y en definitiva histórico, otros nombres de influencia en el periodo son los de Álvaro Corbalán Castilla, el líder de Avanzada Nacional y su frustrado intento de articular un movimiento político de amplio apoyo al Gobierno Militar. La recurrente presencia de Pablo Rodríguez Grez, respecto de quien el autor aclara cuáles fueron sus reales vínculos con el Presidente Pinochet. Y sin duda el elusivo, multifacético y contradictorio Federico Willoughby, quien recorriera el ideario nacionalista de una forma tan zigzagueante como sorprendente, habida consideración de su defección personal y política en las etapas finales del Gobierno Militar.

Si bien estimo que los estudios sobre el periodo no nos permiten todavía ponderar la justa participación e influencia histórica de los múltiples actores nacionalistas de la época, las investigaciones del profesor Díaz Nieva, y en especial ésta que comentamos, nos van acercando con mayor seguridad a lo que será en definitiva la Historia del Nacionalismo chileno en el siglo xx. Obra meritoria y significativa, pues será escrita, parafraseando la genial afirmación del padre Osvaldo Lira, por “*quien es chileno por español, que no es cuestión de gustos sino de ontología*”.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 10 | 2017

SIGLAS Y ABREVIATURAS

A.A.	Auto acordado
AA.VV.	autores varios
A.G.	Asociación Gremial
<i>al.</i>	<i>alis</i> (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
BBC	British Broadcasting Corporation
<i>c/</i>	con
CABA	Ciudad Autónoma de Buenos Aires
cap.	capítulo
caps.	capítulos
CC	<i>Código Civil</i>
C. de A.	Corte de Apelaciones
CDE	Consejo de Defensa del Estado
CEF	Centro de Estudios Financieros
CENC	Comisión de Estudios para la Nueva Constitución
CEPIS	Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad
Cfr.	confróntese
CGR	Contraloría General de la República
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justicia
comp.	compilador
CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
Const.	Constitución

coord.	coordinador
COT	<i>Código Orgánico de Tribunales</i>
CP	Constitución Política
CPC	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
C.S.	Corte Suprema de Chile
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas
DD.HH	Derechos Humanos
DF	Distrito Federal
DFL	decreto con fuerza de ley
DJU	Doctrina de Jurisdicción Universal de Derechos Humanos
DL	Decreto ley
DS	decreto supremo
ed.	edición, <i>a veces</i> editor
eds.	editores
EEUU	Estados Unidos
EUA	Estados Unidos de América
EIA	Estudio de Impacto Ambiental
EMAS	Eco-Management and Audit Scheme (Plan de Gestión y Auditoría Ecológica)
ENARGAS	Ente Nacional Regulador del Gas
etc.	etcétera
Expte	expediente
FNE	Fiscalía Nacional Económica
GNC	gas natural comprimido
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
inc.	inciso
INTOSAI	International Organisation of Supreme Audit Institutions
ISAPRES	Instituciones de Salud Previsional
ISO	International Organization for Standardization (Organización Internacional de Normalización)
ITEPAS	Instituto de Territorio, Paisaje, Ambiente y Sustentabilidad
LL.M.	Master of Laws
Ltda.	limitada
MINEM	Ministerio de Energía y Minería

n.	nota
N° <i>a veces</i> núm, Nr.	número
N°s <i>a veces</i> Nr	números
NATO <i>a veces</i> OTAN	North Atlantic Treaty Organization <i>a veces</i> Organización del Tratado del Atlántico Norte
ob. cit.	obra citada
OEA	Organización de Estados Americanos
OLACEFS	Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores
ONU	Organización de Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
OPE	Orden Público Económico
OUP	Oxford University Press
p. ej. <i>a veces</i> e.g.	por ejemplo
p.	página
PEN	Poder Ejecutivo Nacional
PIST	Punto de Ingreso al Sistema de Transporte
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Ambiente
pp.	páginas
PP.PP	Presos políticos
Prof.	profesor
PUCV	Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
PUF	Presses Universitaires de France
<i>R.A.A.P.</i>	<i>Revista Andaluza de Administración Pública</i>
<i>R.A.P.</i>	<i>Revista de Administración Pública</i>
R.B.	República Bolivariana
<i>R.E.D.A.</i>	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
res.	resolución
RP	Recurso de protección
RREE	Relaciones Exteriores
s.	siglo
RTI	Revisión Tarifaria Integral
S.A.	Sociedad Anónima

SCS	Sentencia Corte Suprema
S. Ct.	Supreme Court Reporter
sec.	sección
SEBIN	Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional
Sr.	señor
Sra.	señora
Sres.	señores
ss.	siguientes
t.	tomo
TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
TOL	Tirant on line
UE	Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNSAM	Universidad Nacional de General San Martín
U.S.	United State
USA	Unites State of America
v. a veces	<i>v.gr. verbi gratia</i> (por ejemplo)
v a veces	vs. versus
<i>vid.</i>	véase
vol.	volumen
vols.	volúmenes
YPF	Yacimiento Petrolíferos Fiscales

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 10 | 2017

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

2. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes

3. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.

5. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo tres elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); Rol/, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista (en cursivas)*, año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en versales), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en cursivas si es *libro* o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en versales) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES,) / *Título (en cursiva si es libro y entre “comillas” si es artículo)*, año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. [Fecha de consulta: ...].

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

6. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a *Derecho Público Iberoamericano*, correo electrónico rdpi@udd.cl, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o de la coordinadora de redacción, Srta. María José González.

7. Proceso de selección de los trabajos

7. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

Este número, de quinientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de abril de 2017
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

