



DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Nº 5
OCTUBRE DE 2014

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

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Prof. Alejandro Leiva López

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.

Prof. Pablo Rodríguez Grez

Universidad del Desarrollo

(Chile)

Prof. Dr. Danilo Castellano

Università di Udine

(Italia)

Prof. Dr. Gilles Dumont

Université Paris II Panthéon

(Francia)

Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna

Universidad Complutense de Madrid

(España)

Prof. Dr. Miguel Ayuso

Universidad Pontificia de Comillas

(España)

Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut

Universidad de Santiago de Compostela

(España)

Prof. Dr. Santiago Sánchez González

Universidad Nacional de Educación a Distancia

(España)

Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda

Universidad de la Sabana

(Colombia)

Prof. Dr. Santiago Legarre

Universidad Católica de Argentina

(Argentina)

Prof. Dr. Agustín Squella Narducci

Universidad de Valparaíso

(Chile)

Prof. Dr. Javier Couso

Universidad Diego Portales

(Chile)

Prof. Dr. José Ignacio Martínez

Universidad de Los Andes

(Chile)

Prof. Dr. Manuel Núñez

Universidad Católica de Valparaíso

(Chile)

Prof. Dr. Ignacio Covarrubias

Universidad del Desarrollo

(Chile)

EDITOR

Prof. Hugo Fábrega Vega

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

DIRECTORIOS Y CATÁLOGOS

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 3 • Nº 5 • OCTUBRE DE 2014
ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Jorge Enrique Precht Pizarro

Libertad religiosa, laicidad y laicismo en Chile bajo régimen de Patronato (1810-1925)
13

Brigitte Leal Vásquez

Una mirada sobre la evolución histórica de la inspección escolar en Chile
87

Claudio Alvarado R

Algunas consideraciones sobre la propuesta de despenalizar
ciertos casos de interrupción voluntaria del embarazo
111

ESTUDIOS SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

Arturo Ibáñez León

¿Judicialización de la guerra?

Notas sobre la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido en la causa Smith and
others v. The Ministry of Defence y su aplicación de la Human Rights Act de 1998
133

José Díaz Nieva

En torno a la erosión del Estado de Derecho.

Las primeras medidas del gobierno de Salvador Allende: entre el miedo y la polémica
173

Sergio Cea Cienfuegos y Patricio Morales Contardo

Las Fuerzas Armadas en la Constitución Política de la República de Chile
209



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

ENSAYOS

Adrián Rodríguez Alcocer y Marcelo Bartolini Esparza
Las recomendaciones de los organismos internacionales
como herramientas de presión política
231

Sergio Verdugo Ramírez
Leyes de quórum calificado y el debate constituyente
251

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Tomás Henríquez C.
¿Existe la libertad de conciencia y libre ejercicio de la religión
para las personas jurídicas?
Algunas consideraciones a la luz de la sentencia de "Hobby Lobby"
273

Francisco Pfeffer Urquiaga
Información privilegiada.
Criterios asentados en últimas sentencias de la Excma. Corte Suprema
289

RECENSIONES

Juan Cayón
En finir avec l'angélisme penal, de Alain Laurent.
301

Eduardo Soto Kloss
Aproximación a Gramsci, de Eduardo Martín Quintana.
303

SIGLAS Y ABREVIATURAS

309

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

317

PRESENTACIÓN

Tenemos la satisfacción de presentar el quinto número de nuestra revista *Derecho Público Iberoamericano*. Nuestro proyecto se ha ido consolidando con el paso del tiempo. Ya son dos años y medio en que entregamos rigurosamente nuestro aporte en los meses de abril y octubre. En él han colaborado, además de chilenos, especialistas españoles, italianos, brasileños, colombianos, argentinos, peruanos y mexicanos. Se puede decir, entonces, que estamos teniendo una amplia capacidad de convocatoria en el ámbito hispanoamericano y que nuestros colaboradores, desde distintas sensibilidades, han cumplido en su conjunto la meta que nos hemos propuesto, cual es la de problematizar los lugares comunes del derecho público contemporáneo y la de buscar consensos donde abunda la disensión perturbadora. Siempre desde una perspectiva científica, en la que encuentra cabida no solo el enfoque específico del derecho constitucional y del derecho administrativo, sino también el de otras disciplinas complementarias, como la historia de las instituciones jurídicas, el derecho penal, el derecho económico, la filosofía política y la filosofía jurídica.

En este número los estudios se dividen en dos temáticas: derechos fundamentales y Estado de Derecho. En la primera temática publicamos un trabajo del profesor Dr. Jorge Precht, donde analiza el problema de la libertad religiosa, la laicidad y el laicismo durante el Régimen de Patronato en Chile, destacando su singular trayectoria. En segundo lugar, se aborda, de mano de la profesora Brigitte Leal, la evolución de la inspección escolar y de la función de superintendencia educacional en nuestro país, particularmente durante los siglos XIX y XX, problematizando su proyección a nuestros días. La tercera entrega pertenece al profesor Claudio Alvarado, en la que examina los conceptos e implicancias de los denominados aborto terapéutico, aborto por violación y aborto por inviabilidad fetal en los proyectos de ley en curso.

En materia de Estado de Derecho, el profesor Arturo Ibáñez se centra en la ejemplaridad del derecho inglés a fin de evaluar la importancia de la HRA y su proyección en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Reino Unido, reflejada en la causa *Smith and others v. The Ministry of Defence*. A continuación, el profesor español Dr. José Díaz Nieva se ocupa del fenómeno de la erosión del Estado de Derecho en el gobierno de

Salvador Allende, tomando como referencia las medidas político-jurídicas adoptadas durante los primeros cien días. Finalmente, los profesores Sergio Cea y Patricio Morales describen la evolución histórico-constitucional de las Fuerzas Armadas en la tradición constitucional chilena, defendiendo la necesidad de una mención adecuada de ellas ante la hipótesis de un cambio de Constitución.

En la sección “Ensayos” nos encontramos con dos interesantes escritos. Uno es hechura de los profesores mexicanos Adrián Rodríguez Alcocer y Marcelo Bartolini Esparza. En él abordan la problemática tan actual de las recomendaciones de los Organismos Internacionales como herramientas de presión política. El segundo ensayo es de autoría del profesor Sergio Verdugo y se centra en el examen de la discusión académica y política nacional relativa a la legitimidad de las leyes de quórum calificado.

En la sección “Comentarios de jurisprudencia” incluimos un análisis del profesor Tomás Henríquez acerca de la reciente y polémica sentencia *Hobby Lobby* de la Suprema Corte de Estados Unidos de América. En materia de derecho económico, nos referimos también a los criterios asentados en las últimas sentencias por la Corte Suprema en materia de información privilegiada, obra del profesor Francisco Pfeffer.

Concluimos con las “Recensiones”, donde se destacan dos libros: *En finir avec l’angélisme penal*, de Alain Laurent, y *Aproximación a Gramsci*, de Eduardo Martín Quintana, los que son reseñados respectivamente por los doctores Juan Cayón y Eduardo Soto Kloss.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director
Derecho Público Iberoamericano

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 5 | 2014

Estudios sobre derechos fundamentales

LIBERTAD RELIGIOSA, LAICIDAD Y LAICISMO EN CHILE BAJO RÉGIMEN DE PATRONATO (1810-1925)

RELIGIOUS FREEDOM, LAICITY AND LAICISM AT PATRONAGE REGIME IN CHILE (1810-1925)

*Jorge Enrique Precht Pizarro**

Resumen

Chile estuvo bajo régimen de Patronato desde su independencia (1810) hasta la Constitución de 1925, que separó la Iglesia Católica del Estado, eliminó el que tal Iglesia fuera Iglesia oficial y terminó con el presupuesto del culto, mediante un acuerdo amigable. El presente trabajo muestra que las relaciones Iglesia-Estado durante tal período fueron, en general, pacíficas y terminaron siempre en consensos, incluso en el tiempo de las llamadas leyes laicas.

De esta manera, la laicidad que emana de este proceso es una laicidad compartida y el laicismo chileno es un laicismo dialogante. Por ello, las categorías clásicas de laicidades buenas y malas (cerradas o abiertas) y laicismos siempre perversos no permiten abordar el proceso chileno con propiedad.

Palabras claves: Chile, Patronato, Iglesia Católica y Estado, Iglesia y sociedad civil, ultramontanismo, Masonería, protestantismo, clericalismo, Santa Sede, concordato.

Abstract

Chile was under the rule of patronage from its independence (1810) until the Constitution of 1925, which established the separation between the State and the Catholic Church, desestablishing it and supressing its public funding. This was approved by an agreement reached on good

* Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 7 de julio de 2014 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2014. Correo electrónico: jorgeprecht@gmail.com.

terms. This work shows that the relationship between Church and State on such period were, generally, pacific and always ended in friendly terms, even during the time of the so called laic legislation.

Thus, that laicity that stems from this process was agreed upon, and so the Chilean laicism is a friendly laicism. Therefore, the classic categories of good and bad laicities (narrow and wide), as well as the notion laicism as always evil, do not apply properly to the Chilean process.

Key words: Patronage, Catholic Church and State, Church and Society, Ultramontanism, freemasonry, protestantism, clericalism, Holy See, Concordat.

1. Introducción

Chile, a pesar de la secularización –inserta en la globalización–, permanece aún siendo católico¹.

¹ Chile tiene una población de 11.226.309 (de 15 años o más) con 7.853.428 de católicos 69,95%, 1.699.725 de evangélicos 15,14% y 119.455 de Testigos de Jehová 1,06%, 14.976 judíos 0,13%, 103.75 mormones 0,09%, 2.894 musulmanes 0,025%, 6.959 ortodoxos 0,061%, 493.147 otra religión o credo 4,39%, 931.990 de agnósticos 8,3%. Resultados generales Censo 2002. Cuadro 6.1: Población de 15 años o más, por religión, según división político-administrativa, sexo y grupos de edad.

El informe de prensa de World Values Survey 2006 indica que “la importancia de la religión disminuye sistemáticamente de 51% a 40% entre 1990 y el año 2006. En 1990 la religión ocupaba el tercer lugar de importancia después de la familia y los amigos, siendo desplazada en 1995 por el tiempo libre y pasa a cuarto lugar (página 8). Sobre el tema véase J. S. VALENZUELA; E. TIRONI; Timothy SCULY, *El eslabón perdido familia, modernización y bienestar en Chile, passim*. Las cifras recientes son aun más desfavorables para la Iglesia Católica debido a los escándalos de abusos sexuales de algunos clérigos. El censo de 2012 señala que sobre una población de 13.045.80, se declaran católicos 8.695.226 (66,65%); evangélicos o protestantes 2.145.092 (16,44) y sin ninguna religión 1.497.771 (%). Censo 2012.

Cuadro 6.1. La Encuesta Nacional Bicentenario Adimark-Pontificia Universidad Católica de Chile, entrega la siguiente progresión entre 2006-2012: Católicos 70% (2006), 66% (2007), 67% (2008), 67% (2009), 63% (2010), 63% (2011) y 59% (2012). Por lo tanto, en siete años los católicos habrían perdido un 11% de sus fieles. Los evangélicos muestran los siguientes guarismos: 14% (2006), 18% (2007), 14% (2008), 16% (2009), 17% (2010), 15% (2011) y 18% (2012). Ello significa que los evangélicos-protestantes en los mismos siete años habrían ganado 4% de miembros más.

Respecto a la confianza en la Iglesia Católica, la Encuesta de la Universidad Diego Portales concluyó que el 2012 el 28,2% confiaba en ella, en tanto que el 2013 solo el 24% confía en ella. El Centro de Políticas Públicas arriba a una conclusión distinta. La Iglesia Católica en el 2011 tenía un 37% de entrevistados que confiaban en ella, en 2012 un 32% y remontaba en el 2013 a un 34%. La última entrega de la Encuesta Bicentenario señala

Ahora bien, esta situación y la centralización sufrida por la Iglesia Católica Romana a contar de Pío IX hacen que las mismas ideas sustentadas en la sede romana sean repetidas y propagadas en Chile.

La distinción laicidad y laicismo, nacida en 1946 de boca de los obispos franceses y que permitió al Movimiento Republicano Popular votar favorablemente una Constitución francesa en que se decía ser el país galo una “República laica”, es el eje de la posición del catolicismo chileno². El catolicismo rechaza el laicismo y se adhiere a una laicidad “sana” o “abierta”. El laicismo es mirado como un movimiento antirreligioso, intolerante y sectario³.

Pero la laicidad del Estado es un principio, un valor, y una tarea. El laicismo es el movimiento que busca implantar en una sociedad las consecuencias políticas y jurídicas de dicho principio. Es curioso que

que según sus datos la Iglesia Católica sube en el índice de confianza por primera vez en cinco años: 44% (2006), 35% (2010), 29% (2011), 27% (2012) Y 31% (2013). La Iglesia Evangélica se mantiene en un 20% en 2013, la misma cifra de 2012 y 2011 (Fuente: *El Mercurio*, Santiago, domingo 13 de octubre de 2013, Reportajes, p. D15).

² El término ‘laïcité’ surge en Francia después de 1870 para indicar no solo la separación de la Iglesia y el Estado, sino la exclusión de lo religioso en el ámbito público (matrimonio, registro civil, las asociaciones religiosas y la enseñanza, tanto pública como privada). La cuestión ética de votar a favor de la laicidad del Estado se planteó en 1946 al entonces poderoso Movimiento Republicano Popular, encabezado por Maurice Schuman. Los obispos franceses dijeron que rechazaban una “laicidad antirreligiosa”, pero que aceptaban la laicidad como “la autonomía soberana del Estado” y condenan el “clericalismo”, tendencia que podría adoptar una sociedad espiritual de servirse de los poderes públicos para satisfacer su voluntad de dominación (Asamblea de los Cardenales y Arzobispos de Francia, noviembre de 1945). Véase *Documentation Catholique* 1946, pp. 6-7.

³ El Compendio de Doctrina Social de la Iglesia mantiene la dupla laicidad y laicismo y hablará por un lado de “laicidad y principio de laicidad” y por otro de “incorrecta interpretación de la laicidad” y de “laicismo intolerante” (N^{os} 571 y 572). Al parecer es Pío XII el autor de la expresión “sana laicidad” (discurso de 23 de marzo de 1958); pero ha sido utilizada asimismo por Juan Pablo II y Benedicto XVI.

Para Juan Pablo II véase discurso al embajador de Francia ante la Santa Sede el 24 de octubre de 1998. Lo mismo en el discurso al embajador de México el 24 de febrero de 2004 y Carta de Juan Pablo II al Presidente y a todos los obispos del Episcopado galo, 13 de febrero de 2005. Igualmente al recibir cardenales y obispos de la Conferencia Episcopal Española el lunes 24 de enero de 2005, Benedicto XVI emplea “laicidad sana” al reunirse con el presidente italiano Carlo Azeglio Ciampi el 24 de junio de 2005, y al responder al embajador mexicano el 23 de septiembre de 2005.

La adjetivización del laicismo es siempre negativa. Los obispos españoles hablan de “laicismo intolerante” y de “nacional-laicismo” (Valencia), “fundamentalismo laicista” y “laicismo agresivo” (cardenal Herranz), “nueva confesionalidad: la laicista” (Toledo), “laicismo beligerante” (Jerez) y que “amordaza las conciencias” (Pamplona). Véase el interesante aporte de Antoni Matabosch, presidente de la Fundación Joan Maragall: *Estat Laic, Laicista o aconfesional?*

pueda existir una “laicidad sana” y nunca un “sano laicismo”. El laicismo es siempre demonializado⁴.

Mi posición es que debe darse a la laicidad siempre una acepción positiva, existiendo en cambio múltiples formas de laicismo.

El hecho de que hayan existido abusos en la tarea del laicismo no significa que siempre sea negativo. Menos aún que se justifique la casi unánime oposición católica a dichos movimientos históricos⁵.

Ese marcado tinte ideológico de la distinción (¿Cuándo comienza una laicidad “abierta” a ser “cerrada”? ¿o una “sana” se vuelve “enferma”?) pone en duda la asociación del catolicismo a los valores de laicidad y me lleva a pensar que la Iglesia a menudo no acepta la laicidad, ya que la combate en sus consecuencias prácticas, no todas ellas son condenables *in toto*.

Esta dupla laicidad-laicismo me recuerda la célebre distinción de monseñor Dupanloup tesis-hipótesis, por la cual se acataba el *Syllabus*, pero no se aplicaba. Aquí, a pretexto de atacar el laicismo, quizá exista una “adhesión condicionada” a la laicidad misma⁶. ¿Hasta qué punto la condición anula la adhesión?

Un signo esperanzador para el catolicismo, un enfoque distinto, es el que da Benedicto XVI: “Hoy me parece evidente que la laicidad, de por sí, no está en contradicción con la fe”⁷.

⁴ El empleo de laicidad-laicismo se encuentra en el editorial de “La Civiltà Católica” N° 3609 y en los trabajos de Giuseppe DALLA TORRE, “Laicità dello Stato. A proposito di una nozione giuridicamente inutile”, pp. 274 y ss. Véase del mismo autor: “La Chiesa e l’Europa nel XIX secolo”, pp. 404-411.; “Modelli europee di laicità”, pp. 84-93.

La tarea de calificar la laicidad ha hecho escuela en Francia: “laicidad-cooperation” (René Remond); “laicidad de comprensión” (Regis Debray); “laicidad abierta” (Jean Baubérot); “laicidad positiva” (Sarkozy);

⁵ En la entrevista concedida por el cardenal Ratzinger al diario *La Repubblica* el 19 de noviembre de 2004: implícitamente el Papa reconoce que también hay un “laicismo justo”. “El laicismo ya no es aquel elemento de neutralidad que abre espacios de libertad a todos. Comienza a transformarse en una ideología que se impone a través de la política y no concede espacio público a la visión católica y cristiana...”. Es también lo que dice un agnóstico como Luc Ferry: “La laicidad no implica el fin de lo sagrado”.

⁶ El ataque al laicismo viene de lejos. Al establecerse la fiesta de Cristo Rey dice Pío XI: “la peste de nuestra época es el llamado laicismo, con sus errores e iniciativas criminales”... (la fiesta de Cristo Rey se celebrará) “para acusar y reparar de alguna manera la apostasía pública generada por el laicismo, tan desastrosa para la sociedad” (encíclica *Quas primas*, 11 de diciembre de 1925). La palabra ‘peste’ se encuentra también en *Vehementer Nos* de febrero de 1906 de San Pío X.

⁷ En el vuelo hacia París en un encuentro con periodistas, Benedicto XVI expresó el viernes 12 de septiembre de 2008: “Hoy me parece evidente que la laicidad, de por sí, no está en contradicción con la fe. Diría incluso que es un fruto de la fe, puesto que la fe cristiana, desde sus comienzos, era una religión universal y, por tanto, no identificable con un Estado; es una religión presente en todos los Estados y diferente de cada Estado. Para

2. El caso chileno. Un Estado bajo régimen de Patronato

2.1. ANTECEDENTES GENERALES SOBRE EL REGALISMO

Desde 1810 hasta 1925, Chile tuvo una religión oficial: la católica romana. Es el artículo 5° de la Constitución de 1833:

“La religión de la República de Chile es la Católica, Apostólica, Romana con exclusión del ejercicio público de cualquiera otra”

Este régimen continuaba el regalismo de la Corona Española. El Presidente de la República reemplazaba al Rey. De allí facultades tales como la de

“presentar para los arzobispados, obispados, dignidades y prebendas de las Iglesias catedrales, a propuesta en terna del Consejo de Estado. La persona en quién recayere la elección del Presidente de la República para nominar Arzobispo u Obispo, deberá además obtener la aprobación del Senado” (artículo 82 N° 8 de la Constitución de 1833)⁸.

los cristianos ha sido siempre claro que la religión y la fe no están en la esfera política, sino en otra esfera de la vida humana. La política, el Estado, no es una religión, sino una realidad profana con una misión específica”.

En el discurso de Benedicto XVI en el Palacio del Eliseo, el viernes 13 de diciembre de 2008 dirá al Presidente Sarkozy: “En este momento histórico en que las culturas se entrecruzan cada vez más entre ellas, estoy profundamente convencido de que una nueva reflexión sobre el auténtico significado y la importancia de la laicidad es cada vez más necesaria. En efecto, es fundamental, por una parte, insistir en la distinción entre el ámbito político y religioso para tutelar tanto la libertad religiosa de los ciudadanos, como la responsabilidad del Estado hacia ellos y, por otra parte, adquirir una más clara conciencia de las funciones insustituibles de la religión para la formación de las conciencias. Y de la contribución que puede aportar, junto a otras instancias, para la creación de un consenso ético de fondo en la sociedad”.

⁸ El sistema incluía a la par un régimen de Patronato con la obligación de sostener las necesidades del culto católico (Presupuesto del Culto). Hasta 1853 la Iglesia se mantenía con recursos provenientes de sus propias fuentes y de los diezmos y primicias. Este tributo de los diezmos y primicias fue transformado en el impuesto territorial en ese año, en acuerdo con la Santa Sede, que creó el compromiso del Estado de establecer el Presupuesto del Culto. El impuesto territorial pasaba a las arcas fiscales. Sobre el tema véase Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile. Análisis históricos y doctrinales*, pp. 45-52: La ley concordataria sobre conversión del diezmo de 15 de octubre de 1853. Jurídicamente existía un “patronato de hecho” que el Gobierno de Chile ejercía con la tolerancia de la Santa Sede. Estrictamente no existió unión de Iglesia y del Estado. Tal unión no figura en el texto constitucional y no conozco norma jurídica que use esa expresión. Intentos de jansenismo los hubo, así como intentos de constituir

La Corona Española obtuvo los derechos de patronato mediante una concesión del papa Julio III en 1588. Chile Republicano entendió que su gobierno era en este punto continuador de la Monarquía Española, en derechos tales como el patronato propiamente dicho, el *exequatur* o pase regio, el recurso de fuerza para hacer intervenir los tribunales civiles en contenciosos eclesiásticos y el juramento de las autoridades eclesiásticas ante las autoridades civiles al asumir sus cargos. Por otra parte, al asumir su cargo el Presidente de la República juraba ante los Santos Evangelios.

2.2. LA PRIMERA DISIDENCIA RELIGIOSA:

LOS PROTESTANTES

Los viajeros protestantes de paso por Chile (Samuel Haig y Eduardo Poeppig) señalaron que los disidentes gozaban de plena libertad para practicar privadamente sus creencias, pero les estaba prohibido el culto público.

En 1837 llegó un capellán anglicano. En 1841 otro. El capitán Allen F. Gardiner organizó una sociedad misionera para evangelizar los indígenas de la Patagonia. En 1855 llegaron los presbiterianos, que construyeron la Union Church de Valparaíso y los anglicanos levantaron su iglesia dedicada a san Pablo. El misionero David Trumbull realizó un amplio ministerio en Valparaíso y en Coquimbo desde 1845. En 1863 polemizaron en Valparaíso Mariano Casanova, párroco, y el pastor Trumbull sobre la procesión de san Isidro. Chile aseguró a los emigrantes no católicos la libertad de

una Iglesia Católica independiente en 1812 en el artículo primero de la Constitución de ese año: “la religión católica, apostólica es i será siempre la de Chile”. El representante de Estados Unidos Hernan Allen en 1824 se esforzó porque no existiera en Chile religión oficial, dado que era una República (*The Record*, 12 de octubre de 1887, p. 3).

Sobre una interpretación desde el ángulo protestante de ese periodo histórico véase Humberto LAGOS SHUFFENEGER, “Los nuevos espacios del pluralismo religioso en el periodo de la independencia de Chile” (conferencia inédita), 2010.

Es clara la influencia del cónsul bostoniano J. R. Poinsett, amigo de Camilo Henríquez y de José Miguel Carrera, el gran patriota chileno. Humberto Lagos sostiene (sin indicar fuente) que Carrera habría rechazado en su lecho de condenado al sacerdote católico argumentando otra “aproximación a la fe cristiana”, pero el mejor biógrafo de José Miguel Carrera, que es Benjamín Vicuña Mackenna, sostiene que recibió los últimos sacramentos de manos del Padre Lamas, que fue el confesor pedido por el patriota por ser el confesor de su suegra doña Rosario Valdivieso. Pero es evidente la relación de Carrera con Estados Unidos, país que financió la expedición que lo llevó a Buenos Aires al intentar pasar a Chile. El cónsul de Estados Unidos en Buenos Aires, John Forbes, al dar cuenta de la muerte de Carrera al Ministro John Quincy Adams lo califica de “hombre extraordinario”. Véase Benjamín VICUÑA MACKENNA, *El ostracismo de los Carrera*, pp. 347-348. La cita del informe del Cónsul Forbes fue tomada del *American State Papers*, tomo IV, p. 822. Véase Patricio ESTELLE: “El debate de 1865 sobre la libertad de cultos y de conciencia”, pp. 183 y ss.

conciencia y la de cultos. En especial en el caso de la emigración alemana al sur del país en la segunda mitad del siglo XIX.

Entre 1833 y 1865 los pasos a favor del pluralismo religioso fueron escasos. Empero debe señalarse la pequeña población extranjera no católica en el Chile del siglo XIX, sobre todo en su primera mitad. Las iglesias protestantes no eran iglesias populares, sino ante todo iglesias de británicos o alemanes dedicados al comercio y bien pronto vinculados por lazos familiares con la elite gobernante. En el periodo colonial había una experiencia cultural en la población que vinculaba al protestantismo y la piratería enemiga del Rey que asolaba las costas de Chile, Perú y México. Por lo demás, los ingleses tomaron por la fuerza Montevideo y Buenos Aires en 1806-1807. Volveremos sobre este punto más adelante.

2.3. LA MASONERÍA CHILENA EN SUS INICIOS

Dentro del pluralismo ligado a la libertad de conciencia debe asimismo considerarse a la Masonería chilena. La Masonería es claramente mencionada a mediados del siglo XVIII. Uno de los acusados a la Inquisición de Lima fue el gobernador de Valdivia Ambrosio Sáez de Bustamante, pero su proceso fue archivado. No sucedió lo mismo con Jacques de Lagrange, francés, enviado como reo a España, con enajenación de sus bienes. Nos dice Böhm:

“Numerosos francmasones residentes en Curazao, muchos de ellos de origen ibérico o sefardíes, se habían establecido tanto en Venezuela como en Colombia en las primeras décadas del siglo XIX. Es así como encontramos a varios judíos sefardíes como cofundadores y adherentes a diversas logias francmasónicas en aquellos países, como es el caso de Manuel de Lima y Sola, ‘iniciado’ en Caracas en el año 1842”⁹.

⁹ Véase el estudio de Gunter BÖHM, *Manuel de Lima, fundador de la Masonería Chilena, Judaica Iberoamericana*, Centro de Estudios de Cultura Judaica, Universidad de Chile, 1979. Manuel de Lima funda el 1 de enero de 1849 la firma De Lima. Herbstaedt y Cía., sucesores de Eduardo Rosenberg. Los estatutos fundacionales del Colegio Alemán en Valparaíso son firmados por Manuel de Lima, Philipp Calmann e Hipólito Adler, entre otros, el 31 de diciembre 1857. Los 3 son judíos. Sobre la historia de la Masonería en Chile véase Benjamín OVIEDO, *La Masonería en Chile, passim*; Alfredo BARAHONA, *Bosquejo histórico de la Logia “Unión Fraternal N° 1”, passim*; René GARCÍA VALENZUELA, *El origen aparente de la Francmasonería en Chile y la respetable Logia Simbólica “Filantropía Chilena”, passim*. Es muy útil el libro de Fernando PINTO LAGARRIGUE, *La Masonería y su influencia en Chile, passim*. Las actuaciones y escritos católicos contra la Masonería chilena van a estar muy influidos por la prensa católica francesa. Con posterioridad a su aparición el libro de monseñor DE SEGUR, *Les Francs-Maçons, Librairie Saint-Joseph*, Paris 1884, tendrá en el catolicismo chileno el mismo éxito que en la mayoría de los países católicos europeos. Véase Emile POULAT-Jean-Pierre LAURANT, *L’Antimaçonisme Catholique, passim*.

El antecedente primero sobre la Masonería en Chile republicano es la logia Filantropía Chilena fundada en 1827 por Manuel Blanco Encalada, pero de corta vida. También tuvo problemas la logia L'Etoile du Pacifique, fundada por franceses, fue declarada “en sueño” y refundada en 1850, unida al Gran Oriente de Francia en 1853. La primera logia propiamente chilena fue la Unión Fraternal, instalada en Valparaíso el 3 de marzo de 1855 y que en agosto de ese año eleva a Juan de Dios Arlegui como Venerable Maestro. Firma el ex Venerable Maestro Manuel de Lima. De Lima es reelegido como Venerable el 30 de diciembre de 1859.

A partir de esos años se establece una lucha denodada entre la Iglesia Católica y las logias masónicas. La Gran Logia de Chile fue instalada el 24 de mayo de 1862 como reacción a la intervención de Napoleón III, que el 11 de enero de 1862 nombra por sí y ante sí al Gran Maestro de la Orden Masónica en Francia. Ello provoca que se niegue por las logias chilenas la obediencia al Gran Oriente de Francia.

Ahora bien, el liberalismo influyó en Chile desde la independencia. El pensamiento liberal estuvo por mantener el “regalismo”. En esto se encontraban conservadores y liberales. Ambos querían el control de la Iglesia y especialmente el control de los nombramientos episcopales. En 1840 fue creada por ley la Arquidiócesis de Santiago y en 1841 designado como primer arzobispo monseñor Manuel Vicuña, el cual juró ante las autoridades civiles.

Por otra parte, si bien Chile era también influenciado por la secularización¹⁰, el país se mantuvo dentro de los cánones de una república católica sujeta a un régimen regaliano. Tanto el Estado como la Iglesia Católica en Chile se encontraron hasta mediados del siglo XIX en un proceso de construcción y consolidación institucional.

La elite gobernante de origen aristocrático-colonial, cuya base económica era la agricultura, supo incluir en sus rangos a las nuevas fortunas provenientes de la minería, el comercio y la banca, no dejando que se

¹⁰ Tomo los conceptos de secularización, regalismo y más tarde de ultramontanismo de los trabajos de Ricardo Krebs y Sol Serrano. Esta última –autora de la investigación más profunda sobre estos temas en el siglo XIX– describe la “secularización” de la manera siguiente: “La secularización del Estado es el proceso de construcción de una soberanía basada en la voluntad de los ciudadanos, fuente de legitimidad de un Estado representativo que se constituye en la fuente única de un derecho igual para todos”.

Soledad Correa muestra que, si bien la Iglesia Católica fue paulatinamente perdiendo terreno en el ámbito estatal, lo fue ganando en el ámbito de la sociedad civil, utilizando a su favor los derechos que el liberalismo podía otorgarle como parte de dicha sociedad.

La obra de Sol SERRANO, *¿Qué hacer con Dios en la República? Política y secularización en Chile (1845-1885)*, p. 22.

produjera el desarrollo de una clase burguesa¹¹. Una clase media va a aparecer en los últimos años del siglo XIX, primero en Valparaíso y luego en las demás ciudades.

Hasta el presente, del seno de la elite van saliendo los dignatarios eclesiásticos y el clero secular. Basta ver sus apellidos y sus lazos familiares.

3. *El primer arzobispo, don Rafael Valentín Valdivieso. Consolidación de la Iglesia Católica*

En 1845 es elevado a la sede arzobispal de Santiago monseñor Rafael Valentín Valdivieso.

En 1840 la Santa Sede reconoció a Chile como Estado independiente, superando la barrera creada por León XII, que publicó la encíclica *Etsi iam dui* en 1824, en la cual se pedía la restauración de Fernando VII en América.

Valdivieso organiza la institución eclesial y eclesiástica, la curia diocesana y su archivo. Pacta en el nombre de la Santa Sede el financiamiento de la Iglesia a través del presupuesto del culto en 1853. En esta operación Valdivieso salvó el dinero de la Iglesia en una hábil negociación con autorización de Roma.

Es evidente que ello significó reconocer el Patronato con todas sus atribuciones y quedar asimismo atado por el presupuesto del culto, pero en los hechos implica también que se ha pactado con la Santa Sede y no es solo un acuerdo interno entre chilenos.

Surge lo que se ha llamado “regalismo”, es decir, mediatizar la relación con el Papa colocando al Rey, ahora la República, de por medio.

Hay un regalismo político y un regalismo clerical. El regalismo político significa que el Estado controla a la iglesia doméstica y hay un regalismo clerical que acepta ese control dentro de márgenes asegurados por Roma y apoyándose en el artículo 5° de la Constitución, que establece la religión Católica como religión oficial¹².

El patronato era el conjunto de poderes concedidos a los Reyes por la Santa Sede y tenía como contrapartida la protección de la Iglesia Católica, religión oficial, y su financiamiento.

¹¹ Simón COLLIER y William. F. SATER, *Historia de Chile 1808-1994*, p. 89.

¹² “...la romanización a mediados del siglo era un proceso emergente necesario para construir una Iglesia homogénea y uniforme, en contraposición al conglomerado institucional que la caracterizaba en el régimen colonial y así poder vincularse con el Estado como un actor único sin espacio para que actores distintos de la jerarquía pudieran entrar en negociaciones”. Sol SERRANO, *op. cit.* pp. 87-88.

El regalismo español es de larga data. Se puede mostrar como un antecedente el Memorial de 1633 presentado en Roma en nombre de Felipe IV por el obispo de Córdoba Pedro de Pimentel y el Consejero de Castillo Juan de Chumacero, reclamando contra los abusos de la intervención del Papa en el interior de la Monarquía Católica.

Ahora bien, el regalismo que Chile republicano usurpa es el del siglo XVIII, esto es, el regalismo borbónico que coloca a la Iglesia Española en manos de los Reyes y comprende el *exequatur* y los recursos de fuerza.

El regalismo se ve acentuado por la expulsión de los jesuitas, firmes defensores de la autoridad papal.

Este regalismo coincide con el francés, llamado “regalismo galicano”, que es manifestado en la *Declaratio cleri gallicani* aprobada por la Asamblea del Clero francés en 1681-1682 y la proclamación de las libertades galicanas de Luis XIV. El galicanismo francés es más acentuado que el español y en la práctica Luis XIV actuó como jefe de la Iglesia en Francia.

Como sabemos, el Estado de Chile pretendió seguir con el Patronato, lo que la Santa Sede toleró de *facto*. En especial, el nombramiento de obispos titulares y su juramento fueron aceptados siempre con restricciones¹³.

Así, por ejemplo, la Iglesia Católica rechazará el gobierno de los obispos elegidos por el gobierno, pero no ratificados por la Iglesia. Ello traerá consigo reproches a la asunción al Episcopado de monseñor Rafael Valentín Valdivieso.

Valdivieso asumió sin esperar las bulas romanas y similares dificultades hubo en el nombramiento del Vicario Capitular Joaquín Larraín Gandarillas y del Obispo que reemplazará a Valdivieso en 1845 y prestó juramento ante el Estado. Esta actuación fue validada por Roma en 1847¹⁴.

¹³ Chile buscó que la Santa Sede reconociese su independencia y la legítima adquisición de los derechos del patronato. José Ignacio Cienfuegos es enviado a Roma en 1821 y 1827. La misión Cienfuegos obtiene para Chile el nombramiento de Manuel Vicuña Larraín como Vicario Apostólico de Santiago y el del propio Cienfuegos como Vicario Capitular de Concepción, ambos cargos instituidos en propiedad. En 1840 una nueva misión a cargo de Francisco Javier Rosales obtuvo finalmente el reconocimiento de la Independencia de Chile. Una tercera misión también fracasó en obtener el reconocimiento oficial de Roma del patronato ejercido por el Gobierno de Chile, véase Carlos OVIEDO CAVADA, *La Misión Irarrázabal en Roma (1847-1850)*, *passim*. Oviedo lamenta que no se hubiera firmado el Concordato discutido entonces por la Legación chilena en Roma. Dice Oviedo: “La firma de un Concordato entonces era perfectamente posible en los términos del primer proyecto de Irarrázabal, como se ha demostrado con la ilustración del derecho concordatario americano y con el ejemplo del Concordato ruso de 1847. La firma de un concordato en esas condiciones habría ahorrado a la Iglesia en Chile gravísimos daños, algunos de los cuales hacen hasta hoy día subsistir sus desgraciadas consecuencias”.

¹⁴ Con el tiempo los adversarios de Valdivieso le enrostrarían su “error”...

El papa Pío IX dio apoyo por carta reservada al arzobispo Valdivieso el 6 de julio de 1854, pero declaraba absolutamente ilícito y nulo el juramento que prestó ante autoridades estatales, porque

“en la fórmula de él no sólo se promete reconocer el derecho de patronato, que pretende gozar el Gobierno de Chile respecto de los beneficios eclesiásticos, y del cual *enteramente carece*; pues jamás se le ha concedido tal privilegio por esta Sede Apostólica, sino que además se promete, por la expresada fórmula, no dar cumplimiento a las disposiciones de los Sumos Pontífices sin venia o exequatur de la potestad civil, lo que es de todo punto contrario al Supremo Primado de orden y jurisdicción que, por derecho divino, tiene el Romano Pontífice en toda la Iglesia. De donde se deduce que es completa y absolutamente ilícito y malo prestar dicho juramento”¹⁵.

Pero cuando el Estado pretende ejercer control judicial de las decisiones eclesiásticas en 1856 en el denominado “Caso del Sacristán”, la Iglesia en Chile se torna hacia Roma, con un tropismo claramente ultramontano.

Este rasgo se tornará un “ultramontanismo abierto” en la segunda mitad del siglo XIX.

En el ultramontanismo coinciden la centralización de la Iglesia ante los ataques del liberalismo al Papado, la pérdida de los Estados Pontificios, que culmina en 1870 con el ataque garibaldino a Roma (combate de Porta Pia), la influencia del catolicismo francés en Chile y la necesidad de apoyarse en Roma para hacer frente a un Estado chileno amenazante para la libertad de la Iglesia.

Se entiende por “ultramontanismo” el movimiento que propicia reforzar los poderes papales frente al Estado. Para el laicismo francés del siglo XIX tiene un sentido peyorativo, en tanto para el catolicismo francés de siglo XIX es un título de honor, incluso para el catolicismo liberal.

Como puede comprobarse, a veces pequeños asuntos muestran los grandes problemas. Un asunto de sacristanes dio lugar en Chile a un enfrentamiento Iglesia-Estado; la denegación de entierro a un coronel elevó la temperatura en el caso de los cementerios laicos; la negativa de casar a un diplomático norteamericano ennegreció el asunto del matrimonio civil.

En el caso chileno, el punto de quiebre se produjo con la llamada “cuestión del sacristán” (1855-1856), en que se presentan “recursos de fuerza” por dos canónigos que no aceptaron acatar decisiones arzobispaes, referidas al despido del hijo de un sacristán menor y luego de su propio

¹⁵ Citado por Carlos SILVA, *Historia Eclesiástica de Chile*, p. 258. Véase José ARTEAGA LLONA, *Gobierno como electo y juramento civil del arzobispo R.V. Valdivieso, 1845-1848*.

padre. Dos canónigos rechazan la competencia arzobispal y presentan “recursos de fuerza” (abril 1856).

Dice Sol Serrano:

“en abril presentaron un recurso de fuerza ante los tribunales en contra de lo obrado por el ordinario diocesano en tres puntos: por la expulsión del sacristán y por las competencias del obispo (suspensión de los canónigos por desobediencia) y no por autorizar que apelaran al obispo de La Serena”¹⁶.

La Corte Suprema falló a favor de los canónigos.

El Arzobispo recurre al Presidente de la República para obtener su protección frente al fallo de la Corte. El presidente Montt no accede a la petición.

La Corte Suprema sentencia el 18 de octubre de 1856 y falla que el arzobispo de Santiago tiene 72 horas para cumplir lo mandado bajo apercibimiento de extrañamiento de Chile y ocupación de temporalidades.

El Arzobispo dejó sus instrucciones y se preparó a ser expulsado. El pueblo de Santiago apoyó a monseñor Valdivieso y finalmente los canónigos se desistieron y el arzobispo levantó la sanción.

Como puede verse, este “asunto trivial”, como lo llama Simon Collier¹⁷, estaba entremezclado con cuestiones religiosas y cuestiones políticas.

Collier sostiene:

“una poderosa fracción del Partido Conservador siempre había estado fuertemente vinculada a la Iglesia y Montt tenía esto en mente cuando designó en 1851 al devoto Fernando Lazcano como miembro de su gabinete”¹⁸.

Los pelucones se dividen. Encina dice:

“El partido pelucón portaliano que organizó la Republica había fenecido, dejando tres hijos: El Partido Nacional o Montt-varista, el Conservador clerical o ultramontano y el Liberal teológico o doctrinario”¹⁹.

¹⁶ Sol SERRANO, *op. cit.*, p. 91.

¹⁷ Simon COLLIER, *Historia de Chile, 1808-1994*, p. 108.

¹⁸ Simon COLLIER, *op. cit.*, p. 107.

¹⁹ Francisco ENCINA, *Historia de Chile*, p. 260.

Sin embargo, Encina llega a una conclusión que no comparto: “El fondo del conflicto eclesiástico del 1856 no fue, pues, el choque entre la fe que crea y transforma montañas y los obstáculos que intentó oponerle el poder civil... fue el choque hasta cierto punto ineludible,

Debe agregarse el Partido Radical, que defendía las libertades públicas y la separación de la Iglesia y del Estado.

Por lo tanto, el “asunto del sacristán” en 1856 estuvo marcado con consecuencia políticas trascendentales para el devenir de Chile. Pero al contrario del catolicismo francés, que era monárquico hasta entrado el siglo XX, el catolicismo chileno, así como el liberalismo chileno mayoritario, no ponía en tela de juicio el sistema social vigente, como bien lo expresa Ricardo Krebs:

“si bien los principios constitucionales habían sido promovidos, en Europa y en América por el liberalismo, el católico chileno no vio ninguna contradicción entre su aceptación de la República y su rechazo del liberalismo. Ello se debió, en el plano teórico, principalmente a la circunstancia de que la polémica contra el liberalismo se dirigió ante todo contra las implicancias religiosas inmorales del liberalismo y no contra el liberalismo político ni contra el liberalismo económico... el católico chileno aceptó el Estado liberal constitucional, pero se opuso a su transformación en Estado laico”²⁰.

Es discutido si el arzobispo Valdivieso fundó el Partido Conservador a raíz del “asunto del sacristán”²¹. Mi opinión es que el arzobispo fue contrario a la politización del clero.

Entre 1851 y 1865 hubo dos conflictos menores. Uno, las discusiones en el Congreso en torno a la reincorporación de los jesuitas en 1853, y el otro, referente al incendio de la Iglesia de La Compañía en 1863. Los jesuitas llegaron a Valparaíso en 1843; pero no fundaron el colegio de Santiago sino en 1856. Se establecieron en Concepción en la casa de ejercicios que el presbítero Agurto había dejado por su mala salud en 1871. A la diócesis de Ancud los llamó el obispo Solar y se establecieron en Puerto Montt en el año 1859²². La reinstalación de los jesuitas estuvo plagada de dificultades. El gobierno de Montt aceptaba a los jesuitas como

entre el Estado Moderno y el concepto medieval de la misión de la Iglesia”. ENCINA, *op. cit.*, p. 170. Para la mayoría de los católicos chilenos estaba en juego la libertad de su Iglesia.

²⁰ Ricardo KREBS: “El pensamiento de la Iglesia frente a la laicización del Estado en Chile 1875 -1885” en el libro de AA.VV., *Catolicismo entre la Iglesia y el Estado en Chile, 1875-1885*, pp. 9-74.

²¹ Según otros, fue fundado por clérigos y laicos. La que sí fue fundada por clérigos es la llamada Sociedad Santo Tomás de Canterbury, que responde a una camada de presbíteros formada en el Seminario de Santiago (Sol SERRANO, *op. cit.*, p. 93, destinada primitivamente a oponerse a los recursos de fuerza y a comprometerse en no hacer uso de ellos. Durante un tiempo el clero secular se dividió en Canterberianos y no Canterberianos, pero finalmente esta sociedad apoyará activamente al Partido Conservador.

²² Carlos SILVA COTAPOS, *Historia Eclesiástica de Chile*, p. 250.

presbíteros individuales, pero no como Compañía de Jesús y los quería para las misiones de Arauco, entre Biobío y Chiloé. Por la primera medida impedía la discusión sobre la devolución de los bienes incautados a los jesuitas en el siglo XVIII y por la segunda evitaba los líos con el clero local²³.

Otro asunto que conmocionó al país permitió ampliar el trabajo de los enemigos de la Iglesia.

El incendio del templo de La Compañía se produjo el 8 de diciembre de 1863²⁴. Perecieron cerca de dos mil personas, en una ciudad de 99.000 personas. El suceso se transformó en un debate entre acusadores del clero y defensores del mismo, entre quienes querían reedificar el templo y los que pedían su demolición, entre los que eliminarían las supersticiones y los que defendían la verdadera religión, los que eran partidarios de la mujer beata y los que querían liberar a las féminas del yugo clerical. La polémica tomó aristas inesperadas: Los cultos en horario nocturno, el rol de la mujer en el hogar y en la piedad cultural, la tendencia liberal de que la religión era una actividad privada y familiar.

La conclusión de Sol Serrano es certera:

“el incendio de La Compañía develó las tensiones entre religión y política. La jerarquía eclesiástica perdió la batalla por reconstruir el templo en el mismo lugar, pero logró depurar, con mucha dificultad, el regalismo del clero”²⁵.

4. Agentes de la secularización en Chile

4.1. LAS IGLESIAS PROTESTANTES POSFUNDACIONALES EN CHILE

A mediados del siglo XIX, la Iglesia Católica debió enfrentar a nuevos actores en la lucha por su libertad. Estos actores ya mencionados son el liberalismo, que va haciéndose anticlerical a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX, la Masonería y el protestantismo. Hay lazos entre la Masonería y los protestantes, entre el judaísmo y la Masonería. Estos actores existían en la primera mitad del siglo, pero ahora se enfrentan abiertamente con la Iglesia.

²³ Véase José Arenas Hernández, *El restablecimiento de la Compañía de Jesús en Chile: 1838-1858*, *passim*.

²⁴ Sobre una descripción del incendio y sus numerosas víctimas véase FRANCISCO ENRICH, *Historia de la Compañía de Jesús en Chile*, pp. 427-432. Véase SOL SERRANO, *op. cit.*, pp. 27-47.

²⁵ SERRANO, *op. cit.*, p. 46, recordemos que el incendio de La Compañía fue el día del término del Mes de María y que la proclamación del dogma de la Inmaculada Concepción el 8 de diciembre de 1854.

En el fondo lo que está en disputa es la presencia pública del catolicismo.

La Iglesia teme la acción del protestantismo, ya que abandonando la esfera privada, en gran parte circunscrita a las colonias extranjeras, empieza progresivamente a extenderse: anglicanos, luteranos, congregacionistas y presbiterianos. Una vinculación metodista con la Masonería logra la fundación de colegios no católicos, como el Santiago College y el Colegio Americano de Concepción. A ellos debe agregarse el Instituto Inglés, fundado en 1877 en Copiapó, y la Escuela de Artesanos de Valparaíso (1857), con el apoyo de Alexander Balfour y Stephen Williamson, fundadores de la conocida firma Williamson-Balfour. Diversas dificultades internas llevaron a la clausura de la Escuela de Artesanos en 1870, la que es reabierta bajo la dirección del primer maestro, Peter McKay, cuyo nombre lleva hoy el prestigiado colegio porteño. En todas estas iniciativas estuvo Trumbull presente, como también en la fundación de la Escuela Popular, en julio de 1869, hoy Colegio David Trumbull. En el propósito del Colegio se observa el clima político-religioso en que se funda:

“su principal objetivo es proporcionar educación primaria a los hijos de protestantes chilenos que objetan errores religiosos enseñados en las escuelas públicas de la ciudad”. “No solamente se enseñaba allí el catecismo romano, sino que los niños estaban expuestos a vejaciones personales al ser calificados de ‘herejes, judíos, masones, infieles’, epítetos que a menudo les proferían”.

La predicación de Trumbull es cada vez más exitosa²⁶. En régimen de unión entre la Iglesia Católica y el Estado de Chile las primeras dificultades por la libertad religiosa surgieron por la acción de difusión de biblias que

²⁶ Véase Paul IRVEN, *Un reformador yanqui en Chile. Inicios del protestantismo en Chile. Vida y obra de David Trumbull (1819-1889)*. Casado con Jane Wales Fitch, partieron hacia Valparaíso el 2 de agosto de 1850. Sus hijos fueron educados en Yale, lo mismo que David (padre), que lo fue en Yale y Princeton.

David Trumbull (hijo) nació en el 31 de mayo de 1855 y fue de la promoción Yale 1878. Murió al salvar a un niño que había caído al mar. John Trumbull (hijo) fue doctor en medicina y notable por defender la posición de Chile en el asunto del Baltimore (*A Challenge: Chilean's Indication*, 1892). Stephen se graduó en Yale también en medicina en 1884 y fallece frente a Paita, contagiado por haber ayudado en Panamá al estudio de la fiebre amarilla. William Trumbull se graduó en Yale en 1889 en Leyes. Todos estos hermanos fueron ministros protestantes y una de sus hijas, Anita, también se casó con un ministro adjunto y sucesor de su padre. No solo la familia Trumbull Fitch tuvo una esmerada educación, sino todos sus ancestros estaban vinculados a la Universidad de Yale.

Personalmente estimo que solo Joaquín Larraín Gandarillas podía compararse en educación superior a David Trumbull, en el Chile de esos años.

efectuaron David Trumbull y otros pastores protestantes, sostenidos por firmas de comercio anglosajonas establecidas en Valparaíso.

En 1833 fue designado el reverendo Isaac Wheelwright agente de la Sociedad Bíblica Americana en dicho puerto, pero la oposición del Arzobispado de Santiago produjo su cierre en 1837.

En 1858 el arzobispo Rafael Valentín Valdivieso emitió una carta pastoral el 12 de marzo contra la difusión de Biblias protestantes²⁷. Ello motivó una polémica de David Trumbull con el representante del Arzobispado, presbítero Francisco Martínez Garfías²⁸.

Pero la difusión de Biblias continuó en forma creciente hasta el presente. La Sociedad Bíblica de Valparaíso se estableció en 1861. En 1889 había distribuido 54.417 copias de las Escrituras.

Los liberales apoyaron esta acción, ligándola a la libertad de expresión y a la libertad de conciencia y la de cultos. La importancia de Trumbull no radica solo en su labor misionera, sino también en que participó en los debates y cambios referidos a la separación Iglesia-Estado, la apertura de escuelas no confesionales, la secularización de los cementerios y el otorgamiento de mayores libertades para las minorías religiosas, como veremos más adelante.

David Trumbull organizó la Union Church en 1847. Los “disidentes” fueron autorizados para construir una capilla para sus fieles en 1855 y únicamente “si la construcción estaba detrás de una muralla alta y sin torre ni campanas”. Tan solo en 1868 pudo edificarse un edificio para el culto protestante en Santiago, y el año 1871 José Manuel Ibáñez fue ordenado como el primer pastor protestante chileno y, de hecho, el primer ministro protestante hispanoparlante en toda América. Desde 1851 a 1856, Trumbull y su mujer Jane Fitch dirigieron en Valparaíso una escuela para señoritas; fuertemente atacada por el gobernador eclesiástico del Valparaíso.

²⁷ “El principal instrumento que los protestantes utilizan en su propaganda anticatólica es la distribución de Biblias fraudulentas y tratados escritos desde un punto de vista protestante, y con la premeditada mala intención de engañar al ignorante, las cuales las así llamadas sociedades bíblicas imprimen con profusión sin precedentes para la circulación en países donde se habla nuestro idioma, a través de agentes generosamente remunerados con el dinero de sus numerosos miembros”.

²⁸ “Esta es nuestra posición y la recomendamos a todos. Es legítimo investigar; pero no es legítimo pretender un monopolio. Aquellos tiempos se han ido. Pertenecen a la época de la Inquisición y de sentencias leídas sobre el cadalso (de los autos de fe). Pero, ahora, tanto los laicos como el clero gozan el privilegio y están bajo la obligación de escuchar las doctrinas tal como provienen de los libros inspirados. Aquí está la piedra angular sobre la cual descansa la Reforma”: David Trumbull, *Christian World*, diciembre 1860, p. 59, citado en Paul IRVEN, *op. cit.*, p. 129.

4.2. LA MASONERÍA POSFUNDACIONAL

En 1872 la masonería de Valparaíso funda el “colegio Blas Cuevas” en honor a uno de los primeros masones y su benefactor. David Trumbull participó en la creación de dicha escuela. El misionero protestante fue por muchos años Diputado de la Gran Logia de Massachusetts para el distrito de Chile. La reacción de la Iglesia Católica se materializó en una pastoral de Monseñor Valentín Valdivieso en 1858 y fue notoria la labor contra los protestantes de don Mariano Casanova, gobernador eclesiástico de Valparaíso y futuro arzobispo de Santiago.²⁹

Siendo la fundación de la escuela Blas Cañas una obra masónica y protestante, y siguiendo la línea de la encíclica *Etsi Multa*, califica monseñor Valdivieso a la Masonería como “sinagoga de Satanás” y expresa:

“Valiéndose de engaños y mentiras, había logrado extender su influencia sobre la sociedad, socavaba los cimientos de la moral, de la familia y de la sociedad civil y desembocaba fatalmente en la revolución y la tiranía³⁰.”

La Masonería era además en ese entonces una forma de ascenso social:

“pertenecer a la Masonería daba prestigio en una sociedad como la de entonces, que apuntaba a un modelo liberal-burgués, pues representaba a los hombres modernos, a la ciencia y al laicismo. Políticos de todos los partidos –excepto del conservador–, funcionarios públicos civiles, militares y judiciales, amén de profesionales, concurrían a las logias. Allí los jóvenes se vinculaban con las principales figuras políticas y empresariales del país y aseguraban mejores expectativas para sus vidas³¹.”

5. Una solución transitoria: tolerancia de cultos en 1865

En 1865 el problema de la interpretación del artículo 5° de la Constitución de 1833 dio lugar a la tolerancia de cultos. El artículo mencionado

²⁹ Sobre el desarrollo del protestantismo en Chile puede consultarse a Ignacio VERGARA, *El protestantismo en Chile*. Igualmente a Juan SEPÚLVEDA, *De peregrinos a ciudadanos. Breve historia del cristianismo evangélico en Chile*.

³⁰ Citado por Ricardo KREBS, *op. cit.*, p. 16; la *Revista Católica*, 2 de mayo de 1874, número 1291, pp. 534 ss. “Esta última herejía que encierra los errores de todas las otras y acrecienta en gran medida su poder; esta secta que declara abiertamente la guerra a Jesucristo y se propone atrevidamente por fin el aniquilamiento de su reino; esta armada de Satanás cuyo jefe es el Anticristo” (p. 17)

³¹ Adolfo IBÁÑEZ SANTA MARÍA, *Historia de Chile (1860-1973)*, p. 67.

establecía que “la Religión Católica, Apostólica y Romana es la religión del Estado con exclusión del ejercicio público de cualquiera otra”. En el año mencionado radicales y montt-varistas piden la reforma del artículo, unos porque tenían en mente la separación de la Iglesia y el Estado y otros porque querían legalizar la situación “de facto” existente en Valparaíso, en que existía una iglesia pública, la Union Church.

La Iglesia Católica afirmó que la existencia de capillas no católicas era contraria a la Constitución debido a la unión de Iglesia-Estado, pero el diputado conservador por Itata, Joaquín Larraín Gandarillas, presentó una solución de compromiso³². El Ejecutivo presenta entonces en el Senado un proyecto de ley interpretativa del artículo 5° de la Constitución:

“artículo 1°) Se declara que por el artículo 5° de la Constitución se permite a los que no profesan la religión católica, apostólica, romana el culto que se practica dentro del recinto de capillas o edificios de propiedad particular; artículo 2°) Es permitido a los disidentes fundar y sostener escuelas para la enseñanza de sus propios hijos en la doctrina de sus religiones. Santiago, Julio 3 de 1865, José Joaquín Pérez- Federico Errázuriz”.

El Senado aprobó el proyecto, eliminando la palabra “capillas”, propia del ordenamiento canónico.

Esta reforma fue apoyada por David Trumbull.

El reverendo dirá: “la dictación de dicha ley eliminó de manera prudente, inteligente, justa y exitosa uno de los defectos más importantes de la Constitución”³³.

Con todo, la Iglesia Católica seguirá entendiendo “casa particular”, pese a que la ley dice: “edificios de propiedad particular”³⁴.

³² “Veo que hay hombres muy serios y prudentes, dentro y fuera de la Cámara, que creen que esas capillas no implican una violación ¿Qué resulta de esto? Que hay verdadera duda sobre la inteligencia de la última parte del artículo quinto. ¿Infiere de aquí que debe reformarse el artículo? De ninguna manera, porque el artículo 164 autoriza expresamente al Congreso para resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de cualquier artículo constitucional. ¿No ofrece duda la segunda parte del artículo 5°? ¿Quién me dirá que no? Luego podemos sin temor alguno dictar una ley secundaria para explicar su sentido y esto podemos hacerlo, desde luego, dejando intacto dicho artículo (sesión de 23 de junio de 1865), citado por Rodolfo VERGARA ANTÚNEZ, *Vida del Ilmo. Señor don Joaquín Larraín Gandarillas*, p. 147. Va a defender en el Senado la posición de Larraín el conservador Manuel Antonio Tocornal.

³³ David TRUMBULL, *The Constitutional History of Chile*, p. 13.

³⁴ SERRANO, *op. cit.* pp 190-191. Con toda razón apuntaba la autora que “lo doméstico” no es lo mismo que “propiedad privada”. Ello explica que aún en 1869 el arzobispo de Santiago protestará porque la edificación de un templo protestante excedía las características de una “casa particular”. Reclamo por la observancia del artículo quinto de la Constitución, 25 de enero de 1869, p. 48, citado por la autora, p. 191.

Don Federico Errázuriz y el gobierno alegaron que la ley interpretativa se incorporaba a la Constitución misma y que solo podía ser derogada de acuerdo con los trámites establecidos por el Texto Fundamental para su reforma. Don Jorge Hunneus y don Antonio Varas, que eran partidarios de la reforma, manifestaron que la ley interpretativa podía modificarse o derogarse por el procedimiento ordinario para reforma de las leyes.

Sin embargo, Estellé apunta tres conclusiones que estimo certeras:

- a) la ideologización extrema del debate;
- b) la influencia del catolicismo liberal francés, cuyas enseñanzas utilizaron unos y otros;
- c) el abandono de la búsqueda de soluciones posibles para enfrascarse en discusiones interminables. Ello se mantuvo durante el resto del siglo XIX³⁵.

A los disidentes no les fue permitido construir un templo hasta 1855 y únicamente si “la construcción estaba detrás de una muralla alta y sin torre ni campanas”. Por lo tanto la ley 1865 significó alcanzar una tolerancia de cultos y el derecho a levantar templos, superando la etapa de las actuaciones de *facto*.

Es evidente que la ley interpretativa de 1865 es un paso muy importante en la laicización del Estado de Chile³⁶.

6. Conflictos Iglesia Católica-Estado de Chile hasta la muerte del arzobispo Rafael Valentín Valdivieso (1878)

Estudiaremos a continuación los conflictos más importantes en el proceso de laicización:

- a. Matrimonios mixtos y matrimonios de disidentes
- b. Cementerios laicos
- c. Educación e instrucción religiosa
- d. Fuero eclesiástico, reforma del *Código Penal*, recurso de fuerza y el *Exequatur*.

³⁵ Véase Patricio ESTELLÉ, *El debate de 1865 sobre la libertad de culto y conciencia*. Sobre tolerancia y libertad de cultos véanse los antecedentes recopilados por KREBS, *op. cit.*, pp. 29-30.

³⁶ Juan SEPÚLVEDA, *De peregrinos a ciudadanos*, art. cit., p. 28: “...La ley interpretativa significa un enorme paso adelante para sus planes misioneros. Es a partir de esta ley que se inició la predicación en español y la fundación de escuelas privadas evangélicas llegará a ocupar un lugar central en las estrategias misioneras”.

Estos conflictos comenzarán antes de 1878, pero harán crisis en 1883-1884.

6.1. MATRIMONIOS MIXTOS Y MATRIMONIOS DE DISIDENTES

Rigieron hasta 1855 las leyes españolas, las disposiciones del Concilio de Trento y el Derecho Canónico.

El primer problema en plantearse fue el de los matrimonios mixtos y el de los matrimonios de no católicos. En 1840 Seth Barton, ministro de Estados Unidos en Chile, quiso casarse con una chilena. El arzobispo Valdivieso se opuso. El prelado y el representante diplomático intercambiaron cartas recriminatorias. Finalmente la pareja fue casada por un capellán de la Armada de Estados Unidos. El secretario de Estado norteamericano retiró su Ministro y las relaciones diplomáticas entre Chile y Estados Unidos se vieron interrumpidas por un año.

Ya en 1849 el reverendo Trumbull abogaba por el reconocimiento de los matrimonios mixtos.

La práctica de casarse en los barcos extranjeros surtos en Valparaíso, Talcahuano y Coquimbo se extendió también a los matrimonios mixtos.

Un edicto del Vicario Capítular, José Alejo Eyzaguirre, en 1844, sostuvo que los matrimonios mixtos contraídos en Valparaíso, a bordo de buques extranjeros, con protestantes y ante el ministro o pastor de su “secta” era nulo y el cónyuge católico incurría en sanciones eclesíásticas por comunicación *in divinis* con los no católicos.

Ya en el 6 de septiembre de 1844 se promulgó una ley que daba efectos civiles al matrimonio de disidentes sin otra condición que someterlo en cuanto a los impedimentos a la legislación canónica. Bastaba, en lugar del rito matrimonial, la presencia que, a petición de las partes, debía prestar el párroco u otro sacerdote competente, debiendo hacerse el matrimonio en presencia de dos testigos.

Por ello la ley de 14 de diciembre de 1855, que aprobó el *Código Civil*, mantuvo esa dirección y dispuso en su artículo 118:

“Los que profesando una religión diferente de la Católica quisieran contraer matrimonio en territorio chileno podrán hacerlo, con tal que se sujeten a lo prevenido en las leyes civiles y canónicas sobre impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes o curadores y demás requisitos y que declaren ante el competente sacerdote católico y dos testigos que su ánimo es contraer matrimonio, o que se reconocen el uno al otro como marido y mujer, y haciéndolo así, no estarán obligados a ninguna otra solemnidad o rito”³⁷.

³⁷ Véase Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, “Disidentes y nuevos disidentes. El matrimonio civil y el matrimonio canónico en Chile Republicano”, pp. 203-213. Véase

La norma fue interpretada por una circular del Ministro de Culto, Abdón Cifuentes, en abril de 1872. Afirma Cifuentes... al decir el *Código*: “los que profesando una religión diferente a la católica”, es evidente decía: “los no católicos”, entre los cuales se comprendían todos los creyentes de otras religiones y los no creyentes. De modo que, a mi juicio, según lo preceptuado en el *Código Civil*, podían casarse ante el párroco sin sujetarse a ninguna ceremonia religiosa no sólo el protestante, el judío, el mahometano, sino también los incrédulos de remate”³⁸.

Tal era la situación a la muerte del arzobispo Valdivieso en 1878.

6.2. CEMENTERIOS LAICOS

Otro de los puntos en discordia fueron los cementerios. Por un decreto del Director Supremo Bernardo O’Higgins se creó el Cementerio General. En 1819 protestantes de Valparaíso pidieron al Gobierno el establecimiento de un cementerio donde se pudieran enterrar a los protestantes según sus ritos. El 14 de diciembre de 1819 O’Higgins firmó el decreto y en 1822 los protestantes establecidos en el puerto crearon su propio cementerio (cementerio de disidentes).

El tratado chileno-británico de 1853 exigió la creación de un cementerio en que pudieran ser enterrados súbditos británicos de confesión protestante. Canjeado el tratado, se ratificó el 15 de noviembre de 1855, pero solo en 1872 se construyó al lado poniente del Cementerio General un espacio para los disidentes, separado por una gran muralla.

Los cementerios eran “camposantos”, es decir, terrenos sagrados. Por lo tanto estaban bajo la autoridad de la Iglesia, conforme al *Código Civil* de 1855, que en su artículo 586 establecía: “Las cosas que han sido consagradas para el culto divino se regirán por el derecho canónico”. Además muchos cementerios eran propiedad de la Iglesia.

Ahora bien, el derecho canónico consideraba a varias personas indignas de sepultura sagrada. Ellos eran numerosos y por diferentes causas: paganos, judíos, infieles, cismáticos, turcos, apóstatas, herejes, públicamente excomulgados, afectos a la pena de entredicho, suicidas por desesperación o ira; duelistas, aunque antes de morir tengan señales de arrepentimiento; pecadores públicos que mueren sin confesarse; los que no cumplen con el precepto pascual, si mueren sin signo alguno de contrición, los niños muertos sin el bautismo, los que han contraído matrimonio solamente civil.

igualmente Carlos SALINAS ARANEDA, *El influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile*, pp. 93-104.

³⁸ Abdón CIFUENTES, *Memorias*, p. 119.

En especial, la definición de “pecador público” era particularmente conflictiva. Ello quedaba en manos del párroco, pero si era persona de rango, significaba un conflicto entre el párroco y el gobernador o el intendente y de allí hacia arriba.

En 1871, muere en Concepción un coronel de Ejército que había vivido 25 años en concubinato. No siendo disidente, sino católico, no cabía se le diera sepultura en el recinto para disidentes. El intendente prescribió el entierro con los honores de ordenanza y argumentó que si se había confesado o arrepentido no era problema de la autoridad civil, además que el cementerio era un establecimiento público, bajo la autoridad estatal y sometido a la vigilancia de una junta de Beneficencia y por último el reglamento no le daba ninguna intervención a la autoridad eclesiástica³⁹.

El obispo reclama al Ministro del Interior y el caso se transforma en una cuestión política, de discusión parlamentaria y produce una tensión en la fusión liberal-conservadora que sirve de sostén al presidente Federico Errázuriz Zañartu (1871-1876).

El resultado fue una solución de compromiso contenida en el Decreto de Cementerios de 21 de diciembre de 1871: sepultación permitida de los excluidos de sepultación canónica en un local cerrado debidamente separado por una reja de fierro o división de árboles; creación futura de cementerios laicos construidos con fondos fiscales, exentos de la jurisdicción eclesiástica. Ello permitía que los disidentes pudieran realizar sus propias ceremonias acordes con sus creencias o con la ausencia de ellas. Por otra parte los cadáveres podían ser conducidos a toda hora a los cementerios públicos o privados.

Pero los problemas continuaron. El arzobispo ordenó que el cerco de separación fuera una muralla y si en el lugar reservado había tumbas católicas debían execrarse los cadáveres y borrarse todo signo religioso. Se fortalecieron por parte de la Iglesia los cementerios parroquiales autorizando ventas de tumbas familiares. Los párrocos de Santiago compraron el Cementerio Católico a través de un contrato entre privados que acordaban regirse por el derecho canónico⁴⁰.

³⁹ Hay una discrepancia entre León y Sol Serrano. Mientras León afirma que “a diferencia del caso español, no existían en Chile lo que en la Península se conoció como “corralillos”, es decir, cementerios destinados para aquellos que se encontraban marginados del entierro católico” (*op. cit.*, p. 47), la autora mencionada afirma: “los cementerios católicos contemplaban desde antiguo un lugar para quienes no podían recibir sepultura eclesiástica” (*op. cit.*, p. 231).

⁴⁰ Ejemplos de esos conflictos: Entre el intendente de Valparaíso Eulogio Altamirano y el Gobernador Eclesiástico de la ciudad Mariano Casanova debido a que el párroco del Espíritu Santo, Salvador Donoso, denegó la inhumación de un suicida en el cementerio; conflicto entre el intendente de Valparaíso y los párrocos que pidieron autorización para un cementerio parroquial. Sobre el primer incidente véase el libro de Ricardo DONOSO,

El año 1872 se presentó un proyecto de secularización de cementerios, por parte de liberales y radicales. El proyecto de secularización de cementerios comenzó a discutirse el 2 de agosto de 1872, aprobado en general por 42 votos y 10 en contra. La discusión en particular se inició el 10 de agosto. Aprobado en la Cámara, pasó al Senado. Allí se encontraba cuando murió el arzobispo Valdivieso en 1878.

6.3. EDUCACIÓN E INSTRUCCIÓN RELIGIOSA

Otra de las áreas de conflicto (y que persiste hasta la fecha) fue y es la educación. La educación laica fue la bandera de lucha del liberalismo y del radicalismo. Curiosamente los partidarios de la laicidad eran partidarios de la centralización educacional en manos del Estado, en tanto que los conservadores lo fueron de la libertad de enseñanza. Con todo, la mayoría siguió aceptando durante mucho tiempo el principio de la responsabilidad educativa del Estado, arraigado en la tradición de la monarquía española y en el pensamiento ilustrado del siglo XVII, que había encontrado su expresión formal en el artículo 153 de la Constitución de 1833, el cual expresaba que “la educación pública es una atención preferente del Estado”⁴¹.

La discusión sobre libertad de enseñanza causó un terremoto político: la ruptura de la fusión liberal-conservadora que había llevado a la presidencia a Federico Errázuriz.

El Partido Conservador tenía en sus filas a Abdón Cifuentes, que pertenecía a la facción clerical del partido mencionado⁴², esto es, al grupo que se sentía representado por don Joaquín Larraín Gandarillas con sus ideas sobre educación⁴³. Cifuentes fue defensor de la “libertad de instrucción”. Ello se reflejaba en la polémica sobre la “libertad de exámenes”. Liberales y radicales querían que todos los exámenes siguieran bajo la supervisión del Instituto

Las ideas políticas en Chile, p. 226; y sobre el segundo, el artículo de Crecente ERRÁZURIZ, “El Cementerio Parroquial de Valparaíso y las autoridades de ese Puerto”, citado por Fidel ARANEDA BRAVO, *El Arzobispo Errázuriz y la Evolución Católica y social de Chile*, p. 69.

⁴¹ Ricardo KREBS, “El pensamiento de la Iglesia frente a la laicización del Estado de Chile, 1875-1885”, p. 36.

⁴² Al interior del Partido Conservador siempre hubo dos tendencias. Una firmemente unida a la Iglesia (los “pechoños”: los que se golpeaban el pecho) y otros partidarios del orden y de las reformas dosificadas y espaciadas en el tiempo y que priorizaba los aspectos políticos sobre los aspectos doctrinales apelando sólo a los “valores cristianos”. Véase J. Samuel VALENZUELA y Erika MAZA VALENZUELA, *Religión y Política en un país Católico: Democracia Republicana, Social Cristianismo y el Partido Conservador en Chile*.

⁴³ Estas ideas están resumidas en la memoria presentada por el presbítero ante el Consejo Universitario en 1873, como decano de la Facultad de Teología, acerca del Bachillerato en Humanidades. Una síntesis de las ideas de Larraín Gandarillas se encuentra en KREBS, *op. cit.*, pp. 34-43, en especial p. 36.

Nacional y de la Universidad de Chile. Un decreto en enero de 1872 ordenó la libertad de exámenes, con lo cual se beneficiaban los colegios privados del país y se terminaba el monopolio estatal. Se produjeron desórdenes en el Instituto Nacional y se despidió a Diego Barros Arana del rectorado de dicho Instituto. El tema trascendió al Parlamento y obligó a Abdón Cifuentes a presentar su renuncia, eliminándose el decreto de enero de 1872.

El otro tema era la enseñanza religiosa. Los conservadores sostenían la obligación de dar instrucción religiosa en todos los establecimientos, ya que ella aseguraba que la formación fuera integral y garantizaba la unión de la Nación en una identidad común.

Ello significaba que la instrucción religiosa debía estar contenida en los programas oficiales y de ella nadie podía ser eximido.

Caído Abdón Cifuentes, lo reemplazó un liberal, el ministro José María Barceló.

Planteado el tema, el 29 de septiembre de 1873 el Ministro Barceló dictó un decreto que entregó a los padres la decisión sobre el tema:

“la enseñanza religiosa no será obligatoria en los colegios del Estado para los alumnos cuyos padres, guardadores o apoderados *soliciten* esta excepción. En los establecimientos de instrucción secundaria sostenidos por el Estado se dará enseñanza de los ramos de religión católica, apostólica, romana a aquellos alumnos cuyos padres o guardadores no manifiesten voluntad contraria. El examen de estos ramos o el certificado de haberlos rendido no será obligatorio para obtener grados universitarios”.

Este decreto ley era una respuesta al obispo de Ancud, que a través del párroco de Valdivia hizo presente al director del colegio alemán de esa ciudad la necesidad de un profesor católico, a fin de que se encargara de la enseñanza religiosa. El Directorio respondió que en el colegio había católicos y protestantes, por lo que, para no herir susceptibilidades, acordó excluir la enseñanza religiosa.

6.4. FUERO ECLESIASTICO, REFORMA DEL CÓDIGO PENAL, RECURSO DE FUERZA Y EL EXEQUATUR

En 1864 se presentó el proyecto de ley de organización de los tribunales en que se abolía el fuero eclesiástico. El arzobispo Valdivieso objetó que ello pudiera hacerse por una ley civil. En 1872 se presentó otro proyecto que pretendía suprimir todos los fueros especiales. La *Revista Católica* señaló que se prestaba para una injerencia indebida en asuntos eclesiásticos. El Ministro de Justicia solicitó entonces la venia de la Santa Sede para suprimir los fueros de la Ley de Organización y Atribuciones de Tribu-

nales. El Ministro de Justicia era el líder conservador Abdón Cifuentes. El embajador Alberto Blest Gana pidió al Secretario de Estado, cardenal Antonelli, el 23 de noviembre de 1872, dicha supresión.

La Santa Sede accedió el 3 de julio de 1873, siempre que conjuntamente se abolieran los recursos de fuerza. El Senado aprobó la supresión del fuero eclesiástico y el recurso de fuerza el 13 de agosto de 1875, quedando establecido que la jurisdicción de los tribunales civiles sólo se extendía a “asuntos en el orden temporal”, no pudiendo inmiscuirse en causas eclesiásticas (artículo 5° *Código Orgánico de Tribunales*).

En 1873, el presidente Errázuriz Zañartu sometió a la aprobación del Congreso un proyecto de *Código Penal*. Este proyecto incluía algunos tipos penales especiales para los clérigos, delitos ligados al *exequatur* (aplicación de normas pontificias que no contaren con el “pase” del Gobierno; incitación a la desobediencia a la ley; y no remisión de los autos pedidos por el tribunal). Protestaron los obispos mediante una Reclamación al Proyecto de *Código Penal* el 11 de noviembre de 1873, presentada al presidente del Senado. Antes de promulgarse la ley, los obispos chilenos declaraban excomulgados a quienes habían intervenido en la gestión y aprobación del Código Penal:

“Sanción en la que incurrían el Presidente de la República, los Ministros de Estado, los miembros del Consejo de Estado, del Senado y de la Cámara de Diputados”.

Finalmente el Congreso suprimió los artículos 118, 261 y 262 del proyecto de *Código Penal*. Era evidente que, suprimiendo el fuero y aprobados delitos especiales, se llevaría a los clérigos a los tribunales, porque ya no tenían fuero. En consecuencia, lo obtenido por la Iglesia era significativo al suprimir estas figuras penales.

La pastoral que excomulgaba a los funcionarios levantó una gran tempestad en la prensa y en las Cámaras, llegando algunos diputados a pedir que se suprimiese la renta al arzobispo y a los obispos de Concepción y La Serena, que la habían firmado.

7. Conflictos Iglesia Católica-Estado de Chile desde la muerte del arzobispo Rafael Valentín Valdivieso (1878)

7.1. LA MOVILIZACIÓN FEMENINA

El periodo que terminaba motivó una polarización de bandos en la lucha religiosa y una politización del clero, que, guiado por Joaquín Larraín Gandarillas y Rafael Fernández Concha, se agrupó en el Partido Conservador,

defensor de la Iglesia. El cambio electoral al sistema de voto acumulativo para elegir diputados acentuó la participación ciudadana de los partidos de minoría, lo mismo que la eliminación del voto censitario. Ello trajo como consecuencia asimismo el interés de las mujeres en política. No teniendo derecho a voto, se centraron en obras de beneficencia que, además de prestar un servicio de bien público, eran canales para hacer presente las posiciones conservadoras y eclesiásticas⁴⁴.

Esta participación socio-política de las mujeres católicas había sido alentada por el arzobispo Valdivieso, que apoyó la creación de la Sociedad de Señoras para la Caridad Cristiana en 1851. Asimismo, Valdivieso estuvo muy preocupado por la educación de la mujer católica. El primer periódico redactado por mujeres fue una publicación llamada *El Eco de las Señoras de Santiago*, en 1865, que se opone a la apertura de locales públicos para el culto de las confesiones disidentes. *El Eco* recibió ataques de *El Ferrocarril*, el principal diario anticlerical, y de las mujeres anticlericales. Este grupo de mujeres laicistas también creó en 1877 otra publicación semanal, *La Mujer*. Abdón Cifuentes defendió en 1865 la concesión del sufragio a la mujer en un famoso y premonitorio discurso “Acerca del derecho electoral”. El Partido Conservador estuvo en pro de los derechos de las mujeres. Pero temerosos los liberales y radicales de que el voto femenino acrecentase el capital electoral conservador, solo se pudo lograr el sufragio de las mujeres en 1931, bajo el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo. Las primeras elecciones bajo la nueva ley tuvieron lugar el 7 de abril de 1935 y en ellas el voto de las mujeres favoreció fuertemente al Partido Conservador, declinando en las elecciones municipales de 1938, 1941, 1944 y 1947. Cabe recordar que desde el año 1931 solo podían votar las mujeres en las elecciones municipales.

La ley que permitió el sufragio femenino en todo tipo de elecciones y plebiscitos fue promulgada en enero de 1949.

Ahora bien, el detonante de la grave crisis de las relaciones Iglesia-Estado de 1883-1884 tuvo lugar con motivo de la sucesión del arzobispo Valdivieso (1878). El gobierno preconizó la elección de Francisco de Paula Taforó, un clérigo de tendencias liberales.

El asunto de la sucesión del arzobispo Valdivieso se dio por etapas.

El 8 de junio de 1878 falleció el arzobispo Valdivieso después de gobernar la Iglesia Católica en la Arquidiócesis de Santiago durante 32 años. El 10 de junio el Cabildo Eclesiástico comunicó al gobierno que había elegido a monseñor Joaquín Larraín como Vicario Capitular. A su vez el gobierno

⁴⁴ Véase el estudio de Erika MAZA VALENZUELA, “Catolicismo, Anticlericalismo y la extensión del sufragio en Chile”, pp. 137-197.

procedió a elegir como sucesor del arzobispo Valdivieso al canónigo Francisco de Paula Taforó; dándole el título y tratamiento de Arzobispo Electo de la Arquidiócesis de Santiago. Comenzó entonces una ronda de cartas entre el Ministro de Culto Miguel Luis Amunátegui y el Vicario Capitular Larraín Gandarillas, acerca del derecho de los gobiernos de elegir y nombrar obispos y de los Cabildos acerca de su competencia para nombrar vicarios capitulares sin autorización ni aprobación del Presidente de la República. El Vicario Capitular siguió gobernando la Arquidiócesis con los provicarios y el secretario que se habían comunicado al gobierno el 11 de junio de 1876⁴⁵.

Así las cosas, a poco andar, el gobierno se encontró con un vicario capitular que rechazaba la injerencia del Estado en su nombramiento y que tenía el apoyo de los otros obispos de Chile y la mayoría del clero, y por otra parte con un Arzobispo Electo de acuerdo a las leyes chilenas, que no aceptaba jurar y asumir en tanto no recibiera las bulas papales. La Santa Sede dio largas al asunto de Paula Taforó, lo que motivó una larguísima gestión del ministro Blest Gana en Roma, Chile recibió por dos veces la negativa del Papa para investir al canónigo Taforó y ello llevó al quiebre de las relaciones con la Santa Sede y a la expulsión del legado pontificio, monseñor del Frate, que había sido enviado en un último intento chileno por superar la crisis⁴⁶. En efecto, el legado pontificio había sido solicitado por el gobierno chileno.

Hubo un cambio cualitativo: la Iglesia en Chile hasta ese momento había aceptado el patronato. Pero ahora de regalista o regaliano, el clero se tornó ultramontano. El rechazo del patronato no podía ser más explícito:

“El regalismo era, pues, un producto del error y de la injusticia, incompatible tanto con el derecho divino de la Iglesia como con los principios constitutivos de la República”⁴⁷.

El 14 de septiembre de 1878 el Vicario Capitular –designado por el Cabildo de Santiago– cuestionó implícitamente la legislación española sobre la cual se habían basado en el pasado las relaciones entre el Estado y la Iglesia:

⁴⁵ Véase Rodolfo VERGARA ANTÚNEZ, *Vida del Ilmo. Señor don Joaquín Larraín Gandarillas*, pp. 166- X.

⁴⁶ Sobre el tema véase Miguel GUZMÁN ROSALES y Octavio VIO HENRÍQUEZ, *Don Francisco de Paula Taforó y la vacancia arzobispal de Santiago (1878-1887)*, y sobre todo Cristóbal GARCÍA-HUIDOBRO BECERRA, “Dios, Patria y Reforma. Los conflictos entre la Iglesia y el Estado de Chile y la vacancia arzobispal (1878-1886)”, tesis para optar al grado de licenciado en Historia por la Pontificia Universidad Católica de Chile.

⁴⁷ KREBS, *op. cit.*, pp. 45-46.

“Necesito acogerme a la indulgencia de Vuestra Señoría para rogarle que no reciba mal la libertad que he necesitado tomarme y para expresar mis dudas sobre el alcance y valor legal que tiene entre nosotros el Código de Indias, invocado por el Señor Ministro”⁴⁸.

El presbítero Larraín Gandarillas ya había tenido problemas con el gobierno a raíz de su consagración episcopal y nombramiento como Obispo Auxiliar de Santiago. El arzobispo Valdivieso solicitó a la Santa Sede la promoción al Episcopado de Larraín Gandarillas el 26 de julio de 1876, como obispo auxiliar. Sin embargo, en marzo de 1877 la Santa Sede informó a Valdivieso que el Presidente de la República ya había presentado otro candidato para la misma dignidad por conducto del Ministro de Chile en Francia, don Alberto Blest Gana. Finalmente el asunto se zanjó cuando el Presidente Federico Errázuriz convino con el arzobispo Valdivieso que siendo obispo *in partibus* y obispo auxiliar no podía aplicarse a Larraín las normas del patronato. El 1 de mayo de 1878 recibió la consagración episcopal en la catedral de Santiago.

Es a este obispo al que corresponderá enfrentar al gobierno durante los 9 años que duró la vacancia de la sede arzobispal de Santiago. El 8 de junio de 1878 falleció el arzobispo Valdivieso. El 10 de junio se reunió el Cabildo Eclesiástico para designar al Vicario Capitular en sede vacante. El Cabildo eligió a Larraín por siete votos contra tres. El gobierno, hecha la terna por el Consejo de Estado, presentó al sacerdote Taforó al Senado, el cual aprobó la designación de este sacerdote como arzobispo electo de la Arquidiócesis de Santiago. Por disposición del presidente Pinto, se le ordenaba entrar de inmediato en funciones como electo, mientras no recibían las bulas.

Taforó con fecha 27 de junio contestó que tenía graves inconvenientes para tomar de inmediato el cargo. En consecuencia, el gobierno debido a esta dificultad aceptó el nombramiento como Vicario Capitular de Larraín y esto *pro tempore*.

El Cabildo no aceptó esta extensión del Patronato al nombramiento de Vicario Capitular, ni éste aceptó que el Patronato se extendiere a sus actos de gobierno y jurisdicción. Ello motivó una verdadera guerrilla jurídica con el Ministro de Culto y la ira de los liberales. La Guerra del Pacífico en 1879 puso una pausa a estos problemas.

En 1881 asume un nuevo Presidente de la República, Domingo Santa María. Repostula a Taforó y recibe una nueva negativa de la Santa Sede.

⁴⁸ Monseñor Joaquín Larraín Gandarillas al Ministro del Culto Amunátegui, comunicación del 14 de septiembre de 1878.

Comienza entonces lo que la Iglesia llamó el periodo de las “leyes de represalia”⁴⁹. Son ellas: la ley de matrimonio civil de 1883 (seguida con posterioridad por la Ley de Registro Civil); la ley de cementerios laicos de 1883 y finalmente la reforma constitucional de separación de la Iglesia y el Estado (1884-1887).

Seguiremos el siguiente orden: Primero, tocaremos el tema de la separación de la Iglesia y el Estado (1884) y luego veremos la ley de matrimonio civil y la ley de cementerios laicos.

7.2. EL PRIMER PROYECTO DE LEY NO APROBADO SOBRE SEPARACIÓN DE LA IGLESIA Y EL ESTADO⁵⁰

En 1884 se discutió un *proyecto de ley sobre separación de la Iglesia y el Estado*. Los debates comenzaron en la Cámara de Diputados el 15 de julio de 1884 y terminaron el 30 de agosto de ese mismo año. En el Senado la discusión se inició el 10 de septiembre y terminó el 28 de octubre de 1884. Fue promulgada en noviembre de 1884 y publicada en el *Diario Oficial* N° 2263 de 4 de noviembre de 1884. Pero, tratándose de una reforma constitucional, debía ser ratificada por un nuevo Congreso. Dicho Congreso se eligió para la legislatura 1885-1888. En 1885, el Ministro Balmaceda insistió en la ratificación. Insistió en ello nuevamente como candidato a la Presidencia de la República y ya electo en el primer mensaje al Congreso en junio de 1887. Pero la reforma no fue ratificada.

¿En qué consistía la reforma?⁵¹

Se suprimía el artículo 5° de la Constitución y se permitían a todos los habitantes de la República “las manifestaciones de todas las creencias religiosas y el libre ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral y al orden público”. Pero se agregaba: “El Estado contribuye al sostenimiento del culto católico”. Se reformaba la fórmula del juramento presidencial y se excluía a los eclesiásticos del Consejo de Estado.

Al examinar este proyecto, vemos que, si bien admite la libertad de cultos, no separa a la Iglesia del Estado, pues se conservan en manos del

⁴⁹ Rodolfo VERGARA ANTÚNEZ, *op. cit.*, p. 227. Hubo otras medidas de presión. Se operó sobre las rentas de los obispos. A comienzos de 1860 el gobierno dejó sin recursos al arzobispo Valdivieso, que se encontraba en Europa, enfermo.

Esta vez, en el periodo de vacancia de la sede arzobispal y de las otras diócesis se negó la renta al vicario capitular Larraín y la Iglesia en Chile no tuvo obispos titulares y en propiedad, sino que fue gobernada por vicarios elegidos por los cabildos catedralicios (canónigos), a los que la Santa Sede designaba obispos *in partibus*.

⁵⁰ Sobre la separación Iglesia-Estado en 1884 véase Matías TAGLE DOMÍNGUEZ, “La separación de la Iglesia y el Estado de Chile. Historiografía y debate”, pp. 283-439.

⁵¹ TAGLE DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 383-439.

Estado las facultades del Patronato y se conserva la obligación del Estado de contribuir al financiamiento del culto católico. Tampoco cambia la personalidad de derecho público de la Iglesia⁵².

Se mantuvo el Patronato, pues se temía la libertad de la Iglesia, que se pensaba traería una mayor injerencia del clero en la política y en consecuencia se mantenía el presupuesto del culto, cuyo ejercicio era un arma política contra la Iglesia. Sin embargo, el debate mostró que ni el Patronato funcionaba como tal, ni el presupuesto del culto funcionaba como debía hacerlo.

Así, por ejemplo, Miguel Luis Amunátegui opinaba:

“Fijese la consideración de la Cámara en que son muy contadas las disposiciones del patronato que se observan aún en Chile. Tres de nuestras cuatro diócesis se hallan regidas por preladados en cuya designación no han tenido parte las autoridades civiles.

No se concibe –agregaba algunos días después– que se procure conservar con tanto empeño una institución que no se quiere o no se puede usar”⁵³.

La misma crítica hacía el Presidente Balmaceda en el Mensaje de apertura del período ordinario de sesiones, en junio de 1884:

“al presente está denegado el derecho de presentación del poder civil para proveer las altas autoridades eclesiásticas; está contradicho prácticamente el vigor de las leyes que compelen a los funcionarios de la Iglesia en su carácter de altos dignatarios y empleados públicos del país a reconocer la jurisdicción de las autoridades jerárquicas superiores, y están, por fin combatidas las atribuciones (que) nuestra Constitución confiere al poder público para dar o retener el pase a los decretos conciliares, bulas o rescriptos pontificios que hayan de cumplirse en el territorio de la República”⁵⁴.

Por otra parte, tampoco las leyes de presupuesto del culto respetaban los acuerdos de 1853 y solo una parte era entregada a la Iglesia, como lo reconocía el propio Presidente Santa María:

⁵² No era ese el parecer del Presidente de la República don Domingo Santa María: “la separación de la Iglesia y el Estado, *quedando la primera como institución de derecho privado...* no es una reforma religiosa: es simplemente una reforma de nuestra legislación y de nuestro derecho público”. (Mensaje de apertura del período ordinario de sesiones, Cámara de Diputados, Boletín de Sesiones, sesión 17 ordinaria en 15 de julio de 1884, p. 206). Citado por TAGLE, *op. cit.*, p. 414.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

“IV Como medida económica, es también inconveniente, puesto que el Estado no da a la Iglesia todo lo que como parte de la contribución agrícola le corresponde. Queda siempre a favor del Estado un saldo no despreciable”⁵⁵.

La aprobación por las cámaras legislativas se hizo en un ambiente extremadamente tenso por la negativa de la Santa Sede a aprobar para arzobispo de Santiago a don Francisco de Paula Taforó, lo que extremó la postura del gobierno e incluso produjo la expulsión del Legado Pontificio, monseñor del Frate⁵⁶. Pero cuando se trata de ratificar la reforma constitucional el escenario era distinto tanto por la nueva composición del Congreso como por el acuerdo con la Santa Sede en el nombre de Mariano Casanova para el arzobispo de Santiago⁵⁷.

Observemos entonces las leyes laicas o leyes de represalias. Ellas habían sido anunciadas de una manera muy poco diplomática por el Ministro Blest Gana el 1 de febrero al Cardenal Secretario de Estado

“...la Santa Sede será la única responsable de las consecuencias que puedan sobrevenir para la Iglesia chilena con motivo de esa decisión, cuyos fundamentos no puede admitir como justificados el Gobierno de la República...”.

7.3. LA CONTIENDA EDUCACIONAL

Otra de las áreas de conflicto (y que persiste hasta la fecha) fue y es *la educación*. La educación laica fue la bandera de lucha del liberalismo y del radicalismo. Curiosamente los partidarios de la laicidad eran partidarios

⁵⁵ Citado por ENCINA, *Historia de Chile*, pp. 224 y ss. Memorandum del presidente Santa María al Ministro del Interior y al Ministro de Culto, autor del proyecto.

⁵⁶ Como el Presidente Santa María había insistido en el nombre de Francisco de Paula Taforó como arzobispo de Santiago, la Santa Sede por un acto de especial condescendencia consintió en que volviesen las preces a la Congregación de Negocios Eclesiásticos para ser consideradas de nuevo. El 23 de febrero de 1882 esta Comisión resolvió sugerir al Papa el envío a Chile de un delegado apostólico, para que investigase *in situ* las cualidades del candidato Taforó, ya que se habían presentado informes contradictorios, emanados de personas y corporaciones dignas de respeto. Recayó dicha designación en el obispo Celestino del Frate, quien llegó a Santiago el 20 de mayo de 1882. Pero al recibirse el definitivo rechazo de la candidatura Taforó, el gobierno no aceptó la proposición romana de proponer un nuevo nombre. Por resolución gubernamental el 15 de enero de 1883 el Ministro de Relaciones Exteriores Luis Aldunate le comunica que dado el desahucio definitivo de las preces que mi gobierno elevó a la Silla Apostólica en 1878, el gobierno envía al delegado apostólico sus pasaportes: monseñor del Frate en comunicación al Cuerpo Diplomático afirmó: “El Gobierno de Chile no tiene el derecho de patronato que lo habilitaría para presentar canónicamente candidatos para provisión de los obispos vacantes”.

⁵⁷ Sobre el tema. Miguel GUZMÁN ROSALES y Octavio VIO HENRÍQUEZ, *Don Francisco de Paula Taforó y la vacancia arzobispal de Santiago (1878-1887)*.

de la centralización educacional en manos del Estado, en tanto que los Conservadores lo fueron de la libertad de enseñanza. Con todo:

“la mayoría siguió aceptando durante mucho tiempo el principio de la responsabilidad educativa del Estado, arraigado en la tradición de la monarquía española y en el pensamiento ilustrado del siglo xvii, que había encontrado su expresión formal en el artículo 153 de la Constitución de 1833, el cual expresaba que ‘la educación pública es una atención preferente del Estado’”⁵⁸.

En punto crítico fue la enseñanza religiosa en la educación, que los laicistas quisieron eliminar y los católicos mantener. Esta pugna terminó entregando a los padres la decisión sobre el tema⁵⁹ en ese establecimiento.

El ministro Cienfuegos se dirigió al directorio de la escuela alemana de Valdivia sobre la necesidad de prestar educación religiosa y la polémica en esta materia continuó con ocasión del establecimiento de la escuela primaria Blas Cuevas de Valparaíso, patrocinada por la logia masónica.

En Chile como lo señalan Cox y Gysling:

“... desde mediados del siglo xix y hasta comienzos de la segunda mitad del xx, hubo en nuestro país dos circuitos en el sistema escolar y, en rigor, dos profesiones docentes en vez de una”.

En efecto, de una parte se encontraba el sistema de educación creado para proletarios (como se les llamó en el siglo xix, donde en un comienzo y lejos de los ideales ilustrados, se enseñaban las destrezas básicas para el trabajo asalariado: reglas de higiene, las cuatro operaciones y poco más y de otra parte, el sistema educativo para las elites, donde se preparaba a los niños y jóvenes para la entrada a la universidad o para el ciclo completo de la escolaridad (allí se enseñaban las destrezas discursivas para participar de las decisiones de la

⁵⁸ KREBS, “El pensamiento de la Iglesia frente a la laicización del Estado de Chile, 1875-1885”, p. 36.

⁵⁹ El 29 de septiembre de 1873 se dictó un decreto por don José María Barceló, que estipuló: “la enseñanza religiosa no será obligatoria en los colegios del Estado para los alumnos cuyos padres, guardadores o apoderados *soliciten* esta excepción. “En los establecimientos de instrucción secundaria sostenidos por el Estado se dará enseñanza de los ramos de religión católica, apostólica, romana a aquellos alumnos cuyos padres, o guardadores no manifiesten voluntad contraria. El examen de estos ramos o el certificado de haberlos rendido no será obligatorio para obtener grados universitarios”. Este decreto ley era una respuesta al Obispo de Ancud, que a través del párroco de Valdivia, hizo presente al director del colegio alemán de esa ciudad, la necesidad de un profesor católico, a fin de que se encargara de la enseñanza religiosa. El Directorio respondió que en el colegio había católicos y protestantes, por lo que para no herir susceptibilidades acordó excluir la enseñanza religiosa.

vida social). Para la educación de los proletarios, los profesores se formaban en las escuelas normales; para las elites, en el Instituto Pedagógico de la Universidad de Chile (o en las escuelas de educación que se le subordinaban).

Terminado el periodo de Santa María, asumió la presidencia de la República don José Manuel Balmaceda, quien gobernó desde 1886 a 1891, año en que lo depuso la Guerra Civil de ese año.

El Presidente Balmaceda, habiéndose concluido el asunto de la sede arzobispal de Santiago en 1887, procuró aplacar los ánimos con una política menos agresiva⁶⁰.

Con todo, como dice Ibáñez Santa María, se había alcanzado “un *modus vivendi*” que perduró hasta 1925⁶¹.

La Santa Sede instituyó a Mariano Casanova arzobispo de Santiago por bula de 3 de diciembre de 1886 y el 29 de enero de 1887 tomó posesión de la diócesis, habiéndose solucionado el problema del juramento ante las autoridades civiles⁶².

Asimismo en julio de 1890 el arzobispo había puesto fin a la cuestión de los cementerios, autorizando con licencia de la Santa Sede el servicio religioso en los cementerios del Estado. El gobierno, por su parte, derogó el decreto que prohibía las inhumaciones en los cementerios parroquiales. Como sabemos, en 1819 un senado consulto había ordenado establecer cementerios laicos en toda la República, en 1825 el gobierno dictó un reglamento para el cementerio de Santiago, con prescindencia de la autoridad eclesiástica; en 1844 el Congreso aprobó una ley que autorizaba al Presidente de la República para fijar los aranceles de los cementerios, sin intervención de los párrocos ni de los obispos; finalmente dos decretos, de 7 de junio y 17 de noviembre de 1845, confiaron los cementerios a un laico, supervisado por una junta de beneficencia⁶³.

⁶⁰ Hubo acuerdo también en lo que se refiere al nombramiento de los obispos de Concepción y La Serena en 1887.

⁶¹ “No alteraremos la situación conquistada aunque nada obtengamos de Roma. El día que principiemos por complacencia o por una debilidad moral o política, injustificada y absurda, a tomar el camino de la pendiente, rodaríamos al abismo ¿Puede la Curia Romana ser tolerante de hecho y facilitarnos el camino de una común inteligencia? En buena hora, mas si esto no lo puede la Curia Romana, viviremos sin Roma, ya que antes pudimos vivir contra Roma”. Carta del Presidente Balmaceda a su hermano José Exequiel, Encargado de Negocios ante la Santa sede, en el año 1888, citado por Adolfo IBÁÑEZ SANTA MARÍA, *op. cit.*, p. 69.

⁶² IBÁÑEZ SANTA MARÍA, *op. cit.*

⁶³ Véase Matías TAGLE DOMÍNGUEZ, *Evolución y funcionamiento del sistema político chileno 1860-1891. Problemas, regímenes, transacciones y confrontaciones*, 2 vols., These présentée en vue de l’obtention du grade de docteur en Sciences Historiques, Louvain –la– Neuve, 1981.

Pero, no hay que olvidar que la postura de los gobiernos liberales era presionar a la Iglesia Católica para el nombramiento de Francisco de Paula Taforó en el Arzobispado de

Por otra parte y ya con anterioridad al episcopado de Casanova hubo una movilización de los católicos, primero con la fundación de la Unión Católica el 1 de junio de 1883 y luego con la creación de la Universidad Católica el 8 de septiembre de 1888.

En 1910, la Iglesia Católica reflejaba las siguientes cifras: La Universidad Católica contaba con más de 620 alumnos. Los religiosos educaban a 2.500 alumnos y escuelas primarias o industriales con otros tantos estudiantes. Las religiosas educaban a más de 4.700 niñas de la clase acomodada y a más de cinco mil quinientas alumnas de escuelas primarias. En el solo arzobispado de Santiago las escuelas parroquiales pasaban de ochenta, con más de 6.000 alumnos. El arzobispo Casanova creó el Instituto de Humanidades y la Sociedad de Santo Tomás de Aquino, que a comienzos de siglo educaba a más de 2.300 alumnos.

Por lo tanto, el esfuerzo educacional de la Iglesia Católica era enorme, pero como veremos la educación quedó en manos de los sectores laicistas.

Se orientaba asimismo la acción del catolicismo a la educación obrera, labor en que se destacó el presbítero Juan Ignacio González, más tarde arzobispo de Santiago de 1908 a 1918. El presbítero González, junto a un sacerdote español, Hilario Fernández, fundó la Sociedad de Obreros de San José, que se preocupó de escuelas para obreros, como varias otras fundaciones católicas lo hicieran antes y después.

Un hecho importante ocurrió en 1916. La Iglesia se quejó de la campaña antirreligiosa que era frecuente en varios liceos fiscales. Negó tal hecho el director del Liceo de Aplicación del Instituto Pedagógico, el radical Armando Quezada, pero el nuevo director sostuvo que la materia debía tratarse “sin odios ni reproches recíprocos”⁶⁴.

La Iglesia Católica no solo se había preocupado de las escuelas y colegios, también lo había hecho en la formación de futuros maestros creando la Escuela de Preceptores del Arzobispado⁶⁵. En febrero de 1917,

Santiago. Para ello no solo emplearon el Presupuesto del Culto, sino también, se privó a los párrocos de los aranceles por los cementerios, así como se suspendió la subvención a los seminarios. Los obispos vieron también que sus rentas se esfumaron.

⁶⁴ Expresó don Julio Montebueno: “la religión no puede, no debe ser atacada en un Liceo de la República, porque ello significaría desconocer su importancia como factor de cultura individual y social y destruiría la base misma sobre la cual descansa nuestra principal obra educativa, la formación del ciudadano, que es el respeto inquebrantable a las leyes”. *La Revista Católica*, tomo XXVI, pp. 791-792, citado por Juan Ignacio GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 174: Un ejemplo notable de laicidad y de laicismo abierto, anticipatorio de colaboración iglesias-Estado en materias de bien común.

⁶⁵ En 1917 se nombró Administrador de esta Escuela a Juan Enrique Concha Subercaseaux, uno de los pioneros en la enseñanza y aplicación de la Doctrina Social de la Iglesia en Chile, nombrado profesor del curso libre de Economía Social, que pasó a estar de planta en 1917 en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

se comenzó la construcción de un externado para niñas de la Compañía de María, y en julio de 1917 la Compañía de Santa Teresa de Jesús inicia la fundación de un pensionado de estudios superiores de niñas. En 1918 los Hermanos Maristas toman a su cargo la creación de un instituto comercial y artístico en Santiago.

En total, durante el episcopado de monseñor González se crearon 10 nuevos liceos católicos en el país y el arzobispo luchó y obtuvo que la enseñanza religiosa en la educación fiscal y privada del país necesitara autorización de la autoridad eclesiástica.

En 1913 la Universidad Católica cumplió 25 años y su matrícula había subido de los más de 600 alumnos en el año del centenario a 1.108 alumnos en 1913. Eran 300 los graduados, todos examinados por profesores de la Universidad de Chile. Don Abdón Cifuentes pedía una vez más el reconocimiento de títulos, dado que ya existía el reconocimiento de títulos de universidades extranjeras. Decía Cifuentes:

“desde su nacimiento la Universidad Católica ha sido constantemente vigilada, fiscalizada y aun hostilizada y pese a ello ha dado muestra de ser digna de la confianza pública”. “Tiempo es ya, por consiguiente, de reparar la injusticia que se ha cometido en contra de ella al negarle aquello de que más necesita para su vida y progreso: la atmósfera de la libertad y el reconocimiento de sus deberes para la colación de grados y títulos”⁶⁶.

Pero no solo es la acción abierta a la Masonería en el campo educacional lo que preocupa a la Iglesia Católica. Le preocupa, asimismo, la fundación y desarrollo del movimiento scout en Chile, con fuerte influencia masónica.

En 1865 la Gran Logia de Chile adoptó el uso del Gran Oriente de Francia de acoger hijos de masones, aun menores de siete años, en calidad de “lobeznos” que en la mayoría de edad debían “renovar” su juramento realizado en ceremonias muy tempranas con padrinos⁶⁷.

El movimiento scout fue fundado en Inglaterra por el general Robert S. Baden Powell en 1907-1910. En referencia a la religión, las normas scout alientan a que cada miembro pertenezca a una religión, que los instructores organicen servicios religiosos después de haber consultado al capellán de la tropa y que se proceda con amplia tolerancia.

⁶⁶ La queja de sectarismo en las comisiones fiscales en los colegios particulares católicos fue frecuente hasta la década 1950-1960, en que se suprimió tal sistema: “Al quedar sometidos los colegios particulares a exámenes de profesores, de liceos, de predominio masónico, éstos procedieron durante décadas con mala voluntad y aun injusticia, aunque la Masonería se define como institución moral, haciendo desaparecer colegios católicos”. Marcial SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 153. El autor del capítulo III es el hermano Enrique García Ahumada.

⁶⁷ *Historia de la Iglesia en Chile*, p. 151.

En 1909 Baden-Powell visitó Chile. En el río Maipo el 12 de marzo de 1909 surge la Asociación de Scouts de Chile, fundada por el doctor Alcibiades Vicencio, masón.

Además de los scouts propiamente tales, existen los “lobatos” para niños pequeños y los “rover” para los mayores. Como reacción a lo que existe en las escuelas y liceos fiscales, los católicos fundan patrullas de scouts católicos.

Con todo, la reacción de la Jerarquía Católica fue contraria al movimiento scout en general. Los scouts fueron reprobados⁶⁸, por la manipulación que en Chile sufrió a manos de la Masonería dicha institución.

El presidente Arturo Alessandri aprueba el D.L. 520, de 6 de septiembre de 1925, que declaró Institución Nacional la Asociación de Boy Scouts.

Por otra parte ya habíamos señalado los primeros pasos de la educación protestante en Chile con David Trumbull. Pero a ello hay que agregar la labor de los misioneros metodistas. Su presidente Ira H. La Fetra fundó un colegio de niñas, en tanto su cónyuge, Adelaide Whitefield, inició un colegio de niñas, origen del Santiago College, dirigido para ambos sexos desde 1906. La misionera Lelia Waterhouse fundó el Concepción College.

Estadísticas citadas por Kessler muestran que el metodismo duplicó el número de sus miembros en 1803 duplicó otra vez; y por una tercera vez entre 1903-1907. En 1919 se inició la Escuela Agrícola El Vergel, en Angol, y en 1926 un centro de diaconisas, antecedente del actual Instituto Sweet.

Aparecen en Chile de esos años los movimientos evangélicos y pentecostales, a contar de 1908. Algunas cifras: Entre 1900-1925 el porcentaje de concesión de personalidad jurídica de derecho privado es de 50% del total de personalidades jurídicas concedidas por el Ministerio de Justicia. Respecto de evangélicos (incluyendo los protestantes), ellos eran 1,1% de la población total en 1907; de 1,44% en 1920 y 1,45% en 1930, según los censos oficiales de población⁶⁹.

⁶⁸ Véase Arzobispo Juan Ignacio González, circular de 28 de abril de 1914, *Revista Católica*, tomo XXVI, p. 723, y sus dos cartas al Directorio de los Boy scouts, *Revista Católica*, tomo XXVIII, pp. 12 y 168. Véase la reiteración de las aprensiones católicas aún en el número XXIX, 1918, pp. 327-329: “la institución de los Boy-Scouts no sólo está en manos del radicalismo, que se ha adueñado de la Instrucción Pública del país, sino en manos de la Masonería, a quien sirve ese mismo Radicalismo” (p. 328). “Vigente debe considerarse y en su pristino rigor la reprobación con que el Ilmo. Rvdmo. Señor Arzobispo ha señalado a la institución de los Boy-Scouts, no en cuanto tal, sino porque ella ha sido pervertida y desnaturalizada, haciéndola servir de medio disimulado de propaganda laica o antirreligiosa (que al fin es lo mismo), no obstante cualesquiera protestas en contrario” (p. 329).

Sobre el movimiento Scout en Chile. Véase Jorge ROJAS FLORES, *Los boys scouts en Chile 1909-1953*.

⁶⁹ Véase Humberto LAGOS SCHUFFENEGER y Arturo CHACÓN HERRERA, *Los evangélicos en Chile: una lectura sociológica, passim*. Véase igualmente Ignacio Vergara.

Finalmente, el marxismo, como educador, aparece en 1923, en cuyos Estatutos dice el artículo 60: “No podrán pertenecer a ellos (al Partido) los que militan en las logias masonas o empiristas”.

El Partido Comunista organiza hacia 1923 la Avanzada Infantil de Niños Comunistas entre 10 y 18 años. Dice Enrique García Ahumada: “Para alejar a los niños de la escuela burguesa”, el Partido desarrolló “escuelas racionalistas” o “emancipadoras” en Tarapacá, Antofagasta, Santiago y la zona del carbón, que hacia 1926 desaparecieron por falta de recursos” (cit. p. 230)⁷⁰.

Respecto de los bautistas, en 1922 fue fundado el Colegio Bautista de Temuco, bajo la dirección de Agnes Graham.

Entre tanto los protestantes siguen creciendo. El censo de 1907 dio un total de 98,1% de católicos; 1% de protestantes; 0,8% contestan no sabe, y no creyentes 0,1%, según Cristian Parker⁷¹.

Colocada la Iglesia Católica en esta situación en que su primacía educacional era combatida desde los frentes masones, protestantes y marxistas, ella va a reaccionar con una fuerte contraofensiva.

Durante el episcopado de monseñor Mariano Casanova (1887-1908) se funda la Escuela Normal de Preceptores⁷², el Instituto de Humanidades Luis Campino y la Universidad Católica. Asimismo llegaron a Chile varias congregaciones religiosas dedicadas a la educación, así como a obras sociales con dimensiones educacionales⁷³ que se dedicaron a escuelas técnicas y colegios.

Hemos señalado anteriormente el rol educacional de don Mariano como párroco y luego gobernador eclesiástico en Valparaíso. Primero, las fundaciones del Seminario San Rafael, Colegio de las Monjas Inglesas, Colegio del Salvador, Talleres de San Vicente de Paul, Asilo de San José. Luego conocemos de su polémica con la sociedad que funda la Escuela Blas Cuevas de la Masonería, en que por primera vez no se enseñará re-

Véase Gonzalo VIAL, *Historia de Chile, op. cit.*, pp. 824 y ss. Ignacio VERGARA, *El protestantismo en Chile*. El crecimiento protestante, en especial el “evangelismo popular” de la tercera reforma es lento. En 1920-1930 sobre 3.753.799 habitantes, la población protestante es el 1,4%, es decir, 54.165 miembros.

⁷⁰ El hermano García utiliza como fuente a Hernán RAMÍREZ NECOCHEA, *Origen y formación del Partido Comunista de Chile. Ensayos de historia política y social de Chile*, prólogo de Orlando Millas, Moscú, Editorial Progreso, 1984 (1965).

⁷¹ Cristián PARKER, “Radiografía de la religión de los chilenos”, pp. 178-181.

⁷² Las escuelas normales estatales se desarrollan en Chile bajo influencia masona a partir de 1842.

⁷³ Podemos citar como obra social con dimensiones educacionales al Patronato de Santa Filomena: dicho Patronato es un ideal-tipo al que se asimilan las variadas obras católicas. Véase Carlos CASANUEVA, *El Patronato de Santa Filomena*.

ligión católica, pese al régimen de unión de la Iglesia y el Estado. Como dice Fernando Aliaga:

“la acción pastoral de don Mariano Casanova implementaría iniciativas idénticas a las de los liberales-laicos⁷⁴. Es clave subrayar la importancia que le da a la educación de la mujer y el espacio que le asigna a la educación popular, lo que él llama “práctica e industrial”.

En ese orden, son orientadoras sus pastorales sobre: “Acerca de la necesidad de mejorar la condición social del pueblo” y su Pastoral sobre escuelas parroquiales (1900).

Esta línea combativa continúa bajo el arzobispo Juan Ignacio González Eyzaguirre. Además del desarrollo de la Universidad Católica, cuya sede central se edificó bajo su periodo y que en 1908 ya albergaba allí la totalidad de sus facultades, el Arzobispo crea el Pensionado Universitario en 1915 e inicia los estudios para la creación de la Facultad de Medicina en julio de 1909. Acoge a la Congregación del Verbo Divino en 1910, los cuales fundan el Liceo Alemán. Funda asimismo el arzobispo un instituto comercial y artístico en 1912, y apoya a los Hermanos Maristas, que establecen colegios en Quillota, Rancagua, Los Andes, Curicó y Santiago.

Crea el Consejo Diocesano de Instrucción Primaria en 1915 y el Centro Cristiano para la Educación Secundaria. Lo propio hace con la educación femenina con la Compañía de María y la Compañía de Teresa de Jesús, la primera funda un Colegio y la segunda una Escuela de Preceptoras y un Pensionado Femenino. Organiza la Sociedad de Maestros Católicos y en mitad de junio de 1914 aprobó la ANEC. Ello para hacer frente a la FECH, que agrupaba a los estudiantes de la Universidad de Chile, en manos de sectores de izquierda fuertemente anticlericales. La ANEC formará a los cuadros católicos de las generaciones futuras que jugarán un rol importante en la marcha política del país hasta alcanzar la Presidencia de la República en los periodos 1958-1964 y 1964-1970.

Como sabemos la enseñanza religiosa en los colegios fiscales estuvo en el tapete desde el decreto Barceló en 1874. Conocemos que el arzobispo Casanova había tenido una fuerte polémica en la creación de escuelas masónicas que no enseñaban religión católica y el no cumplimiento de la Ley de Instrucción Primaria de 1860, que confería a los párrocos el derecho a inspeccionar y dirigir la enseñanza religiosa en las escuelas públicas situadas en su territorio parroquial.

⁷⁴ Fernando ALIAGA REY, “La educación en don Mariano Casanova”, 9; Julio RETAMAL, *Monseñor Mariano Casanova*.

El arzobispo González continuó en la misma línea⁷⁵. El arzobispo pedía que cualquier sacerdote que enseñare religión debía tener autorización del obispo, norma que hoy en día continúa en vigencia⁷⁶.

Ante el avance de la educación protestante, el arzobispo hizo dedicar un largo artículo sobre el Ejército de Salvación en la *Revista Católica* de noviembre de 1911 y en 1912 envió una circular a los párrocos advirtiendo de la agresividad contra de la Iglesia Católica.

El Arzobispo dijo:

“poco a poco el protestantismo ha querido extender su influencia a nuestro público; y alentado por una parte por los poderosos elementos dueños del dinero con que cuenta y con la total indiferencia con que los pudientes miran a los católicos, por otra”.

Convencidos como estaban, de que esa religión no podía echar raíces entre nosotros, ha ido creciendo e invadiendo nuestras ciudades y nuestros campos; de manera que ya ha llegado el tiempo de que abramos los ojos, nos pongamos en guardia y salgamos a combatirla, defendiendo a nuestro pueblo de aquellos lobos que quieran arrancarles su fe y sus creencias. Sería un crimen que nuestra indiferencia o falso optimismo lo dejara tomar más alas; ya no se contentan con propaganda secreta y callada por medio de hojas, folletos y libros, abren iglesias en distintos barrios y hasta hay colegios que dan a los niños de clase acomodada enseñanza protestante; y triste es decirlo, hay católicos que educan a sus hijos en ellos, halagados con la esperanza de que han de tener grandes profesores en el aprendizaje de los idiomas, sin importarles gran cosa la pérdida de la fe católica o por lo menos la indiferencia religiosa con que abandonarán las aulas de la escuela.

El arzobispo crea la Asociación Católica de la Temperancia para hacer frente a este flagelo y la exitosa acción pentecostal en este campo.

En 1912 envió a los párrocos una circular advirtiendo sobre los peligros del protestantismo. Recuerda el arzobispo que los protestantes cuentan en Chile con más de seis mil alumnos, tienen cerca de cuarenta

⁷⁵ En marzo de 1910 la *Revista Católica* decía que “desde que se adueñó de la instrucción pública el espíritu antirreligioso que, en nombre de una mentada ciencia, proclama la incompatibilidad de la fe con la razón”, está conculcado el derecho a ser educado en la verdadera fe.

⁷⁶ “Siguiendo la política de autorizar anualmente a los profesores de religión de la educación privada y pública, dispuso que todos los profesores que desearan continuar enseñando religión solicitaran nueva autorización, pues todos los permisos concedidos caducaban el 1 de marzo de 1917, aunque se hubieren otorgado por mayor tiempo.

La misma norma se solicitó a los sacerdotes conforme a lo dispuesto por el artículo 426 del Sínodo Diocesano (*Boletín Eclesiástico*, tomo XIX, p. 438), citado por Juan Ignacio GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, p. 175. Los datos transcritos en estas páginas provienen de la obra citada.

centros de activo trabajo doctrinario y hay alrededor de trescientos lugares de reunión, entre pequeñas capillas, oratorios e iglesias.

“Las sociedades bíblicas de Londres y los Estados Unidos ponen a disposición de sus corifeos numerosos recursos y los pastores que entre nosotros se ocupan en extender el protestantismo reciben fuertes subvenciones. Hemos sido informados que en el ramo de la educación gastan tal vez más de un millón de dólares... Entre los muchos enemigos que hacen continua guerra a la Iglesia católica en nuestro país, sobresalen algunas sectas protestantes por sus trabajos en el pueblo y por la porfiada propaganda que desarrollan. De entre estas se distinguen de un modo especial por el mismo empeño que gastan dos de dichas sectas, a saber: los metodistas episcopalianos y los presbiterianos”⁷⁷.

La Unión Católica⁷⁸ y sobre todo la Universidad Católica⁷⁹ van a ser muy significativas en la relación sectores laicistas y católicos.

⁷⁷ Juan Ignacio GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, *op. cit.*, p. 262. En fin, en junio de 1914 el arzobispo hace escribir un largo artículo sobre “la propaganda yanqui-protestante en Chile”. En 1916 el arzobispo creó la Junta de Defensa de la Fe.

⁷⁸ La Unión Católica se constituyó en reacción por la expulsión del Delegado Apostólico Del Frate y por la aprobación de las “leyes laicas”, el 1° de junio de 1883. Fue iniciativa de Abdón Cifuentes y de Domingo Fernández Concha. El Vicario Capitular de Santiago aprobó y bendijo esta iniciativa. En dos años había organizado dos sociedades de mejora moral de sus miembros, dos sociedades de caridad para el socorro de los pobres, 13 escuelas católicas, una academia artística y dos academias literarias. Había organizado siete círculos de obreros y de jóvenes y si al inicio de la Unión se contaba con 10 periódicos católicos, de los cuales dos eran diarios, ya en 1885 contaban con 25 periódicos, de los cuales 6 eran diarios. (Del discurso de Abdón Cifuentes en la primera Asamblea General el 1 de noviembre de 1884) A esta Asamblea asistieron más de 3 mil personas.

Para que no quedara sombra de dudas sobre quién era el enemigo, el discurso de Abdón Cifuentes expresará: “Nuestra sociedad se propone, sobre todo, la unión íntima y permanente de los católicos. Por medio de una organización extendida por todo el globo, los adeptos de las logias están instruidos de todo sobre la tierra, se protegen y se sostienen solidariamente sobre toda la tierra”. “Una de las causas más universales y profundas de esta humillante debilidad de los católicos consiste en su deserción primero: en su dispersión después”.

“La dispersión y el aislamiento producen la inacción, la desidia, el desaliento; engendran divisiones funestas y hacen imposible toda defensa seria y eficaz”. (Citado Rodolfo VERGARA, *op. cit.*, p. 242). El auge de esta Unión se dio en el periodo en que Larrain Gandarillas fue Vicario Capitular, pero empezado su episcopado, Monseñor Casanova no tuvo el mismo apoyo, además su sede afrontó antes un extraño incendio el 4 de junio de 1891. Finalmente la Unión vende sus edificios a la Universidad Católica en 1899 después de haber llevado una vida lánguida entre 1891 y 1899. Monseñor Casanueva, ungido arzobispo impide –por lo demás– su funcionamiento no renovando el mandato de sus representantes en el Directorio, con lo cual no se alcanzaba el quórum necesario.

⁷⁹ La Universidad Católica fue fundada en 1888. Véase Ricardo KREBS, M. Angélica MUÑOZ y Patricio VALDIVIESO, *Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile*. La Universidad Católica de Chile fue idea del arzobispo Valdivieso y fue creada por el Vicario Capitular Joaquín Larrain Gandarillas en 1888 en pleno periodo de la ofensiva laicista.

La Iglesia Católica en esos años muestra también una febril actividad en el campo social. Terminada en “tablas” la partida de las leyes laicistas, impedida la separación de la Iglesia y el Estado, funcionando el cementerio católico y nuevamente los cementerios parroquiales, creada la Universidad Católica, si bien con pocos alumnos y con una vida de una creatura en incubadora, Iglesia y Masonería van a la conquista no sólo de la política sino de la sociedad.

La lucha por la educación se ha dado entre Masonería e Iglesia desde los inicios de la República. En efecto, la creación del Instituto Nacional se hace incorporando el Seminario de Santiago de Chile, fundado en 1584, al nuevo establecimiento, con lo cual la formación del clero –teóricamente– se hace en una institución civil, aunque no exenta de una fuerte presencia clerical.

El 10 de agosto de 1813 se fundó el “Instituto Nacional, civil y eclesiástico, del Estado”, inaugurado el 10 de agosto 1814 –suprimido en el periodo de la reconquista española– y restablecido el 12 de noviembre de 1818. El nuevo obispo Manuel Vicuña obtuvo del gobierno el restablecimiento del Seminario Conciliar volviendo al seno de la Iglesia por ley de 18 de noviembre de 1835.

Por lo demás todos los rectores del Instituto Nacional fueron presbíteros durante 20 años, salvo entre 1825 y 1826, en que lo fue un seglar. Desde los comienzos de la República tenían escuelas los franciscanos, mercedarios, dominicos y jesuitas. La junta de Gobierno decretó el 30 de enero de 1811 que en todos los conventos de frailes regulares se debía erigir una escuela de primeras letras. La primera escuela pública fue fundada por Fray Tadeo Cosme el 20 de abril de 1811.

La Masonería estuvo también activa desde los comienzos de la República en el área educacional⁸⁰. Hubo intentos de orientar los estudios del Instituto Nacional, en el periodo de Freire y Pinto, en un sentido liberal. Sarmiento luchó más tarde por dignificar la tarea del preceptor en la misma dirección.

Pero es en 1868 que un grupo de masones de Valparaíso funda la Sociedad de Instrucción Primaria de Valparaíso. De esta sociedad nacieron poco después las escuelas Sarmiento y Blas Cuevas, la última instalada el 25 de febrero de 1872.

⁸⁰ Los trabajos de la Masonería en favor de la escuela primaria y de la escuela popular se encuentran descritos en Benjamín OVIEDO, *La educación popular en Chile*, pp. 359-389. en el libro homenaje de la Universidad de Chile a su ex Rector don Domingo Amunátegui Solar.

Como ya está dicho, la fundación de la Escuela Blas Cuevas produjo un gran revuelo en el Puerto⁸¹. La Gran Logia de Chile designa una comisión para defender la posición masona⁸².

Como ya ha sido expresado, la llegada de Abdón Cifuentes al Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública y su decreto de 15 de enero de 1872 inició la polémica “Estado Docente” y “libertad de enseñanza”, que se ha prolongado hasta nuestros días.

El decreto de Abdón Cifuentes fue criticado porque la libertad de enseñanza habría motivado el regalo generalizado de notas en los colegios católicos, la venta de certificados de exámenes, el traslado de alumnos de los liceos estatales a los privados por ser más fáciles sus estudios. El decreto fue criticado por el rector del Instituto Nacional Diego Barros Arana, lo que motivó su destitución y manifestaciones a su favor. Finalmente, la lucha será ganada por las tendencias laicistas. Como resultado, el Consejo de Instrucción Pública controló la educación chilena, los exámenes debían ser rendidos ante comisiones de los liceos fiscales, lo mismo que los exámenes de los alumnos de las universidades católicas los rendían en la Universidad de Chile.

Dice Adolfo Ibáñez Santa María:

“Se propendió también a la supresión de la enseñanza religiosa construyendo otra forma de ataque a la Iglesia para facilitar la emancipación de las conciencias. En septiembre de 1873 se decretó la no obligatoriedad de esta enseñanza en los liceos fiscales. Con esto dejó de constituir un requisito para optar a grados universitarios. Pocas semanas más tarde fueron eliminados del Bachillerato los ramos de Religión y de Historia Sagrada. Estas disposiciones fueron consignadas en la ley que creó el Consejo de

⁸¹ El discurso de inauguración de Ramón Allende Padín: “Nótese aquí que no se enseña catecismo de religión, es decir, el dogma de una fe, pero a ello nos hemos decidido después de maduro examen, creyendo, con la mayoría del público ilustrado y siguiendo la opinión más generalmente aceptada, que la educación religiosa no pertenece a la escuela, sino al hogar doméstico, al cuidado de los padres de familia, jueces únicos que pueden y deben inculcar en sus hijos la creencia que estimen verdadera”.

Benjamín OVIEDO, *La Masonería en Chile*, citado por Fernando PINTO LAGARRIGUE, *La Masonería y su influencia en Chile*, p. 296. A la fundación respondió Mariano Casanova, entonces gobernador eclesiástico de Valparaíso, con una circular señalando a la Escuela como “germen de la Comuna en Chile y que estaba destinada a formar una juventud sin Dios”. PINTO LAGARRIGUE, *op. cit.*, p. 297.

⁸² La posición eclesiástica se encuentra en Mariano Casanova: *La Religión y la Masonería*. Recopilación de los principales artículos publicados por los diarios a consecuencia de una circular sobre la Escuela Atea, del Señor Gobernador eclesiástico de Valparaíso y la de la Gran Logia: en el opúsculo “La escuela Laica apéndice de la Escuela Atea”.

Instrucción pública en 1789 y en el decreto de 1880 que refrendó el plan de estudios de la enseñanza media secundaria”⁸³.

Lo propio sucedió con la enseñanza del latín: atacado por Gregorio Víctor Amunátegui en 1857, por Benjamín Vicuña en 1863, reducido su estudio en el Instituto Nacional por Diego Barros Arana en 1871, declarado optativo por Miguel Luis Amunátegui en 1876, y en 1901 suprimido del Bachillerato en Humanidades: El cultivo de las lenguas clásicas en Chile pagó los platos rotos de la contienda laicismo-catolicismo.

La conclusión de Ibáñez es que:

“Complemento institucional de esta acción reformadora fue la creación del Consejo de Instrucción Pública, en 1879. Tomó a su cargo la dirección de la enseñanza nacional, reemplazando al Consejo de la Universidad de Chile. Con él se afianzó el monopolio del Estado para salvaguardar la acción reformista. También fue decisivo el papel del Instituto Pedagógico, creado en 1888, que tuvo la responsabilidad de formar científicamente a los nuevos profesores, transformando el proceso educativo en una cuestión puramente de enseñanza: la labor pedagógica fue concebida en adelante como una función de especialistas con sus métodos y fines propios. Al igual que el Consejo, su orientación estuvo dominada por el positivismo y el cientificismo de aquella época, respaldados por la creciente influencia de la Masonería”⁸⁴.

Así las cosas en materia educacional, hubo un neto avance laicista. En este plano la postura del Estado laicista fue uno de los ejes del programa político del Partido Radical⁸⁵

“expresión política surgida del seno de la Masonería con la finalidad de llevar a la práctica los ideales de progreso que en ella se incubaban”.

⁸³ Adolfo IBÁÑEZ SANTA MARÍA, *op. cit.*, p. 72.

⁸⁴ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 79.

⁸⁵ El Partido Radical fue fundado en 1875, como su homónimo francés para “arrancar de raíz toda idea religiosa de Francia, por eso nos llamamos radicales” (Secombes y Faure).

El movimiento masón organizado a favor de la ley mencionada comienza en 1917, con la publicación del libro “El problema nacional”, del masón Darío Salas. La movilización de la Masonería, describiendo el trabajo de cada logia, se encuentra en Oscar BUSTOS, Santiago TEJAS, *Participación de la Masonería chilena y de las instituciones gremiales en la dictación de la Ley de Instrucción Primaria Obligatoria*, Santiago, 1962. El material de ese folleto es utilizado por PINTO LAGARRIGUE, *op. cit.*, pp. 299-316. Son interesantes los discursos de Arturo Alessandri Palma y de Pedro Aguirre Cerda, ambos más tarde Presidentes de la República.

A comienzos de siglo, en 1900, Pedro Bannen y Darío Salas presentan el primer proyecto sobre Instrucción Primaria Obligatoria. El Partido Radical presenta un segundo y luego un tercer proyecto en 1917, el cual, apoyado y morigerado por una fracción liberal, fue aprobado y promulgado el 26 de agosto de 1920⁸⁶.

7.4. LEY DE MATRIMONIO CIVIL Y LEY DE REGISTRO CIVIL

La ley de matrimonio civil obligatorio, que no contemplaba el divorcio vincular, fue dictada y mereció una extensa Pastoral Colectiva sobre el matrimonio el año 1883. En ella se lee:

“Con el establecimiento del matrimonio civil se produciría la absurda situación de que el matrimonio religioso, siendo el único válido y verdadero, será considerado por la ley como concubinato, mientras que el matrimonio civil que no era sino un vil concubinato, sería reconocido por el Estado como único matrimonio válido”.

Nótese que lo que crea el problema no es la existencia del matrimonio civil (incompatible por lo demás con la unión Iglesia-Estado vigente entre 1833 y 1925), sino la imposición legal a los católicos de celebrar un matrimonio civil a quienes profesan una fe religiosa y ven en el matrimonio un sacramento, lo que crea hasta nuestros días un grave problema aún no resuelto⁸⁷.

La Iglesia no apoyó la ley del matrimonio civil, sino todo lo contrario. Sin embargo, la ley aprobada era conciliable con la enseñanza católica sobre el matrimonio, ya que no adoptaba el divorcio vincular y las causales de nulidad eran estrictas, aunque no coincidieran exactamente con las causales canónicas.

La dualidad del régimen impuesto no necesariamente impedía la pastoral de la Iglesia para lograr que los católicos que se casaran únicamente por la ley civil pudieran regularizar su acción contrayendo la unión sacramental con posterioridad, y como la ley aprobada en 1884 no imponía el matrimonio civil anterior al religioso, bien pudo la Iglesia seguir el criterio del obispo de La Serena, quien en circular de 11 de agosto de 1885 dijo:

“Después de haberos desposado en la iglesia, andad sin demora o lo más pronto que podáis a la oficina del registro civil, porque también este

⁸⁶ PINTO, *op. cit.*, pp. 302-303.

⁸⁷ Véase Jorge PRECHT PIZARRO, “Católicos, matrimonio y divorcio, visión histórica y constitucional”, pp. 203-213. Véase igualmente Carlos SALINAS ARANEDA, *El influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile*, pp. 93-104.

es vuestro deber. Un buen católico debe tener por norma de conducta obedecer todas las leyes de la Iglesia y también las del Estado, cuando se pueden obedecer sin contradecir la conciencia”.

A la no valorización del matrimonio religioso en 1884 por parte del poder civil se respondió con la desvalorización del matrimonio civil por parte de la Iglesia Católica.

En los primeros años, esta política eclesiástica dio sus frutos.

En 1884, última fecha de vigencia del matrimonio religioso católico, se celebraron 17.882 matrimonios. En cambio, en 1885 el número de matrimonios civiles fue sólo de 5.200, porque muchas personas, uniéndose por el vínculo religioso, no aceptaron unirse por el matrimonio civil (incluso indisoluble) ya que se les había hecho creer que repugnaba a sus conciencias. Esta situación, que creó numerosos hijos ilegítimos ante la ley, perduró como está dicho hasta 1940. A partir de la década de los 40 los chilenos comenzaron a “casarse por las dos leyes”, primero la civil luego la canónica.⁸⁸

A ello se sumó lo que observaba Abdón Cifuentes:

“Para completar la Ley de Matrimonio Civil vino la Ley de Registro Civil, de 17 de julio del mismo año 84, que arrebató a los párrocos el registro legal de los matrimonios y de las defunciones y los pasos para el cementerio que antes estaban confiados a ellos, privándolos de las entradas con que vivían y sostenían el culto. De esta manera los curas quedaron reducidos a la miseria”⁸⁹.

La precedencia obligatoria del matrimonio civil sobre el matrimonio religioso solo vino a establecerse por la Ley N° 4.808, de 10 de febrero de 1930, sobre Registro Civil (indicación de don Rudesindo Ortega), previas las mociones fracasadas de don Guillermo de la Rivera en 1903, de don Enrique Barbosa en 1915 y de los demócratas miembros del partido homónimo en la Cámara de Diputados de 1915.

El artículo que estableció la precedencia obligatoria del matrimonio civil sobre el matrimonio religioso (artículo 43) fue derogado a contar del 17 de mayo de 2004.

⁸⁸ El contexto social en que se dio la lucha era grave. En 1844 la Iglesia era perseguida. Las sedes episcopales estaban vacantes; eran expropiados los diezmos por la ley de conversión de 1853 y el gobierno no cumplía sus obligaciones del presupuesto del culto; se negaba a pagar las rentas a los vicarios capitulares de Santiago y Concepción; suprimía las asignaciones a los seminarios; no proveyó ninguna de las canonjías vacantes en los cabildos diocesanos y, aun más, amenazaba con la confiscación de los bienes de los regulares.

⁸⁹ Abdón Cifuentes, *Memorias*, tomo II, p. 207.

7.5. EL VICARIATO CASTRENSE

En 1910-1911 se produjo la creación del hoy obispado (entonces Vicariato Castrense)⁹⁰ para la asistencia religiosa católica en las Fuerzas Armadas, luego extendida a Carabineros de Chile, que es una policía militarizada, pero no pertenece a las Fuerzas Armadas chilenas.

La base jurídica del Vicariato se encuentra en el *motu proprio In hac Beatissimi Petri Cathedra* del papa San Pio X y en la ley de 1911 N° 2.463 *Diario Oficial* de 15 de febrero de 1911, cuya vigencia se ha mantenido hasta nuestros días, pese a la separación de la Iglesia y el Estado, lograda en la Constitución de 1925.

Esta creación, que es un acuerdo internacional entre la Santa Sede y el gobierno de Chile, se produjo en medio de las secuelas de la Guerra del Pacífico (1879-1881), en la cual Chile conquistó territorios peruanos y bolivianos.

El Tratado de Ancón (1904) preveía que el territorio de Tacna en el Perú inválido sería objeto de un plebiscito para decidir en qué país quedaría dicho territorio. Los curas peruanos comenzaron a hacer propaganda a favor de su país. El gobierno chileno expulsó a los curas peruanos solicitando a la Santa Sede la creación de un vicariato para las Fuerzas Armadas como prelatura personal. De esa manera los chilenos en Tacna no quedarían sin asistencia religiosa.

Con el tiempo este monopolio católico de la asistencia religiosa causará dificultades con los miembros no católicos de las Fuerzas Armadas, pero ello se expresó mucho después de 1925.

Ahora bien, en el periodo anterior a 1925 cabe consignar una interpelación al Ministro de Guerra y Marina, por una circular del Ministro que prohibió a los militares el adscribirse a “sectas”, dentro de las cuales se encontraba la Masonería expresamente mencionada.

La interpelación al Ministro –promovida por el Partido Radical– terminó siendo rechazada en 1916.

La referida circular fue retirada, pero durante todo el periodo en estudio la Armada de Chile sólo admitió católicos en sus filas⁹¹.

⁹⁰ Véase Juan Ignacio GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, *El Vicariato Castrense, passim*; Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, *15 Estudios sobre Libertad Religiosa en Chile ante el Derecho Internacional*, pp. 149-163. Véase más recientemente: Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, “La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas de Argentina, Brasil y Chile”, en *Derecho Público Iberoamericano*, pp. 237-273.

Véase asimismo Juan Ignacio GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, *Iglesia y Fuerzas Armadas. Estudio canónico y jurídico sobre la asistencia espiritual a las Fuerzas Armadas en Chile*, pp. 193-194.

⁹¹ Esta circular del Ministro Boonen Rivera se debió a la acción de la Masonería en las filas. El decreto prohibió la pertenencia de los militares a “sociedades secretas, cofradías, logias”, lo que motivó protestas de los masones, por aquello de las “logias”, y de los católicos por aquello de las “cofradías”.

7.6. LA LUCHA POR LA PRENSA

El otro campo de lucha contra el laicismo fue la prensa. El arzobispo González había ya participado en la fundación del diario “La Unión” de Valparaíso a fines del siglo XIX. Para velar porque este diario fuera fiel a la Iglesia, organizó un Consejo que lo supervigilara.

La multiplicación de periódicos no solo liberales y masones, sino también socialistas, revolucionarios y anarquistas, hizo que el arzobispo creara una sociedad periodística en el Sur que está detrás de la fundación del *Diario Austral* de Temuco y *La Aurora* de Valdivia.

El *Diario Ilustrado* fue fundado en 1902 por Ricardo Salas Edwards, siendo comprado después por parientes del arzobispo y cercanos al mismo. El *Diario Ilustrado* tendría una larga vida hasta la década de los 90.

En 1911 autoriza, oído el Directorio de la Sociedad de la Buena Prensa (fundado por él), una publicación periódica ligada a la Congregación de los Sagrados Corazones. Esta sociedad de la Buena Prensa celebraba asambleas anuales y tenían centros en diversas localidades y mantenía publicaciones como las “lecturas dominicales” y el *Almanaque Parroquial*, así como varias librerías en Santiago y provincias, incluso con las revistas católicas extranjeras.

8. El clero y la política: el clericalismo católico chileno

Pero no sucedía lo mismo en el plano político. Caído Balmaceda, por haber sido derrotado en la Guerra Civil, la Junta de Gobierno fijó un itinerario para llegar a la normalización durante el año 1891. La elección de noviembre dio una alta votación al Partido Conservador, columna vertebral de los revolucionarios.

La fuerza conservadora, dada la división liberal, la convertía en el primer partido político chileno.

Ello motivó un debate debido a la intervención del clero en la elección, acusación de los sectores liberales que llegó junto a los radicales, a conocimiento del arzobispo Casanova. La intervención del clero fue defendida por el diario *El Porvenir*:

“Para los párrocos, se dijo, enseñar a sus feligreses el recto uso de sus derechos políticos era un deber, no sólo una facultad. Y ninguna ley civil ni eclesiástica lo prohibía. Tampoco era el Gobierno, ni menos los anticlericales, los encargados de cuidar el ‘decoro’ de los sacerdotes. Calificaba esto como un ‘irrisorio cacareo de puritanos’”.

A la muerte del arzobispo González, es consagrado obispo el 12 de enero de 1919 monseñor Crescente Errázuriz Valdivieso, quien asume la Arquidiócesis de Santiago el 29 de enero de 1919, casi octogenario.

Con su gran personalidad y clarividencia había tenido participación en hechos notables.

Estuvo en la trinchera periodística en la *Revista Católica* (1863-1874) y en *El Estandarte Católico* (1874-1878). Defendió la postura antilaicista del arzobispo Rafael Valdivieso (su tío materno) contra las leyes laicas que comenzaron en la presidencia de Federico Errázuriz (su primo hermano); evitó un golpe militar contra el presidente Barros Luco e impidió la renuncia del arzobispo González Eyzaguirre en otra difícil situación.

Los años 20 en Chile estuvieron marcados por la agitación social y la crisis salitrera. La clase media y los obreros (en general el pueblo) apoyaron en pro de reformas sociales a la Alianza Liberal (partidos radical, democrata y parte de los liberales) que tuvo como candidato a la Presidencia, a Arturo Alessandri Palma, liberal y masón. Los sectores reaccionarios apoyaron a Luis Barros Borgoño, candidato de conservadores y amplios sectores liberales.

Pero curiosamente Luis Barros Borgoño era incrédulo y, si no masón, amigo de la Masonería⁹² en la Sociedad Escuelas Nocturnas para obreros.

Dice Fidel Araneda:

“La clase alta, el capitalismo y gran parte del clero de la época no ocultaban su temor ante el candidato de la Alianza Liberal. El clero hizo una violenta campaña de oposición, a pesar de que Errázuriz ordenó a los eclesiásticos abstenerse de toda participación en las luchas políticas. El Obispo de Concepción Gilberto Fuenzalida, con los bríos propios de su carácter firme y como sacerdote formado en la escuela de Larraín Gandarillas, inculcaba al clero y a los fieles de su diócesis que era un deber del sacerdote y de los católicos declarar guerra muerte al candidato de la masonería. El prelado penquista pensaba que con esta actitud favorecía a la Iglesia”⁹³.

La intervención de monseñor Errázuriz marca un punto de inflexión muy importante en las relaciones Iglesia-Estado en Chile. La no inter-

⁹² Lo vemos citado por Oviedo: “La educación popular en Chile”. Así al cumplir 25 años (en 1926) la Sociedad Escuelas Nocturnas para obreros, va a asistir especialmente invitado don Luis Barros Borgoño, miembro honorario de la sociedad y “ex profesor de la antigua escuela Franklin”. La escuela Franklin fue una de las primeras escuelas masónicas.

⁹³ ARANEDA, *op. cit.*, p. 697.

Véase Sergio CARRASCO DELGADO, “El Arzobispo Crescente Errázuriz (La no intervención del clero en política)”, pp. 119-125.

vención del clero chileno en política es un avance muy significativo en materias de laicidad del Estado. Pero es también un avance muy claro en materia de libertad religiosa y cívica de los fieles y de la libertad de las iglesias como instituciones⁹⁴.

Hasta esa fecha se había consolidado el Partido Conservador como el “Partido Católico” o el “Partido de la Defensa Religiosa”, posición iniciada poco después de la muerte del arzobispo Valdivieso⁹⁵. Como está ya dicho, Valdivieso no quería la politización del clero⁹⁶, pero su entorno clerical sí la quería (Joaquín Larraín Gandarillas, luego Vicario Capitular; el Vicario General Ramón Astorga, Rafael Fernández Concha, Jorge Montes), como también trabajaban con ellos seculares (Cifuentes, Irrarzával, Fabres)⁹⁷.

Dice el padre Jiménez:

“La ‘defensa religiosa’ quedó así englobada dentro de un bloque total, que era tomado así, como un todo, cubriendo ‘la religión’ muchísimas cosas ajenas o al menos contingentes ‘canonizándolas’ así indebidamente, y haciendo que el rechazo de ellas constituyera de hecho, indebidamente, también, rechazo de la misma ‘religión’. La ‘defensa religiosa’ se transformó así de hecho en una oposición políticamente impacable al Gobierno perseguidor, juntando en un solo bloque –como si fuera homogéneo– todas las acusaciones, de cualquier orden, admitiéndolas y urgiéndolas por el sólo hecho de serlo “negándole la sal y el agua”⁹⁸.

⁹⁴ Muy bien dice CARRASCO, *op. cit.*, p. 121: “No pocos fueron los daños sufridos por la Iglesia en la lucha política en que se empeñaran algunos de sus miembros. Sin duda, el principal: contribuir a atizar el sentimiento antirreligioso, en términos de que la jerarquía y el dogma reciban un ataque frontal. La forma en que se dictaron las “leyes laicas”, los permanentes conflictos y la entronización política en la educación, e incluso las circunstancias de la supresión del latín en la enseñanza, han podido estar insertas en la lucha religiosa del siglo pasado”. Y en la página 124 afirma: “Errázuriz mantuvo su criterio, el cual no reconoció debilidades y así como resistió las presiones de los directivos de la Unión Nacional, que le solicitaban intervenir en contra de las posibilidades del candidato Arturo Alessandri, adversario en 1920 del Partido Conservador, de igual forma resistió el sentimiento del alessandrismo que hubiese deseado la palabra, en su favor, del venerado metropolitano”.

⁹⁵ La Sociedad de Santo Tomás de Cantorbery que perseguía el que los clérigos no utilizaran los recursos de fuerza fue desviada de sus objetivos por José Manuel Orrego, Joaquín Larraín Gandarillas y José Ramón Astorga, convirtiéndose en un aparato clerical que se opone al Presidente Montt, lo que terminó dividiendo al Partido Pelucón o Conservador. Es el resultado político del “caso del sacristán” descrito anteriormente.

⁹⁶ Véase ARANEDA, *op. cit.*, p. 496.

⁹⁷ Seguimos a continuación dos artículos notables del jesuita Julio Jiménez Berguecio: “Sobre Iglesia y Política en la Historia Chilena”. Véase del mismo autor: “Don Crescente y la evolución política religiosa de Chile”, en *Mensaje* 6 (1957) pp. 18-28.

⁹⁸ JIMÉNEZ, *op. cit.*, (1) p. 250.

Esta lucha tenaz y envenenada se prolonga desde 1878 a 1887 (vacancia arzobispal de Santiago – presidencias de la República de Santa María, Errázuriz Zañartu y Balmaceda), se aminora bajo el arzobispo Casanova y termina bajo el arzobispo Crescente Errázuriz y los sucesivos arzobispos, con altibajos (desde 1925 en adelante).

Crescente Errázuriz describió esta lucha en su obra *Algo de lo que he visto*⁹⁹.

En el siglo XIX Valdivieso era partidario de un clero no politizado, mantuvo la postura inversa el obispo de Concepción, José Salas¹⁰⁰. En el siglo XX Crescente Errázuriz tuvo como partidario de la actividad política del clero y de la unión de los católicos en el Partido Conservador al arzobispo de Concepción Gilberto Fuenzalida¹⁰¹. El arzobispo Errázuriz emitió una célebre pastoral el 8 de diciembre de 1922, complementada con una circular publicada en la *Revista Católica*, 1923, pp. 9-12, esta pastoral fue impugnada por el obispo Fuenzalida el 18 de abril de 1923.

En tanto el arzobispo de Santiago remaba en una dirección, Fuenzalida señalaba que “la Iglesia reconoce en el Partido Conservador a sus mejores hijos”. Ambos se apoyaban en documentos vaticanos. Monseñor Gilberto Fuenzalida había hecho una consulta al entonces Secretario de Estado, cardenal Gasparri. Gasparri condenaba como errónea la teoría que propiciaba separar la religión de la política y reiteraba la necesidad de que los católicos permanecieran unidos. De allí el obispo de Concepción,

⁹⁹ Crescente ERRÁZURIZ, *Algo de lo que he visto*, pp. 194, 348 y 269; 273-274.

¹⁰⁰ José Hipólito Salas y Toro fue consagrado obispo por Rafael Valentín Valdivieso el 29 de octubre de 1854, y combatió, lo mismo que el arzobispo de Santiago, el regalismo del gobierno, pero al contrario de aquel, promovió al Partido Conservador: “Pido a Dios que me deje ver en Chile organizado el partido católico, no el partido de don fulano o don mengano, sino el de los católicos que lleven la expresión de sus doctrinas y las consecuencias de su fe al orden público, al municipio, a las Cámaras y a todas partes”... para defenderse de los gobiernos impíos no hay otro medio que constituirse en un partido fuerte y temible”... “para defender a la iglesia, hoy combatida en las Cámaras, necesitamos levantar una mayoría católica y valiente. No formemos el partido Tocornalista, como lo llaman nuestros adversarios, sino el Partido Conservador Católico; el señor Tocornal es nuestro jefe seglar, pero no es nuestro amo” (citado por ARANEDA, *op. cit.*, p. 538).

¹⁰¹ Véase *Boletín Eclesiástico*, tomo 21 (1923-1924) y tomo 22 (1924-1926) y la *Revista Católica*, 44 (1923-I) 692; 66 (1934-I) 414, 417, 416.

Utilizo los valiosos antecedentes y comentarios de Julio JIMÉNEZ BERGUECIO, “La Carta del Cardenal Pacelli de 1° de junio de 1934 al Nuncio Apostólico en Chile. Incidencias de su publicación”, en *Anuario de Historia de la Iglesia en Chile*, Seminario Pontificio Mayor, Santiago de Chile 1984, vol. 2, pp. 131-163. Asimismo María Teresa COVARRUBIAS, 1938. *La rebelión de los jóvenes. Partido Conservador y Falange Nacional*, Editorial Aconcagua, agosto 1987, en su capítulo 1. Recuerdo que ya en 1921 surgió el Partido Popular, fundado por Bartolomé Palacios, Clotario Blest y Juan Bautista Navarro. Es un antecedente del primer partido no conservador formado por católicos con fuerte vocación social.

siguiendo las huellas de José Hipólito Salas, concluía que los católicos tienen la obligación de ayudar al partido cristiano (cosa que Gasparri no decía) y “de dar el voto a sus candidatos, que para ese partido tiene la Iglesia sus afectos de gratitud y sus mejores bendiciones” y termina así:

“ocupar el puesto correspondiente en las filas del Partido Cristiano, mantenerse estrechamente unido con los demás correligionarios, someterse en todo a la disciplina del partido y dar el voto a sus candidatos tales son los deberes que pesan sobre la conciencia del ciudadano católico”¹⁰².

Pero el arzobispo se había basado en una circular de la Secretaría de Estado N° 8.920 (reservado) del Vaticano, 2 de octubre de 1922, dirigida a los obispos italianos y dada a conocer en la *Revista Católica* en 1923. En ella el cardenal Gasparri rechaza el que el Partido Popular italiano sea un organismo de la Santa Sede o que representaría a los católicos en el Parlamento o en el país y expresa:

“Nadie negará a los obispos y a los curas el derecho de tener, en cuanto ciudadanos privados, sus opiniones y preferencias políticas personales, con tal que ellas no se aparten de las exigencias de una recta conciencia y de los intereses de la religión, pero no es menos evidente que, en su calidad de obispos y curas, deben mantenerse absolutamente extraños a las luchas de los partidos, alejados de toda competición puramente política”.

En plena coincidencia con esta circular a los obispos italianos, el arzobispo Errázuriz dirá en su pastoral de 8 de diciembre de 1922:

“... Así pues, la Iglesia ni responde por los actos de un partido político, ni pretende influir en ellos, y deja a esos partidos en completa independencia. En cambio, le exige también completa y absoluta prescindencia para la propia acción: ni los hombres ni los partidos políticos deben inmiscuirse en lo que atañe al gobierno eclesiástico... Los miembros del clero cuidarán de no excitar pasiones y, al contrario, procurarán llevar a los ánimos serenidad y paz, no son tribunales, sino maestros; no se hallan al servicio de un hombre ni de un partido político, sino que son ministros de Dios. Jamás harán alusiones personales ni dirán cosa que pueda ofender a alguien, y en sus palabras procurarán ser ejemplo de prudencia, moderación y claridad... Se abstendrá el eclesiástico de tomar parte en manifestacio-

¹⁰² Véase el comentario de “un profesor” sobre la lucha religiosa en la *Revista Católica*, 1923, pp. 636-637: “Confundiendo la política con las ideas religiosas, se quiere hacer creer que todo el que no se llama conservador no es católico, cuando el hecho es que gran parte de los liberales, o más bien dicho la casi totalidad de los que no se llaman radicales son católicos, que miran con buenos ojos a la Iglesia y no repudian su armonía con el Estado”.

nes, reuniones y banquetes políticos y cualquier otro acto no conforme con la independencia e imparcialidad de su carácter sacerdotal... A todo eclesiástico quedará severísimamente prohibido constituirse representante o agente de un partido político, su puesto es harto más elevado, y harto noble su misión: el sacerdote no es auxiliar de un partido; es bajo el magisterio, guía y director de la conciencia de los fieles”.

Por otra parte, precisamente sobre el tema de la separación de la Iglesia y el Estado el arzobispo Errázuriz llama al clero a tener una actitud abierta y no sectaria. Se comprenderá fácilmente la contribución de Errázuriz al clima político (en gran sentido) con que debe abordarse un tema tan significativo para la laicidad del Estado:

“Si llega a ponerse en discusión el proyecto de separar del Estado a la Iglesia, redoble el sacerdote su cuidado de no herir a nadie; no busque en sus palabras el medio de captarse buena voluntad de un partido, o de determinadas personas; mire a Dios y no a los hombres y sea con estos caritativo y leal; no olvide, en fin, un momento que no debe comportarse como político, sino como sacerdote y que, si tiene derecho y muchas veces debe sostener sus principios y apoyar como ciudadano sus opiniones, en su calidad de sacerdote y maestro ni pertenece a partido político alguno ni debe portarse como político”¹⁰³.

Por ello son muy certeras las palabras del ex Vicario General Monseñor Miguel Miller al inaugurarse el monumento elevado por subscripción pública, levantado en honor de don Crescente (y que está en el frontis de la Universidad Católica de Chile):

“...Su voz fue escuchada y estudiados los problemas que a ella se refieren con un criterio de armonía y de amplia comprensión. Su modo de proceder estuvo en conformidad con sus enseñanzas: la Iglesia no tenía personeros (intermediarios políticos) para tratar con los poderes públicos: Era el Gobierno Eclesiástico el que exponía su parecer en los asuntos de su incumbencia, el que elevaba directamente sus peticiones y el que reclamaba respeto a los derechos de la Iglesia cuando los creía amagados por alguna ley. No exagero al afirmar que el señor Errázuriz creó una nueva mentalidad en el país”¹⁰⁴.

¹⁰³ Véase la carta de Crescente Errázuriz al cardenal Gasparri del 15 de julio de 1924, *Revista Chilena de Historia y Geografía* 72, 1932, pp. 47-51.

¹⁰⁴ Citado por JIMÉNEZ BERGUECIO, *Carta del Cardenal Pacelli...*, op. cit., p. 138.

9. La separación de la Iglesia y el Estado en 1925

Entre 1884 y 1925, los proyectos de separación de la Iglesia y el Estado no prosperaron, pero en los mensajes presidenciales de 1921, 1923 y 1924 el Presidente de la República don Arturo Alessandri Palma propició la separación de la Iglesia y el Estado¹⁰⁵.

Esta separación fue convenida entre la Santa Sede y el Presidente Alessandri, 1925. La situación de las relaciones entre la Iglesia y Estado bajo el gobierno de Alessandri Palma era armónica. Alessandri mantenía buenas relaciones con el arzobispo Crescente Errázuriz y sobre todo con el vicario general castrense monseñor Edwards Salas.

En el informe del vicario castrense a la Santa Sede el 2 de octubre de 1920 se propone:

“Ir hoy a una separación mejor o menos mala que la que se impondrá mañana. Y con absoluta libertad (a) multiplicar las diócesis (b) intensificar el apostolado (c) organizar al pueblo. El informe de la Vicaría Castrense consideraba que algunos aspectos era imprescindibles en la negociación que se avecinaba: a) Derecho a poseer en condiciones regulares (b) Propiedad de todo lo que hoy se tiene; (c) Exención de impuesto a los templos; (d) Mantenimiento de las rentas a las personas que actualmente las gozan; (e) Libertad efectiva de enseñanza”¹⁰⁶.

Pero esta postura del vicario castrense era minoritaria en el episcopado chileno. En junio de 1921, el obispo de Concepción publicó su pastoral “El laicismo” y en abril de 1923 el arzobispo Errázuriz decía: “Separación

¹⁰⁵ Sobre el tema véase: Carlos OVIEDO CAVADA, “Carácter de la separación entre la Iglesia y el Estado de Chile”, *passim*; OVIEDO CAVADA, “Negociaciones chilenas sobre convenios con la Santa Sede”, pp. 37-44; OVIEDO CAVADA, “La jerarquía eclesiástica y la separación de la Iglesia y el Estado en 1925”, *passim*; Máximo PACHECO GÓMEZ, *La separación de la Iglesia y el Estado en Chile y la diplomacia vaticana*, *passim*; Jorge PRECHT PIZARRO, “Derecho Eclesiástico del Estado de Chile, Análisis históricos y doctrinales, capítulo III: Los acuerdos concordatarios y la Constitución chilena de 1925, 347 pp. El informe del Vicario Castrense figura entre las páginas 55 a 61 del libro de Pacheco ya mencionado. La importancia de monseñor Edwards Salas radica en su personalidad y su cultura, unidas a la prudencia y sagacidad que mostró en la erección de la Vicaría Castrense y los difíciles momentos que superó con el arzobispo de Arequipa, que tenía jurisdicción sobre Tacna y Arica, territorios ocupados por las armas chilenas después de la guerra del Pacífico. Véase más recientemente: Carlos SALINAS ARANEDA, “Relaciones Iglesia-Estado”, en Marcial SÁNCHEZ, *Historia de la Iglesia en Chile*, pp. 233-304.

¹⁰⁶ Cristóbal GARCÍA-HUIDOBRO BECERRA, “Las negociaciones para la separación de la Iglesia y el Estado”, en PACHECO GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 24-51. Difícilmente el Presidente Alessandri hubiera encontrado un aliado eclesiástico más valioso que monseñor Edwards en el Chile de entonces.

entre la Iglesia y el Estado significa negación pública y solemne de Dios, verdadera y terrible apostasía nacional¹⁰⁷. El 15 de mayo de 1923 se publicó una pastoral sobre el presupuesto del culto:

“La Iglesia ni siquiera reclama; pero pues se le quiere arrebatar la ración de hambre a que se le ha reducido, importa mostrar que no recibe un favor, sino una pequeña parte de lo que se le debe”.

El 30 de agosto de 1923 una pastoral del obispo de La Serena apoya a monseñor Errázuriz.

Todas estas declaraciones eclesiásticas tienen lugar ante la presentación del diputado radical Miguel Ángel Padilla de un proyecto de ley sobre Separación Iglesia-Estado.

El presidente Alessandri tenía, pues, ante sí una doble tarea por cumplir: primero, reducir o acabar con la oposición interna, tanto de la mayoría del Episcopado como del Partido Conservador, y segundo, la negociación con la Santa Sede.

El frente externo fue facilitado por el permiso constitucional por seis meses otorgado al Presidente de la República, el que había partido al exilio después de su renuncia, no aceptada por el Congreso, primero a Argentina y luego a Francia e Italia.

Al parecer el embajador chileno ante el Vaticano, Ramón Subercaseaux, había ya iniciado gestiones para un concordato, incluyendo la separación entre la Iglesia y el Estado¹⁰⁸. De manera que cuando el 2 de febrero de 1925 el papa Pío XI recibe al Presidente de la República y le indica dirigirse al Secretario de Estado, el terreno estaba abonado. Arturo Alessandri narra que en la entrevista con este último acordaron fórmulas que solucionarían el problema y que el Presidente anotó en un “papelito” la solución lograda con el cardenal Gasparri¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Dice el arzobispo Errázuriz: “Desde su nacimiento, hace ya cerca de 400 años, la sociedad chilena ha vivido y se ha alimentado de la vida y de las enseñanzas de la Iglesia. De tal manera que suprimir a esta por un instante, en la historia de aquella, sería dejar sin explicación los acontecimientos más obvios... Cualesquiera que sean las condiciones en que se proponga la separación entre la Iglesia y el Estado –entendido bien, amados hijos–, sean cuales fueren las ideas y los propósitos que inspiren el proyecto, éste lleva en sí la negación de Dios y debe ser combatido y rechazado por el católico... No se dejen los católicos engañar por la ilusión de lo que algunos llaman “separación amistosa” en la doctrina, cuando el uno dice: “Creo en Dios y lo adoro”, y el otro, “Dios no existe para mí”.

En Chile somos los católicos la inmensa mayoría y sería error profundo, cobardía indigna, el dejar que nuestra Carta Fundamental haga, a nombre de la nación, profesión de ateísmo”. Crescente ERRÁZURIZ VALDIVIESO, *Pastoral sobre la separación de la Iglesia y el Estado*, pp. 643-648.

¹⁰⁸ Ramón SUBERCASEAUX, *Recuerdos de 80 años*.

¹⁰⁹ Arturo Alessandri: Nadie ha visto jamás el “papelito” (¿otra excentricidad del León de Tarapacá?), salvo Araneda Bravo y lógicamente monseñor Edwards, que preparó

El ultramontanismo del clero chileno le impidió oponerse al preacuerdo logrado con la Santa Sede. No fue tarea fácil. La selección de documentos del Archivo Histórico de la Secretaría de Estado, sección para las Relaciones con los Estados hecha por Máximo Pacheco, muestra que el obispo de Concepción, monseñor Fuenzalida, se unió a don Crescente Errázuriz, arzobispo de Santiago, y al obispo de La Serena, Carlos Silva Cotapos, con la compañía más matizada del gobernador eclesiástico de Chillán, monseñor Martín Rücker (documento N°29)¹¹⁰.

El nuncio Aloisi Masella (que ya tenía instrucciones de trabajar para llegar a una separación convenida a lo menos desde 1923) le dice al cardenal Gaspari:

“Conviene por lo tanto que V.S. trate de poner en evidencia, ante los católicos de más autoridad, dichos *gravísimos inconvenientes*, para luego hacerles comprender que la separación como está indicado en mi mencionado cifrado, resulta una separación más de nombre que de hecho, dado que reconoce a la Iglesia los principales derechos que le corresponden y le deja sobre todo esa libertad que ahora le es negada y de la cual tiene necesidad absoluta para formar rectamente las conciencias de los fieles”¹¹¹.

El propio arzobispo Errázuriz que se opuso radicalmente a la separación y que incluso amenazó con renunciar en 1925, escribía al cardenal Gasparri el 15 de julio de 1924:

“2° Si, como aseguraron, yo me dejo engañar y los anunciados proyectos llegaran a ser leyes –lo cual no sé de qué manera lo impedirán los católicos

uno de los proyectos, sobre la base de la conversación Gasparri-Alessandri, pero el que no dice haberlo leído.

¹¹⁰ En realidad las posiciones de la Santa Sede y del presidente Alessandri estaban fijadas con anterioridad. En el documento N° 12 de la recopilación de Pacheco, el Nuncio en Chile informa al Secretario de Estado sobre el Mensaje Presidencial de 10 de junio de 1923: “Es lo que yo anhelo vivamente para mi patria: la Iglesia, las comuniones religiosas, cualesquiera que sean sus dogmas y creencias, peculiar y propio del orden espiritual; *el Estado neutro e igualitario*, sin privilegios ni excepciones, dando ejemplo de respeto a todas las conciencias y proyectando las garantías que en materias religiosas, como en todo, corresponden por igual a la totalidad de los habitantes”(PACHECO, *op. cit.*, p. 105).

El Cardenal Secretario de Estado, en relación con el proyecto de separación presentado por el diputado Padilla, comunica al Nuncio Aloisi Masella lo siguiente: V.S. me hace después notar que los mismos católicos y el clero parecen en su mayoría contrarios a la separación, incluso en el sentido que yo le indicara en mi cifrado N° 33. Esto no me asombra, sabiendo que ellos difícilmente pueden estar en grado de reconocer los relevantes daños que el patronato nacional y la excesiva injerencia del gobierno chileno en los asuntos eclesiásticos ha causado y causará a la religión, sometiéndola al poder político y tal vez también a los hombres del partido dominante” (PACHECO, *op. cit.*, p. 123).

¹¹¹ PACHECO, *op. cit.*, pp. 123-124.

que no me siguen— importa muchísimo que aquella discusión y estas leyes no lleven el sello de la odiosidad; que ya que son contrarias a la religión, a lo menos no sean odiosamente opresoras y perseguidoras. Si no podemos evitar, por ejemplo, la separación entre la Iglesia y el Estado ¿no sería de desear que obtuviéramos las condiciones menos onerosas? Ello sólo podemos esperararlo si nos abstuviéramos de herir y herir, de exaltar las pasiones. Por supuesto, no significa esto que se abandonen a la defensa de los principios, los preparativos de defensa y las precauciones”¹¹².

El Nuncio va a multiplicar sus conversaciones con líderes católicos en 1924 y en 1925 (entre otros Alfredo Barros Errázuriz, Abdón Cifuentes, Rafael Gumucio, Roberto Perigallo, Carlos Aldunate—Ministro de Relaciones Exteriores—) y va a consultar asimismo a Juan Enrique Concha Subercaseaux¹¹³, Ramón Gutiérrez, Romualdo Silva Cortés y Manuel Foster Recabarren.

Paralelamente trabaja monseñor Edwards para obtener un acuerdo entre conservadores y radicales. La proposición adoptada por Arturo Lyon y Exequías Alliende, presidente y miembro de la Junta Conservadora, es enviada por el Nuncio a la Santa Sede el 24 de abril de 1925¹¹⁴.

Nuevamente son consultados los obispos chilenos en abril de 1925. Es interesante anotar que los obispos Fuenzalida, Castro y Rucker hacen consideraciones muy semejantes respecto de los puntos que debía contener un próximo acuerdo:

- 1° Reconocimiento de Dios a fin de que la Constitución no sea atea (Fuenzalida);
- 2° Reconocimiento de la personalidad jurídica de derecho público de la Iglesia y sus entidades canónicas (Fuenzalida, Castro, Rucker);
- 3° Inviolabilidad de los bienes eclesiásticos y religiosos (Fuenzalida);
- 4° Reconocimiento del derecho de los padres de dar educación religiosa a los hijos (Fuenzalida, Castro, Rucker);
- 5° Libertad de enseñanza y subvención proporcional a los colegios libres (Fuenzalida, Castro, Rucker);
- 6° Exención de los impuestos a los templos (Fuenzalida, Castro, que agregan seminarios, casas episcopales y parroquiales);
- 7° Exención del servicio militar para los clérigos (Castro);

¹¹² Documento N° 19, PACHECO, *op. cit.*, p. 128.

¹¹³ Documento N° 28, PACHECO, *op. cit.*, pp. 154-157.

¹¹⁴ De él dice el Nuncio: “a cuya persistencia se debe el que se pusiere en la futura Constitución el artículo relativo a la supresión de las llamadas Leyes de Indias” (Documento N° 41, PACHECO, *op. cit.*, p. 207).

Monseñor Edwards es llamado “óptimo” en distintas comunicaciones del Nuncio de la Santa Sede.

- 8° Supresión del Patronato (Fuenzalida, Castro, Rücker);
- 9° Hay discrepancias sobre el presupuesto del culto. Fuenzalida entiende que solo es materia de ley, Castro no se pronuncia, en tanto que Rücker hace una interesante proposición:

“4° Sería indispensable que durante algunos años el Estado ayudara a la Iglesia con ayudas pecuniarias, mientras se formará la conciencia de los católicos sobre la obligación que pesa en su conciencia sobre prestar cooperación económica al culto y otras necesidades espirituales”¹¹⁵.

Permanecen contrarios a la separación el arzobispo Crescente Errázuriz y el obispo de La Serena Carlos Silva.

Paralelamente el gobierno, desde 1924 a lo menos, anuncia que el modelo a seguir será el de Brasil, por lo cual Miguel Cruchaga envió en 1923 una relación sobre la separación de la Iglesia del Estado en Brasil. Llegado al poder del Nuncio, tal documento será enviado a la Santa Sede el 31 de julio de 1924¹¹⁶.

Los obispos más opuestos a la separación son escépticos respecto de la aplicación del “modelo brasileño”. Así el 26 de abril de 1925 el arzobispo escribe al Nuncio Masella:

“IV. Creo que, aún concediendo a la Iglesia la personalidad de derecho público y otras garantías que se gozan en Brasil, serían muy funestas las consecuencias en el pueblo por falta de recursos para sostener las parroquias y muchas obras católicas y por los vejámenes que sobre todo al principio cometerían en las provincias las autoridades subalternas”¹¹⁷.

Anteriormente ha escrito:

“Tenemos paz y la separación nos aportaría probablemente tremendas luchas, como ha sucedido en Francia y Portugal, únicos pueblos católicos que la han adoptado en Europa. Es cierto que en Brasil no hubo persecución; pero a juicio de aquellos que han estudiado aquella sociedad, ello se debe a los hombres que hasta ahora gobiernan y no a las instituciones”¹¹⁸.

La experiencia de Brasil comienza a ser cuestionada insistentemente¹¹⁹, aunque la de Estados Unidos también lo es¹²⁰.

¹¹⁵ Véanse documentos 28 y anexos, PACHECO, *op. cit.*, pp. 154-172.

¹¹⁶ Véase documento 20, PACHECO, *op. cit.*, pp. 130-135.

¹¹⁷ PACHECO, *op. cit.*, p. 164.

¹¹⁸ PACHECO, *op. cit.*, p. 171.

¹¹⁹ PACHECO, *op. cit.*, pp. 173-174 a 180, 184, 185, p. 237

¹²⁰ Así monseñor Castro escribirá: “Antes de concluir, deseo dejar aclarado que luego de un viaje de estudios a los Estados Unidos, acaricié durante un tiempo la idea de la

Cristóbal García Huidobro muestra que existieron seis proyectos:

- a) El presentado por el presidente Alessandri en su reunión con el nuncio Masella del 11 de mayo de 1925;
- b) El presentado por el Partido Conservador al Partido Radical;
- c) El elaborado por Carlos Aldunate Solar. Este proyecto correspondería al entregado por el Vicario Edwards, basado en el “papelito” de Alessandri;
- d) El elaborado por Roberto Peragallo Silva;
- e) Una quinta y sexta proposición basada en la redacción de Carlos Aldunate Solar¹²¹.

En el capítulo III de mi obra *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile*, he mostrado que 4 puntos de lo solicitado por la Iglesia Católica fueron acogidos:

- a) Chile no es un Estado ateo;
- b) No hay en Chile educación laica y existe libertad de enseñanza particular;
- c) Derogación expresa de los artículos sobre el Patronato;
- d) Expresa mención de los concordatos, con lo que implícitamente se reconocía la personalidad jurídica de la Santa Sede en el ámbito internacional;
- e) Supresión del presupuesto del culto sujeto a una compensación económica. En el estudio de las actas de la subcomisión redactora he mostrado como fue gestado el acuerdo¹²².

Quedó postergado un concordato expreso, deseado por monseñor Gilberto Fuenzalida y por monseñor Edwards. El mismo presidente Alessandri había hablado de concordato el 14 de mayo de 1925

“...Además, por ahora yo me propongo mantener el budget (sic) del culto para luego hacer un concordato con la Santa Sede a fin de tener participación en la concesión de las dignidades eclesíásticas”¹²³,

separación. El tiempo y la reflexión han producido en mí una profunda convicción, que me han sugerido las respuestas que le di a V.S. PACHECO, *op. cit.*, p. 168. También se encuentra en la comunicación del embajador Subercaseaux al Ministro de Relaciones Exteriores: “En el primero (los Estados Unidos del Norte), como todo el mundo lo sabe, la separación es absoluta. No impide esto que en el ejército de reserva, por ejemplo, presten actualmente su servicio castrense no menos de 213 sacerdotes católicos, esto fuera de la dotación actual del ejército activo, cuyo número exacto no he podido obtener aún” (PACHECO, *op. cit.*, p. 258).

¹²¹ Cristóbal GARCÍA HUIDOBRO en PACHECO, *op. cit.*, pp. 41-42.

¹²² La exención de impuestos a los templos y sus dependencias también fue lograda. Véase Jorge PRECHT PIZARRO, *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile, Análisis históricos y doctrinales*, pp. 82-108.

¹²³ PACHECO, *op. cit.*, p. 175.

en su reunión con el nuncio de 14 de mayo de 1925. Las instrucciones a monseñor Aloisi Masella el 22 de mayo de 1925, entre otras cosas, dicen lo siguiente:

“5°) no se pretenda derecho presentación a beneficios por parte del Estado, el cual, sin embargo, Santa Sede podría conceder beneficio político nombramiento de Obispos, como se ha concedido otros Estados. Para regular todo esto *sería oportuno Concordato*, como ya se ha concluido con Alemania, Yugoslavia, Rumania y otras naciones”.

Existen varias razones para que no se firmara un concordato:

1° lo señalado por Oviedo Cavada:

“Todas estas condiciones se cumplieron, excepto la de celebrar un concordato, pues el Presidente Alessandri hizo ver la carencia de tiempo para una gestión semejante”¹²⁴;

2° las dificultades de un tiempo político turbulento;

3° la observación hecha a la Secretaría de Estado por el Nuncio Apostólico el 30 de agosto de 1925:

“Es innegable que el señor Presidente Alessandri, cuando comenzó a tratarse con la Santa Sede la grave cuestión de la Separación de la Iglesia del Estado, prometió y declaró que se procedería a dicha separación sin que fuera suprimido el presupuesto del culto; pero también es cierto que cuando hizo tal declaración esperaba poder concluir con la Santa Sede un concordato, mediante el cual al Gobierno de Chile le fuere concedido contar con una cierta injerencia e intervención en la provisión de las diócesis, aun después que la Iglesia fuese separada del Estado. Dejada, después, completamente de lado la idea del concordato, el proyecto de mantener el mencionado presupuesto sufrió la misma suerte”¹²⁵.

4° la inviabilidad política de un concordato con la Santa Sede, por lo que –con toda razón– apunta el nuncio Masella:

“En marzo pasado fue publicada en el Diario ‘La Unión’ de Valparaíso, una carta que dicho embajador de Chile, señor Ramón Subercaseaux, dirigió al señor Ministro de Relaciones Exteriores... éste tuvo en vista predisponer al Gobierno a la celebración de un concordato con la Santa Sede, idea que a continuación del antes mencionado embajador expresó

¹²⁴ Carlos OVIEDO CAVADA, “La jerarquía eclesiástica y la separación de la Iglesia y el Estado en 1925”, p. 28.

¹²⁵ Documento N° 46, 30 de agosto de 1925, PACHECO, *op. cit.*, p. 233.

claramente en carta que el 17 de abril pasado dirigió al Ilmo. y Revmo. Monseñor Arzobispo de Santiago... al respecto, me limitaré por ahora a notar que conforme al N° 16 del artículo 72 de la Nueva Constitución chilena los tratados antes de su ratificación se presentarán a la aprobación del Congreso y que no será ciertamente muy fácil obtener que el actual Congreso apruebe un concordato con la Santa Sede”¹²⁶.

Monseñor Edwards trabajó un preproyecto de concordato¹²⁷. El documento se titula “Borrador de una idea de concordato entre la Santa Sede y el Gobierno de Chile” y contiene 10 artículos.

Decía monseñor Edwards:

“el concordato tiene, desde el punto de vista del Estado, el objeto de asegurar la paz religiosa y de asegurar a la Iglesia Católica y a los ciudadanos católicos el libre y tranquilo ejercicio del culto y el goce de los medios necesarios para este fin”.

Parece evidente que el borrador es de 1925, ya que materias que resultaron zanjadas en el acuerdo constitucional figuran en el pro-memoria de monseñor Rafael Edwards.

Ha surgido una discrepancia doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del acuerdo. Es evidente que acuerdo hubo y que las partes se sintieron vinculadas por dicho acuerdo y lo han honrado hasta el presente.

Es evidente que no existe un concordato formal, un tratado solemne entre la Santa Sede y el Estado de Chile.

Pero parece claro que en numerosas ocasiones la Santa Sede y el Gobierno de Chile procedieron a acordar normas de derecho interno chileno pacticias o paccionadas. Así en 1835, 1853, 1911, 1915, a lo menos¹²⁸.

¹²⁶ Documento N° 49, 5 de junio de 1926, PACHECO, *op. cit.*, p. 255.

¹²⁷ Con posterioridad a la Constitución de 1925 existieron proyectos de concordato uno en tiempo del Presidente Emiliano Figueroa, que fracasó por la inestabilidad política, y otro en 1928, que fracasó por la intervención del Ministro del Interior Edwards Matte, que estimó no ser necesario. Bajo el régimen militar del general Pinochet un nuevo intento fue hecho –a través del asesor presidencial Sergio Rillón– que no prosperó por la negativa del Episcopado Nacional. Véase Carlos SALINAS ARANEDA, “Un primer proyecto de Concordato entre Chile y la Santa Sede en 1928”, en *Revista Chilena de Derecho*, pp. 665-698.

Véase Juan Ignacio GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, “El Estado de Chile ante la Iglesia Católica, ¿Existió un concordato en 1925?”, pp. 45- 57.

¹²⁸ En 1836 se crearon las diócesis de San Carlos de Ancud y de La Serena, mediante autorización dada por ley al Presidente de la República el 24 de agosto de 1836, quien dirigió las preces el 24 de marzo de 1838. A ello la Santa Sede respondió con las Bulas de 23 de junio de 1840 creando el Arzobispado de Santiago, de 1 de julio de 1840 erigiendo la diócesis de Coquimbo y La Serena y en la misma fecha la Bula que erige el obispado de San Carlos de Ancud. Véanse los antecedentes en Jorge PRECHT, *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile, op. cit.*, pp. 23-43.

Por ello yo he sostenido que estamos frente a un acuerdo internacional equivalente a un concordato y perfeccionado sea como acuerdo verbal¹²⁹, sea como acuerdo “solo consenso”¹³⁰.

Incluso se podría defender la tesis de un acuerdo simplificado. Por eso yo escribí: ¿Cómo llamar a este convenio cuyos cinco puntos substanciales son propuestos por una persona jurídica de derecho internacional y aceptados por la otra? El texto de tales convenios se inserta además en la misma Constitución de uno de los signatarios, con la aprobación de la parte proponente, que afirma que se puede votar favorablemente tal Constitución y cuyos representantes nacional (arzobispo de Santiago) e internacional (Nuncio Apostólico) asisten especialmente invitados por el Jefe de Estado signatario a la promulgación de dicha Constitución y reciben un voto de aplauso por el acuerdo logrado, voto que figura en las mismas Actas de la Constitución.

¿Cómo no hablar ante el fenómeno jurídico de un acuerdo internacional concordatario?¹³¹

En resumen: En 1925 se acordó entre la Santa Sede y el Estado de Chile el término del Patronato y del presupuesto del culto¹³². La Constitución de Chile aseguró la libertad religiosa, con expresiones típicas de la época¹³³. Paralelamente se reconoció la personalidad jurídica de la Santa

La conversión del diezmo y la creación del Presupuesto del Culto se hizo por una ley de 15 de octubre de 1853, ley paccionada a la cual concurre el Arzobispo de Santiago, Monseñor Valdivieso, quien es “autorizado suficientemente para ello en virtud de las Letras Apostólicas expedidas por N. Smo. Pío IX el 13 de enero del presente año” y que decía que en nombre de la Santa Sede presto mi acuerdo”. Antecedentes Jorge PRECHT, *op.cit.*, pp. 45-52.

La ley de feriados de 1915, en que la voluntad de la Santa Sede se expresa a través del decreto de Su Santidad Pío X y la voluntad de Chile a través de la ley 2.977 de 28 de enero de 1915. Antecedentes, Jorge PRECHT, *op.cit.*, pp. 52- 82.

¹²⁹ Esta tesis es sostenida por el profesor de Derecho Internacional don Hernán Salinas, en minuta de 1995 al Ministerio de Relaciones Exteriores.

¹³⁰ Esta tesis fue sostenida por el suscrito analizando el caso de la erección del actual Obispado Castrense, solicitada por Chile el 15 de abril de 1910. La Santa Sede fijó las condiciones para su erección el 20 de abril de 1910. Acordadas todas ellas por el Gobierno de Chile, por lo cual se dicta el correspondiente *Motu Proprio In hac Beatissima Petri Catedra*, el 3 de mayo de 1910 en tanto el Estado de Chile dicta la ley. Antecedentes en Jorge PRECHT PIZZARRO, *15 Estudios sobre la Libertad Religiosa en Chile, op. cit.*, pp. 164-184. Véase recientemente: Jorge PRECHT PIZZARRO, “La separación del Estado de Chile y la Iglesia Católica: Los Acuerdos Concordatarios de 1925”, en VV.AA., *Libro Homenaje de los profesores de Derecho Administrativo con ocasión de los 125 años de la Universidad Católica de Chile, passim*.

¹³¹ Jorge PRECHT PIZZARRO, *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile. Análisis históricos y doctrinales, op. cit.*, p. 85.

¹³² Constitución de 1925: Disposiciones transitorias: Primera, inciso primero: Quedan derogadas las leyes existentes sobre las materias de los artículos 30, N° 3; N° 8; 13 y 14 y 95 N° 3 y 4 de la Constitución de 1833.

¹³³ Artículo 10 N° 2: La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: “2° La manifestación de todas las creencias, la libertad de conciencia y el ejercicio libre de

Sede al otorgarse al Presidente de la República la facultad de celebrar concordatos¹³⁴. A fin de no hacer profesión de ateísmo y de agnosticismo la Constitución de 1925 se promulgó “En nombre de Dios Todopoderoso”¹³⁵ y la religión católica dejó de ser religión oficial.

Por otra parte, como compensación por la no continuación del acuerdo de 1853 sobre diezmos y primicias, se le otorga a la Iglesia Católica en Chile una suma considerable¹³⁶ y se asegura la exención de impuestos para los templos y sus dependencias¹³⁷. Finalmente se asegura el régimen de bienes de la Iglesia Católica¹³⁸, la libertad de enseñanza y no se reconoce una educación laica¹³⁹.

Quedó por definir la personalidad jurídica de que goza la Iglesia Católica.

Promulgada la Constitución, siguió planteándose el tema de la personalidad jurídica de la Iglesia Católica¹⁴⁰. Algunos autores señalaron que

todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, pudiendo, por tanto, las respectivas confesiones religiosas erigir y conservar templos y sus dependencias con las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas” (inciso primero)

¹³⁴ Constitución de 1925 N° 16 del artículo 72: “Son atribuciones especiales del Presidente. 16° Mantener las relaciones políticas con las potencias extranjeras, recibir sus Agentes, admitir sus Cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, *concordatos* y otras convenciones”.

¹³⁵ “Invocando el nombre de Dios Todopoderoso ordeno que se promulgue la siguiente como la Constitución Política de la República de Chile”. Sobre los pormenores que envolvió esta fórmula véase Jorge PRECHT PIZARRO, *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile*, *op. cit.*, pp. 88-92.

¹³⁶ Durante cinco años el Estado entregará al señor Arzobispo de Santiago la cantidad de dos millones quinientos mil pesos anuales para que se inviertan en el país en las necesidades del culto de la Iglesia Católica”. Disposición primera transitoria, inciso segundo

El Nuncio comenta este acuerdo financiero: “suma especialmente elevada si se considera que el actual presupuesto del culto es de apenas un millón ochocientos mil pesos”. PACHECO, *op. cit.*, p. 206.

¹³⁷ Constitución de 1925 artículo 10, N° 2, inciso tercero: “Los templos y sus dependencias, destinados al servicio de un culto, estarán exentos de contribuciones”.

¹³⁸ Constitución de 1925 artículo 10, N° 2, inciso segundo: Las iglesias, las confesiones o instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor, pero quedarán sometidas dentro de las garantías de esta Constitución, al derecho común para el ejercicio del dominio de sus bienes futuros.

¹³⁹ El artículo 10 N° 7, garantiza la libertad de enseñanza y limita el rol del Estado: “La educación pública es una atención preferente del Estado”.

La educación pública, como puede notarse, no es declarada laica, como en Francia y en el Brasil.

¹⁴⁰ El tema ha sido tratado in extenso en mi obra *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile*, capítulo IV. La personalidad jurídica y de los entes eclesiásticos católicos ante el derecho del Estado de Chile, pp. 133-198.

la Iglesia carecía de personalidad jurídica, otros que había sido reducida a “persona jurídica de derecho privado”¹⁴¹. Pero la mayoría de los autores sostuvieron que la personalidad jurídica de derecho público no había sido alterada por la Constitución y que ella seguía rigiéndose por el artículo 547 inciso segundo del *Código Civil*.

Este artículo dice lo siguiente:

“Tampoco se extienden las disposiciones de este artículo a las corporaciones o fundaciones de derecho público como la nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con fondos del erario; estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales”.

Bajo la Constitución de 1833 y la de 1925, la jurisprudencia fue unánime para declarar que ese artículo se refería a la Iglesia Católica, a las iglesias particulares católicas en Chile y a sus entes constitutivos (parroquias, vicarias, etcétera).

Solo el Segundo Tribunal Electoral Regional de Santiago sentenció el 23 de septiembre de 1987 que la

“Universidad Católica nace como una típica institución de derecho privado, ya que esa era la naturaleza de la Iglesia Católica. Si normas constitucionales o simplemente legales se han referido posteriormente a dicha Iglesia, solo lo han hecho para efectos de reconocerle su derecho a tener un patrimonio, no obstante de carecer de personalidad jurídica”.

Es la única sentencia que sostiene que la Iglesia Católica es una institución de derecho privado.

El resto de la jurisprudencia judicial y administrativa acogen la tesis de personalidad jurídica de derecho público, y la no derogación del artículo 547 inciso segundo del *Código Civil*.

Cuando el nuncio consulta a asesores sobre esta cuestión, la síntesis que hace es favorable a esta interpretación¹⁴², al contar con el apoyo de

¹⁴¹ Véase Jorge PRECHT, *op. cit.*, en la nota anterior, p. 141.

¹⁴² “Se reconoce en ella la personalidad jurídica de la Iglesia” Informa el nuncio Masella “Las personas jurídicas, como justamente me ha hecho notar un destacado abogado de esta capital”, son personas ficticias establecidas y reconocidas por la ley que pueden ejercer derechos, contraer obligaciones y ser representadas; por lo tanto, dado que en el proyecto se declara que la Iglesia, en lo que se refiere a los bienes tiene los derechos que le reconocen y conceden las leyes actualmente en vigor y que pueden ejercer dominio (y por lo tanto adquirir) sobre sus bienes futuros, por lo mismo se le reconoce personalidad jurídica. Y puesto que dicha personalidad está reconocida en la misma Constitución,

eminentes juristas chilenos (Barros Errázuriz, Carlos Aldunate, Roberto Peragallo, etcétera).

Por otra parte,

“la adquisición de bienes está regida por las leyes actualmente en vigor y sólo el ejercicio del dominio de los bienes futuros está sujeto al derecho común”.

Ello está dirigido claramente a la Iglesia Católica, pues en 1925 las confesiones no católicas eran pocas, pequeñas y sin bienes considerables.

Estas confesiones no católicas de acuerdo a esta interpretación mayoritaria eran personas jurídicas de derecho privado, reconocidas sólo por decreto supremo del Ministerio del Interior después de un procedimiento inquisitivo, sujeto a una amplia discrecionalidad (D.S. N° 110 de Interior) y sometándose a las disposiciones restrictivas que establece el título 33 del libro 1° del *Código Civil* (por ejemplo, prohibición a la fecha de conservar bienes raíces por más de cinco años sin permiso de la legislatura).

Como puede observarse, el acuerdo era ampliamente favorable a la Iglesia Católica. Por ello no es de extrañar la carta que el arzobispo Errázuriz envía al nuncio Masella el 3 del corriente (abril de 1925):

“Me apresuro a cumplir con el deber de manifestar a V.E. mi profunda gratitud por la manera con que ha llevado a término la cuestión de la separación de la Iglesia del Estado, gracias a la solicitud, habilidad, diligencia y trabajo de V.E., creo que se ha conseguido lo máximo que habríamos podido desear, o al menos esperar con fundamento. La Iglesia de Chile queda en condiciones mil veces superiores a la de Brasil”¹⁴³.

Por otra parte, el Episcopado emitió una declaración en su Pastoral Colectiva de los Obispos de Chile sobre separación de la Iglesia y el Estado en que se lee:

“Pasando a lo temporal la nueva Constitución no innova en el reconocimiento ni en la organización de la personalidad jurídica de que gozaba la Iglesia Católica bajo el imperio de la Constitución de 1833 y de las leyes existentes en el momento de su reforma... (las leyes actualmente en vigor) han quedado, por decirlo así, incorporadas en la Constitución

puede sostenerse *que ella sea de derecho público o constitucional*. Además una ley vigente como el *Código Civil* artículo 547 reconoce que las iglesias y comunidades religiosas son personas de derecho público (PACHECO, *op. cit.*, p. 189).

¹⁴³ OBISPOS DE CHILE, *Pastoral colectiva sobre la separación de la Iglesia y el Estado*, pp. 488-491.

del Estado, estableciéndose un statu quo que no podrá ser alterado sin reforma de la Carta Fundamental”¹⁴⁴.

Y agrega la afirmación, que llegó a ser profética:

“El Estado se separa en Chile de la Iglesia; pero la Iglesia no se separará del Estado y permanecerá pronta a servirlo; a atender el bien del pueblo; a proceder el orden social; a acudir en ayuda de todos; sin exceptuar a sus adversarios, en los momentos de angustia en que todos suelen, durante las grandes perturbaciones sociales, acordarse de Ella y pedirle auxilio”¹⁴⁵.

10. Conclusiones

- 1° Chile se desarrolla como República independiente desde 1818. Entre ese año y 1925 el régimen regaliano se ejerce *de facto* y con la tolerancia de la Santa Sede. El Patronato es apoyado por la gran mayoría de la clase dirigente y por todos los obispos.
- 2° Después de un corto período de experimentos constitucionales se adopta la Constitución presidencialista de 1833, que regirá hasta 1925. Esta Constitución expone en su artículo 50 que la religión Católica, Apostólica y Romana es la religión oficial del Estado. Ello corresponde a una realidad social, pues en casi todo el período mencionado el catolicismo es superior al 90% de la población.
- 3° Un primer atisbo de libertad religiosa se da respecto a las colonias de comerciantes británicos, alemanes y franceses que logran tolerancia de sus creencias, con templos y pastores propios. Asimismo logran cementerios propios. Respecto de estos habitantes, con influencia social y económica (y bien pronto emparentados con la elite dirigente), no existe ni prejuicio ni marginalización, salvo contados incidentes en el caso de matrimonios mixtos.

¹⁴⁴ *Revista Católica*, p. 490, citada

¹⁴⁵ Citado en el Documento N° 41 Informe enviado por el Nuncio Apostólico en Chile al Cardenal Secretario de Estado de Su Santidad, el 10 de julio de 1925, PACHECO, *op. cit.*, p. 208.

Sin embargo, hay un dejo amargo en los comienzos de la declaración, justificado –a nuestro entender– porque la Iglesia en Chile se había jugado por la unión entre la Iglesia y el Estado.

“En adelante deja de reconocer el Estado como religión oficial a la Iglesia Católica, ciertamente no debía esperar esto la verdadera Iglesia de parte de una sociedad formada y organizada por ella”. OBISPOS DE CHILE, *Pastoral colectiva sobre la separación de la Iglesia y el Estado*.

- Lo mismo sucede con la emigración alemana al sur del país en la segunda mitad del siglo XIX, compuesta en parte por luteranos.
- 4° La labor misional protestante proviene de los Estados Unidos y en menor medida de Europa. No logra una gran penetración en la población nativa, pero desde mediados del siglo XIX empieza a fundar congregaciones autóctonas y a organizar escuelas y obras de beneficencia con una oposición abierta de la jerarquía católica, que las ataca como “sectas” y hace valer su hegemonía como religión oficial. A comienzos del siglo XX empieza a desarrollarse el “avivamiento pentecostal chileno”, con grupos diarios de oración y vigiliias en la espera del derramamiento del Espíritu, lo que produce conflictos con la Iglesia metodista (dogmas versus experiencia subjetiva de Dios; mediación de clérigos versus pueblo pobre y sencillo) y quiebres en la Iglesia Presbiteriana. El cisma metodista de 1910 presenta ya tendencias a un “nacionalismo religioso” y se inicia la reapropiación del cristianismo protestante por el bajo pueblo. Desde el comienzo del protestantismo en Chile hubo esfuerzos por la cooperación y la unidad cristiana: “interdenominacionalismo”. Se desarrolla fundamentalmente entre las iglesias Metodista, Presbiteriana y Alianza Cristiana Misionera, pero el pentecostalismo popular se continúa subdividiendo a la par que logra un rápido desarrollo. Sin embargo, se producen dos fenómenos de unión cultural: un estilo de vida propio del pueblo pobre evangélico (reforzamiento de la familia, disminución del alcoholismo y del maltrato familiar, escolarización, valoración de la mujer, responsabilidad laboral, etc.) y al mismo tiempo una toma de conciencia de que los evangélicos están sometidos a un proceso de marginalización y desprecio por la hegemonía católica, junto con sufrir la marginalización social propia de una injusta repartición de la riqueza. Estos fenómenos se acentuarán a partir de 1925 y en especial en el último tercio del siglo XX e inicios del siglo XXI.
- 5° La Masonería se encuentra en Chile desde el siglo XVIII, pero las primeras logias se fundan en Valparaíso, a comienzos del siglo XIX, siendo la inicial una logia de franceses para franceses. Al poco tiempo comienzan logias nacionales unidas al Gran Oriente de Francia. Desde muy temprano comienza su influjo en dos campos: el campo político y el campo educacional. En el campo político es notorio su impacto en los grupos liberales disruptivos con el orden social y luego la Masonería logra un brazo político propio con la fundación del Partido Radical (1863). En

las relaciones Iglesia-Estado sus logros principales son el quiebre del predominio conservador en la segunda mitad del siglo XIX, el cual se ve obligado a buscar alianzas con liberales para seguir en el poder, la aprobación en 1865 de una interpretación del artículo 5° de la Constitución (tolerancia de cultos no católicos) y entre 1876 y 1884 la aprobación de las llamadas “leyes laicas” (matrimonio civil sin divorcio; registro civil; cementerios laicos, eliminación del fuero clerical). Sin embargo no tiene éxito en lograr la separación de la Iglesia y el Estado en un proyecto discutido entre 1884 y 1887. La separación se obtiene sólo en 1925 en una fórmula pactada y muy favorable a la Iglesia Católica.

En el campo educacional es donde la Masonería, los grupos liberales y afines y el Partido Radical obtienen sus mejores éxitos y logran controlar en este periodo por entero la enseñanza primaria, secundaria y universitaria, colocando la educación católica bajo la hegemonía del Estado, pero no logran erradicar del todo la enseñanza religiosa en los establecimientos fiscales. En 1813 se funda el Instituto Nacional y en 1868 la primera escuela masona en Valparaíso. En principio la educación dependía del Consejo de la Universidad de Chile, prontamente copada por masones, así como fueron masones sus rectores. En 1879 se crea el Consejo de Instrucción Pública para el monopolio educacional en manos del Estado y en 1889 el Instituto Pedagógico para formación de profesores de la enseñanza. Las escuelas normales para formación de profesores primarios fueron creadas a partir de 1842. Son masones los que presentan el primer proyecto de Instrucción Primaria Obligatoria y el Partido Radical logra su aprobación en 1917, siendo promulgado el 26 de agosto de 1920.

6° Las relaciones Iglesia Católica-Estado se orientan según el modelo del Patronato heredado de la Corona Española (influencia del Estado en los nombramientos episcopales y de otras dignidades eclesiásticas, pase estatal para que las decisiones papales y de la Curia Romana se ejecuten en Chile, recursos de fuerza mediante los cuales las sentencias eclesiásticas puedan revisarse por los tribunales estatales). Como contrapeso hay desde 1853 financiamiento estatal del culto católico.

Hasta 1845 los obispos fueron elegidos por el gobierno y tomaban de inmediato posesión de su cargo, después de haber prestado juramento de obedecer las leyes de la República. El sistema hizo crisis a la muerte del arzobispo Valdivieso en 1878, dado que la Santa Sede no aceptó, por 2 veces, la designación del

canónigo Francisco de Paula Taforó efectuada por los Presidentes Aníbal Pinto, Federico Errázuriz Zañartu y Domingo Santa María. La sede episcopal de Santiago quedó vacante por 9 años y no se cubrieron los obispados restantes de la Serena y Chiloé. La Iglesia chilena fue gobernada por vicarios capitulares elegidos por los canónigos. Esta situación derivó en la dictación de las llamadas “leyes de represalia” por los católicos y “leyes laicas” por el público en general.

- 7° El clero católico tuvo en esta época una activa participación política, en especial a través del Partido Conservador, fundado en 1878. Este partido formó una coalición con sectores liberales (Fusión Liberal-Conservadora 1856-1890) y (Unión Nacional 1920-1925). Los distintos arzobispos de Santiago: Valdivieso, Casanova, González y sobre todo Crescente Errázuriz se opusieron a la participación del clero en política, pero sin éxito. Solo a contar de 1923 y sobre todo a partir de 1934 (y aun así paulatinamente) los clérigos católicos chilenos abandonaron la política. Fueron los grandes opositores a las leyes laicas y sobre todo partidarios de la unión de la Iglesia y Estado, hasta que la Santa Sede impuso la separación al acordarla con el gobierno chileno en 1925. El clero fue patronalista y regaliano, mezclado con atisbos ultramontanos, en especial entre 1878-1889.
- 8° La separación de la Iglesia Católica se logra en 1925 y consistió en el término del régimen de Patronato y el término del presupuesto del culto. Fue impuesta por el Secretario de Estado monseñor Gasparri a los obispos chilenos, quienes acataron la decisión de Pío XI, quedando la Iglesia Católica intocada en su personalidad jurídica de derecho público e incólume en sus bienes, en una situación de privilegio respecto a las otras denominaciones religiosas.
- 9° Las relaciones de la Santa Sede han consolidado un régimen de acuerdos por vía separada, en que se han concordado las bulas papales y las leyes internas chilenas en un sistema que tiene efectos concordatarios, sin existir un concordato formal. Este sistema ha sido aplicado, por ejemplo, en 1840 (creación de diócesis), en 1853 (creación del presupuesto del culto), en 1876 (supresión de los recursos de fuerza y del fuero de los clérigos), en 1910-1911 (erección del Obispado Castrense, antiguo Vicariato Castrense) y en las Constituciones de 1925 (artículo 10 N° 2) y de 1980 (artículo 19 N° 6).

Este sistema de “arreglos consensuados” es propio de Chile y el cumplimiento de estos pactos implícitos ha sido respetado

siempre en la República, habiendo las Altas Partes evitado las intervenciones unilaterales. Este mismo sistema se utilizó para la separación del todo amigable entre Chile y la Iglesia Católica en 1925.

- 10° El catolicismo chileno, por último, ha sido desde 1810, republicano y respetuoso de la legalidad estatal y en el periodo estudiado conservador del sistema político, social y económico estudiado, con la excepción de la revolución de 1891, que derroca al presidente Balmaceda, con el apoyo de conservadores y liberales centristas o de derecha y connotados clérigos. Esta revolución impone en Chile un pseudoparlamentarismo entre 1891-1925.
- 11° En general, se puede concluir que en Chile existe un sistema de Iglesia Católica oficial hasta 1925, con un laicismo ajeno a la experiencia francesa y una tolerancia de cultos protestantes y evangélicos, mediante acuerdos políticos y sociales en el seno de la clase dirigente, tanto en sus brazos clericales y civiles.

BIBLIOGRAFÍA

- ALIAGA REY, Fernando, "La educación en don Mariano Casanova", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1992.
- ARANEDA BRAVO, Fidel, *Historia de la Iglesia en Chile*, Santiago, Ediciones Paulinas, 1986.
- ARENAS HERNÁNDEZ, José, *El restablecimiento de la Compañía de Jesús en Chile: 1838-1858*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 1987.
- ARTEAGA LLONA, José, *Gobierno como electo y juramento civil del arzobispo R.V. Valdivieso, 1845-1848*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1977, vol. XXVII.
- BARAHONA, Alfredo, *Bosquejo histórico de la Logia "Unión Fraternal N° 1"*, Santiago, Universo, 1944.
- CARRASCO DELGADO, Sergio, "El Arzobispo Crescente Errázuriz (La no intervención del clero en política)", en *Revista Atenea de la Universidad de Concepción*, N° 446, Concepción, pp. 119-125.
- CIFUENTES, Abdón, *Memorias*, Santiago, Editorial Nascimento, 1936.
- DALLA TORRE, Giuseppe, "La Chiesa e l'Europa nel XIX secolo", en *Studi Cattolici* N° 544, Roma, 2006, pp. 404-411.
- DALLA TORRE, Giuseppe, "Modelli europee di laicità", en *Studi Cattolici*, N° 528, Roma, 2005, pp. 84-93.
- ERRÁZURIZ Crescente, *Algo de lo que he visto, Memorias*, Santiago, Editorial Nascimento, 1982.

- ERRÁZURIZ VALDIVIESO, Crescente, *Pastoral sobre la separación de la Iglesia y el Estado*, en *Revista Católica*, 1923, pp. 643-648.
- GARCÍA VALENZUELA, René, *El origen aparente de la Francmasonería en Chile y la respetable Logia Simbólica "Filantropía Chilena"*, Santiago, Universitaria, 1949.
- GARCÍA-HUIDOBRO BECERRA, Cristóbal, *Dios, Patria y Reforma. Los conflictos entre la Iglesia y el Estado de Chile y la vacancia arzobispal (1878-1886)*, Santiago, 2005.
- GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, Juan Ignacio, "El Estado de Chile ante la Iglesia Católica, ¿Existió un concordato en 1925?", en *Revista Ius Publicum* de la Universidad de Santo Tomás, N° 5, Santiago, pp. 45- 57.
- GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, Juan Ignacio, *El Vicariato Castrense*, Santiago, Estudio documental Universidad de los Andes, Colección Jurídica, 1997.
- GONZÁLEZ ERRÁZURIZ, Juan Ignacio, *Iglesia y Fuerzas Armadas. Estudio canónico y jurídico sobre la asistencia espiritual a las Fuerzas Armadas en Chile*, pp. 193-194.
- GUZMÁN ROSALES, Miguel, y Octavio VIO HENRÍQUEZ, *Don Francisco de Paula Taforó y la vacancia arzobispal de Santiago (1878-1887)*, Santiago, Instituto de Historia, Universidad Católica de Chile, 1964.
- IRVEN, Paul, *Vida y Obra de David Trumbull: Un Reformador Yanqui en Chile, Inicios del Protestantismo en Chile*, Santiago, Iglesia Presbiteriana de Chile Ediciones, 1995.
- KREBS, Ricardo, M. Angélica MUÑOZ y Patricio VALDIVIESO, *Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo I (1888-1967), tomo II (1967-1988).
- CASANUEVA, Carlos *El Patronato de Santa Filomena*, Santiago, Imprenta La Gracitudo Nacional, 1921.
- COLLIER, Simón, y William F. SATER, *Historia de Chile 1808-1994*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- DALLA TORRE, Giuseppe "Laicita dello Stato. A proposito di una nozione giuridicamente inutile", en *Revista internazionale di filosofia del diritto*, N° 2, 1991, pp. 274 y ss.
- DONOSO, Ricardo, *Las ideas políticas en Chile*, Buenos Aires, EUDEBA, 1975.
- ENCINA, Francisco, *Historia de Chile*, Santiago, Nascimento, 1949, tomo XIII.
- ENRICH, Francisco, *Historia de la Compañía de Jesús en Chile*, Barcelona, Francisco Rosal, 1891, vol. II.
- ERRÁZURIZ, Crescente, "El Cementerio Parroquial de Valparaíso y las autoridades de ese Puerto", en el *Estandarte Católico, El Arzobispo Errázuriz y la Evolución Católica y social de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, sin fecha.
- ESTELLÉ, Patricio, "El debate de 1865 sobre la libertad de cultos y de conciencia", en *Estudios de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales*, N° 2, Santiago, 1967, pp. 183 y ss.
- KREBS, Ricardo, "El pensamiento de la Iglesia frente a la laicización del Estado en Chile 1875-1885", en AA.VV., *Catolicismo entre la Iglesia y el Estado en Chile*,

- 1875-1885, Ediciones Nueva Universidad Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1981.
- La Revista Católica*, N° 1071, Santiago, 1869.
- La Revista Católica*, N° 1291, Santiago, 1874.
- La Revista Católica*, N° 573, Santiago, 1825.
- LAGOS SCHUFFENEGER, Humberto, y Arturo CHACÓN HERRERA, *Los evangélicos en Chile: una lectura sociológica*, Santiago, Ediciones Literatura Americana Reunida (LAR) y PRESOR (Programa Evangélico de Estudios Socio-Religiosos, 1987.
- LAGOS SHUFFENEGER, Humberto, “Los nuevos espacios del pluralismo religioso en el periodo de la independencia de Chile” (conferencia inédita), 2010.
- MAZA VALENZUELA, Erika “Catolicismo, Anticlericalismo y la extensión del sufragio en Chile”, en *Estudios Públicos*, N° 58, Santiago, 1995, pp. 137-197.
- OVIEDO, Benjamín, *La educación popular en Chile*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1935, vol. II.
- OVIEDO, Benjamín, *La Masonería en Chile*, Santiago, Universo, 1929.
- OVIEDO CAVADA, Carlos, *La Misión Irarrázabal en Roma (1847-1850)*, Santiago, Instituto de Historia, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1960.
- OVIEDO CAVADA, “Negociaciones chilenas sobre convenios con la Santa Sede”, en *Finis Terrae*, N° 19, 1958, pp. 37-44.
- OVIEDO CAVADA, Carlos, “Carácter de la separación entre la Iglesia y el Estado de Chile”, en *Finis Terrae*, año 3, N° 1, Santiago, 1956.
- OVIEDO CAVADA, Carlos, “La jerarquía eclesiástica y la separación de la Iglesia y el Estado en 1925”, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, N° 89.
- PACHECO GÓMEZ, Máximo, *La separación de la Iglesia y el Estado en Chile y la diplomacia vaticana*, Santiago, Editorial Andrés Bello; 2004.
- PARKER, Cristián, “Radiografía de la religión de los chilenos”, en *Mensaje*, N° 428, 1994, pp. 178-181.
- PINTO LAGARRIGUE, Fernando, *La Masonería y su influencia en Chile*, Santiago, Ediciones de la Gran Logia de Chile, 1995.
- POULAT, Emile, Jean-Pierre LAURANT, *L'Antimaçonisme Catholique*, Paris, Berg International, 1994.
- PRECHT PIZARRO, Jorge, *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile, Análisis históricos y doctrinales*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.
- PRECHT PIZARRO, Jorge, “La asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas de Argentina, Brasil y Chile”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, año 1, N° 2, Santiago, 2013, pp. 237-273.
- PRECHT PIZARRO, Jorge, *15 Estudios sobre la Libertad Religiosa en Chile*, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006.
- PRECHT PIZARRO, Jorge, “Católicos, matrimonio y divorcio, visión histórica y constitucional”, en Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, *15 Estudios sobre Libertad Religiosa en Chile*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2006.

- PRECHT PIZARRO, Jorge Enrique, “Disidentes y nuevos disidentes. El matrimonio civil y el matrimonio canónico en Chile Republicano”, en Jorge Enrique PRECHT PIZARRO, *15 Estudios sobre Libertad Religiosa en Chile*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 2006.
- RAMÍREZ NECOCHEA, Hernán, *Origen y formación del Partido Comunista de Chile. Ensayos de historia política y social de Chile*, Moscú, Editorial Progreso, 1984.
- ROJAS FLORES, Jorge, *Los boys scouts en Chile 1909-1953*, Santiago, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Colección Ensayos y Estudios, 2006, vol. 6.
- SERRANO, Sol, *¿Qué hacer con Dios en la Republica? Política y secularización en Chile (1845-1885)*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- SILVA COTAPOS, Carlos, *Historia Eclesiástica de Chile*, Santiago, Imprenta de San José, 1925.
- SALINAS ARANEDA, Carlos, “Un primer proyecto de Concordato entre Chile y la Santa Sede en 1928”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 3, Santiago, pp. 665-698, 2012.
- SALINAS ARANEDA, Carlos, *El influjo del Derecho Canónico en el Código Civil de la República de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006.
- SALINAS ARANEDA, Carlos, “Relaciones Iglesia-Estado”, en Marcial SÁNCHEZ, *Historia de la Iglesia en Chile*, tomo III.
- SANTA MARÍA IBAÑEZ, Adolfo, *Historia de Chile (1860-1973)*, Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2013.
- SEPÚLVEDA, Juan, *De peregrinos a ciudadanos. Breve historia del cristianismo evangélico en Chile*, Santiago, Facultad Evangélica de Teología, Fundación Konrad Adenauer, 1999.
- TAGLE DOMÍNGUEZ, Matías, *Evolución y funcionamiento del sistema político chileno*, Bruselas, Université catholique de Louvain, 1981.
- TAGLE DOMÍNGUEZ, Matías, “La separación de la Iglesia y el Estado de Chile. Historiografía y debate Instituto de Historia de la Universidad Católica de Chile”, en *Revista Historia*, N° 30, Santiago, 1997, pp. 283-439.
- TRUMBULL, David, *The Constitutional History of Chile*, Valparaíso, W. Helfmann's Universo Printing Press, 1883.
- VALENZUELA J.S.; E. TIRONI; Timothy SCULY, *El eslabón perdido familia, modernización y bienestar en Chile*, Santiago, Taurus Editores, 2006.
- VERGARA, Ignacio, *El protestantismo en Chile*, 2ª ed., Santiago, Editorial del Pacífico, 1962.
- VERGARA ANTÚNEZ, Rodolfo, *Vida del Ilmo. Señor don Joaquín Larrain Gandarillas*, Santiago, Imprenta y Encuadernación Chile, 1914.
- VIAL, Gonzalo, *Historia de Chile*, Santiago, Zig-Zag, 1981, vol. 1.
- VICUÑA MACKENNA, Benjamín, *El ostracismo de los Carrera*, Santiago, Universidad de Chile, 1886, vol. IX.

VALENZUELA, J. Samuel, y Erika MAZA VALENZUELA, *Religión y Política en un país Católico: Democracia Republicana, Social Cristianismo y el Partido Conservador en Chile, 1850-1925*, Santiago, Estudios Públicos, 2000.

UNA MIRADA SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INSPECCIÓN ESCOLAR EN CHILE

A LOOK AT THE HISTORICAL EVOLUTION OF THE SCHOOL SUPERVISION IN CHILE

*Brigitte Leal Vásquez**

Resumen

El presente artículo trata sobre la evolución histórica de la inspección escolar y de la función de superintendencia educacional en Chile, con énfasis en su desarrollo durante los siglos XIX y XX. Se añade a ello un breve análisis sobre el actual diseño de la misma, cerrando el estudio con una serie de reflexiones que evidencian el trasfondo y la relevancia de esta actividad administrativa.

Palabras claves: inspección escolar, fiscalización, superintendencia, administración pública

Abstract

This article is about the historical evolution of the school supervision and the role of educational surveillance in Chile. It is put a great emphasis on its development between the nineteenth and twentieth centuries. Besides, it is added a brief analysis on the current design of this supervision, closing the study with the establishment of a series of reflections that reveal the background and relevance of this administrative activity.

Keywords: school supervision, administrative control, public administration

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogada asistente, Tribunal Constitucional. Artículo enviado el 17 de julio de 2014 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2014. E-mail: bleal@tcchile.cl.

Los inicios de la inspección escolar en nuestro país se sitúan a mediados del siglo XIX. Desde ese momento, tal actividad suscitó un fuerte interés en los gobiernos de la época, ya que fue comprendida como un mecanismo tendiente a asegurar la calidad, la equidad y el sustento material de la educación escolar tanto pública como particular. Como veremos a lo largo de este trabajo, los primeros intentos de sistematización de esta actividad estatal se dieron bajo la vigencia de la Constitución de 1833. Su mayor expresión residió en las atribuciones que en esta materia tuvo la Universidad de Chile.

En la actualidad, no cabe duda que los aspectos circundantes a la calidad de la educación escolar son trascendentales para entender los diversos roles que debe asumir el Estado en esta materia. Por ello, y desde sus inicios, la inspección escolar ha cumplido una función que va más allá de la mera obtención del dato objetivo que significa determinar el cumplimiento o incumplimiento de la normativa educacional. Más bien mediante su desenvolvimiento es posible conocer el estado real de los diversos procesos educativos, adquiriendo una cercanía –necesaria, como veremos– con las deficiencias y progresos de los establecimientos educativos en el ámbito de la calidad.

En cuanto a su tratamiento normativo, debemos señalar que se trata de uno de los pocos casos en que este tipo de actividad administrativa logró consagración constitucional. Ello deja en evidencia la importancia que históricamente se le ha concedido a la inspección educativa, en tanto función pública¹.

Dado lo anterior, resulta de vital relevancia analizar, desde un enfoque histórico, el desarrollo de la inspección escolar en Chile, estudiando las normas constitucionales y legales que le han dado vida y que la han configurado a lo largo de los años².

En primer lugar, el presente trabajo propone hacer un recorrido histórico sobre la inspección escolar, utilizando como eje nuestros últimos tres textos constitucionales. En relación con cada uno de ellos, se revisarán las distintas normas legales y reglamentarias que han ordenado el desarrollo de esta actividad. En algunos casos, se hará referencia a los diversos procesos históricos que la explican y que le sirven de fundamento.

¹ Lo mismo sucede en España. De hecho, en el art. 27.8 del texto vigente de la Constitución española se dispone: “Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes”. Sobre este tema en particular, véase Fernando SAINZ MORENO, “La inspección educativa”, pp. 15-34.

² Para la presente investigación, hemos centrado nuestro objeto de estudio en la educación escolar, con énfasis en la evolución histórica de la inspección sobre la enseñanza básica y media.

En segundo lugar, abordaremos la actual configuración de este tipo de inspección, a propósito de la creación de la nueva Superintendencia de Educación Escolar. Finalmente, y a modo de conclusión, presentaremos algunos balances necesarios.

1. *La inspección escolar bajo la Constitución de 1833*

Bajo la influencia de las ideas propias del movimiento ilustrado, la construcción de un Estado republicano demandó una preocupación prioritaria por el establecimiento de un sistema educativo acorde a los nuevos tiempos, lo cual constituyó el eje central de la política estatal durante buena parte del siglo XIX.

En primer término, el texto original de la Constitución de 1833 consagró a la inspección educativa como parte de la labor preferente que el gobierno debía ejercer en materia de educación³. En sus orígenes, la inspección constituyó una actividad que formaba parte de la función de superintendencia estatal sobre la educación pública. Así, las disposiciones relativas al tema señalaban:

“Art. 153. La educación pública es una atención preferente del Gobierno. El Congreso formará un plan general de educación nacional; i el Ministro del Despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la República”.

³ Las autoridades ejecutivas de la época sostenían, firmemente, la necesidad de centralizar y reglamentar la actividad educacional a nivel nacional, con una voluntad política que lograra diferenciarse de lo ya ordenado por la legislación colonial. SERRANO, en su obra, destaca las palabras dadas en 1835 por el Ministro de Interior de la época, Joaquín Tocornal: “(...) la penuria de los medios pecuniarios no es el solo obstáculo que hay que vencer. Lo esparcido de la población provincial, la pequeña proporción de habitantes que se halla concentrada en ciudades y aldeas, hace que sean comparativamente pocos los individuos a quienes es posible frecuentar las escuelas centrales; de que resulta la necesidad de multiplicarlas, la lenta prosperidad aun de las establecidas en las cabeceras de departamento, y la miserable recompensa que las más de ellas pueden ofrecer a preceptores hábiles; y éste es, por desgracia, un inconveniente radicado en causas locales y hábitos que no desaparecerán en mucho tiempo. Es preciso proporcionar buenos libros elementales y facilitar su adquisición... Es preciso, además, someter las escuelas en todas partes a una inspección que vigile sobre su régimen y disciplina en interés de las letras, como de la religión y de las buenas costumbres. Es preciso, sobre todo, se organice la parte directiva de la educación pública, centralizándola en la superintendencia mandada crear por el artículo 154 de la Constitución”. Memoria del Ministro del Interior, 1835, p. 418. Citado en Sol SERRANO, *Universidad y Nación*, pp. 58-59.

“Art. 154. Habrá una superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estará la inspección de la enseñanza nacional, i su dirección bajo la autoridad del Gobierno”.

Ambos preceptos, que constituyeron la hoja de ruta para el curso de la política educativa de conservadores y liberales, fueron complementados por lo dispuesto en el art. 128 del texto constitucional, el cual encargaba a las municipalidades la promoción de la educación, y por el art. 2° transitorio, el cual mandataba al Congreso Nacional la dictación del Plan General de Educación Nacional, de manera prioritaria. Ya veremos que dicho plan, determinante para el devenir de la educación secundaria y superior, llegó a concretarse cuatro décadas después.

De la formulación de los arts. 153 y 154, no es difícil vislumbrar la importancia que tuvo, en los inicios de nuestra historia republicana, el establecimiento de un sistema de educación pública y de una superintendencia que dirigiera e inspeccionara el cumplimiento de los diversos aspectos que ella comprendía⁴. Por ese entonces, el sistema educacional existente en Chile se encontraba en un estadio apenas naciente. La convicción que lideró su gestación fue, en el saber de los historiadores, la necesidad de condenar el pasado y separarse absolutamente de las imposiciones dejadas por la Corona. Para dicha tarea, fue trascendental el establecimiento de un nuevo sistema de educación, capaz de formar hombres con espíritu republicano y dotados de una moral común. La idea de la educación como deber primordial del Estado poco a poco fue instalándose en las mentes de las personalidades públicas que lideraban los diversos procesos de cambio que la República demandaba⁵. Entre ellos destacaron Juan Egaña, Camilo Henríquez, Manuel de Salas y el propio Andrés Bello⁶.

Hacia la década de 1830, la red educacional estaba compuesta por instituciones de carácter religioso, municipal y, en menor medida, estatal.

⁴ Antes de la dictación de la Constitución de 1833, es posible también encontrar algunos antecedentes sobre la materia. Así, en el año 1811, Juan Egaña –en su Proyecto de Constitución Política del Estado chileno– dio luces sobre lo entendido por educación nacional, conceptualización que fue determinante para la formulación de los posteriores textos constitucionales. Así, en el art. 36 de dicho proyecto se señalaba: “Los gobiernos deben cuidar de la educación e instrucción pública, como una de las primeras condiciones del pacto social. Todos los Estados degeneran y perecen a proporción que se descuida la educación y faltan las costumbres que la sostienen y dan firmeza a los principios de cada gobierno. En fuerza de esta convicción, la ley se contraerá especialmente a dirigir la educación y las costumbres en todas las épocas de la vida del ciudadano (...)”. SERRANO, *op. cit.*, p. 40.

⁵ SERRANO, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁶ SERRANO, *op. cit.*, p. 47.

Frente a dicha red, el Estado no intentó (probablemente por una incapacidad técnica) expandirla, sino más bien dirigirla y controlarla. Ello es consonante con la fórmula que escogió el constituyente para consagrar el rol que debía tener el Estado en esta materia. Así, en los primeros años de vida de la República, la necesidad de expansión había sido sobrepasada por la de cauce y racionalización de la actividad educativa ya existente⁷.

La función de inspección, objeto central de estudio de este trabajo, fue comentada escuetamente por la doctrina de aquella época. Ello se observa, por ejemplo, en la obra de CARRASCO ALBANO, quien alude al desarrollo de la inspección en leyes posteriores a la Constitución de 1833, mas no a su conceptualización como actividad estatal⁸. HUNEEUS, por su parte, tampoco alude al concepto de inspección, sino solo a su posterior evolución legislativa⁹. Y, de la misma manera, ROLDÁN omite un tratamiento a dicho concepto, limitándose a denunciar la parcialidad en el cumplimiento de la disposición constitucional¹⁰. Sin embargo, todos ellos coincidieron en que el ejercicio de la inspección educativa era parte esencial del denominado Estado docente¹¹.

Aun cuando la Constitución de 1833 estableció una serie de bases y principios para el establecimiento de una inspección educativa a nivel nacional, fue la ley –años después– la que logró desarrollar un sistema racional y ordenado de inspección, al amparo de la función de superintendencia que por ese entonces se radicó en la naciente Universidad de Chile.

El 19 de noviembre de 1842 se promulgó la ley que creó dicha Casa de Estudios. En su artículo 1º, inciso segundo, se especificó de manera clara que:

⁷ SERRANO, *op. cit.*, p. 45.

⁸ Aun cuando no aborda la inspección, resulta importante destacar la forma en que aludió a la cuestión educacional de la época: “Nuestros convencionales quisieron preparar el advenimiento de la democracia por la generalización de la instrucción. La oligarquía primitiva que ellos constituyeron debía ensancharse gradualmente, incorporando a su seno nuevos miembros, a medida que la civilización se difundiera. Para incorporarse en la iglesia de la ciudadanía les exigieron un bautismo –la instrucción primaria”. Manuel, CARRASCO ALBANO, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, p. 192.

⁹ Jorge HUNEEUS, *La Constitución ante el Congreso*, p. 371.

¹⁰ Alcibíades ROLDÁN, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, pp. 469-470.

¹¹ HUNEEUS, por ejemplo, aludió al Estado docente para referirse al conjunto de deberes y obligaciones que tiene el Estado en materia de educación, incluyendo la existencia de una educación pública –costeada por el Estado–, la elaboración de un plan nacional de educación y la obligación del ministro del ramo de dar cuenta al Congreso sobre la implementación de las diversas medidas que dicho plan implicará. Además, aclara que el Estado docente es una necesidad de primer orden, reconocida y ratificada de esa manera por diversos preceptos existentes en la Constitución. Finalmente, señala que el Estado docente no se opone, de ninguna manera, a la libertad de enseñanza. HUNEEUS, *op. cit.*, p. 372.

“Corresponde a este cuerpo [la Universidad de Chile] la dirección de los establecimientos literarios i científicos nacionales i la inspeccion sobre todos los demás establecimientos de educación.

Ejercerá esta direccion e inspeccion conforme a las leyes i a las órdenes e instrucciones que recibiere del Presidente de la República”.

Sin duda, el precepto recién citado constituye el primer hito legal en materia de inspección educativa. Su establecimiento obedeció a la superación de los conflictos existentes entre la Universidad de San Felipe y el Instituto Nacional, sobre quién debía detentar el poder para evaluar los contenidos que cada nivel educativo o profesión implicaban¹². De esta manera, la Universidad de Chile pasó a concentrar la función de supervigilancia sobre todos los establecimientos de educación, dando operatividad, casi diez años después, a los preceptos constitucionales que consagraron dicha tarea estatal¹³.

Dentro de la Universidad de Chile, la función de supervigilancia y, por tanto, la de inspección, se radicó en un específico órgano colegiado: el Consejo Universitario. El reglamento que estableció sus atribuciones se dictó dos años después, el 23 de abril de 1844¹⁴. En él, es posible distinguir claramente qué se entendía por dirección y qué se entendía por inspección, ambas actividades comprendidas dentro de la función de superintendencia.

La dirección de la educación pública comprendía la dictación de los planes de estudios y los reglamentos que debían seguir los colegios sostenidos con fondos nacionales, la determinación de las asignaturas que debían enseñarse en cada nivel educativo, la publicación de ciertas obras que se estimaren como necesarias para la educación elemental, la dictación de reglas relativas al personal de la instrucción pública, entre otras¹⁵. Como puede observarse, la dirección fue entendida como una potestad normativa y de ordenación de la actividad educativa.

Por su parte, la inspección comprendía la vigilancia sobre el cumplimiento de las leyes y las demás disposiciones relativas a la instrucción pública, el cuidado sobre el buen curso de las asignaturas y la existencia de profesores aptos y debidamente cualificados. Además, comprendía la

¹² SERRANO, *op. cit.*, pp. 45-46.

¹³ La labor de superintendencia, radicada en la Universidad de Chile, redundó en que dicha casa de estudios imprimiera a la enseñanza “un doble sello profesional y científico, dentro de una concepción filosófica, capaz de asegurar la unidad de la cultura y la cohesión y armonía de la sociedad”. Leonardo FUENTEALBA, *Ensayo biográfico de Valentín Letelier*, p. 52.

¹⁴ Reglamento del Consejo Universitario de la Universidad de Chile.

¹⁵ *Op. cit.*, art. 34.

vigilancia sobre la moralidad, disciplina, contabilidad y uso de los fondos públicos en los establecimientos que los recibían. De esta manera, se distinguían tres tipos de inspección: la recaída sobre la calidad de la formación educativa, la recaída sobre el modo en que los empleados de la educación cumplían sus funciones y la relativa a la contabilidad de los establecimientos educacionales que recibían aportes del Estado¹⁶.

En relación con el reglamento comentado, debemos señalar que es en él donde es posible encontrar, por primera vez, el diseño de un sistema de inspección educativa. En él se define tanto al órgano que ejerce dicha actividad como las potestades con las cuales cuenta para hacerla efectiva. Si bien el reglamento dispuso que los propios miembros del Consejo Universitario eran los que debían realizar las visitas inspectivas en los establecimientos educacionales de Santiago –ayudados también por la Facultad de Filosofía y Humanidades–, a nivel provincial y local, ellas debían ser realizadas por empleados a quienes el Consejo confiara la realización de las mismas¹⁷.

La figura del inspector fue especialmente desarrollada por el reglamento. Se le atribuían facultades para exigir, por parte de los jefes de establecimiento, las declaraciones y la documentación que fuere necesaria para cumplir sus cometidos. En caso de notar deficiencias en el cumplimiento de la normativa educacional aplicable, el inspector podía requerir –al jefe del establecimiento– la subsanación inmediata de las deficiencias. Además, y en los casos que fuese necesario, podía proponer al Consejo las medidas que juzgare como apropiadas para la corrección de los incumplimientos¹⁸. En cuanto a la periodicidad de estas actuaciones, la inspección ordinaria debía realizarse cada tres meses. En casos calificados, el Consejo podía determinar la realización de visitas extraordinarias¹⁹.

Finalmente, respecto de los establecimientos particulares, la inspección realizada por el Consejo comprendía los mismos puntos que la realizada a los establecimientos financiados por el Estado, salvo la administración de los fondos. Por ello, las potestades del inspector quedaban más limitadas respecto de este tipo de establecimientos. El inspector solo podía tomar medidas provisionales en caso de inmoralidad o abuso que comprometiere gravemente la salud de los alumnos. Por ello, en estos casos el nivel de intervención era considerablemente menor.

¹⁶ Esta distinción es posible extraerla de lo dispuesto en el Reglamento del Consejo..., *op. cit.*, arts. 35-38.

¹⁷ *Op. cit.*, art. 39.

¹⁸ *Op. cit.*, arts. 40-41.

¹⁹ *Op. cit.*, arts. 42, 44-45.

Posteriormente al desarrollo de la inspección bajo la actividad de la Universidad de Chile, fue dictada una serie de leyes que regularon de manera sistemática los diversos niveles educativos existentes en la época. En dichas leyes fue regulada, con un mayor grado de especificidad, la organización de la inspección educativa.

En primer lugar, la Ley de Instrucción Primaria, dictada el 24 de noviembre de 1860²⁰, estableció algunas normas referidas a la inspección para este nivel educativo. De acuerdo al artículo 26, la inspección estaba conformada por un Inspector General y por un Visitador de Escuelas para cada una de las provincias del Estado. El Inspector General –que formaba parte del Consejo de Instrucción Primaria– era nombrado por el Presidente de la República y dependía del Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción Pública. De la misma manera, los visitadores eran nombrados por el Presidente de la República, a propuesta del Inspector General. Correspondía a este último, de acuerdo al artículo 29, el cuidado

“de la buena dirección de la enseñanza y la moralidad de las escuelas y maestros y todo cuanto conduzca a la difusión y adelantamiento de la instrucción primaria (...)”²¹.

Los visitadores de escuela ejercían la función inspectiva en terreno, observando de manera directa la realidad de las escuelas en las diversas provincias del país. Aun cuando la inspección era concebida como una función pública radicada en el poder central, esto es, bajo el control del ministerio del ramo, la misma ley permitía a los municipios nombrar comisiones para el cuidado y vigilancia sobre las escuelas pertenecientes a sus departamentos. Dichas comisiones, de acuerdo al artículo 36, debían siempre respetar las reglas que a este respecto estableciera la inspección realizada por los funcionarios del Ministerio.

Luego, y probablemente como segundo hito a nivel legal en la materia, se dictó en 1879 la Ley de Instrucción Secundaria y Superior²². El

²⁰ Ley General de Instrucción Primaria, arts. 25-26.

²¹ El art. 10 de la Ley General de Instrucción Primaria disponía que la instrucción que se diere privadamente a los individuos no estaba sujeta a las disposiciones de tal ley, motivo por el cual cabe entender que sobre ellas el Estado no podía desplegar, por regla general, su potestad inspectiva. Excepcionalmente, según el art. 11, solo podía inspeccionarse la “moralidad i orden del establecimiento, pero no en cuanto a la enseñanza que en ella se diere ni a los métodos que se emplearen”.

²² Ley de Instrucción Secundaria y Superior. Esta ley resultó de vital importancia para la ordenación de la enseñanza secundaria y superior de todo el país. No solo estableció las bases de estos niveles de enseñanza, sino que además creó un órgano supervigilante –el Consejo de Instrucción Primaria–, definió las facultades que componen la Universidad

art. 6° de dicho cuerpo normativo creó el Consejo de Instrucción Pública, órgano colegiado donde el legislador radicó de manera expresa la función de superintendencia²³, en los siguientes términos:

“Habrá un Consejo de Instrucción encargado de la superintendencia de la enseñanza costeadada por el Estado, con arreglo al art. 154 de la Constitución”.

Dentro de sus atribuciones, el Consejo debía ejercer –de acuerdo al artículo 9° N°s 8 y 14– la vigilancia y policía sobre la moralidad, higiene y seguridad de los alumnos y empleados, respecto de todos los establecimientos de instrucción secundaria y superior, tanto públicos como privados. Además, la ley les otorgaba facultades a los inspectores para tomar las medidas de urgencia que fueren necesarias en caso de incumplimiento de la normativa educacional, sin perjuicio de las demás atribuciones que ostentaba la autoridad para sancionar las inobservancias normativas que fueran arrojadas a la luz de la realización de visitas inspectivas. Finalmente, el Consejo debía vigilar el cumplimiento de todas las disposiciones sobre instrucción secundaria y superior. En cuanto a su organización, la actividad del Consejo se desconcentraba territorialmente en delegaciones, las cuales tenían presencia sólo en aquellos departamentos en que existieran establecimientos de enseñanza secundaria o superior.

Volviendo al nivel primario de educación, la estructura de inspección fijada por la Ley de 1860 pervivió hasta 1920, año en el cual fue dictada la Ley N° 3.654, de Instrucción Primaria Obligatoria. Esta ley estableció la obligatoriedad de la educación primaria y definió, además, una nueva ordenación para la inspección escolar.

En primer lugar, la nueva normativa señaló que la educación primaria estaría a cargo del Ministerio de Instrucción Pública. La vigilancia y dirección sobre este nivel educativo sería ejercida por el Consejo de Educación Primaria. Así, desde 1920 en adelante, existió una entidad que, de manera específica, inspeccionó el desarrollo de la educación primaria. Este nuevo

de Chile, reguló a los establecimientos de enseñanza secundaria y definió la forma en que debían rendirse los exámenes que conducían al otorgamiento de grados académicos, entre otras atribuciones.

²³ El Consejo de Instrucción Pública, de acuerdo al art. 7° de dicha ley, estaba compuesto por diez miembros, entre los que se contaban el Ministro de Instrucción Pública, quien lo presidía, el Rector de la Universidad, el Secretario General de la misma, los Decanos de sus Facultades, el Rector del Instituto Nacional, tres miembros nombrados por el Presidente de la República y dos miembros elegidos por el claustro de la Universidad de Chile. El Consejo estaba presidido por el Ministro de Instrucción Pública.

Consejo estuvo integrado –entre otros– por el Ministro de Instrucción Pública y por el Director General de Educación Primaria de la época. Al Consejo le correspondía, de acuerdo al artículo 22, velar por la correcta ejecución de los reglamentos generales y especiales de educación primaria y normal, asegurar el cumplimiento de los programas educativos y llevar la estadística general del Servicio.

El artículo 24 de la referida ley estableció que el Director General de Educación Primaria tendría la dirección y vigilancia inmediata sobre toda la educación primaria y normal del país. Bajo su dependencia se encontraba la Sección de Administración y la Sección de Inspección. La Sección de Inspección estaba compuesta, de acuerdo al artículo 26, por visitadores que dependían directamente del Director General de Educación Primaria, por orden jerárquico. Los visitadores estaban presentes en todas las provincias del país. El Presidente de la República podía disponer la existencia de visitadores auxiliares en determinados departamentos, cuando ello fuere indispensable para las exigencias del servicio. Excepcionalmente, podían nombrarse visitadores extraordinarios.

El visitador o inspector no era un funcionario público cualquiera. De partida, requería ser normalista, director de escuela o profesor de alguna escuela normal. Con ello se aseguraba que los inspectores conocieran de manera cercana la realidad de las escuelas y el cotidiano funcionamiento de la instrucción primaria. Además, de acuerdo al artículo 60 N° 4, debían rendir el correspondiente examen de competencia y formar parte de una lista o registro público de visitadores de escuela. Todo lo anterior refleja el esfuerzo realizado por la autoridad de la época para velar por la debida preparación, calificación y experiencia de quienes materializaban la inspección educativa, ligándola ineludiblemente al ejercicio de la función docente.

Hacia la década de 1920, el poder inspectivo en materia educacional iba aun más lejos. Los visitadores provinciales y auxiliares, de acuerdo al artículo 27, eran los jefes inmediatos de los directores y profesores de las escuelas situadas en su respectiva jurisdicción. La inspección, además de dar cuenta del estado real en que se encontraban los establecimientos educacionales, calificaba el trabajo de los empleados e informaba al superior jerárquico correspondiente sobre comportamiento de los mismos. De esta manera, el contacto directo con la realidad era la base esencial para determinar las diversas medidas estatales tendientes al progreso de la educación primaria en nuestro país.

En cuanto a las escuelas fiscales, los visitadores debían dirigir las y vigilarlas. Por el contrario, a las escuelas municipales y particulares solo les correspondía inspeccionarlas. Así, la ley brindó un tratamiento

diferenciado a ambas categorías de establecimientos: en los primeros el intervencionismo estatal era mayor (vigilancia y dirección), mientras que en los segundos era menor, al limitarse solamente a la inspección o vigilancia. Dicha distinción ya había sido recogida, como vimos, en la Ley de Instrucción Primaria de 1860²⁴.

De esta manera, los principales hitos que marcaron el desarrollo de la inspección educativa bajo la Constitución de 1833 reflejan la preocupación que desde un comienzo tuvo el legislador y la administración por su efectiva implementación. Si bien la primera manifestación de cumplimiento de los mandatos constitucionales establecidos en los artículos 153 y 154 de la Constitución tuvo lugar casi diez años después, con la creación de la Universidad de Chile, desde aquel momento es posible sostener que la inspección educativa poco a poco pasó de ser una difusa función pública –bajo la también amplia atribución de “superintendencia”– a una compleja actividad estatal ejecutada por órganos especialmente creados para dicho efecto²⁵.

2. La inspección escolar bajo la Constitución de 1925

El escenario planteado por la Constitución de 1925 distó, en parte, del brindado por el texto de 1833. La principal diferencia estribó en el específico lugar en que fue situada la inspección educativa: ya no dentro de las disposiciones generales, sino como parte integrante de la garantía de la libertad de enseñanza²⁶. De esta manera, el artículo 10 N° 7 de la Constitución señalaba lo siguiente:

“Art. 10. La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:
7° La libertad de enseñanza.

²⁴ Efectivamente, el art. 11 de dicha ley establecía que “Las escuelas costeadas por particulares o con emolumentos que pagaren los alumnos, quedan sometidas a la inspección establecida por la presente lei en cuanto a la moralidad y orden del establecimiento, pero no en cuanto a la enseñanza que en ella se diere, ni a los métodos que se emplearen”.

²⁵ Hacia inicios del siglo xx, la preocupación por la dirección e inspección de la enseñanza nacional no decayó. Ello se evidencia en la organización del Congreso General de Enseñanza Pública, de 1902, donde Valentín Letelier tuvo una importante participación. En dicho Congreso se realizó un estudio “sobre las Bases generales de la reorganización de la enseñanza nacional bajo una sola dirección y conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 144 y 145 de la Constitución”. FUENTEALBA, *op. cit.*, pp. 87-88.

²⁶ El texto original de la Constitución de 1833 no incluía a la libertad de enseñanza, garantía que sólo se introdujo a raíz de una modificación a la Constitución en agosto de 1879. Antonio DOUGNAC, “La Educación en Chile bajo la Constitución de 1833”, p. 221.

La educación pública es una atención preferente del Estado.

La educación primaria es obligatoria.

Habrà una Superintendencia de educación pública, a cuyo cargo estarà la inspección de la enseñanza nacional y su dirección, bajo la autoridad del Gobierno”.

Aun cuando la inspección educativa adquirió una nueva ubicación en el texto constitucional en referencia, mantuvo sus características esenciales. Ello es así, ya que el texto de 1925 conservó el mandato de creación de una superintendencia de educación pública, bajo la cual quedaría la inspección y dirección de la enseñanza nacional.

Durante este periodo, la instrucción primaria fue objeto de importantes modificaciones. En el año 1929 se dictó el DFL N° 5.291, el cual refundió la Ley N° 3.654, sobre Educación Primaria Obligatoria, fijando su texto definitivo²⁷. En dicha ley se había consagrado, de manera definitiva, la obligatoriedad de la educación primaria, debiendo el Estado y las municipalidades proveerla de manera gratuita tanto para hombres como para mujeres. Además, y en lo que interesa a esta investigación, se estableció que el Servicio de Educación Primaria debía ser dirigido por el Consejo de Educación Primaria y que la inspección del mismo debía realizarla la Dirección General de Educación Primaria, dejando el desarrollo de la actividad inspectiva a la potestad reglamentaria²⁸.

Con la promulgación del DFL N° 7.912, de 1927 (Ley General de Ministerios), se reestructuraron las Secretarías del Estado. En el artículo 5°, letra a), de dicha ley, se estableció que correspondería al Ministerio de Educación Pública “la administración y superintendencia de la educación del Estado, su fomento y desarrollo y la fiscalización de la enseñanza particular”²⁹. De esta manera, la función de superintendencia de la educación del Estado y la fiscalización de la enseñanza particular quedaron definitivamente en manos del Ministerio.

²⁷ Dicha ley fue publicada en el *Diario Oficial* N° 12.755, el 26 de agosto de 1920. En ella, además, se estableció un sistema de subvenciones para la educación primaria. Las escuelas particulares subvencionadas por el Estado quedaban sometidas, de acuerdo al art. 45, a la “supervigilancia” del Consejo de Educación Primaria, en relación a las condiciones en que se desarrollaba el proceso educativo. Ello permitía evaluar la permanencia de la entrega de la subvención. Los establecimientos que no cumplieran con los estándares de calidad, moralidad e higiene, definidos en aquella época, eran privados de la subvención, por resolución dictada por el Presidente de la República, a petición del Consejo de Educación Primaria, de acuerdo a lo establecido en el art. 46.

²⁸ Ley N° 3.654, arts. 26-27.

²⁹ De acuerdo a SILVA BASCUÑÁN, el DFL N° 2.066 de 1927, el DFL N° 7.500 de 1927 y el DFL N° 5.396 de 1928, profundizaron el desarrollo de esta actividad ministerial. Sin embargo, lo hicieron de manera poco precisa y confusa. Véase SILVA BASCUÑÁN, *op. cit.*, p. 267.

En la década del cincuenta tuvo lugar un importante hito para la historia de la inspección educativa. Se creó, por primera vez, un órgano llamado Superintendencia de Educación Pública, para ejercer directamente la función que tanto la Constitución de 1833 como la de 1925 habían atribuido al Estado. La Superintendencia fue creada mediante la dictación del DFL N° 104, de 1953. Fue un órgano dotado de personalidad jurídica de Derecho Público, el cual tuvo a su cargo la dirección superior e inspección de la educación impartida directamente por el Estado, en sus diferentes niveles³⁰. Respecto de la educación particular, la Superintendencia solo tuvo la supervigilancia de la misma, velando para que ella fuera realizada conforme a los objetivos e intereses nacionales³¹. Con la creación de este órgano se unificó y racionalizó el sistema de inspección educativa existente a lo largo del país³².

La Superintendencia estaba constituida por el Consejo Nacional de Educación, por la Oficina Técnica de Investigaciones Educativas y por

³⁰ El reglamento orgánico de esta Superintendencia fue dictado en el año 1967 (D.S. N° 2.289, Ministerio de Educación Pública, de 18 de abril de 1967). Su relación con los establecimientos escolares o universidades se concretaba mediante proposiciones o recomendaciones de medidas susceptibles de realización o de aplicación práctica. Curiosamente, no se señalaba cuáles eran este tipo de medidas ni tampoco aludía a los mecanismos de inspección con que contaba el órgano para ejercer la supervigilancia sobre el conjunto de estos establecimientos. Cabe destacar, de todas maneras, la marcada función asistencial de este órgano, señalándose en el art. 12 expresamente lo siguiente: "Cualquier establecimiento o servicio educacional, que no dependa del Ministerio Educación, o institución o empresa, sea fiscal, semi-fiscal, municipal o particular, podrá solicitar a la Superintendencia estudios, recomendaciones o ayuda técnica en materia educacional. La Superintendencia, por acuerdo del Consejo Nacional de Educación, podrá conceder dicha ayuda para la realización de proyectos encaminados a organizar o mejorar la función educacional de dichos establecimientos, servicios, empresas o instituciones".

³¹ Dicha atribución está contenida en el art. 1° del referido DFL. La doctrina de ese entonces se esmeró en deslindar el campo de acción que comprendía la superintendencia. Así, Guillermo Varas sostuvo categóricamente que "(...) la única interpretación posible, la única que no se contradice con otros preceptos de la misma Constitución, es la que dejamos expuesta, o sea, que el campo reservado por la Constitución a la Superintendencia al emplear la expresión 'enseñanza nacional' no ha sido otro que el de la educación que proporciona directamente el Estado, pues es este servicio el que se encuentra y debe encontrarse bajo su inspección y dirección. La enseñanza particular, por estar amparada por la garantía de la libertad, no puede, repetimos, estar comprendida en el campo de acción reservado a la Superintendencia, porque resulta inconciliable que a un mismo tiempo se tenga el derecho de enseñar libremente, esto es, procediendo 'sin sujeción ni subordinación' y se esté subordinado a la inspección y dirección de un organismo estatal, con facultad de gobernar, dirigir, en suma, de imponer '*ad libitum*' su voluntad e imperio". Guillermo VARAS, *La Enseñanza Particular ante el Derecho*, pp. 35-36.

³² Sofía CORREA SUTIL; Pablo RUIZ-TAGLE, *Reformas al Sistema Educacional Chileno*, p. 91.

el Fondo Nacional de Educación. El Consejo estaba conformado, entre otros, por el Ministro de Educación, el Superintendente y el Secretario General Técnico de la Superintendencia, cargo atribuido al antiguo Visitador.

La doctrina desarrollada bajo la vigencia de la Constitución de 1925 tuvo, como principal eje de estudio, el análisis de la libertad de enseñanza³³. Por tanto, respecto de la función de superintendencia en general y de la inspección educativa en particular, los autores destacaron algunos aspectos específicos. En primer lugar, sostenían que la superintendencia recaía solamente sobre los establecimientos costeados por el Estado³⁴, ya que respecto de los establecimientos costeados por particulares debía existir otro tipo de controles, centrados en aspectos tales como la moralidad, higiene y salubridad al interior de los mismos³⁵.

Posteriormente, bajo el gobierno de Eduardo Frei Montalva, se realizaron importantes cambios en las atribuciones de los órganos a los cuales se les había encomendado la dirección general de la educación pública³⁶. Luego, durante el gobierno de Salvador Allende se promulgó la Ley N° 17.398, de Reforma Constitucional, conocida como “Estatuto de las Garantías Constitucionales”. Esta ley introdujo una importante reforma a la Constitución en esta materia: consagró al sistema educacional como uno de corte independiente y pluralista, acorde con la garantía de la libertad de enseñanza³⁷. Sin embargo, en materia de inspección, el artículo 10 N° 7 mantuvo la referencia a la Superintendencia de Educación Pública como órgano encargado de la inspección de la enseñanza nacional³⁸.

Finalmente, hacia el año 1974, el gobierno militar ordenó la disolución de los organismos colegiados pertenecientes al sector educacional,

³³ José Guillermo GUERRA, *La Constitución de 1925*, pp. 113-116; Rafael RAVEAU, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado*, pp. 547-551; Carlos ESTÉVEZ, *Elementos de Derecho Constitucional*, pp. 124-128; Mario BERNASCHINA, *Manual de Derecho Constitucional*, t. II, pp. 237-240; SILVA BASCUÑÁN, *op. cit.*, pp. 256-272; Jorge QUINZIO, *Manual de Derecho Constitucional*, pp. 274-276. Carlos ANDRADE, *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, pp. 251-253.

³⁴ RAVEAU, *op. cit.*, p. 557; SILVA BASCUÑÁN, *op. cit.*, p. 264.

³⁵ ESTÉVEZ, *op. cit.*, p. 128.

³⁶ CORREA SUTIL; RUIZ-TAGLE, *op. cit.*, p. 90.

³⁷ Enrique EVANS DE LA CUADRA. *Chile, hacia una Constitución contemporánea. Tres reformas constitucionales*, pp. 112-115.

³⁸ En materia de inspección, la reforma a la Constitución introdujo el siguiente texto: “Habrà una Superintendencia de Educación Pública, bajo la autoridad del Gobierno, cuyo Consejo estará integrado por representantes de todos los sectores vinculados al sistema nacional de educación. La representación de estos sectores deberá ser generada democráticamente.

La Superintendencia de Educación tendrá a su cargo la inspección de la enseñanza nacional”.

cuyas atribuciones debían concentrarse en las respectivas autoridades ejecutivas. Dicha política fue generalizada, pero en este ámbito afectó de manera directa al Consejo Nacional de Educación, entidad que constituía el corazón de la Superintendencia. Con el correr de los años, esta última fue absorbida por el Departamento de Presupuesto del Ministerio de Educación Pública, pasando a constituir una oficina de planificación y presupuesto, manteniendo su denominación³⁹.

En síntesis, durante la vigencia de la Constitución de 1925, los esfuerzos estatales se centraron en la radicación de la función inspectiva en un determinado órgano administrativo: la Superintendencia de Educación Pública. Sin embargo, la inestabilidad política de la época no otorgó los elementos necesarios para que la inspección educacional fuese desarrollada por un órgano altamente técnico y con suficiente capacidad de gestión.

3. *La inspección escolar bajo la Constitución de 1980*

Como señalamos anteriormente, la labor fiscalizadora de la Superintendencia de Educación Pública se debilitó progresivamente, al ser absorbida por el Ministerio de Educación Pública de aquel entonces. Para dicho Ministerio, seguía vigente lo dispuesto en el artículo 5° del DFL N° 7.912, de 1927, norma que le encomendaba “la administración y superintendencia de la educación del Estado, su fomento y desarrollo y la fiscalización de la enseñanza particular”. El ejercicio de la función inspectora se mantuvo en dicho Ministerio por varias décadas, como veremos a continuación.

El constituyente de 1980 eliminó toda referencia a la inspección educativa y a la Superintendencia de Educación Pública⁴⁰. De esta ma-

³⁹ Véase en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley N° 20.529, p. 14.

⁴⁰ En las actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se discutió latamente sobre la consagración constitucional de una Superintendencia de Educación o Superintendencia de Enseñanza. Desde el Ministerio de Educación de la época emanaba una postura contraria al establecimiento de un órgano autónomo del Ministerio con facultades fiscalizadoras, entre otras razones, a raíz de la experiencia constatada a partir del texto constitucional de 1925, que sí contemplaba efectivamente a una Superintendencia, pero que debido a su carácter autónomo, se habría desligado de la dirección que sobre ella tenía el Ministerio de Educación. Véase en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Constitución Política de la República de Chile, art. 19 N° 11, p. 466. Además, en las actas quedó registro de la opinión que sobre este tema tuvo el Ministro de Educación Pública de la época: “La referencia a la Superintendencia de Enseñanza es inoficiosa, pues de hecho se trata de un organismo dependiente del Ministerio, correspondiendo su ubicación en la ley, pero no en la Constitución. No ocurre lo mismo, en cambio, con los organismos consultivos de alto nivel dependientes de este

nera, y hasta el día de hoy, no existen referencias a ellas ni a propósito del derecho a la educación (artículo 19 N° 10) ni a propósito de la libertad de enseñanza (artículo 19 N° 11). Así, desde ese entonces, el desarrollo de la inspección educativa ha encontrado lugar exclusivamente en la ley.

El inciso final del artículo 19 N° 11 de la Constitución mandató al legislador la dictación de una ley orgánica constitucional en materia de enseñanza, con la finalidad de establecer los requisitos mínimos con que debía contar cada nivel educativo y las normas que permitieran al Estado velar por el cumplimiento de los mismos. Además, tal ley debía establecer los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales. Dicho mandato fue cumplido en el año 1990 mediante la dictación de la LOCE. Al analizar la historia fidedigna de su establecimiento, ya en el artículo 7° del proyecto de ley se definió que la actividad de supervisión de la educación debía radicarse en el Ministerio de Educación Pública⁴¹.

Días antes de la dictación de la LOCE se promulgó la Ley N° 18.956, de 1990, que reestructuró la orgánica del Ministerio de Educación Pública. Esta ley estableció al Ministerio de Educación como continuador legal del primero y derogó el artículo 5° del DFL N° 7.912, de 1927 (Ley General de Ministerios). Además, la misma ley derogó el DFL N° 104, de 1953, que había creado la Superintendencia de Educación Pública.

El artículo 15 del texto original de la Ley N° 18.956 señalaba que correspondía a las Secretarías Regionales Ministeriales

“planificar, normar y supervisar el desarrollo del proceso educativo en los establecimientos ubicados en su territorio jurisdiccional, cautelando el cumplimiento de los objetivos y políticas educacionales y su correcta adecuación a las necesidades e intereses regionales”.

Ministerio, la Comisión Nacional de Cultura y el Consejo Nacional de Educación que se piensa crear dentro de la estructuración del mismo”. Véase en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Constitución..., *op. cit.*, art. 19 N° 11, p. 515.

⁴¹ El mensaje presidencial establecía lo siguiente: “Artículo 7°.- Sin perjuicio de la responsabilidad directa que le corresponde al jefe de cada establecimiento para velar por el cumplimiento de los objetivos mínimos a que se refieren los artículos 1° y 2°, el Ministerio de Educación Pública mantendrá una supervisión permanente y sistemática de los establecimientos educacionales que tengan cursos de estos niveles [básica y media], cualquiera fuesen sus modalidades. La finalidad de la supervisión será contribuir a mejorar el rendimiento educativo y, por ende, la calidad de la formación que en dichos establecimientos reciban los escolares.

Con este mismo objeto, el Ministerio de Educación Pública deberá mantener un sistema de evaluación permanente de la calidad de la educación que se imparte en cada establecimiento con el fin de apoyar preferentemente a aquellos que presenten más bajos niveles”. Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Constitución..., *op. cit.*, art. 19 N° 11, p. 515.

Además, debían realizar

“todas las funciones y atribuciones que las normas legales les otorgan, especialmente en materias técnico-pedagógicas y de inspección y control de subvenciones”.

Así, desde el año 1990, la función de vigilancia o control, y en particular la inspección educacional, se radicó completamente en las Secretarías Regionales del Ministerio⁴².

La Ley N° 20.370, Ley General de Educación, de 2009, derogó las disposiciones contenidas en la antigua LOCE. Sin embargo, las competencias inspectivas de las Secretarías Regionales Ministeriales se mantuvieron intactas hasta el año 2011, puesto que ese año fue promulgada la Ley N° 20.529. Dicha ley creó el Sistema Nacional de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Parvularia, Básica y Media y su Fiscalización. Sus disposiciones modificaron la estructura de la inspección escolar, traspasando parte de dicha función a un nuevo órgano: la Superintendencia de Educación Escolar.

4. El actual diseño de la Superintendencia de Educación Escolar

Como bien señalamos anteriormente, la Ley N° 20.529 creó un nuevo sistema de aseguramiento de la calidad de la educación escolar, el cual posee un diseño institucional que propende a reforzar el cumplimiento voluntario de la normativa educacional. Dicho sistema entró en vigencia el año 2012, siendo su aspecto más importante –en relación a nuestro objeto de estudio– la creación de una Superintendencia de Educación Escolar.

En términos puramente descriptivos, el sistema de aseguramiento de la calidad de la educación escolar, en sus distintos niveles, tiene como finalidad cumplir el deber estatal de asegurar una educación de calidad y equitativa para todas las personas, contemplando para ello –de acuerdo a lo establecido en el artículo 2°, inciso primero– un conjunto de políticas,

⁴² El art. 16, inciso primero, de la misma ley dispone que la labor inspectiva es desarrollada por los Departamentos provinciales, de la siguiente manera: “Los Departamentos Provinciales son organismos desconcentrados funcional y territorialmente de las Secretarías Regionales Ministeriales, encargados de la supervisión y asesoría técnico pedagógica y de la inspección administrativa y financiera de los establecimientos educacionales subvencionados de su jurisdicción”.

estándares, indicadores, evaluaciones y mecanismos de fiscalización a los establecimientos educacionales. Todo lo anterior tiene como objetivo la mejora continua del proceso educativo.

El sistema comprende, entre otros mecanismos, a la inspección (artículo 2°, inciso segundo), la cual se inserta dentro de un proceso de fiscalización que comprende tanto la vigilancia del uso de los recursos públicos destinados a financiar la educación como el cumplimiento de los requisitos establecidos para el reconocimiento oficial del Estado y de la normativa educacional que rige a los sostenedores y administradores de los diversos servicios educativos.

En cuanto a la inspección y a los procesos de fiscalización, debe realizarse una vital diferenciación en torno a los órganos específicos que desempeñan estas labores. Así, de acuerdo al artículo 10° de la referida ley, la fiscalización de las normas que aseguran la calidad de la educación corresponde a la Agencia de Calidad de la Educación. Dichas acciones son instrumentales a su objetivo: evaluar y orientar el sistema educativo⁴³. Por otra parte, y de acuerdo al artículo 48, la fiscalización del cumplimiento de la normativa educacional por parte de los sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado y la legalidad del uso de las subvenciones corresponde a la Superintendencia de Educación Escolar⁴⁴.

⁴³ El art. 10 señala expresamente lo siguiente: “El objeto de la Agencia será evaluar y orientar el sistema educativo para que éste propenda al mejoramiento de la calidad y equidad de las oportunidades educativas, considerando las particularidades de los distintos niveles y modalidades educativas.

Para el cumplimiento integral de dicho objeto tendrá las siguientes funciones: a) Evaluar los logros de aprendizaje de los alumnos de acuerdo al grado de cumplimiento de los estándares, referidos a los objetivos generales señalados en la ley y sus respectivas bases curriculares por medio de instrumentos y procedimientos de medición estandarizados y externos a los establecimientos. Asimismo, deberá evaluar el grado de cumplimiento de los otros indicadores de calidad educativa. b) Realizar evaluaciones del desempeño de los establecimientos educacionales y sus sostenedores en base a los estándares indicativos de desempeño. c) Ordenar los establecimientos educacionales en función de las mediciones de los resultados de aprendizaje y de los otros indicadores de calidad educativa con la finalidad, entre otras, de identificar, cuando corresponda, las necesidades de apoyo. d) Validar los mecanismos de evaluación de docentes de aula, directivos y técnico-pedagógicos. e) Proporcionar información en materias de su competencia a la comunidad en general y promover su correcto uso”.

⁴⁴ El citado art. 48, en su inciso primero, expresa: “El objeto de la Superintendencia será fiscalizar, de conformidad a la ley, que los sostenedores de establecimientos educacionales reconocidos oficialmente por el Estado se ajusten a las leyes, reglamentos e instrucciones que dicte la Superintendencia, en adelante ‘la normativa educacional’. Asimismo, fiscalizará la legalidad del uso de los recursos por los sostenedores de los establecimientos subvencionados y que reciban aporte estatal y, respecto de los sostenedores

Centrándonos en el rol de la Superintendencia de Educación Escolar, sus competencias fiscalizadoras se detallan en el artículo 49 de la ley comentada. A modo de ejemplo, se contempla la facultad de realizar visitas inspectivas a los establecimientos educacionales y dependencias del sostenedor; realizar requerimientos de información; solicitar la comparecencia de los representantes legales, administradores y dependientes de las instituciones fiscalizadas, en el marco de un procedimiento administrativo, entre otras atribuciones⁴⁵.

En cuanto al proceso de fiscalización realizado por esta Superintendencia, se distinguen dos etapas: la fiscalización propiamente tal y la posterior instrucción de procedimientos administrativos a raíz de los resultados de la fiscalización. La primera consiste en la realización de visitas a los establecimientos educacionales, conocidas como auditorías de gestión. Estas visitas finalizan con el levantamiento del acta respectiva. La segunda etapa, por su parte, se refiere a la iniciación de procedimientos administrativos de acuerdo al resultado de las inspecciones. El acta, como sucede en los demás casos de inspección administrativa, determina el curso de acción a seguir por el órgano fiscalizador. Así, si se trata de un acta que contiene observaciones graves, esto es, que signifiquen un incumplimiento significativo a la normativa educacional, corresponderá iniciar el respectivo procedimiento administrativo sancionador⁴⁶.

En el ámbito de la fiscalización escolar, es de vital importancia la planificación previa de las inspecciones. Hoy en día, el Plan Anual de Fiscalización constituye la principal herramienta de programación, ejecución, control y monitoreo de la fiscalización realizada a los establecimientos educacionales. A corto plazo, propende a una labor coordinada de fiscalización y, a largo plazo, disciplina el comportamiento de los sostenedores que incumplen la normativa educacional. Por este motivo, tiende a focalizarse en las áreas de mayor riesgo para el buen funcionamiento del sistema escolar⁴⁷.

de los establecimientos particulares pagados, fiscalizará la referida legalidad sólo en caso de denuncia. Además, proporcionará información, en el ámbito de su competencia, a las comunidades educativas y otros usuarios e interesados, y atenderá las denuncias y reclamos de éstos, aplicando las sanciones que en cada caso corresponda”.

⁴⁵ Ley N° 20.529, art. 49, letras d), e) y f).

⁴⁶ Véase “Modelo de Fiscalización” del portal web de la Superintendencia de Educación Escolar. Disponible en www.supereduc.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=44&Itemid=161. Consultada el 12 de agosto de 2014.

⁴⁷ El Plan Anual de Fiscalización es desarrollado año a año por la División de Fiscalización de la Superintendencia. Para el caso del Plan vigente en el presente año, se establece el objetivo general de la fiscalización, la metodología a emplear, las hipótesis de riesgo de incumplimiento más frecuentes, entre otros aspectos. Véase “Plan Anual” del

Una de las particularidades que destacan del proceso de fiscalización escolar realizado por la Superintendencia es la existencia de una estandarización de los hechos constatados por el inspector durante la realización de una visita. Ello se contiene en la resolución exenta N° 290, de la Superintendencia de Educación Escolar, de 2013, la cual establece un Modelo de Fiscalización y una Estandarización de Hallazgos⁴⁸. Dicha resolución diseñó una tabla que abarca un listado de hechos, aquellos que cotidianamente podrían ser evidenciados por el fiscalizador durante la realización de la visita y que constituyen infracciones a la normativa educacional, señalando además la sanción aplicable en cada caso concreto⁴⁹. Esta estandarización de hallazgos dota de eficiencia, oportunidad y mayor igualdad al proceso fiscalizador del cual son objeto los establecimientos educacionales, sostenedores, docentes y todos quienes están sujetos al cumplimiento de la normativa educacional.

5. *Balances finales*

Luego de haber revisado las normas más importantes que han configurado la inspección escolar en Chile desde sus inicios hasta la actualidad, es posible realizar algunas reflexiones sobre el tema.

En primer lugar, la inspección escolar posee una larga tradición histórica. Nace en conjunto con la República, habida cuenta de la importancia que a principios del siglo xx tuvo el desarrollo de la función docente en nuestro país. De ahí emana su profunda relevancia y la constante necesidad de su estudio y análisis.

En segundo lugar, y ya entrando al fondo del asunto, si fuera posible identificar algún factor común entre las distintas etapas que ha experimentado la inspección escolar en nuestro país, ese sería –sin duda– el rol asistencial de la misma. Desde sus inicios, los inspectores de educación han sido concebidos como funcionarios íntimamente ligados al desarrollo de esta actividad. No por nada muchos de ellos fueron, en el pasado,

portal web de la Superintendencia de Educación Escolar. Disponible en www.supereduc.cl/images/Plan_Anual_2014.pdf>. Consultada el 12 de agosto de 2014.

⁴⁸ Esta resolución derogó parcialmente a la resolución exenta N° 16, Superintendencia de Educación Escolar, de 18 de octubre de 2012, que regulaba la misma materia.

⁴⁹ Así, por ejemplo, la infracción consistente en el error en el registro oficial de asistencia por curso, puede sustentarse en varios hechos estandarizados, tales como la existencia de un registro de salida incompleto, la inexistencia de registro de asistencia de jornada escolar, el registrar a alumnos ausentes como presentes, entre otros establecidos en la ya referida resolución.

profesores o funcionarios relacionados de manera directa con la función docente. Es probable que, en el pasado, tan solo desde esa óptica haya sido posible apreciar una realidad cuya configuración requería de constantes cuestionamientos. La calidad de la educación, objeto final de este tipo de inspección, debía ser vigilada por quienes poseyeran un nivel de juicio y criterio suficiente, atendiendo siempre a las particularidades circundantes a los diversos procesos educativos.

Tal constante es posible apreciarla desde la dictación de la Ley General de Instrucción Primaria, en el año 1860. El artículo 32 de dicha ley permitía a los visitadores de escuela, en ciertas circunstancias, ejercer la docencia en escuelas superiores. Posteriormente, en la Ley de Educación Primaria Obligatoria, de 1920, se estableció como requisito para ser nombrado visitador el haber desempeñado actividad docente o directiva⁵⁰.

Sin embargo, con el correr de las décadas, la normativa que ha estructurado los diversos sistemas de inspección escolar ha omitido un pronunciamiento profundo sobre el estatuto de los inspectores. Hoy en día –y para el caso de la Superintendencia de Educación Escolar– la ley no ahonda en los requisitos de idoneidad técnica o cualificación profesional requeridos para ejercer dichas labores. Solo especifica que los fiscalizadores son funcionarios del servicio y que ostentan la calidad de ministros de fe respecto de todas las actuaciones que realicen en el ejercicio de sus funciones⁵¹.

Así, no exigiéndose hoy que los inspectores sean o hayan sido profesores (o hayan trabajado en establecimientos educacionales en labores directivas), la autoridad ha debido buscar otros caminos para asistir a los sujetos inspeccionados en el correcto y oportuno cumplimiento de la normativa educacional. En este sentido, resulta importante destacar los esfuerzos realizados por la nueva institucionalidad y, especialmente, por la Superintendencia de Educación Escolar, para asistir a los establecimientos educacionales subvencionados y a sus sostenedores en el cumplimiento de la normativa que los rige. Este rol asistencial ha tenido lugar mediante la dictación de circulares ampliamente difundidas⁵², en las cuales se define

⁵⁰ Tal es la forma en que lo señaló el art. 60 N° 4 de la Ley N° 3.654. Dicho precepto estableció que para estar en la lista de visitadores se requería “ser normalista con más de doce años de servicios o haber desempeñado durante cinco años, por lo menos, el cargo de director de una escuela primaria de primera clase, o de profesor de una Escuela Normal, o de sub-director de escuela de aplicación durante el mismo tiempo; i rendir, además, en ambos casos, satisfactoriamente un examen de competencia”.

⁵¹ Ley 20.529, art. 52.

⁵² Nos referimos a la Circular N° 1, Establecimientos educacionales subvencionados particulares y municipales, Superintendencia de Educación Escolar, de 20 de febrero de

de manera clara y detallada cuál es la normativa que deben cumplir los establecimientos, los sostenedores y la comunidad escolar en general. Este es el caso de las circulares para establecimientos subvencionados, sean municipales o particulares, y para establecimientos particulares pagados, mediante las cuales se instruye, define y estandariza la forma y uso de los registros, plazos y demás requisitos relativos a la calidad que deben cumplir los establecimientos educacionales para impetrar el beneficio de la subvención y mantener el reconocimiento oficial del Estado. Además, mediante dicha circulares, el órgano interpreta la normativa que rige al conjunto de estos establecimientos⁵³. De esta manera, es posible apreciar cómo el rol asistencial de la inspección ha dejado de gravitar en la figura del inspector, materializándose actualmente en diversos actos administrativos formales.

Finalmente, debemos destacar que el actual modelo de fiscalización adoptado por la Superintendencia de Educación Escolar ha encontrado su base en el diseño de una política educativa que acerca el conocimiento de las normas a la comunidad escolar, incluso más allá de la mera ficción legal que el ordenamiento contempla a este respecto. Ello, sin duda, propende a la optimización de la función fiscalizadora, dotándola de un enfoque esencialmente preventivo por sobre uno correctivo. De esta manera, y en virtud del interés público existente tras el desarrollo ordenado de la actividad educacional y de la preocupación constante de la autoridad por mejorar los estándares de calidad, la función asistencial de la inspección ha adquirido un rol protagónico en el diseño institucional de los modernos órganos inspectores en materia educacional. Dicho protagonismo sólo puede estar llamado a fortalecerse. La discusión técnica y política debe hacerse cargo de ello, de cara a las futuras reformas y avances que

2014 y a la Circular N° 2, Establecimientos educacionales particulares pagados, de 13 de marzo de 2014.

⁵³ Las aludidas circulares definen el marco legal y reglamentario que compone a la “normativa educacional”, con la finalidad de dar a conocer, a toda la comunidad educativa, las normas que la rigen y que deben observar. Cabe destacar que dentro de la normativa educacional no se encuentran solamente leyes y reglamentos puramente educacionales. Se incluye, además, normativa de índole sanitaria, urbanística y laboral. De esta manera, se logra sistematizar los tipos de infracciones y las multas que se asocian a cada una de ellas, se definen de manera clara cuáles son los requisitos con que debe contar el establecimiento educacional para obtener el reconocimiento oficial del Estado, la forma en que éste se modifica o revoca, la obtención de permisos municipales para construir establecimientos educacionales, la obtención del informe sanitario con el cual deben contar este tipo de establecimientos, la forma en que debe llevarse el registro general de matrícula, el libro de clases y el registro de control de subvenciones, la regulación de los planes de estudios y el reglamento interno escolar, entre otros variados aspectos.

se realicen en el marco del aseguramiento de la calidad de la educación escolar en nuestro país.

Bibliografía

- ANDRADE, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional Chileno*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- BERNASCHINA, Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1951, t. II.
- CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, 2ª ed., Santiago, Imprenta de la Librería de El Mercurio, 1874.
- CORREA SUTIL, Sofía, Pablo RUIZ-TAGLE, *Reformas al Sistema Educacional Chileno*. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006.
- DOUGNAC, Antonio, “La Educación en Chile bajo la Constitución de 1833”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 10, Santiago, 1984.
- ESTÉVEZ, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Chile, hacia una Constitución contemporánea. Tres reformas constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973.
- FUENTEALBA, Leonardo, *Ensayo biográfico de Valentín Letelier*, Santiago, Escuela Nacional de Artes Gráficas, 1956.
- GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925*, Santiago, Balcells & Co., 1929.
- HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, 2ª ed., Santiago, Cervantes, 1891, t. II.
- QUINZIO, Jorge, *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- RAVEAU, Rafael, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado*, Santiago, Nascimento, 1939.
- ROLDÁN, Alcibiades, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, 3ª ed., Santiago, Lagunas, 1924.
- SAINZ MORENO, Fernando, “La inspección educativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 109, Madrid, 2001.
- SERRANO, Sol, *Universidad y Nación*, Santiago, Editorial Universitaria, 1994.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, t. II.
- VARAS, Guillermo, *La Enseñanza Particular ante el Derecho*, Santiago, Editorial del Pacífico, 1956.

NORMATIVA

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Constitución Política de la República de Chile, Art. 19 N° 11. Disponible en www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302. Consultada el 10 de agosto de 2014.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.529. Disponible en www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20529&anio=2014. Consultada el 13 de agosto de 2014.
- Ley General de Instrucción Primaria, arts. 25 y 26. Disponible en www.memoriachilena.cl/602/w3-article-74409.html. Consultada el 14 de agosto de 2014.
- Ley de Instrucción Secundaria y Superior. Disponible en www.memoriachilena.cl/602/w3-article-86284.html. Consultada el 12 de agosto de 2014.
- Reglamento del Consejo Universitario de la Universidad de Chile, *Anales de la Universidad de Chile*, pp. 4-94. Disponible en www.anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/view/23212/24557. Consultada el 11 de agosto de 2014.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPUESTA DE DESPENALIZAR CIERTOS CASOS DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

SOME CONSIDERATIONS ON THE PROPOSAL TO DECRIMINALIZE CERTAIN CASES OF VOLUNTARY TERMINATION OF PREGNANCY

*Claudio Alvarado R.**

Resumen

Este trabajo analiza diversas aristas del debate surgido a partir de las propuestas políticas y legislativas que buscan despenalizar ciertas hipótesis de interrupción voluntaria del embarazo. Se revisan los términos de la discusión y el marco en que esta debiera desarrollarse, así como también los supuestos específicos contemplados tanto en el anuncio de Michelle Bachelet en mayo de 2014, como en los proyectos de ley que actualmente se están tramitando en el Congreso. En particular, se examinan los conceptos e implicancias de los denominados aborto terapéutico, aborto por violación y aborto por inviabilidad fetal. Finalmente, se indagan otros argumentos que suelen estar presentes en este tipo de debates en nuestro medio, como el número de abortos clandestinos, la persecución penal de mujeres enfrentadas a situaciones extremas, y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos.

Palabras clave: interrupción voluntaria del embarazo, despenalización, aborto, aborto terapéutico, violación, inviabilidad fetal, abortos clandestinos.

Abstract

This paper analyzes the various facets of debate emerged from the political and legislative proposals seeking the decriminalization of certain

* Investigador del IES. Abogado, licenciado en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Fundamentos del Derecho Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 15 de julio de 2014 y aceptado el 27 de agosto de 2014. Correo electrónico: calvarado@ieschile.cl.

cases of abortion. It reviews the terms of the discussion and the context in which it should be developed, the specific cases contemplated in the announcement of Michelle Bachelet and in bill over the matter that are currently pending in Congress, and also the concepts and implications of the so-called therapeutic abortion, abortion in case of rape and fetal non-viability. Finally, other arguments that are usually present in the debate related to these issues are discussed, such as the number of illegal abortions, the penal prosecution of women facing extremely difficult situations, and Chile's obligations in matter of human rights.

Key words: voluntary termination of pregnancy, decriminalization, abortion, therapeutic abortion, rape, fetal non-viability, illegal abortions.

1. *Introducción*

En su discurso ante el Congreso Pleno realizado el 21 de mayo de 2014, la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, anunció que el gobierno de Chile promoverá una discusión en materia de interrupción del embarazo, incluyendo dentro de esto distintas hipótesis de aborto. Así, en el contexto de una dura crítica a distintas formas de violencia contra las mujeres, tales como femicidios y violencia intrafamiliar, la Presidenta Bachelet sostuvo que:

“Periódicamente conocemos por las noticias casos de mujeres que se practican abortos clandestinos que ponen en riesgo sus vidas, y sin duda las marcan con una experiencia de dolor y angustia. Y hace poco hemos sabido de una mujer en gravísimo estado. Y cada aborto en el país es una señal de que como sociedad estamos llegando tarde, porque la prevención no tuvo los resultados esperados.

Chile tiene que enfrentar en una discusión madura, informada y propositiva esta realidad, debatiendo en el Parlamento un proyecto de ley que despenalice la interrupción voluntaria del embarazo en casos de riesgo de vida de la madre, violación e inviabilidad del feto”¹.

Las palabras de Michelle Bachelet parecían ser claras: aquí no se trataría de promover el aborto libre, sino simplemente de despenalizar ciertas conductas que en determinadas circunstancias implicarían una legítima interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, todo indica que el asunto es más oscuro de lo que a primera vista podría pensarse.

¹ Michelle BACHELET JERIA, “Mensaje Presidencial. 21 de mayo de 2014”, p. 28.

¿En qué consiste el aborto terapéutico? ¿Qué lo diferencia del aborto puro y simple? ¿Efectivamente tenemos certeza de la cantidad de abortos clandestinos que se practican en el país? ¿Qué quiere decir despenalizar? ¿Son susceptibles de ser tratadas (y juzgadas) del mismo modo las distintas causales señaladas por la Presidenta de la República?

Considerando las muchas dudas y pocas certezas existentes al respecto, y lo álgido del debate en sí, no sorprende que con posterioridad al anuncio presidencial antes referido se haya desarrollado una amplia discusión pública. Es de esperar que este debate se incremente durante los próximos meses, pues si bien el gobierno anunció que no presentará un nuevo proyecto de ley, sí prometió su apoyo (y eventual modificación mediante indicaciones) a una o varias de las mociones parlamentarias sobre aborto que actualmente se encuentran en tramitación y que, como veremos, resultan convergentes con lo señalado en el mensaje presidencial del 21 de mayo.

Cabe tener presente, además, que las señales enviadas por la población en relación con estas materias son contradictorias. En efecto, los últimos resultados de la Encuesta del Centro de Estudios Públicos (agosto 2014) muestran que solo 2 de cada 10 chilenos apoyan el aborto libre (“una opción para las mujeres en cualquier caso”). Se trata de números coincidentes con la Encuesta Nacional Bicentenario Adimark-UC 2013, que refleja más de un 90% de rechazo al aborto puro y simple. Al mismo tiempo, ambas encuestas muestran que cerca de la mitad de la población aceptaría el aborto en determinados casos (55% y 59%, respectivamente).

En este contexto, el presente trabajo busca analizar someramente las diversas aristas en discusión, con vistas a ofrecer ciertas luces que permitan alcanzar una visión de conjunto respecto de esta problemática. En particular, se revisarán:

2. los términos del debate y el marco en que éste debiera desarrollarse;
3. los supuestos de aborto contemplados en el anuncio de Michelle Bachelet y en los proyectos de ley sobre la materia;
 - 3.1 el concepto de aborto terapéutico;
 - 3.2 las implicancias del aborto por violación
 - 3.3 y por inviabilidad fetal, y
4. otros argumentos que suelen estar presentes en esta disputa, tales como:
 - 4.1 el número de abortos clandestinos,
 - 4.2 la persecución penal de mujeres enfrentadas a situaciones límite, y
 - 4.3 las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos.

2. Un marco de referencia adecuado

Antes señalamos que el anuncio de Michelle Bachelet parecía descartar el aborto libre. Si bien son muchos los aspectos que deben ser aclarados en este debate, contar con esa certeza inicial no es poco: de hecho, es un buen punto de partida. En efecto, a partir de esa premisa es posible juzgar la pertinencia de ciertos argumentos, a la vez que excluir otros: es muy distinto abogar por

- i) un pretendido derecho-libertad de la mujer en virtud del cual, independiente de las circunstancias, ella estaría legitimada para realizar acciones orientadas directamente a poner término a la vida del niño que está por nacer; que
- ii) afirmar que en determinadas ocasiones sería necesario terminar con la vida del *nasciturus* porque esa sería la única manera de sanar una enfermedad de la madre, o al menos de evitarle una situación extremadamente grave, no obstante considerar el aborto puro y simple como un mal (para el niño, para la madre o para ambos)².

Si nuestra perspectiva de análisis es la primera, el supuesto es claro: la vida del niño o niña que se encuentra en el vientre materno no tiene igual valor (si acaso lo tiene) que la vida de la mujer que soporta la gestación. Argumentos del tipo “la mujer es dueña de su cuerpo”, “ella es libre de decidir si continúa adelante o no con su embarazo” y otros similares son esperables desde esta óptica, precisamente porque se cree que aquello que se encuentra dentro de la mujer no es susceptible de ser considerado un sujeto titular de derechos, al menos no en el mismo nivel que la mujer. Luego, la discusión versará principalmente sobre el valor y dignidad del *nasciturus*: quienes se oponen al aborto puro y simple se esforzarán por mostrar que aquél es un ser humano inocente, y que por tanto no es lícito terminar directamente con su vida.

En cambio, el asunto es muy diferente si nuestra aproximación al problema está dada por la segunda perspectiva previamente esbozada. Si nuestro punto de partida no es considerar al aborto como algo bueno, ni tampoco como un derecho exigible por la mujer en toda circunstancia, lo fundamental será el análisis de aquellos supuestos en los que sería legítimo terminar con la vida del niño no nacido. El debate consistirá, precisamente,

² Véase más en INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD et al., *Aborto “terapéutico”*. 8 claves para el debate, pp. 5 ss.

en analizar si existen razones suficientes (y cuáles serían estas) para avalar una conducta que, en términos generales, consideramos indeseable. El centro de la discusión no será sobre la naturaleza del embrión o feto, porque asumimos que se trata de un ser humano. Si no fuera así, ¿qué explicaría que la mujer no goce del derecho a terminar con su embarazo cuando y como estime pertinente? Si se trata de un asunto difícil, es porque están en juego dos vidas humanas, no sólo una.

La principal consecuencia de abordar el problema de esta forma puede resumirse, en palabras de la propia Michelle Bachelet, en que al momento de analizar las distintas dimensiones de este debate debemos *pensar en la realidad de todos*³. En efecto, al discutir sobre aborto debemos pensar en la dignidad de todos los sujetos involucrados, que por lo pronto son dos: la mujer y madre enfrentada a una situación en extremo difícil, y el niño o niña que está por nacer. En todo caso, también cabe agregar al padre –sus responsabilidades e intereses suelen ser olvidados en esta polémica–, a los facultativos médicos, y en general a todos aquellos que se relacionan de una u otra forma con la gestación de una nueva vida.

En rigor, cualquier otro criterio implicaría o bien una discriminación injusta, o bien cambiar el marco de la discusión y asumir una postura en favor del aborto libre. Considerando que este último no es el objeto de nuestra disputa, debemos tener presente cuáles son los puntos de referencia adecuados para enfrentar el debate que ha propuesto la Presidenta de la República. Una solución justa, definitivamente, debe considerar la integridad de todos a quienes afecta una eventual legislación en materia de aborto.

3. Los supuestos en discusión

Michelle Bachelet señaló tres supuestos de aborto en los que, desde su punto de vista, sería necesario legislar: riesgo de vida de la madre, violación e inviabilidad del feto. Se trata, en términos generales, de las mismas circunstancias que recogen las mociones parlamentarias que actualmente se están tramitando en el Congreso, y que buscan regular la interrupción voluntaria del embarazo⁴.

³ *La Tercera*, 22 de mayo de 2014. Disponible en www.latercera.com/noticia/nacional/2014/05/680-579297-9-bachelet-pide-pensar-en-la-realidad-de-todos-en-debate-sobre-despenalizacion-del.shtml Consultada el 19 de agosto de 2014.

⁴ Además de los proyectos de ley señalados a continuación, también deben tenerse presente otras dos iniciativas ingresadas este año (*Boletín* N° 9.418-11 y *Boletín* N° 9.480-

Así, por ejemplo, el proyecto de ley que “modifica el artículo 119 del Código Sanitario para permitir la interrupción médica del embarazo en caso de riesgo de la madre”⁵, persigue posibilitar la interrupción del embarazo “sólo con fines terapéuticos”, en la medida que dos médicos cirujanos presten su opinión favorable al respecto. Esta moción es muy similar al proyecto que “permite interrupción del embarazo ante riesgo demostrado para la vida de la madre”⁶. Esta iniciativa busca reemplazar el artículo 119 del Código Sanitario, proponiendo la siguiente redacción:

“No se considerará aborto la acción destinada a salvar la vida de la madre, cuando existiere un riesgo demostrado para la misma, si a consecuencia de ello se produjere la interrupción del embarazo. Para proceder de esa forma se requerirá de un informe de dos especialistas registrado en la ficha clínica de la paciente”.

Por su parte, el “Proyecto de ley que establece la licitud de los procedimientos de interrupción del embarazo en casos determinados”⁷, busca agregar un segundo inciso al artículo 119 del Código Sanitario, que autorice el aborto cuando este se comprenda como indispensable para salvar la vida de la mujer o para evitar un daño irremediable a su salud física o mental; cuando el embrión o feto presente patologías congénitas incompatibles con la vida extrauterina; y cuando el embarazo sea producto de violación, abuso sexual con eficacia reproductiva o cualquier técnica de reproducción asistida no consentida por la mujer embarazada (todo lo cual, en el caso de este tercer conjunto de causales, podría requerirse únicamente hasta la duodécima semana de gestación).

Algo análogo sucede con el “Proyecto de ley sobre interrupción legal del embarazo por razones terapéuticas”⁸, que contempla las siguientes causales: peligro para la vida de la mujer embarazada o amenaza de afectación grave a su salud corporal, que no pueda evitarse de otro modo exigible

11). La primera de ellas presenta características similares a los proyectos aquí descritos, y la segunda busca modificar la tipificación del delito de aborto en general, avanzando hacia su despenalización.

⁵ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 6.420-11, presentado el 19 de marzo de 2009, por los diputados De Urresti, Escobar, Espinoza, Farías, Jiménez, Monsalve, Núñez, Quintana, Rossi y Sule.

⁶ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 7.965-11, ingresado el 4 de octubre de 2011, por los senadores Pizarro, Ruiz-Esquiue, Walker y Zaldívar.

⁷ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 8.862-11, presentado el 2 de abril de 2013, por los senadores Allende, Gómez, Lagos Weber y Rossi.

⁸ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 8.925-11, presentado el 7 de mayo de 2013, por los diputados Ascencio, Castro, Cornejo, Gutiérrez, Muñoz, Núñez, Pacheco, Robles, Saa y Silber.

a la mujer; patología grave del embrión o feto que resulte incompatible con su supervivencia después del nacimiento (hasta la vigésimo segunda semana de gestación); y razones fundadas que permitan presumir que la mujer ha sido objeto de violación u otro abuso sexual (hasta la duodécima semana de gestación).

Una regulación semejante propone el “Proyecto de ley que modifica el Código Sanitario para autorizar el aborto en los casos que indica y el Código Penal para su despenalización en las mismas hipótesis”⁹. Esta iniciativa contempla los siguientes supuestos: riesgo de vida de la madre, en la medida que no existan otros medios para evitar dicho riesgo; graves taras o malformaciones físicas o psíquicas del feto, ya sean presentes o previsibles clínicamente; y embarazo fruto de un hecho constitutivo del delito de violación (sólo dentro de las primeras 12 semanas de gestación en el caso de esta última causal).

Más allá de las diferencias existentes entre estos diversos proyectos de ley, es claro que los supuestos que ellos contemplan son convergentes con aquellos que, a juicio del gobierno, ameritan legislar en favor de la interrupción voluntaria del embarazo. Esto, además de ratificar el marco en el que debiera darse el debate –ningún dirigente político dice estar abogando por el aborto puro y simple–, da cuenta de la necesidad de analizar debidamente las causales, supuestos o circunstancias que harían necesario un cambio a la legislación vigente.

3.1. ¿QUÉ ES EL ABORTO TERAPÉUTICO?

Sin duda las hipótesis de aborto respecto de las que se busca legislar aluden a casos dramáticos, y tanto la sociedad civil como el Estado deben ofrecer alternativas e instancias de apoyo eficaces y, en la mayor medida posible, al alcance de todos los ciudadanos: la llamada cultura de la vida, para ser tal, debe traducirse en propuestas y proyectos concretos. La ausencia de ciertas medidas urgentes y necesarias, sin embargo, no conlleva una validación *a priori* de las circunstancias que en opinión de Michelle Bachelet y varios parlamentarios legitimarían la interrupción voluntaria del embarazo. Dado que en el marco de discusión propuesto por la propia Presidenta el aborto no es considerado ni un bien ni un derecho, dichas circunstancias deben ser analizadas rigurosamente: es el único modo, insistimos, de determinar si existen razones suficientes para legitimar una conducta que en principio consideramos indeseable.

⁹ CONGRESO NACIONAL, *Boletín* N° 9.021-11, presentado el 9 de julio de 2013, por el senador Girardi.

Un análisis tal debe comenzar por distinguir los tres casos de aborto sometidos a debate, porque únicamente el supuesto de riesgo para la vida o salud de la madre corresponde a aquello que podríamos considerar, en sentido estricto, un aborto terapéutico. Como explicaremos en los apartados siguientes, ni el aborto por violación ni el aborto por inviolabilidad fetal –pese al innegable drama que envuelven– pueden representar verdaderos ejemplos de este primer tipo de aborto: en ellos, siendo rigurosos, no se busca sanar una enfermedad. Lo propio del aborto terapéutico, en cambio, es curar una enfermedad de la madre.

Con todo, debemos notar la diferencia que existe entre aquellas acciones dirigidas a causar la muerte del niño que está por nacer, con vistas a curar una enfermedad de la madre, y aquellos tratamientos –lícitos e indiscutidos– que, buscando sanar a la mujer, pueden llegar a dañar al niño que está en el vientre materno. La diferencia consiste en que mediante los segundos no se busca ni como fin ni como medio poner término a la vida del embrión o feto: el fin próximo u objeto del acto está dado por la terapia respectiva, orientada directamente a sanar una enfermedad. Así, incluso si el niño que está por nacer llega a morir, en este caso no estamos en presencia de un aborto, sino que ante la consecuencia dramática y no deseada de un tratamiento médico, ya sea salpingectomía, quimioterapia u otro.

Aquí, vale decir, estamos en presencia de la aplicación de un principio o criterio de razonamiento práctico de alcance más general, conocido como voluntario indirecto o doble efecto. Este principio ayuda a juzgar la licitud de una acción que puede producir dos o más efectos, de los que al menos uno es considerado moralmente malo. En virtud de este criterio, una acción como la descrita será lícita siempre y cuando:

- i) el efecto malo no se intente ni como fin ni como medio y
- ii) exista una razón suficiente o proporcionada que permita aceptar el eventual efecto malo.

Así, una acción que en abstracto sería considerada ilícita por provocar el efecto malo, deja de serlo en la situación específica, en la que resulta imprescindible ejecutar el acto en cuestión¹⁰.

Luego, en aquellos casos en que la vida de la madre corre peligro, se pueden practicar sin problema aquellas terapias que buscan sanarla, y que solo aceptan la muerte del niño como efecto no deseado y colateral. El llamado *aborto terapéutico* es diferente, porque sin perjuicio de la intención ulterior (el bienestar de la mujer), el objeto o fin próximo de la acción es

¹⁰ Véase más en Alejandro MIRANDA MONTECINOS, “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, pp. 490 y ss.

terminar con la vida del *nasciturus*: la terapia, de hecho, consistiría en la muerte del niño. Por lo mismo, si luego de intentar este tipo de aborto el embrión o feto no muere, los implicados en el procedimiento muy probablemente lo considerarán un fracaso. De lo que se trataría justamente es de terminar con la vida del niño no nacido: éste sería el medio para sanar a la madre¹¹.

Llegados a este punto, surgen dos preguntas. La primera es si un acto de este tipo difiere sustancialmente del aborto puro y simple, porque todo indica que desde el momento que aceptamos disponer directamente de la vida del niño, estamos ante una misma especie o clase de acción. La segunda pregunta es cuáles serían los casos en que se requeriría llevar adelante este tipo de procedimientos. Desde la óptica de la salud de la madre, no se ven motivos para intentar una acción como esta, porque, dado lo anteriormente explicado, nuestra práctica médica permite y de hecho realiza sin problemas aquellas terapias que, buscando sanar a la madre, pueden producir como efecto secundario, no buscado ni deseado, la muerte del embrión o feto¹². Por lo mismo, este tipo de terapias no recibe ni podría recibir sanción alguna bajo nuestra legislación¹³.

Diferenciar estos supuestos es muy importante, porque si de verdad deseamos pensar en la dignidad de todos los involucrados, no da lo mismo aceptar o no el llamado aborto terapéutico. Y si lo que interesa es la posibilidad de aplicar a la madre aquellos tratamientos orientados directamente a sanarla, no se observan motivos que justifiquen los cambios legislativos propuestos.

3.2. ABORTO POR VIOLACIÓN

Atrás adelantamos que, independiente de las críticas recién vertidas a la idea de aborto terapéutico, solo la primera de las hipótesis en discusión cabría en tal concepto. Pero esto de ningún modo debe entenderse como una negación del dolor que viven las mujeres o niñas que han sido violadas o abusadas sexualmente. Tal como dijimos antes, en estas situaciones dramáticas se requiere un fuerte apoyo de la sociedad civil y del Estado:

¹¹ INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD, *op. cit.*, p. 5.

¹² La lectura del “Código de Ética” (2011) del Colegio Médico confirma esta realidad. Su artículo 8 señala como deber general del médico “el respeto de la vida humana desde su inicio y hasta su término” como “fundamento básico del ejercicio profesional médico”, agregando que “toda intervención médica realizada durante los nueve meses de gestación, deberá velar siempre por el mejor interés de la madre y del hijo”. Acto seguido, el artículo 9 de la misma normativa señala: “El médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna”.

¹³ Véase más en Magdalena OSSANDÓN WIDOW, “Aborto y Justificación”, pp. 333 ss.

para proteger la vida humana no basta ni de cerca con la mera preocupación. Pero este apoyo, para ser tal, debe ser justo, porque no se puede hacer el bien utilizando medios ilícitos, ni menos atentando contra un ser humano inocente.

En este sentido, necesitamos preguntarnos qué implica aceptar una acción orientada deliberada y directamente a terminar con la vida del niño que está en el vientre materno, independiente cómo él haya sido concebido. Sin perjuicio del dolor y de las dificultades que subyacen a los embarazos producidos como consecuencia de un abuso, todo indica que en esta hipótesis el dilema presentado es más amplio y más radical que la preocupación por la salud o vida de la madre. Siendo rigurosos, esto más bien equivale a aceptar el aborto puro y simple, aunque sea sólo en este supuesto. Quizá alguien podría afirmar que la terapia tiene lugar de modo indirecto, dadas las evidentes dificultades psicológicas que enfrenta una mujer o niña violentada, pero lo cierto es que al no estar en riesgo la vida o salud de la madre –si lo estuviera, el razonamiento y el camino a seguir serían los del acápite anterior–, lo que se reclama aquí es más bien un “derecho a abortar”, aunque sea únicamente en estas circunstancias.

La primera conclusión que podemos obtener, entonces, es que este supuesto de aborto nos saca del marco de discusión en que supuestamente estamos inmersos. El foco del debate pasa a ser otro: quien está en el vientre materno ¿merece ser tratado como uno de nosotros o podemos disponer de él como un medio? Las preguntas versan sobre quiénes somos nosotros para disponer de otro miembro más pequeño de nuestra misma especie, y si acaso este puede ser tratado como una cosa solo por el origen de su concepción, por estar en el cuerpo de otro y/o por no estar completamente desarrollado. La interrogante fundamental en este contexto es si podemos hacer lo que queramos con él, como si fuera un mero objeto, por el hecho de haber sido concebido en el contexto de una agresión. Pero todo esto, como se ve, tiene poco que ver con un aborto terapéutico.

No está de más reiterar que nadie puede negar el drama de un embarazo en extremo difícil, ni tampoco la necesidad de apoyarlo. Pero si no partimos de la base del aborto puro y simple ni de la lógica que se esconde detrás de este, entonces no se entiende cuál sería la razón que justifica el aborto por violación. Ante crímenes tan atroces lo mínimo que podemos hacer, ciertamente, es buscar medidas que alivien la situación de quienes han sufrido tal nivel de violencia y vejación. Pero para hacer justicia no bastan las buenas intenciones, y por lo mismo debemos ser muy cuidadosos. En especial porque aquí no se trata solo de la vida del niño que está por nacer: si bien no son pocos quienes han presentado al aborto como una solución que mejora la situación de las mujeres, eso al

menos resulta altamente discutible, tal como puede advertir cualquier visión elaborada de los intereses en juego.

En efecto, en el caso del aborto por violación, la legislación permisiva ha sido cada vez más cuestionada desde la mirada médica. Como ha explicado reiteradamente el doctor Elard Koch¹⁴, no existen estudios que demuestren reales beneficios del aborto sobre la salud de la mujer, al punto que en el caso del aborto por violación dicha evidencia existe, pero en sentido contrario. Pensemos, por ejemplo, en hipótesis de violación reiterada (donde existe un alto riesgo de embarazo), como podrían ser abusos sexuales de niñas adolescentes al interior del grupo familiar. En estos casos muchas veces permanece oculto el aborto inducido por coerción, es decir, aquel en que la mujer, muchas veces menor de edad, es presionada u obligada a abortar. Se trata de un típico ejemplo en que una ley más permisiva puede contribuir a dejar impune al violador y condenar a la indefensión a la mujer o niña abusada, tal como dan cuenta un estudio en Canadá¹⁵ y una investigación de la OMS¹⁶.

Así, el aborto también puede tener consecuencias dañinas para la madre: si es que acaso resuelve un problema de salud mental –nadie ha explicado muy bien cómo–, lo hace reemplazándolo por otro que bien podría ser mucho peor. Por lo mismo, no se visualizan argumentos que respalden la idea de que el aborto representa un medio eficaz para ayudar a las mujeres en el caso de violación u otro tipo de abusos sexuales. Si a esto añadimos además las dificultades jurídicas del asunto –cómo probar la existencia de la agresión, considerando que acreditar judicialmente una violación toma varios meses–, se hace necesario buscar otro tipo de soluciones, no sólo por el bien de los niños, sino también por el de las madres.

3.3. ABORTO POR INVIALIBILIDAD FETAL

En los párrafos anteriores dijimos que es innegable el drama que viven las mujeres embarazadas luego de una violación. Algo análogo sucede con las mujeres y demás personas implicadas en embarazos complejos, en que el embrión o feto padece una enfermedad grave: nadie razonable podría afirmar que se trata de situaciones sencillas. Pero precisamente

¹⁴ Elard S. KOCH, “Aborto en casos de violación: perpetuando un ciclo de violencia”, *passim*.

¹⁵ William A. FISHER *et al.*, “Characteristics of women undergoing repeat induced abortion”, *passim*.

¹⁶ Christina C. PALLITTO *et al.*, “Intimate partner violence, abortion, and unintended pregnancy: Results from the WHO Multi-country Study on Women’s Health and Domestic Violence”, *passim*.

por lo mismo debemos buscar alternativas auténticamente humanas, que respeten la dignidad de todos los pacientes implicados.

Debemos advertir que aquí no existe ninguna exageración al hablar de *todos los pacientes implicados*: los avances de la Medicina fetal constatan la comunicación existente entre el embrión y su madre a partir de la secreción de exosomas (vesículas que incorporan proteínas y micro RNA, que regulan la expresión de los genes y la función de otras células). De hecho, a partir del desciframiento del código genético personalizado, será cada vez más viable tratar al embrión o feto como un paciente propiamente tal, lo que permitirá a su vez realizar cada vez más intervenciones médicas con vistas a curar alteraciones genéticas, garantizando un mejor embarazo tanto para la madre como para el niño que está en el vientre materno¹⁷.

En este contexto, resulta imprescindible llamar la atención sobre la inconveniencia del lenguaje utilizado: ¿qué es un ser humano inviable? Un negocio o un proyecto pueden ser inviables, pero no un ser humano, y menos cuando estamos en presencia de uno tan débil e indefenso como un niño que está por nacer y que padece alguna malformación o enfermedad¹⁸. En rigor, no es posible jerarquizar las vidas humanas, y en particular el Estado no tiene ninguna legitimidad para realizar un juicio de ese tipo: la vida de un niño enfermo es igualmente digna que la vida de cualquier otra persona. La vida humana no tiene valor cuantificable ni precio, y por tanto el Estado debe proteger a todos los involucrados, así como también utilizar todos los medios lícitos para apoyar a la madre.

Un caso particularmente trágico y polémico dice relación con los niños anencefálicos. Se trata de fetos que no terminan el desarrollo de su cerebro, y que por tanto solo cuentan con una parte de este órgano. Por ello, estos niños, en el mejor de los casos, podrán sobrevivir un tiempo breve después del parto. Lo anterior ha llevado a que ciertos actores planteen un paralelo entre esta situación y la “muerte cerebral”. Pero como ha explicado Hernán Corral, la analogía es errónea: por una parte, aquí no existe la destrucción de un órgano que previamente funcionaba, sino que la frustración de su desarrollo; y por otro lado, los niños anencefálicos no presentan una inexistencia total de funciones troncoencefálicas, ya que mantienen ciertos reflejos vegetativos (como la circulación sanguínea, y también la respiración e incluso la succión si es que llegan a nacer)¹⁹.

Detrás de esta confusión parecieran existir dos equívocos. El primero es suponer que la “muerte cerebral” es una especie particular de muerte,

¹⁷ Sebastián ILLANES LÓPEZ, “El embrión como paciente: desafíos del siglo XXI”, *passim*.

¹⁸ INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ Véase más en Hernán CORRAL TALCIANI, “Anencefalia”, *passim*.

y no lo que verdaderamente es: una forma distinta (a la finalización de la actividad cardio-respiratoria) de diagnosticar la única muerte que sufre el ser humano. El segundo error puede formularse del modo siguiente: si el niño anencefálico está realmente muerto, ¿qué justifica incluir este tipo de supuestos en una ley de aborto? Es importante tomar conciencia de esta paradoja: al señalar que se requiere legislar en materia de aborto para el caso de los niños anencefálicos, lo que en realidad se está haciendo es reconocer que estos niños están vivos.

Ante embarazos dolorosos y difíciles como estos, lo que se requiere es avanzar hacia alternativas auténticamente humanas, que miren a todos los pacientes en cuestión. En este sentido, la experiencia en cuidados paliativos perinatales ante malformaciones congénitas letales, liderada en Chile por el Dr. Jorge Neira, es un ejemplo de humanidad, del que tenemos mucho que aprender²⁰. En cambio, si la propuesta de enfrentar estas hipótesis parte de la base que el niño que está en el vientre materno no es titular de derechos o que no merece el mismo respeto que un ser humano ya nacido, el debate, nuevamente, versa sobre el aborto en general: si el niño que está por nacer no es un ser humano cuya vida merezca respeto, no tiene sentido prohibir el aborto en circunstancia alguna.

4. Otros argumentos

Llegados a este punto, podemos afirmar que el análisis de las hipótesis o supuestos en los que sería necesario legislar en materia de aborto resultan más que discutibles. Si algo podemos concluir a partir del análisis anterior es la inconsistencia de la propuesta esbozada por Michelle Bachelet y apoyada por diversas mociones parlamentarias. Por una parte, en aquellas circunstancias en que la vida de la madre corre peligro, tanto nuestro ordenamiento jurídico como la *lex artis* médica acepta sin lugar a dudas la aplicación de tratamientos que, buscando curar a la mujer embarazada, pueden llegar a dañar al niño aún no nacido. Por otro lado, si legisláramos el aborto por violación o por inviolabilidad fetal, en verdad estaríamos aceptando un “derecho a abortar”, aunque sea únicamente en esos casos. Esto implica no sólo un nuevo marco del debate, sino una abierta contradicción con el rechazo del aborto libre o puro y simple.

Sin embargo, existen otros argumentos que, a juicio de algunas voces, harían necesario avanzar en estos asuntos.

²⁰ Véase más en PROGRAMA ‘ACOMPañAR ES’, “Cuidados Paliativos Perinatales UC-Christus. Primer informe de 18 meses de desarrollo”, *passim*.

4.1. ABORTOS CLANDESTINOS

En su discurso al Congreso Pleno, este fue el primer argumento invocado por la Presidenta Bachelet. Una idea similar ha sido planteada por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales: en Chile se llevarían a cabo cientos de miles de abortos clandestinos, y por tanto el Estado tendría la obligación de hacerse cargo de esta realidad²¹. Sin embargo, todo indica que esto, al menos en los términos en que ha sido planteado, es un mito sin mayor fundamento.

En efecto, lo propio de los abortos clandestinos es precisamente su clandestinidad: no existe certeza de cuántos abortos de este tipo se practican en el país. Con todo, las estimaciones más serias que existen al respecto, realizadas sobre la base del número de ingresos hospitalarios por complicaciones producidas por abortos, calculan alrededor de 5.000 abortos al año²². Por lo demás, las muertes por este concepto en Chile disminuyeron 99% en 50 años y, dicho sea de paso, continuaron bajando luego de la prohibición del aborto terapéutico (en 1989). En rigor, hoy en día Chile es uno de los países con mejores tasas de mortalidad materna en el continente –11,9 por 100.000 nacidos vivos–, superando incluso a Estados Unidos, y ubicándose sólo tras Canadá²³.

En consecuencia, los cientos de miles de abortos que supuestamente se practicarían en Chile en realidad no encuentran respaldo en la evidencia científica.

4.2. CASOS DRAMÁTICOS

LA NECESIDAD DE DESPENALIZAR

Por el tenor del debate que se ha dado hasta el momento en materia de aborto, no parecen ser pocos quienes, reconociendo la ilicitud de la conducta abortiva, cuestionan la razonabilidad de que el aparato estatal persiga y sancione a una madre enfrentada a situaciones límite, o que ha abortado después de haber sido brutalmente violentada. ¿No hay consideraciones humanitarias que obliguen a repensar el asunto? El punto parece más que pertinente, y podría llevar a creer que se requiere legislar al respecto, con vistas a posibilitar una auténtica despenalización del aborto. De lo que se trataría aquí es de lo siguiente: en ciertos casos calificados *ex ante*, el

²¹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013*, pp. 69 ss.

²² Elard S. KOCH *et al.*, “Women’s Education Level, Maternal Health Facilities, Abortion Legislation and Maternal Deaths: A Natural Experiment in Chile from 1957 to 2007”, *passim*.

²³ Elard S. KOCH, “Chile, Irlanda y el aborto”, *passim*.

Estado debería renunciar a perseguir penalmente una conducta delictual que, en términos generales, sigue siendo ilícita.

Sin embargo, es importante advertir que la prohibición general del aborto no implica que toda conducta abortiva será, necesariamente y en cualquier circunstancia, conducente a una pena de cárcel para la mujer. En efecto, para que esta sea sancionada penalmente por aborto en un determinado caso concreto no solo se requiere que la conducta en que ella incurre esté tipificada como delito (tipicidad), ni tampoco basta que dicha conducta contravenga la ley dañando algún bien jurídico socialmente relevante (antijuridicidad). Al igual que cualquier otro hecho que pueda llegar a constituir un delito, también se requiere acreditar la culpabilidad del agente, en este caso de la mujer enfrentada a situaciones dramáticas. El aborto no es la excepción.

Así, una mujer que ha abortado podría, dependiendo de las circunstancias, ser exculpada en razón de alguna causal eximente de responsabilidad penal. Por ejemplo, fuerza irresistible o miedo insuperable del artículo 10 N° 9 del Código Penal²⁴. El punto es que determinar todo esto resulta imposible en abstracto: la culpabilidad se verá caso a caso, a la luz de todos los antecedentes de hecho que configuren la situación concreta y específica. Si se estableciera, en cambio, una causal de justificación que legitime *a priori* el aborto, aunque sea solo en ciertos supuestos, se estarían avalando *ex ante* acciones orientadas directamente a terminar con la vida del niño no nacido. Con ello quedarían indemnes no solo la mujer, sino que también el médico y cualquier otro tercero que colabore con el aborto (lo que, dicho sea de paso, nos acerca al aborto puro y simple).

Por lo demás, las cifras de Gendarmería y del Ministerio Público confirman que aquí no existe un problema. Entre los años 2010 y 2013 hubo 80 sentencias condenatorias por delito de aborto consentido, 10 por delito de aborto no consentido y 2 por aborto cometido por un facultativo médico. En este contexto, 28 personas recibieron condena efectiva, de las que sólo 4 son mujeres y, de ellas, únicamente dos se encontraban en edad fértil. Es decir, solo 2 mujeres (de un total de 80, considerando que las cifras relevantes a estos efectos son las de aborto consentido) podrían eventualmente encontrarse en alguno de los supuestos que harían necesaria la despenalización del aborto. Y esto, es importante insistir, es solo eventual, porque no consta que esas dos mujeres no hayan estado en los equipos médicos involucrados, ni tampoco cuáles fueron los motivos que las habrían llevado a abortar²⁵.

²⁴ Véase más en Magdalena OSSANDÓN WIDOW, *op. cit.*, pp. 360 ss.

²⁵ Jorge FABREGA LACOA, "Penalización del aborto en Chile: las cifras", *passim*.

En consecuencia, si nuestra inquietud consiste en el drama de la mujer que enfrenta situaciones límite, y no en legitimar el aborto libre, no se vislumbran argumentos en favor de la llamada despenalización del aborto.

4.3 OBLIGACIONES INTERNACIONALES Y DERECHOS HUMANOS

Los partidarios de avanzar en ciertos supuestos de aborto suelen afirmar que Chile, al prohibir toda forma de aborto, estaría incumpliendo sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos²⁶. Sin embargo, no existen tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes que reconozcan o establezcan algo así como un “derecho al aborto”. De hecho, no existe ningún tratado semejante en todo el sistema interamericano de derechos humanos, ni tampoco en la órbita de competencia de Naciones Unidas. En todo el mundo, en rigor, solo existe un tratado regional que menciona el aborto, en el ámbito del sistema africano (art. 14.2.c. del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, conocido como Protocolo de Maputo).

Lo anterior es muy relevante desde la perspectiva jurídica, porque existe una distinción entre los tratados internacionales y la costumbre, que constituyen las fuentes formales del derecho internacional (art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), y las recomendaciones, interpretaciones u observaciones de los diversos organismos internacionales que son citados con frecuencia en estas materias. Estas últimas pueden constituir una fuente de *soft law*, pero carecen de fuerza vinculante. Por lo mismo, no sorprende que tanto en las declaraciones de El Cairo (1994) como de Beijing (1995) –instancias comúnmente citadas por quienes abogan por un derecho al aborto– se haya reconocido que las decisiones sobre aborto se adoptarían siempre a nivel local (que, dicho sea de paso, es lo propio de todo debate político).

No podría ser de otra forma, considerando que la Carta de Naciones Unidas señala expresamente que no resulta lícito intervenir en asuntos que pertenecen esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados (art. 2.7). Lo interesante es que, en virtud de esta misma jurisdicción, en Chile sí se encuentran vigentes una serie de tratados internacionales que reconocen el derecho humano básico a la vida de todo ser humano: entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) y la Convención de los Derechos del Niño.

²⁶ Por ejemplo, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *op. cit.*

En consecuencia, no existen argumentos que permitan fundar jurídicamente la existencia de un derecho al aborto o algo semejante²⁷.

5. Conclusiones

Tanto el anuncio de Michelle Bachelet, en mayo de 2014, como los proyectos de ley que actualmente se están tramitando en el Congreso parecían ser claros: aquí nadie estaría promoviendo el aborto libre, sino que simplemente se trataría de despenalizar ciertos supuestos de aborto en casos muy calificados. Pero si realmente no deseamos avanzar hacia el aborto puro y simple, debemos pensar en la realidad de todos los involucrados que, como hemos visto, son al menos dos: la mujer y madre enfrentada muchas veces a una situación extrema, y el niño o niña que está por nacer. Y si este es el marco de la discusión, debemos analizar con sumo cuidado las causales, supuestos o circunstancias que harían necesario legislar en materia de aborto.

Así, por una parte, desde la perspectiva de la salud de la madre, no se ven motivos para intentar acciones en que se disponga directamente del niño que está en el vientre materno: nuestra práctica médica y nuestro derecho permiten aquellos tratamientos que, queriendo sanar a la madre, eventualmente pueden producir la muerte del niño, como efecto no buscado ni deseado. Por otro lado, nadie podría razonablemente negar el drama de un embarazo difícil, ni tampoco la necesidad de apoyarlo. Pero no se puede hacer el bien atentando contra un ser humano inocente, y eso pone en serio entredicho tanto el aborto por violación como el de niños con malformaciones congénitas letales: más allá de las buenas intenciones y del dolor de los implicados, no existe una diferencia sustancial entre estas hipótesis y la lógica del aborto libre.

Pero eso no es todo: aquí no se trata solo de la vida del niño que está por nacer. Si bien no son pocos quienes han presentado al aborto como una solución que mejoraría la situación de las mujeres, no existe ninguna evidencia al respecto. De hecho, la evidencia se inclina en sentido contrario. El aborto también puede tener consecuencias dañinas para la madre y, por tanto, no se vislumbran argumentos que respalden la idea de que el aborto representa un medio eficaz para ayudar a las mujeres que enfrentan situaciones difíciles. Tanto por el bien de los niños no nacidos como de las mujeres embarazadas debemos buscar otro tipo de soluciones o alternativas auténticamente humanas.

²⁷ Véase más en COMUNIDAD Y JUSTICIA, *Aborto y Derechos Humanos: ¿Qué dice el Derecho Internacional?*, pp. 4 ss.

En este contexto, se han planteado otros argumentos que, para algunos, harían necesario legislar en materia de aborto. Pero como se ha expuesto, dichos argumentos no son tales: los pretendidos abortos clandestinos no son cientos de miles (y de hecho Chile es ejemplo en materia de mortalidad materna); no es verdad ni jurídica ni empíricamente que las mujeres que enfrentan situaciones límites vayan a terminar necesariamente en la cárcel; y no existen obligaciones internacionales en materia de derechos humanos al respecto. En rigor, si existe una obligación en nuestro ordenamiento jurídico, es proteger la vida de cualquier ser humano inocente.

Finalmente, si ante estos argumentos se esgrime que el niño que está en el vientre materno no es titular de derechos o no merece el mismo respeto que un ser humano ya nacido, el debate se transforma en una discusión sobre el aborto puro y simple: si podemos disponer del niño que está por nacer, no tiene sentido prohibir el aborto en circunstancia alguna. Hasta donde sabemos, ningún actor público relevante desea eso en nuestro país, y por lo mismo es de esperar que este tipo de consideraciones sean tenidas en cuenta a la hora de debatir sobre el aborto.

Bibliografía

- BACHELET JERIA, Michelle, “Mensaje Presidencial. 21 de mayo de 2014”, Discurso leído ante el Congreso Pleno. Disponible en http://21demayo.gob.cl/pdf/2014_discurso-21-mayo.pdf. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013. Disponible en www.derechoshumanos.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2013/10/Informe-Anual-2013-completo.pdf. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- COMUNIDAD Y JUSTICIA, *Aborto y Derechos Humanos: ¿Qué dice el Derecho Internacional?*, Santiago, Comunidad y Justicia, 2014. Disponible en <http://comunidadyjusticia.cl/attachments/article/224/Trabajo%20C%20y%20J.pdf>. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “Anencefalia”, artículo publicado en *Derecho y Academia*, 18 de septiembre de 2011. Disponible en <http://corraltalciani.wordpress.com/2011/09/18/anencefalia/>. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- FÁBREGA LACOA, Jorge, “Penalización del aborto en Chile: las cifras”, columna de opinión publicada en *Voces de La Tercera*, 5 de agosto de 2014. Disponible en <http://voces.latercera.com/2014/08/05/jorge-fabrega/penalizacion-del-aborto-en-chile-las-cifras/>. Consultada el 19 de agosto de 2014.

- FISHER., William A., Sukhbir S. SINGH, Paul A. SHUPER, Mark CAREY, Felicia OTCHET, Deborah MACLEAN-BRINE, Diane DAL BELLO, Jennifer GUNTER, "Characteristics of women undergoing repeat induced abortion", en *CMAJ*, vol. 172 N° 5, 2005, pp. 637-641. Disponible en www.cmaj.ca/content/172/5/637.full.pdf+html. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- ILLANES LÓPEZ, Sebastián, "El embrión como paciente: desafíos del siglo XXI", Clase Magistral Inauguración Año Académico 2013 Universidad de los Andes.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA SOCIEDAD, IDEA PAÍS E INSTITUTO RES PUBLICA, *Aborto "terapéutico". 8 claves para el debate*, Santiago, Ediciones Instituto de Estudios de la Sociedad, 2013. Disponible en www.ieschile.cl/wp-content/uploads/2011/07/Informe-aborto-IES.IP_.RP_.pdf. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- KOCH, Elard S., "Chile, Irlanda y el aborto", columna de opinión publicada en *Chile B*, 18 de marzo de 2013. Disponible en www.chileb.cl/perspectiva/chile-irlanda-y-el-aborto/. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- KOCH, Elard S., "Aborto en casos de violación: perpetuando un ciclo de violencia", columna de opinión publicada en *Chile B*, 9 de julio de 2013. Disponible en www.chileb.cl/perspectiva/aborto-en-casos-de-violacion-perpetuando-un-ciclo-de-violencia/
- KOCH, Elard S., John THORP, Miguel BRAVO, Sebastián GATICA, Camila X ROMERO, Hernán AGUILERA, Ivonne AHLERS, "Women's Education Level, Maternal Health Facilities, Abortion Legislation and Maternal Deaths: A Natural Experiment in Chile from 1957 to 2007", en *PLoS ONE*, vol. 7 N° 5, 2012, pp. 1-16. Disponible en www.plosone.org/article/doi/10.1371/journal.pone.0036613&representation=PDF, Consultada el 19 de agosto de 2014.
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, "El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 3, Santiago, 2008, pp. 485-519, Disponible en www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n3/art05.pdf. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- PALLITTO, Christina C., Claudia GARCÍA-MORENO, Henrica A.F.M. JANSEN, Lori HEISE, Mary ELLSBERG, Charlotte WATTS, "Intimate partner violence, abortion, and unintended pregnancy: Results from the WHO Multi-country Study on Women's Health and Domestic Violence", en *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, vol. 120 N° 1, 2013, pp. 3-9. Disponible en [www.ijgo.org/article/S0020-7292\(12\)00398-0/pdf](http://www.ijgo.org/article/S0020-7292(12)00398-0/pdf). Consultada el 19 de agosto de 2014.
- PROGRAMA 'ACOMPANAR ES', "Cuidados Paliativos Perinatales UC- Christus. Primer informe de 18 meses de desarrollo". Disponible en <http://xn--acompaar-es-6db.cl/wp/wp-content/uploads/2014/08/acompa%C3%B1ar-es-1.pdf>. Consultada el 19 de agosto de 2014.
- OSSANDÓN WIDOW, Magdalena, "Aborto y Justificación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 2, Santiago, 2012, pp. 325-369. Disponible en www.scielo.cl/pdf/rchilder/v39n2/art06.pdf. Consultada el 19 de agosto de 2014.

Estudios
sobre el Estado de Derecho

¿JUDICIALIZACIÓN DE LA GUERRA?
NOTAS SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DEL REINO UNIDO EN LA CAUSA
SMITH AND OTHERS V. THE MINISTRY
OF DEFENCE Y SU APLICACIÓN
DE LA HUMAN RIGHTS ACT DE 1998

THE JUDICIALISATION OF WAR?
NOTES ON THE UNITED KINGDOM
SUPREME COURT'S DECISION IN SMITH
AND OTHERS V. THE MINISTRY OF DEFENCE,
AND ITS APPLICATION OF THE HUMAN
RIGHTS ACT 1998

*Arturo Ibáñez León**

Resumen

En el derecho inglés la HRA tiene una significativa importancia tanto por el hecho de su dictación como por su aplicación práctica. En virtud de su dictación, la HRA incorporó al derecho interno inglés un conjunto de derechos consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950. Además, su aplicación práctica ha tenido un impacto fundamental en la estructura y funcionamiento del sistema legal inglés. El objetivo de este trabajo es considerar la relevancia de la HRA desde este segundo punto de vista. Para ello se analiza una de las decisiones más importantes sobre esta materia: la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido pronunciada en la causa *Smith and others v. The Ministry of Defence*.

Palabras claves: Judicialización de la guerra, HRA, Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magister Juris de la Universidad de Oxford. Artículo enviado el 29 de julio y aceptado para su publicación el 1 de septiembre del 2014. Correo electrónico: arturo.ibanezleon@law.ox.ac.uk

Abstract

In English law HRA is significantly important because of both its enactment and its practical application. By its enactment, the HRA gave effect in English domestic law to a number of rights enshrined in the European Convention on Human Rights 1950. Furthermore, its practical application has had a fundamental impact on the structure and working of the English legal system. This article's goal is to consider the latter point of view. To this end, one of the most important decisions on this issue is analysed: the United Kingdom Supreme Court's decision in *Smith and others v. The Ministry of Defence*.

Key words: judicialisation of war, HRA, European Convention on Human Rights.

1. Introducción

Sin lugar a dudas, la Carta Magna de 1215 o la Bill of Rights de 1688 constituyen un hito a destacar en la historia del derecho inglés y de su rol en la protección de los derechos fundamentales. ¿Puede emitirse igual juicio de valor respecto de la HRA? Solo el paso de los años y el juicio de la historia se encargarán de dar una respuesta precisa a esa interrogante. Sin embargo, la literatura jurídica que se ha ocupado del tema coincide en destacar la trascendencia que para el derecho inglés ha supuesto su aprobación y entrada en vigencia, y cómo ella hace sentir sus efectos en las más diversas áreas del derecho¹. Luego, la importancia de la HRA se puede analizar desde un doble punto de vista: considerando lo que significó el hecho de su aprobación y entrada en vigencia; y considerando sus efectos prácticos en la interpretación, aplicación y evolución de las más variadas áreas del derecho.

En primer lugar, el hecho de la aprobación y entrada en vigencia de la HRA es significativo en sí mismo. Después de haber sido aprobada por el Parlamento británico, la HRA recibió el Royal Assent, promulgándose como ley del Reino Unido, el 9 de noviembre de 1998, y entrando en

¹ La literatura jurídica sobre el tema es vasta. Por vía meramente ejemplar cabe mencionar Jack BEATSON, *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom*; Richard CLAYTON y Hugh TOMLINSON, *The Law of Human Rights*; Anthony LESTER, *Human Rights Law and Practice*; David HOFFMAN, *The Impact of the Human Rights Act on Private Law*; Brice DICKSON, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*. Un muy útil texto introductorio al tema es el de David HOFFMAN y John ROWE, *Human Rights in the UK: An introduction to the Human Rights Act 1998*.

vigencia el 2 de octubre de 2000. Desde este punto de vista, la importancia de la HRA radica en que ella incorpora al derecho interno del Reino Unido parte importante de la CEDH², suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950.³ Por medio de la HRA se incorporaron al derecho interno una serie de derechos y libertades garantizados en dicha Convención (“los derechos de la Convención”)⁴. Si bien el Reino Unido desempeñó un importante rol en la gestación de la Convención, siendo uno de los Estados signatarios originales y el primer Estado que la ratificó⁵, hasta la entrada en vigencia de la HRA la CEDH no formaba parte del derecho interno del Reino Unido⁶. En todo caso, en tanto que el Reino Unido era

² El nombre exacto del tratado es “Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”.

³ La CEDH entró en vigencia el 3 de septiembre de 1953, fecha en la que se alcanzó el número de diez ratificaciones requeridas para su entrada en vigencia.

⁴ La HRA no incorpora al derecho interno británico la totalidad de la CEDH. La sección 1 de la HRA establece que las normas de la Convención que se incorporan al derecho interno son los artículos 2 a 12 y 14 de la Convención (derecho a la vida; prohibición de la tortura; prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado; derecho a la libertad y seguridad personal; derecho a un debido proceso; tipicidad e irretroactividad de la ley penal; derecho al respeto de la vida privada y familiar; libertad de pensamiento, conciencia y religión; libertad de expresión; libertad de reunión y libertad de asociación; derecho a contraer matrimonio; y prohibición de discriminación); los artículos 1 a 3 del protocolo 1 de la Convención (derecho de propiedad; derecho a la educación; y derecho a elecciones libres), y el artículo 1 del protocolo 13 de la Convención (abolición de la pena de muerte).

⁵ El Reino Unido ratificó la Convención el 8 de marzo de 1951. Cabe destacar que era opcional para los Estados signatarios suscribir tanto la cláusula en virtud de la cual el Estado respectivo se sujetaba a la jurisdicción de la Corte que la Convención establece, esto es, la Corte Europea de Derechos Humanos, como la cláusula que reconocía el derecho de los individuos nacionales del respectivo Estado para recurrir directamente ante dicha Corte. Ejerciendo el referido derecho de opción, y en gran parte por las razones que se mencionan en la nota siguiente, el Reino Unido no suscribió tales cláusulas. Sin embargo, el 16 de enero de 1966, el Reino Unido finalmente suscribió las mencionadas cláusulas opcionales, por lo que a partir de esa fecha fue posible para un ciudadano británico recurrir directamente ante la Corte Europea de Derechos Humanos reclamando de la infracción por parte del Reino Unido de alguno de los derechos o libertades fundamentales garantizados en la Convención, en la medida de que no dispusiera de un remedio en el derecho interno británico. Al respecto, Alfred William BRIAN SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, pp. 1053 ss.; Anthony LESTER y Tara LYLE, ‘History and Context’, pp. 8 ss.

⁶ En la estructura constitucional del Reino Unido los tratados internacionales no constituyen una fuente de derecho directa, sino que más bien una fuente de derecho indirecta en la medida que sean incorporados al derecho interno en virtud de una ley aprobada por el Parlamento. Al respecto, Richard CLAYTON y Hugh TOMLINSON, *The Law of Human Rights*, pp. 73-76; Evelyn ELLIS, ‘Constitutional Fundamentals: B. Sources of Law and the Hierarchy of Norms’, pp. 63-64; David HOFFMAN y John ROWE, *Human Rights in the UK*:

un Estado parte de la Convención, estaba obligado a respetar los derechos y libertades garantizados en ella. Pero esta era una obligación de derecho internacional asumida por el Reino Unido, mas no una obligación de derecho interno que habilitara a los ciudadanos británicos para reclamar de su cumplimiento ante los tribunales nacionales⁷. De esta manera, antes de la entrada en vigencia de la HRA, el ciudadano británico que consideraba que alguno de sus derechos o libertades fundamentales garantizados en la Convención había sido infringido por parte del Estado británico debía entablar una acción directamente ante la CtEDH⁸, puesto que no podía alegar de la infracción ante los tribunales nacionales: en tanto que la Convención no era parte del derecho interno del Reino Unido, no podía

An introduction to the Human Rights Act 1998, p. 33. El hecho de que transcurrieran casi cincuenta años entre la fecha de la suscripción de la Convención por parte del Reino Unido y la de su incorporación al derecho interno británico tiene su explicación en un conjunto de consideraciones históricas, jurídicas y políticas, cuyo análisis excede el marco de este trabajo, por lo que a continuación se exponen en términos muy generales las razones que explicarían dicha circunstancia. Primeramente, existía el convencimiento de que el derecho del Reino Unido ofrecía un adecuado estándar de protección de los derechos fundamentales. En segundo lugar, en tanto que el Reino Unido fue un activo promotor en la génesis de la Convención, cumpliendo un rol fundamental en la redacción de su texto, se estimaba que, en definitiva, la Convención reflejaba en gran medida los principios y estándares del derecho inglés en materia de protección de los derechos humanos. En tercer lugar, y vinculado a lo recién dicho, el Reino Unido, en los años que siguieron al término de la Segunda Guerra Mundial, no concebía la protección internacional de los derechos humanos como un asunto de necesidad doméstica, sino como una herramienta de política internacional. Finalmente, y en cuarto lugar, en algunos sectores del Gobierno Británico (en particular la British Colonial Office, encargada de la administración de los dominios que constituían el Imperio Británico) existía cierta reticencia hacia la posibilidad de injerencias externas en el gobierno de las colonias, posibilidad que se estimaba plausible a partir de la existencia de un tratado internacional de derechos humanos. Con respecto a estas consideraciones y a la protección de los derechos humanos en el Reino Unido antes de la HRA, con especial énfasis en la evolución que tuvo lugar a partir de la Segunda Guerra Mundial, es especialmente relevante Alfred William, SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the...*, Véase también Christopher David HOFFMAN, *Individual Rights and the Law in Britain*, pp. 1-32; Richard CLAYTON y Hugh TOMLINSON, *The Law of Human Rights*, pp. 27-49; David FELDMAN, 'Standards of Review and Human Rights in English Law' pp. 318-24; Lord LESTER y Tara LYLE, 'History and Context', pp. 1-26; David HOFFMAN y John ROWE, *Human Rights in the UK: An introduction to the Human Rights Act 1998*, pp. 23-37.

⁷ Esta distinción es reconocida expresamente por Lord HOFFMANN en la sentencia de la House of Lords de 11 de marzo de 2004 en la causa *Re McKerr*: [2004] UKHL 12, [2004] 1 WLR 807, párrafo 62. Véase también Richard CLAYTON y Hugh TOMLINSON, *The Law of Human Rights*, pp. 75-76; David PANNICK y Iain STEELE, 'Human Rights Act 1998', p. 28.

⁸ Como se dijo antes (véase n. 5), solo a partir de la firma por parte del Reino Unido, en enero de 1966, de las cláusulas opcionales antes señaladas, fue posible para los ciudadanos británicos el entablar directamente una acción ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

ser invocada como tal para los efectos de fundamentar una acción legal a entablarse ante los tribunales británicos dirigida a reclamar de la infracción de los derechos y libertades por ella garantizados. Por cierto, el que la Convención no fuera parte del derecho interno británico no obstaba a que se entendiera que la CEDH tenía algún grado de incidencia en el derecho interno británico, pero dicha incidencia era más bien indirecta y de un limitado alcance⁹.

Y en segundo lugar, la vigencia misma de la HRA se ha traducido en un impacto trascendental en el sistema legal inglés, lo que se ha visto reflejado en la forma en que se han interpretado y aplicado normas de las más diversas áreas del derecho. En este sentido se puede afirmar que la HRA ha jugado un papel destacado en el desarrollo de importantes principios y normas del derecho inglés, lo que puede observarse en relevantes decisiones judiciales que se han pronunciado en los casi 14 años de vigencia de la HRA¹⁰.

Es precisamente el objetivo de este trabajo resaltar la importancia de la HRA desde el segundo punto de vista antes expuesto. Para ello se analizará una de las decisiones más relevantes de la Corte Suprema del Reino Unido en lo relativo a la aplicación de la HRA: la sentencia de 19 de junio de 2013 recaída en el caso *Smith and others v. The Ministry of Defence*¹¹.

El plan de análisis es simple. Primeramente se enunciarán brevemente algunas características básicas del sistema legal inglés y de la HRA. Ello

⁹ La principal vía de influencia indirecta fue el razonamiento de los tribunales británicos en el sentido de que, en tanto que la Convención era un tratado que obligaba internacionalmente al Reino Unido, ellos tenían el deber de, en lo posible, interpretar el derecho interno en una forma que fuera compatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Reino Unido en virtud de la Convención. Otra vía de influencia indirecta lo fueron las sentencias de la Corte de Estrasburgo pronunciadas en contra del Reino Unido. Dichos fallos, además de obligar al Gobierno Británico a implementar cambios legales con el fin de cumplir con lo resuelto, tenían cierta influencia en la forma que los tribunales nacionales aplicaban el derecho interno. Al respecto, véase David HOFFMAN, Gavin PHILLIPSON y Alison YOUNG, 'Introduction', en Hoffman, pp. 1-2; y sobre el impacto en general de tratados internacionales no incorporados en el derecho interno, Richard CLAYTON y Hugh TOMLINSON, *The Law of Human Rights*, pp. 75-113.

¹⁰ Con respecto a los pronunciamientos de la Corte Suprema del Reino Unido en materias de derechos humanos y la HRA, un detallado análisis se encuentra en Brice DICKSON, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*.

¹¹ [2013] UKSC 41. En virtud de las normas de la Constitutional Reform Act de 2005 se estableció, a contar del 1 de octubre de 2009, la Corte Suprema del Reino Unido como el tribunal final de apelación (a ocuparse fundamentalmente de temas jurídicos de interés o relevantes para el desarrollo del derecho) y la cúspide de la estructura judicial encargada de desarrollar el derecho del Reino Unido. Hasta esa fecha el tribunal final de apelaciones era el comité de apelaciones de la House of Lords, cuyas atribuciones judiciales fueron traspasadas a la nueva Corte Suprema.

permitirá, por una parte, entender la forma en que la HRA incorpora al derecho interno los derechos y libertades garantizados en la Convención; y, por la otra, dimensionar la trascendencia que ha supuesto en general para el sistema legal inglés la HRA. En suma, el referido análisis proporcionará las herramientas necesarias para ponderar debidamente la significancia de la sentencia que se analiza. En seguida, se procederá al estudio de la sentencia objeto de este trabajo. En esta parte se hará una breve descripción de los hechos de la causa y de las cuestiones debatidas, para en seguida proceder a ocuparse del pronunciamiento de la Corte. Finalmente, se esbozarán algunas conclusiones que es posible extraer a partir de dicho análisis.

2. El sistema legal inglés y la HRA

2.1 NOCIONES GENERALES DEL SISTEMA LEGAL INGLÉS

El Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte es un Estado en el que coexisten tres sistemas legales: el de Inglaterra y Gales, el de Irlanda del Norte, y el de Escocia¹². Si bien la HRA es parte de estos tres sistemas legales, la sucinta descripción que a continuación se ofrece concierne únicamente al sistema legal inglés¹³.

El sistema legal inglés pertenece a la tradición o familia legal del *common law*¹⁴, cuyos orígenes se remontan a la Inglaterra del siglo XI. La tradición del *common law* se distingue de la otra gran tradición o familia

¹² Andrew LE SUEUR, 'Constitutional Fundamentals: A. Fundamental Principles', pp. 10-12.

¹³ La consideración de las particularidades del sistema legal de Escocia y del de Irlanda del Norte exceden la naturaleza de este trabajo. Por otra parte, los hechos materia de la sentencia cuyo análisis es el objeto de este trabajo fueron objeto de litigio en el marco de la estructura de cortes y tribunales del sistema legal inglés, aplicándose normas propias del derecho inglés. Además, el sistema legal inglés es típicamente representativo de la tradición del *common law*. Todo ello hace pertinente centrarse en dicho sistema para los efectos de la descripción general que servirá de antesala al análisis de la referida sentencia.

¹⁴ La expresión *common law* tiene múltiples acepciones. Así, se habla de *common law* para referirse al conjunto de principios y reglas de creación judicial sobre la base del precedente. También se usa la expresión *common law* para referirse al cuerpo de reglas establecidas por los tribunales de *common law*, en oposición a las reglas de equidad (*equity law*), cuyo origen se encuentra en los pronunciamientos de las courts of Chancery. Por otra parte, se habla de *common law* para referirse a lo que podríamos denominar principios generales del derecho o principios fundamentales del derecho inglés. Finalmente, la expresión *common law* alude también a una cultura legal, a una particular actitud respecto del derecho y de los problemas legales. Véase al respecto, John BELL, *Sources of Law*.

legal del mundo occidental, la del derecho civil o continental. Lo característico del sistema legal inglés, en cuanto miembro de la tradición del *common law*, es que una de las fuentes principales de derecho la constituyen las decisiones o sentencias judiciales de los tribunales superiores, las que, bajo determinadas condiciones, son obligatorias para los tribunales inferiores. Este conjunto de decisiones configura lo que se denomina el derecho de casos (*case law*) o *common law*¹⁵, esto es, un derecho de creación judicial. La creación y desarrollo de este derecho por parte de los jueces se sujeta a la doctrina o regla del precedente¹⁶. En la medida que determinada situación se encuentre regulada por alguna norma de creación judicial sobre la base de la doctrina del precedente, se dice que esa situación es materia *de common law*, o que se encuentra regulada por normas de *common law*.

Importantes áreas del derecho inglés están reguladas por normas de *common law*. Por ejemplo, las normas del derecho de torts (*tort law*) –lo que en el derecho chileno equivale, en términos generales, a lo que conocemos como responsabilidad civil extracontractual– en parte importante se encuentran contenidas en decisiones judiciales, algunas centenarias, que constituyen la autoridad o el precedente en la materia. Así, en el caso de una acción civil dirigida a obtener la indemnización de los perjuicios causados por un acto negligente del demandado, un abogado inglés invocará, por ejemplo, la decisión contenida en el caso *Donoghue v. Stevenson*, de la misma manera en que un abogado chileno, en el mismo supuesto, citará en apoyo de su pretensión la norma contenida en el artículo 2314 del Código Civil.

Por cierto, el *common law* (contenido en el derecho de casos o *case law*) no constituye la única fuente de derecho en el sistema legal inglés. Otra gran fuente de derecho la constituyen las leyes aprobadas por el Parlamento británico (Statutes o Acts of Parliament). Dichas leyes constituyen lo que se denomina legislación primaria. Junto a la legislación primaria cabe mencionar las normas dictadas por el Ejecutivo en virtud de una delegación efectuada por el Parlamento. Estas normas, bastante más numerosas que las leyes aprobadas por el Parlamento, constituyen lo que se denomina legislación secundaria o delegada. El conjunto de esta legislación –primaria y secundaria– es lo que se denomina derecho legislado (*statutory law* o *statute law*)¹⁷.

¹⁵ En este parte se utiliza la expresión *common law* para referirse al conjunto de principios y reglas de creación judicial sobre la base del precedente (véase n. 14).

¹⁶ Sobre el precedente y sus reglas, véase John BELL, *Sources of Law*, pp. 23-35.

¹⁷ Al respecto, Evelyn, ELLIS, 'Constitutional Fundamentals: B. Sources of Law and the Hierarchy of Norms', pp. 39 ss.

Además del *case law* y del *statutory law*, otras fuentes del derecho en el sistema legal inglés las constituyen el derecho de la Unión Europea (en virtud de la calidad de miembro que ostenta el Reino Unido), la CEDH (en la forma que pasará a explicarse en breve), la Constitución británica (la que generalmente es descrita como una Constitución no escrita pero que más precisamente constituye una Constitución no codificada)¹⁸, los principios generales del derecho, y la costumbre.

Las diversas fuentes de derecho en el sistema legal inglés se ordenan jerárquicamente. La siguiente es la jerarquía de dichas fuentes:

- 1° El derecho de la Unión Europea;
- 2° la CEDH;
- 3° la Constitución;
- 4° los principios generales del derecho;
- 5° el derecho legislado (*statutes*);
- 6° los precedentes (*case law*) y
- 7° la costumbre¹⁹.

La HRA es en sí misma una ley aprobada por el Parlamento (Act of Parliament o Statute), que incorpora en el sistema legal inglés una serie de derechos en una forma tal que, como se dijo, ha producido un efecto trascendental en el funcionamiento de dicho sistema. Para hacerse una idea a lo menos básica acerca del alcance de esta aseveración, es oportuno ahora enunciar al menos sucintamente las normas de la HRA que establecen la forma en que ella incorpora los derechos de la Convención en el sistema legal inglés.

2.2 LA HRA Y EL SISTEMA LEGAL INGLÉS

a) Mecanismos de incorporación en el sistema legal inglés de los derechos de la Convención

Como ya se dijo, la HRA incorpora al derecho interno una serie de derechos y libertades reconocidos en la CEDH. A fin de hacer efectiva la vigencia de dichos derechos y libertades, la HRA establece diversas normas. Al respecto, cinco son los puntos que se deben destacar.

Primeramente, se establece que todas las autoridades públicas tienen la obligación de actuar en una forma que sea compatible con los derechos de la Convención. Por ello, si una autoridad pública actúa en una manera incompatible con alguno de los derechos de la Convención estará

¹⁸ Andrew, LE SUEUR, 'Constitutional Fundamentals: A. Fundamental Principles', pp. 3-13.

¹⁹ Evelyn, ELLIS, 'Constitutional Fundamentals: B. Sources of Law and the Hierarchy of Norms', pp. 39-86; BELL, *Sources of Law*, *op. cit.*, pp. 3-35.

actuando en forma ilegal, constituyendo tal actuación una infracción del correspondiente derecho (sección 6 (1)). Para los efectos de esta norma, el concepto de autoridad pública incluye no solo a las autoridades públicas propiamente tales (el Ejecutivo o autoridades locales), sino que también a las cortes o tribunales y a cualquier persona determinada cuyas funciones sean funciones de naturaleza pública (sección 6 (3)).

En segundo lugar, se dispone que toda la legislación primaria o secundaria (*statutory law*) debe ser interpretada, en la medida de lo posible, en una forma que sea compatible con los derechos de la Convención. Este deber tiene lugar sea que se trate de legislación promulgada antes o después de la entrada en vigencia de la HRA (sección 3). Cuando no sea posible dar cumplimiento a lo anterior, esto es, cuando determinada legislación sea incompatible con los derechos reconocidos por la HRA y no sea posible hacerla compatible mediante interpretación, el tribunal podrá declarar la incompatibilidad de dicha legislación (sección 4).

En tercer lugar, la HRA establece que las cortes y tribunales que conozcan y fallen cuestiones relativas a los derechos de la Convención deberán tomar en cuenta las decisiones de la Corte de Estrasburgo y de los demás organismos de la Convención (sección 2).

En cuarto lugar, la HRA también dispone que la persona víctima de una infracción por parte de una autoridad pública de alguno de los derechos de la Convención dispone de diversos mecanismos para reclamar de dicha infracción. Destaca en particular una nueva causa de acción en contra de autoridades públicas por infracción de los derechos de la Convención (sección 7).

Finalmente, en quinto lugar, en el evento de establecerse que una autoridad pública ha actuado en infracción de alguno de los derechos de la Convención, la corte o tribunal que corresponda podrá, dentro de la esfera de su competencia, decretar en favor de la víctima el remedio que estime justo y conveniente. Ello se traducirá generalmente en el otorgamiento de una indemnización de perjuicios o en la dictación de una orden judicial en virtud de la cual se previene la comisión de una infracción o se ordena la cesación de una infracción actualmente en curso (sección 8).

b) Impacto de las normas de la HRA en el sistema legal inglés

El conjunto de las normas de la HRA tiene un significativo impacto en la estructura y funcionamiento del sistema legal inglés. Aunque el tema excede con creces la naturaleza de este trabajo, es preciso mencionar aquí, aunque sea muy brevemente, algunas ideas básicas que permitirán dimensionar la envergadura de dicho impacto.

En primer lugar, el respeto a los derechos de la Convención pasa a tener el carácter de un criterio fundamental que debe orientar la actuación de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial de la estructura constitucional británica. Así, por ejemplo, el respeto a los derechos de la Convención es ahora también un estándar para juzgar las acciones de las autoridades del Ejecutivo, el cual, por ende, puede ser objeto de control a través de lo que se denomina *judicial review*²⁰.

En segundo lugar, un papel fundamental se asigna a las cortes y tribunales. Así, al señalarse expresamente que están comprendidas dentro del concepto de autoridad pública, se les sujeta expresamente al deber de actuar en una forma compatible con los derechos de la Convención. Además, por la naturaleza de sus funciones, son primordialmente las cortes y tribunales los órganos que están sujetos al deber de interpretar la legislación en una manera que sea compatible con los derechos de la Convención. Por último, a determinadas cortes y tribunales les corresponde el conocimiento y fallo de las acciones entabladas por la persona que alega ser víctima de una infracción por parte de alguna autoridad pública de alguno de los derechos de la Convención.

En tercer lugar, y en razón del papel central que se asigna a las cortes y tribunales, es posible sostener que la HRA estructura un sistema que posibilita la existencia de más de un modelo de efecto horizontal de los derechos de la Convención²¹. Por cierto, es evidente que las normas de la HRA estructuran un modelo de efecto vertical de los derechos de la Convención, *i.e.*, un modelo en virtud del cual es el Estado el sujeto pasivo del deber de respetar los derechos de la Convención²². Sin perjuicio de lo anterior, y sobre la base del efecto práctico de las normas de la HRA que

²⁰ David FELDMAN, 'Standards of Review and Human Rights in English Law', pp. 317 ss, David HOFFMAN y John ROWE, *Human Rights in the UK: An introduction to the Human Rights Act 1998*, p. 44-47. En términos generales, en virtud de la *judicial review* se pretende que un tribunal se pronuncie respecto de la legalidad de una decisión del Ejecutivo. Se pretende que el tribunal controle el que la decisión haya sido tomada por la autoridad competente dentro del marco de atribuciones o discrecional otorgado por la ley, de manera que si la decisión es ilegal será declarada inválida (*quashed*) por el tribunal. El tribunal controla la legalidad de la decisión, no si es correcta o equivocada.

²¹ Al respecto, Murray HUNT, 'The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act' [1998] *Public Law* 423, Alison YOUNG, *Mapping Horizontal Effect*, pp. 16-47.

²² El efecto vertical de los derechos de la Convención aparece de manifiesto, por ejemplo, en la norma que obliga a toda autoridad pública a actuar en una manera compatible con los derechos de la Convención (sección 6 (1)); y en la norma que establece la posibilidad de que la persona víctima de una infracción de los derechos de la Convención por parte de una autoridad pública pueda entablar una acción a fin de obtener algunos de los remedios que la propia HRA establece (sección 7).

incorporan al derecho interno inglés los derechos de la Convención, se ha argumentado que es perfectamente factible delinear diversas hipótesis de efecto horizontal que pueden asumir tales derechos, *i.e.*, hipótesis en virtud de las cuales se sujeta también a una persona privada (un simple particular) al deber de respetar los derechos y libertades fundamentales establecidos en la Convención, de manera que tales derechos pueden ser invocados en contiendas entre particulares²³.

En cuarto lugar, cabe destacar la relevancia de las decisiones de la Corte de Estrasburgo. Como ya se dijo, las cortes y tribunales, al fallar cuestiones relativas a los derechos de la Convención, deberán tomar en cuenta la autoridad del precedente de Estrasburgo. Es claro que existe una obligación de “tomar en cuenta” dicho precedente, pero la extensión de dicha obligación no parece tan clara. Así, se ha dicho que la norma parece sugerir que las cortes y tribunales, si bien deben considerar dicho precedente, no están obligadas a seguirlo, lo que se justificaría por las ventajas que otorgaría el dotar de cierta flexibilidad a las cortes y tribunales nacionales. De esta forma, la obligación de “tomar en cuenta” significaría que en la práctica las cortes, si bien no estarían obligadas a seguir la autoridad de los precedentes de Estrasburgo, usualmente le otorgarán gran importancia y seguirán dicho precedente, a menos que existan buenas razones para apartarse de él. Luego, por ejemplo, las cortes nacionales podrían, al menos en teoría, ir más allá de lo que Estrasburgo ha resuelto (en el sentido de establecer que ha habido una violación de derechos de acuerdo con la HRA, no obstante que en un caso similar Estrasburgo haya resuelto que no existió violación alguna). Sin embargo, a partir de una opinión incidental de Lord Bingham formulada en la sentencia de la House of Lords dictada en el caso *R (Ullah) v. Special Adjudicator*²⁴, se ha sostenido que el principio aplicable en la materia es el *mirror principle* (principio del espejo), en el sentido que el deber de las cortes nacionales es seguir la jurisprudencia de Estrasburgo a medida que evoluciona, no menos que eso, pero ciertamente no más. Por otra parte, y sobre la base de la aproximación más expansiva adoptada por la House of Lords en el caso *Re P and others*, se ha señalado que la jurisprudencia de Estras-

²³ Sobre el tema es fundamental Young (n. 21). Por ejemplo, una de las hipótesis de horizontalidad estaría configurada por lo que se llama el “*background*”, que representa la HRA. Tal “*background*” daría a las cortes el ímpetu necesario para desarrollar las normas de *common law* (a fin de que éste refleje adecuadamente los derechos de la Convención) en términos tales que, a través de dichas normas, se da origen a un deber que recae sobre particulares de respetar los derechos de la Convención. Al respecto, Alison YOUNG, *Mapping Horizontal Effect*, pp. 21-22.

²⁴ [2004] UKHL 26, [2004] 2 AC 323.

burgo proporciona una guía para los efectos de interpretar los derechos consagrados en la HRA y que dicha jurisprudencia puede en algunos casos proporcionar una guía clara al respecto, situación en la cual dicha jurisprudencia debería seguirse; pero que en aquellos casos en que la posición de Estrasburgo no es clara o cuando Estrasburgo considera que tiene lugar lo que se denomina “margen de apreciación” (determinadas áreas en las cuales la Corte de Estrasburgo considera que es legítimo que los Estados –en razón de sus diferentes tradiciones históricas, culturales, religiosas, y políticas– tengan diferentes aproximaciones respecto de determinados derechos), las cortes nacionales estarían autorizadas a tomar su propio camino con respecto al significado y extensión de los derechos de la Convención²⁵.

En quinto lugar, no obstante la dictación de la HRA, sigue vigente el principio de la soberanía legislativa. Dicho principio se ve reflejado básicamente en dos puntos:

- a) La HRA es en sí misma una ley, la cual puede ser derogada en cualquier momento por el parlamento. Ella no contempla normas dirigidas a impedir o a hacer dificultosa su modificación o derogación²⁶ y
- b) El Parlamento puede aprobar leyes incompatibles con los derechos de la Convención, y las normas legales incompatibles con los derechos de la Convención mantienen su vigencia no obstante dicha incompatibilidad y, por ende, deben ser aplicadas por las cortes.

La HRA no otorga a las cortes la facultad de dejar sin efecto una norma legal incompatible o de no aplicarla al caso en cuestión²⁷. En todo caso,

²⁵ David HOFFMAN y John ROWE, *Human Rights in the UK: An introduction to the Human Rights Act 1998*.

(n 1), pp. 63-65. También se ha dicho que en materias de derecho privado, relativas al desarrollo de las normas de *common law* (sobre lo cual véase n 23), las cortes parecen ser más flexibles, considerando la jurisprudencia de Estrasburgo más que como un límite, como una base a partir de la cual extender más allá de lo resuelto por Estrasburgo. Al respecto, Alison YOUNG, ‘Precedent’, pp. 91-109. Para un análisis crítico, DICKSON, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, pp. 39-43.

²⁶ David HOFFMAN y John ROWE, *Human Rights in the UK: An introduction to the Human Rights Act 1998*, 40.

²⁷ Existen, sin embargo, dos excepciones al respecto: a) Con arreglo a normas específicas de la Scotland Act de 1998, de la Northern Ireland Act de 1998, y de la Government of Wales Act de 2006, la Corte Suprema del Reino Unido tiene la facultad de dejar sin efecto las normas legales incompatibles con los derechos de la Convención que, en el ejercicio de los poderes para legislar sobre ciertas materias que han sido conferidos por el Parlamento británico, hayan sido dictadas por los Parlamentos nacionales de Escocia, de Irlanda del Norte, y de Gales; y, b) Con arreglo a las normas de la sección 4 de la HRA,

en tal situación las cortes están dotadas de la facultad de declarar la incompatibilidad. Pero ni aún en este caso se verá afectada la vigencia y aplicabilidad de dicha norma legal²⁸.

3. La sentencia

3.1 LOS HECHOS Y LA CUESTIÓN DEBATIDA

a) Los hechos

El caso se relaciona con tres hechos que tuvieron lugar en el marco de las operaciones del ejército británico en Irak, que comenzaron en enero de 2003.

El primero de ellos ocurrió el 25 de marzo de 2003 e involucró a tres soldados miembros de los Lanceros Reales de la Reina, que operaban en el Grupo de Batalla del Regimiento Real de Fusileros, que en esa fecha se encontraban a bordo de un tanque Challenger II. Ellos eran el cabo Stephen Allbutt, el soldado de primera clase Daniel Twiddy, y el soldado Andrew Julien. En el marco del cuarto día de las operaciones de una ofensiva dirigida a tomar el puerto de Basora (Basra), el tanque tripulado

las cortes pueden dejar sin efecto normas de legislación secundaria que sean incompatibles con los derechos de la Convención (en la medida que no puedan ser interpretadas en una manera que sea compatible con tales derechos), salvo en los casos en que las disposiciones de la respectiva legislación primaria impidan que aquellas sean dejadas sin efecto, situación en la cual será posible, en todo caso, la declaración de incompatibilidad tal como con respecto a la legislación primaria (sobre la noción de legislación primaria y secundaria, véase n. 17 y el texto al que acompaña).

²⁸ La eficacia de la declaración de incompatibilidad de una norma legal tendrá un carácter más bien político, impulsando al gobierno a promover los ajustes necesarios para superar dicha incompatibilidad. En tal caso, la HRA contempla un mecanismo más expedito para tramitar y aprobar las modificaciones impulsadas por el gobierno que sean necesarias para superar la incompatibilidad. Al respecto, véase David HOFFMAN y John ROWE, *Human Rights in the UK: An introduction to the Human Rights Act 1998*, pp. 47-49 y 78. Por otra parte, la sección 19 de la HRA contempla la “declaración de compatibilidad” como un mecanismo dirigido a prevenir en lo posible la aprobación de una ley incompatible con los derechos de la Convención. En virtud de este mecanismo, todo miembro del Parlamento (generalmente un Ministro del gobierno) que proponga un proyecto de ley, deberá hacer una declaración en el sentido de que considera que la norma legal propuesta no infringe ninguno de los derechos de la Convención, o que, si los infringe, el gobierno desea todavía perseverar en dicho proyecto. De esta forma se pretende que la atención se centre en si el proyecto va a respetar los derechos de la convención o que, al menos, el Parlamento, antes de aprobarlo, tenga pleno conocimiento de que el proyecto sería incompatible con alguno de los derechos (lo que puede incidir en su no aprobación).

por los soldados Allbutt, Twiddy y Julien estaba situado en una represa, junto a otros tanques, a fin de permanecer ocultos de la vista del enemigo. Poco después de la medianoche del 25 de marzo, otro tanque Challenger II, perteneciente al Segundo Regimiento Real de Tanques asignado al Primer Batallón del Grupo de Combate “Black Watch”, y que estaba al mando del teniente Pinkstone, cruzó hacia el lado enemigo de un canal, tomando posiciones al sureste de la represa. El teniente Pinkstone, a través de un dispositivo para vista nocturna mediante imágenes térmicas, detectó posibles blancos que erróneamente identificó como soldados enemigos entrando y saliendo de un bunker, puesto que se trataba en realidad de los soldados que se encontraban a bordo del tanque del cabo Allbutt. En estas circunstancias, el tanque del teniente Pinkstone disparó dos rondas de proyectiles en contra del objetivo que él había identificado erróneamente como blanco enemigo y que en realidad era el tanque del cabo Allbutt. Producto de este “fuego amigo”, el cabo Allbutt murió en el lugar y los soldados Twiddy y Julien resultaron heridos. El teniente Pinkstone dio la órdenes de abrir fuego ignorando que en la represa se encontraba el grupo de tanques del Regimiento Real de Fusileros, y sin percatarse que estaba disparando hacia el lado amigo del canal, puesto que se encontraba desorientado y creía que estaba disparando en una dirección diferente.

El segundo de los hechos tuvo lugar el 16 de julio de 2005 e involucró al soldado Phillip Hewett. Previamente, en mayo de 2005, el soldado Hewett, del Primer Batallón del Regimiento Staffordshire, había sido desplegado en Camp Abu Naji, cerca del pueblo de Al Amarah, en la provincia de Maysan, Irak. A mediados de julio de 2005 Camp Abu Naji estaba siendo objeto de ataques mediante cohetes o rockets, por lo que se lanzó una operación de contrataque. En estas circunstancias, el 15 de julio de 2005 el soldado Hewett fue asignado a una unidad móvil para patrullar los alrededores de Al Amarah. La unidad móvil consistía de tres “Snatch Land Rovers”. Los Snatch Land Rovers son vehículos blindados ligeros que proporcionan una limitada protección en contra de proyectiles pequeños, tales como aquellos disparados por armas de fuego pequeñas, pero no brindan protección (o no brindan protección significativa) en contra de determinados IEDs ocultos en su ruta de desplazamiento. El soldado Hewett conducía el Snatch Land Rover que encabezaba la unidad, vehículo que estaba al mando del Teniente Segundo Richard Shearer. Cabe agregar que el Snatch Land Rover conducido por el soldado Hewett no contaba con contratamedidas electrónicas (ECMs) para protegerlo de los IEDs. Además, la unidad de patrullaje carecía de la escolta de un vehículo de combate “Warrior”, el que es fuertemente blindado y tiene una mayor

capacidad de transporte de personal. Cerca de las 1.15 de la madrugada del 16 de julio de 2005, se escuchó una explosión en las cercanías de un estadio en Al Amarah, por lo que el teniente Shearer decidió acudir a investigar. Cuando la unidad móvil de tres Snatch Land Rovers circulaba a través del único camino que conducía al estadio, un IED detonó al nivel del vehículo que encabezaba la unidad, matando al soldado Hewett, al teniente Shearer y a otro soldado que también se encontraba a bordo, e hiriendo gravemente a otros dos tripulantes.

El tercer hecho ocurrió el 28 de febrero de 2006 e involucró al soldado Lee Ellis. El soldado Ellis era miembro del Segundo Batallón del Regimiento de Paracaidistas, unidad que era parte del *Royal Scots Dragoon Guards* y que estaba emplazada en Camp Abu Naji. El 28 de febrero de 2006 el soldado Ellis conducía un Snatch Land Rover que era parte de una patrulla que también conformaban otros dos Snatch Land Rovers y tres vehículos de combate "Warrior". La patrulla se desplazó desde Camp Abu Naji hasta los cuarteles generales de la policía iraquí ubicados en Al Amarah. A bordo del vehículo conducido por el soldado Ellis se encontraban también el capitán Richar Holmes y otro soldado. Cuando la patrulla retornaba hacia Camp Abu Naji un IED detonó al nivel del vehículo conducido por el soldado Ellis, matándolo a él y al capitán Holmes, e hiriendo al otro soldado que también tripulaba el vehículo. El Snatch Land Rover conducido por el soldado Ellis, si bien contaba con un dispositivo ECM, no estaba equipado al momento de los hechos con un nuevo componente de ese dispositivo, denominado elemento "A". Pocos días después de este incidente, los otros Snatch Land Rovers emplazados en Camp Abu Naji fueron equipados con el elemento "A".

b) La cuestión debatida

Las pretensiones formuladas en las causa eran básicamente las siguientes:

- i. Lo que la Corte denomina *Challenger claims*. Se trata de las acciones por el *tort* de negligencia²⁹ con arreglo a las normas del

²⁹ En el derecho inglés no existe una norma general de responsabilidad extracontractual como la contenida en el artículo 2314 de nuestro Código Civil, sino que existen una serie de ilícitos civiles denominados *torts*, cada uno de los cuales es el fundamento de una acción dirigida a obtener determinados remedios, típicamente una indemnización de perjuicios. Dentro del catálogo de *torts* ocupa un lugar relevante el *tort* de negligencia, el cual cubre la mayoría de las hipótesis de hechos generadores de responsabilidad extracontractual en nuestro derecho. El *tort* de negligencia tiene lugar cuando una persona infringe un deber de cuidado para con otra. En la medida que la infracción de dicho deber de cuidado cause a la segunda un determinado daño accionable, esta última podrá dirigirse en contra de aquella a fin de demandar algún remedio, particularmente una indemnización de

*common law*³⁰, interpuestas por la cónyuge del cabo Allbutt, y por los soldados Twiddy y Julien, en contra del MoD. Los demandantes fundaron su demanda en que el MoD habría incurrido en dos fallas constitutivas de negligencia: no haber asegurado que tanto el tanque que tripulaban Allbutt, Twiddy y Julien como los tanques del grupo de combate que abrió fuego sobre el primero contarán con el equipamiento y la tecnología que habrían prevenido el incidente³¹; y no haber proporcionado a los soldados involucrados en los hechos una adecuada preparación en labores de reconocimiento, tanto antes de su movilización como una vez desplegados en el teatro de operaciones.

- ii. Lo que la Corte denomina *Snatch Land Rovers claims*, y que consta de dos categorías:
 - La alegación por parte de la madre del soldado Hewett³² y por parte de la hija y una hermana del soldado Ellis³³, de que el MoD infringió el artículo 2 de la CEDH al no haber tomado, en el ejercicio de su competencia, las medidas que, juzgadas razonablemente, era esperable que fueran adoptadas a la luz del riesgo real e inmediato a la vidas de los soldados

perjuicios. De esta manera, en un caso en que se alega que se cometió el *tort* de negligencia es relevante establecer si el demandado estaba sujeto a un deber de cuidado para con el demandante (lo que se determina básicamente estableciendo si para el demandado era razonablemente previsible que, si actuaba en la manera que actuó, causaría algún tipo de daño al demandante); y si se infringió dicho deber de cuidado (determinación que se efectúa básicamente atendiendo a un estándar objetivo, similar a lo que en nuestro derecho se denomina “buen padre de familia”). Para obtener algún remedio el demandante debe establecer una relación de causalidad entre la infracción al deber de cuidado y los daños por los cuales se reclama.

³⁰ Sobre el significado de que sus normas sean predominantemente de *common law*, véase n. 15 y el texto al que acompaña.

³¹ El equipamiento cuya ausencia se cuestionaba consistía en instrumentos de identificación de objetivos (que permitieran distinguir vehículos amigos de los enemigos) e instrumentos que permitieran a la tripulación del tanque establecer adecuadamente su ubicación y direccionar la mira con precisión.

³² La madre del soldado Hewett imputó al MoD siete faltas constitutivas de una violación del artículo 2 de la CEDH, las que en general dicen relación con fallas en materia de equipamiento y fallas con respecto a las decisiones operacionales relativas al patrullaje en el que tomó parte el soldado Hewett.

³³ La hija y una hermana del soldado Ellis alegaron que el MoD incurrió en tres faltas, constitutivas de la violación del artículo 2 de la CEDH: i) no disponer el patrullaje en vehículos con un mejor blindaje; ii) no haber provisto al oficial a cargo del soldado Ellis de un mejor vehículo o de un vehículo blindado, el cual, de haber sido proporcionado, habría sido o debería haber sido usado en la patrulla; y iii) no haber asegurado que el ECM del Snatch Land Rover del soldado Ellis estuviese equipado con el elemento “A”.

a los que se les requería efectuar patrullajes a bordo de los Snatch Land Rovers.

- La acción por el *tort* de negligencia, con arreglo a las normas del *common law*, interpuesta sólo por la hija y una hermana del soldado Ellis en contra del MoD (también denominada “*Ellis claim*”).³⁴

Por su parte, el MoD, la parte demandada en la causa, sostuvo básicamente lo siguiente:

- i. Con respecto a las *Challenger claims* el MoD solicitó que fueran rechazadas de plano³⁵ sobre la base del principio o excepción aplicable en materia de *tort* de negligencia denominado “inmunidad de combate”. Además, sostuvo que no sería justo, equitativo o razonable imponer al MoD un deber de cuidado atendidas las circunstancias de estos casos³⁶.
- ii. Con respecto a las *Snatch Land Rovers claims*, el MoD también solicitó que fueran rechazadas de plano. Al respecto, los planteamientos del MoD fueron los siguientes:
 - En cuanto a la alegación de que existió una violación al artículo 2 de la CEDH, el MoD solicitó que fuera rechazada de plano en base a dos argumentos:
 - Que al tiempo de su muerte, los soldados Hewett y Ellis no se encontraban bajo la jurisdicción del Reino Unido para los efectos de lo establecido en el artículo 1 de la CEDH³⁷.
 - Que, tal como se plantearon los hechos alegados, el MoD, al tiempo de la muerte de los soldados Hewett y Ellis, no tenía para con ellos un deber con arreglo al artículo 2 de la CEDH.

³⁴ Las demandantes sostuvieron que las mismas tres fallas o faltas constitutivas de la violación al artículo 2 de la CEDH eran también constitutivas del *tort* de negligencia con arreglo al *common law*.

³⁵ Lo que en el procedimiento civil inglés se conoce como el *striking out* de demandas o contestaciones. Conforme a las normas de dicho procedimiento, las pretensiones formuladas por las partes (*pleadings*) pueden ser ‘*struck out*’ (lo que podemos asimilar a un rechazo de plano) en etapas preliminares del procedimiento, sobre la base de causales que, en general, demuestran que las pretensiones respectivas son inviables, careciendo de posibilidades de éxito, o revelan un abuso del proceso. Al respecto, véase Neil ANDREWS ‘Civil Procedure’, pp. 1342-43.

³⁶ Sobre la importancia de la determinación de que existió en los hechos un deber de cuidado, véase n. 29.

³⁷ El artículo 1 de la CEDH establece que los Estados partes se obligan a asegurar a toda persona que se encuentre dentro de su jurisdicción los derechos y libertades a que se refiere la Convención.

- En cuanto a la acción por el *tort* de negligencia con arreglo al *common law* (la *Ellis claim*, interpuesta sólo por la hija y una hermana del soldado Ellis), el MoD también solicitó que fuera rechazada de plano, sobre la base de los mismos argumentos que invocó en la solicitud de rechazo de las *Challenger Claims*.

El juez de primera instancia no acogió la petición de rechazo de plano tanto con respecto a las *Challenger claims* como en relación a la segunda y tercera falta³⁸ alegadas en la *Snatch Land Rover claim* relativa al *tort* de negligencia o *Ellis claim* (es decir, estimó que podía procederse a debatir y rendir prueba en juicio con respecto a esas cuestiones) por cuanto, después de establecer que el principio o excepción de “inmunidad de combate” debía ser interpretado restrictivamente, estimó que tales pretensiones no estaban necesariamente destinadas a fracasar. En cambio, sí rechazó de plano la primera falta³⁹ alegada en la *Snatch Land Rover claim* relativa al *tort* de negligencia con sujeción al *common law* (*Ellis claim*), por cuanto estimó que los hechos supuestamente constitutivos de dicha falta sí quedaban cubiertos por el principio o excepción de “inmunidad de combate”. Con respecto a las *Snatch Land Rovers claims* relativas a la supuesta infracción del artículo 2 de la CEDH, el juez acogió la petición de rechazarlas de plano sobre la base de que los soldados Hewitt y Ellis no se encontraban, al tiempo de su muerte, bajo la jurisdicción del Reino Unido para los efectos del artículo 1 de la CEDH.

La Corte de Apelaciones confirmó lo resuelto por el juez de primera instancia, salvo en lo tocante a la decisión en relación a la primera falta alegada en la *Snatch Land Rover claim* relativa al *tort* de negligencia con sujeción al *common law*. En esta parte la Corte de Apelaciones acogió una apelación de la hija y una hermana del soldado Ellis, y resolvió que no procedía rechazar de plano la alegación de dicha primera falta supuestamente constitutiva de negligencia. En contra del fallo de la corte recurrieron tanto los demandantes como el MoD.

De esta manera, las cuestiones debatidas que debían ser resueltas por la Corte Suprema del Reino Unido eran las siguientes:

- i. En relación a las *Snatch Land Rover claims* relativas a la supuesta violación del artículo 2 de la CEDH, la primera cuestión a resolver era si los soldados Hewitt y Ellis se encontraban, al tiempo de su muerte, bajo la jurisdicción del Reino Unido para los efectos del artículo 1 de la CEDH. En seguida, y en la afirmativa, se

³⁸ Véanse n. 33 y 34.

³⁹ *Ibid.*

debía resolver si el artículo 2 de la CEDH impone a los Estados partes y, por ende, al Reino Unido, deberes positivos dirigidos a prevenir la muerte de sus soldados durante operaciones activas en contra del enemigo.

- ii. En relación a las *Challenger claims* y a la *Snatch Land Rover claim* relativa al *tort* de negligencia con sujeción al *common law* (*Ellis claim*), se debía resolver si tales pretensiones debían ser rechazadas de plano sobre la base del principio o excepción de “inmunidad de combate”, o sobre la base de que no sería justo, equitativo y razonable imponer al MoD un deber de cuidado consistente en proteger a sus soldados en contra del riesgo de morir o ser heridos en combate.

3.2 EL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO⁴⁰

a) En cuanto a las *Snatch Land Rover claims* relativas a la supuesta violación del artículo 2 de la CEDH

i) En lo relativo a la cuestión de la existencia de jurisdicción del Reino Unido para los efectos del artículo 1 de la CEDH

Debe recordarse aquí que el artículo 1 de la CEDH dispone que los Estados partes se obligan a asegurar a toda persona que se encuentre dentro de su jurisdicción los derechos y libertades que consagra la Convención.

En relación a este punto la Corte resolvió por unanimidad que los soldados Hewitt y Ellis sí se encontraban, al tiempo de su muerte, sujetos a la jurisdicción del Reino Unido para los efectos del artículo 1 de la CEDH.

Sobre este punto, la argumentación la encontramos en la opinión escrita de Lord Hope⁴¹ (a la que se plegaron los restantes miembros del panel que falló la causa), que es la que procedemos a considerar a continuación.

A fin de precisar el alcance del artículo 1 de la CEDH, Lord Hope considera por una parte el precedente de tribunales nacionales y, por la otra, lo resuelto por la Corte de Estrasburgo.

Antes de analizar los precedentes nacionales, Lord Hope precisa que, de acuerdo con lo señalado por la Corte de Estrasburgo, el artículo 1 de la CEDH establece como regla general un límite de carácter territorial al alcance de la Convención: por regla general son las personas que se en-

⁴⁰ Un panel de siete miembros de la Corte conoció y falló la causa: Lord Hope, Lord Walker, Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Wilson, Lord Carnwath.

⁴¹ Párrafos 1-101. Sobre este punto en particular, párrafos 17-55.

cuentran dentro del territorio del Estado respectivo las que se encuentran dentro de la jurisdicción de dicho Estado para los efectos de la aplicación de las normas de la Convención. Sin embargo, y también de acuerdo con lo señalado por la Corte de Estrasburgo, excepcionalmente determinados actos del Estado que, o bien son ejecutados o bien producen efectos fuera de su territorio, podrán consituir ejercicio de jurisdicción para los efectos de la aplicación de la Convención⁴². De esta forma, Lord Hope puntualiza que la cuestión que aquí se plantea es si la jurisdicción del Reino Unido se extiende de tal forma que resulta en definitiva obligado a asegurar a sus soldados que se encuentran prestando servicio fuera de su territorio el derecho a la vida que reconoce el artículo 2 de la CEDH. En otras palabras, la cuestión es determinar si el hecho de que miembros de las fuerzas armadas de un Estado determinado se encuentren prestando servicio fuera del territorio de ese Estado constituye o no una circunstancia excepcional que requiere y justifica el ejercicio extraterritorial de jurisdicción por parte de dicho Estado.

En materia de precedentes nacionales, Lord Hope considera lo que había sido resuelto en *R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence*⁴³. Dicho caso trataba de la muerte de seis civiles iraquíes como resultado de las acción de las fuerzas armadas británicas que operaban en Basora (Basra), Irak. La parte demandante argumentó que, en razón de las especiales circunstancias del caso, la conducta de la que se reclamaba (la actuación de las fuerzas armadas británicas en Basora), aunque tuvo lugar fuera del territorio británico y de cualquier otro Estado parte, quedaba comprendida dentro de las excepciones al principio o regla de la territorialidad de la jurisdicción para los efectos del alcance la Convención que habían sido reconocidas por la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo. Sin embargo, la House of Lords señaló que si bien podía configurarse una excepción al límite territorial de la jurisdicción en aquellos casos en los que un Estado, en razón del control efectivo de un territorio determinado, ejerce sobre ese territorio poderes que normalmente deberían ser ejercidos por el gobierno nacional de ese territorio, dicho Estado estaría sujeto a la obligación de garantizar los derechos de la Convención en la medida que el control efectivo ejercido fuera de tal naturaleza que lo habilitara para garantizar a cada una de las personas dentro de ese territorio *la totalidad* de los derechos y libertades consagrados en la Convención (principio de

⁴² Respecto del principio general y de sus excepciones, Lord Hope cita las decisiones de Estrasburgo en *Soering v. United Kingdom*, (1989) EHRR 439, párrafo 86; y *Bankovic v Belgium* (2011) 11 BHRC 435, párrafo 67.

⁴³ [2007] UKHL 26, [2008] AC 153.

la indivisibilidad del conjunto de derechos de la Convención). La House of Lords agregó que el control de Basora por parte del Reino Unido estaba lejos de habilitarlo para garantizar a todas las personas en dicho lugar *todos* los derechos de la Convención, por lo que las pretensiones de los demandantes no podían prosperar. Ante tal decisión, los demandantes recurrieron a la Corte de Estrasburgo.

Lord Hope puntualiza que la decisión de la House of Lords en Al-Skeini debe analizarse teniendo a la vista tres circunstancias, las que, a su juicio, podrían explicar dicha decisión:

- a) Que todos los demandantes eran ciudadanos iraquíes, no británicos;
- b) Que la decisión estuvo aparentemente muy influenciada por el fallo de Estrasburgo en Bankovic (donde los aspectos centrales de la decisión fueron la noción de la territorialidad de la jurisdicción para los efectos del alcance de la Convención; la naturaleza regional de la Convención; y el carácter indivisible del conjunto de derechos consagrados en la Convención) y
- c) Que la House of Lords reconoció que correspondía a la Corte de Estrasburgo definir las excepciones al principio general del límite territorial de la jurisdicción, y las bases para apartarse de dicho principio general.

Luego de considerar lo resuelto en otros dos casos nacionales (Gentle y Catherine Smith)⁴⁴, donde se planteó el tema de la jurisdicción (los cuales parecen coincidir en señalar que los miembros de las fuerzas armadas británicas que se encuentran prestando servicio en territorio extranjero, aunque sujetos a la autoridad del Reino Unido, no están dentro de su jurisdicción para los efectos del artículo 1 de la CEDH, por lo que no se les extiende la protección de la Convención), Lord Hope pasa a analizar lo que la Corte de Estrasburgo resolvió al conocer del caso Al-Skeini. En particular, Lord Hope destaca los principios generales que Estrasburgo considera relevantes en relación al tema de la jurisdicción de un Estado para los efectos del artículo 1 de la CEDH. Al respecto, la Corte de Estrasburgo puntualiza tres ideas:

- a) Que el ejercicio de jurisdicción es una condición necesaria para que un Estado pueda ser tenido como responsable por actos u omisiones que le sean imputables y respecto de los cuales se alega que constituyen una infracción a los derechos de la Convención;

⁴⁴ R (Gentle) v Prime Minister [2008] AC 1356 y R (Smith) v. Oxfordshire Assistant Deputy Coroner (Equality and Human Rights Commission intervening) [2010] UKSC 29, [2011] 1 AC 1.

- b) Que la competencia jurisdiccional de un Estado para los efectos del artículo 1 de la CEDH es primariamente territorial, esto es, que normalmente los actos ejecutados por el Estado dentro de su territorio serán constitutivos de ejercicio de jurisdicción para los efectos del dicho artículo 1 y
- c) Que, sin embargo, a la fecha (esto es, al momento del pronunciamiento de la sentencia en *Al-Skeini*) la propia Corte de Estrasburgo ha reconocido a través de su jurisprudencia la existencia de excepcionales circunstancias con arreglo a las cuales los actos de un Estado ejecutados fuera de su territorio pueden constituir ejercicio de jurisdicción para los efectos del artículo 1 de la CEDH; y que el establecimiento de tales circunstancias excepcionales que determinan el que un Estado esté ejerciendo jurisdicción extraterritorialmente, debe efectuarse considerando los particulares hechos de cada caso.

Con respecto a tales ideas, Lord Hope destaca tres puntos:

- a) Que la observación tocante al carácter necesario del ejercicio de jurisdicción es relevante para resolver las cuestiones planteadas por las *Snatch Land Rovers claims* relativas a la CEDH, puesto que en este caso no es disputado que el Reino Unido ejerce legal y administrativamente control y autoridad sobre los miembros de sus fuerzas armadas que están prestando servicio en el extranjero⁴⁵;
- b) Que la expresión “excepcionales circunstancias” que utiliza la Corte de Estrasburgo no implica la existencia de un umbral especialmente alto para los efectos de establecer que un determinado acto del Estado constituye ejercicio extraterritorial de jurisdicción, sino que simplemente significa que en tales circunstancias la regla general no tiene aplicación y
- c) Que la utilización por parte de Estrasburgo de la expresión “a la fecha” denota que el listado de excepciones al principio territorial no es cerrado, sino que permanece abierto, por lo que es posible establecer nuevas categorías de excepciones a dicho principio.

En seguida, Lord Hope considera las categorías específicas establecidas por la Corte de Estrasburgo en *Al-Skeini* que constituyen una apli-

⁴⁵ Al respecto, Lord Hope cita la sección 367 (1) de la *Armed Forces Act* del año 2006, con arreglo a la cual los miembros de las fuerzas armadas británicas están sujetos a la ley militar británica aun cuando presten servicios en territorio extranjero. Por cierto, reconoce también Lord Hope, el control efectivo del día a día variará dependiendo de las circunstancias, pero la clave es que los miembros de las fuerzas armadas que se encuentran desplegados en el extranjero están, desde un punto de vista legal y administrativo, sujetos al mismo control y autoridad que el Reino Unido tiene respecto de aquellos que están dentro de su territorio.

cación de los principios generales en materia de ejercicio de jurisdicción. En dicha decisión Estrasburgo distinguió tres categorías:

- a) autoridad y control de un agente del Estado;
- b) control efectivo sobre un área determinada y
- c) el espacio legal de la Convención.

Al respecto, Lord Hope precisa que la categoría que resulta atingente para resolver las *Snatch Land Rover Claims* relativas a la CEDH es la de *autoridad y control de un agente del Estado*.

A continuación, Lord Hope se refiere al tratamiento por parte de Estrasburgo de la categoría autoridad y control de un agente del Estado. Sobre este particular la Corte de Estrasburgo precisó en *Al-Skeini* que su propia jurisprudencia ha reconocido que, como excepción al principio de la territorialidad, la jurisdicción de un Estado parte, para los efectos del artículo 1 de la CEDH, se puede extender a actos de sus autoridades que producen efectos fuera de su territorio⁴⁶.

Luego, Lord Hope enuncia los tres criterios que la Corte de Estrasburgo, después de repasar su propia jurisprudencia, identificó como definitorios o especificatorios de la categoría de autoridad y control de un agente del Estado y que pueden determinar la existencia de un ejercicio extraterritorial de jurisdicción para los efectos del artículo 1 de la CEDH:

- i) Actos del personal diplomático y consular de un Estado que se desempeña en territorio extranjero con arreglo a las disposiciones de derecho internacional público. Tales actos pueden representar el ejercicio de jurisdicción por parte del Estado cuando los agentes diplomáticos o consulares ejercen control y autoridad sobre otros.
- ii) Cuando en virtud del consentimiento, invitación o aquiescencia del gobierno de un territorio determinado, un Estado ejerce en ese territorio todos o alguno de los poderes públicos que en circunstancias normales deberían ser ejercidos por aquel gobierno. En tales casos, el ejercicio de ese control representa también ejercicio extraterritorial de jurisdicción por parte del Estado para los efectos del artículo 1 de la CEDH.
- iii) En ciertas circunstancias, el uso de la fuerza por parte de agentes del Estado que operan en territorio extranjero puede traducirse en que los individuos que como consecuencia de tales acciones resultan sometidos al control de dicho Estado, se entenderán también sometidos a su jurisdicción para los efectos del artículo

⁴⁶ Se entiende que se trata de actos ejecutados fuera del territorio del Estado que producen efecto también fuera de ese territorio.

1 de la CEDH. El factor esencial en este caso es el ejercicio de un poder físico y el control sobre la o las personas en cuestión.

Además, señala Lord Hope, la Corte de Estrasburgo termina puntualizando en relación a la categoría de autoridad y control de un agente del Estado (en cualquiera de las tres hipótesis recién mencionadas), que en tales casos el Estado respectivo está sujeto a la obligación que establece el artículo 1 de la CEDH de asegurar a los individuos bajo su autoridad y control (y, por ende, jurisdicción) *los derechos de la Convención que sean relevantes considerando la situación del o los individuos en cuestión*. Es decir, y esto lo destaca Lord Hope, la Corte de Estrasburgo precisa que el conjunto de derechos de la Convención no es indivisible, como lo había señalado ella misma en *Bankovic*, sino que divisible. Sobre dicha base Lord Hope concluye que lo resuelto por la House of Lords en *Al-Skeini* y por la mayoría en *Catherine Smith* (decisiones ambas que se apoyaron fundamentalmente en la noción de la indivisibilidad del conjunto de derechos de la Convención) ya no pueden ser considerado buen precedente o derecho (*good law*).

Luego, habiendo expuesto lo que señalan los precedentes nacionales y de Estrasburgo, Lord Hope procede a reflexionar sobre lo que tales precedentes implican para la resolución de la cuestión debatida, esto es, si a la fecha de su muerte los soldados Hewett y Ellis se encontraban bajo la jurisdicción del Reino Unido para los efectos del artículo 1 de la CEDH. Al respecto, Lord Hope destaca dos consideraciones preliminares:

Primeramente, que la decisión de Estrasburgo en *Al-Skeini* si bien no entrega una respuesta directa sobre el punto (puesto que en dicho caso no se litigó acerca de la eventual jurisdicción del Reino Unido sobre miembros de sus fuerzas armadas sirviendo en el extranjero), no es menos cierto que la cuestión relativa a la determinación de si el Estado ha ejercido extraterritorialmente jurisdicción debe ser decidida considerando los hechos particulares de la causa, y que la inexistencia de un caso similar resuelto previamente en Estrasburgo en relación con dicha cuestión no impide arribar, sobre la base de la consideración de tales hechos, a la conclusión de que se configura una excepción al principio de la territorialidad de la jurisdicción para los efectos del artículo 1 de la CEDH.

En segundo lugar, que a fin de resolver la cuestión relativa al alcance de la jurisdicción del Estado para los efectos del artículo 1 de la CEDH, se debe proceder a interpretar cuidadosamente la norma de la Convención de acuerdo con los parámetros establecidos por Estrasburgo. En este sentido Lord Hope precisa, como principio guía, que el alcance de dicha norma *no se debe extender más allá de lo que Corte de Estrasburgo ha determinado*⁴⁷.

⁴⁷ Párrafo 44.

Sobre la base de tales consideraciones, cuatro son las ideas que Lord Hope extrae de la decisión de Estrasburgo en *Al-Skeini* para fundamentar la conclusión de que ya no es sostenible la afirmación formulada por la mayoría en *Catherine Smith* (en el sentido de que los miembros de las fuerzas armadas prestando servicio en el extranjero no se encuentran bajo la jurisdicción del Estado respectivo para los efectos del artículo 1 de la CEDH):

- i) La formulación del principio general de jurisdicción en relación a la categoría de autoridad y control del agente del Estado es efectuada de forma tal que se deja margen suficiente a las cortes nacionales para juzgar, de acuerdo con los hechos específicos de que se trate, si se configura o no una circunstancia excepcional de ejercicio extraterritorial de jurisdicción.
- ii) Es precisamente dicha formulación la que permite resolver la inconsistencia que parece observarse entre *Bankovic* (en donde Estrasburgo enfatizó el carácter central de la noción de jurisdicción territorial para los efectos de determinar el alcance la Convención) e *Issa v. Turkey* (en donde Estrasburgo sostuvo que lo fundamental para la corte es establecer si la víctima se encontraba o no bajo el control y autoridad del Estado demandado).⁴⁸ En otras palabras, es con arreglo a la formulación efectuada por Estrasburgo en *Al-Skeini* que se puede concluir que *Bankovic* ya no es un decisión revestida de autoridad como precedente.
- iii) Es relevante la forma en la que Estrasburgo se aparta de lo resuelto en *Bankovic*, en donde se afirmó el carácter indivisible de los derechos de la Convención (en el sentido de que en los excepcionales casos de ejercicio extraterritorial de jurisdicción, se debía examinar si el Estado respectivo estaba en condiciones de asegurar *todos* los derechos de la Convención, no pudiendo tal conjunto de derechos dividirse y acomodarse a las particulares circunstancias del acto extraterritorial en cuestión). Estrasburgo ahora sostiene que junto al principio de que existe un ejercicio extraterritorial de jurisdicción cada vez que un Estado ejerce autoridad y control sobre un individuo, se debe afirmar el principio de que, en tales casos, se debe examinar si dicho Estado estaba en condiciones de asegurar, de acuerdo con las circunstancias del

⁴⁸ (2004) 41 EHRR 567, en donde el argumento que se dio fue que, de sostenerse lo contrario, se estaría permitiendo a un Estado parte incurrir en el territorio de otro Estado en violaciones de los derechos de la Convención que no podría perpetrar en su propio territorio.

- caso, los derechos de la Convención que se reclaman infringidos, no siendo necesario establecer si estaba en condiciones de asegurar a la supuesta víctima *todos* los derechos de la Convención.
- iv) Parece evidente que la noción misma de ejercicio extraterritorial de jurisdicción de un Estado sobre habitantes de un territorio extranjero a través de la categoría de autoridad y control de miembros de sus fuerzas armadas (como agentes de dicho Estado), presupone precisamente que el Estado tiene jurisdicción sobre estos últimos. En otras palabras, no parece plausible que el Estado, a través de miembros de sus fuerzas armadas, ejerza jurisdicción territorial sobre habitantes de un territorio extranjero sin que a su vez tenga jurisdicción sobre dichos efectivos militares.

De esta forma, Lord Hope concluye que no procede seguir el precedente establecido en *Catherine Smith* en razón de su inconsistencia con la decisión de la Corte de Estrasburgo en *Al-Skeini*, que es en definitiva la que entrega el criterio a seguir por las cortes nacionales; que, consecuentemente, es procedente sostener que la jurisdicción del Reino Unido con arreglo al artículo 1 de la CEDH se extiende a todos los miembros de sus fuerzas armadas que están sirviendo en territorio extranjero a fin de asegurarles la protección del derecho consagrado en el artículo 2 de la misma Convención; y que, de esta manera, los soldados Hewett y Ellis se encontraban, al momento de su muerte, bajo la jurisdicción del Reino Unido con arreglo a lo establecido en el citado artículo 1 de la Convención.

- ii) En lo relativo a la cuestión de la extensión de los deberes del Reino Unido con arreglo al artículo 2 de la CEDH, en particular si dicho norma impone al Reino Unido deberes positivos dirigidos a prevenir la muerte de miembros de sus fuerzas armadas durante operaciones activas en contra del enemigo

El número 1 del artículo 2 de la CEDH dispone que el derecho a la vida de toda persona será protegido por el derecho y que nadie podrá ser intencionalmente privado de su vida salvo en el caso de que se trate de la ejecución de una sentencia de un tribunal que condene a una persona por un delito respecto del cual la ley establece la pena de muerte.

La Corte, habiendo resuelto por unanimidad que los soldados Hewett y Ellis se encontraban, a la fecha de su muerte, bajo la jurisdicción del Reino Unido de acuerdo con el artículo 1 de la CEDH, pasó, en consecuencia, a ocuparse de la extensión de los deberes del Reino Unido con arreglo al artículo 2 de la misma Convención, cuya infracción era alegada por los

demandantes. La determinación de la extensión de dichos deberes era relevante para decidir si procedía o no rechazar de plano dicha alegación. Si se concluía que las conductas en cuestión no quedaban cubiertas por el referido artículo 2, procedía sin más el rechazo de plano de las *Snatch Land Rover claims* respectivas.

En esta parte, la mayoría de la Corte (Lord Hope, Lord Walker, Lady Hale, y Lord Kerr) sostuvo que las *Snatch Land Rover claims* relativas a la supuesta violación del artículo 2 de la CEDH no deberían ser rechazadas de plano (la argumentación de la mayoría consta en la opinión escrita de Lord Hope, a la cual se plegaron Lord Walker, Lady Hale y Lord Kerr)⁴⁹. Una opinión disidente sostuvieron Lord Mance, Lord Wilson, y Lord Carnwath (la argumentación de la opinión disidente en relación a este punto consta en la opinión escrita de Lord Mance, a la cual se plegó Lord Wilson, mientras que Lord Carnwath escribió su propia opinión disidente)⁵⁰.

a) La opinión de la mayoría

Lord Hope comienza precisando que del artículo 2 de la Convención se desprenden dos clases de obligaciones dirigidas a proteger el derecho a la vida: una sustantiva y una procedimental (que se traduce en la existencia de un adecuado sistema legal y administrativo de prevención, investigación y sanción de los homicidios, y en particular de un adecuado sistema de investigación de las muertes en que se vean involucrados agentes del Estado); y que las pretensiones debatidas dicen relación únicamente con la obligación sustantiva. Añade que la obligación sustantiva de proteger el derecho a la vida que el artículo 2 de la CEDH impone al Estado se divide en dos categorías: un deber de implementar un marco de normas legales, mecanismos y procedimientos dirigidos a proteger el derecho a la vida (deber marco); y un deber operacional, que consiste, según las circunstancias, en un deber positivo de tomar las medidas operacionales pertinentes a fin de proteger la vida de una persona cuya vida está en riesgo (deber operacional).

En seguida, Lord Hope se refiere a la justiciabilidad de las muertes o lesiones producidas en el marco de operaciones de combate. Al respecto señala que no es plausible sostener que *todos* los casos de muerte o le-

⁴⁹ Sobre este punto en particular, párrafos 56-81.

⁵⁰ Lord Carnwath coincidió con Lord Mance en relación al alcance del artículo 2 de la Convención, pero en su opinión escrita manifestó que con respecto a la *Snatch Land Rover claim* relativa a la supuesta violación del artículo 2 de la Convención debía tenerse presente que a la fecha de los hechos alegados, las mayores operaciones de combate habían cesado, por lo que no procedería su rechazo de plano.

siones en combate producto de la conducción de operaciones por parte de las fuerzas armadas se encuentran al margen del alcance del artículo 2 de la Convención. Tal como en cualquier otro caso en que se proceda a determinar el alcance de algún deber que se funde en alguna normas de la Convención, en este caso, al efectuar tal determinación, se deben balancear los intereses del individuo y los de la comunidad en general, y que se reconoce al Estado un importante margen de apreciación en el balance de los intereses en juego.

Habiendo establecido dicha premisa general, Lord Hope puntualiza que, sin embargo, el mero despliegue de efectivos militares en territorio extranjero, como parte de una fuerza militar debidamente equipada y capaz de defenderse, no constituye en sí mismo una violación a la garantía del derecho a la vida a que se refiere la primera parte del número 1 del artículo 2 de la CEDH.

En todo caso, continúa Lord Hope, lo anterior no impide sostener que determinadas fallas por parte del Estado en materias relativas a equipamiento, planificación y adiestramiento de los miembros de las fuerzas armadas pueden ser objeto de escrutinio a la luz del artículo 2. Según Lord Hope, la clave en estos casos es el contexto en el que se toman las decisiones respectivas, en el sentido que, dependiendo de dicho contexto, en algunos casos los actos en cuestión estarán fuera del alcance del artículo 2 de la Convención y en otros casos quedarán cubiertos por dicha norma.

La referencia relativa al contexto de los actos en cuestión es la base sobre la cual Lord Hope formula dos ideas que parecen ser claves. Ellas denotan la cautela con la que tienen que proceder los tribunales al decidir materias de esta naturaleza:

- i) Primeramente, que hay una diferencia fundamental entre, por un lado, maniobras ejecutadas en el marco de actividades de adiestramiento, en las que parece posible divisar un conjunto de condiciones bajo control de la autoridad respectiva; y, por el otro, las maniobras que tienen lugar una vez que las tropas han sido desplegadas en servicio activo en condiciones que escapan de un completo control. Lord Hope sostiene que, en consecuencia, en este último caso los tribunales deben proceder con cautela, por las propias condiciones en que las decisiones en cuestión fueron tomadas.
- ii) Las cuestiones relativas al equipamiento dependen en última instancia de decisiones relativas a la asignación de recursos a las fuerzas armadas y sus diversas ramas, materias respecto de las cuales parece más apropiado un escrutinio político que judicial. De esta manera, sostiene Lord Hope, en esta parte los tribunales también deben proceder con extrema cautela.

En seguida, Lord Hope procede a considerar los precedentes de la Corte de Estrasburgo. De dicho análisis extrae básicamente tres ideas:

- i) Estrasburgo reconoce que el artículo 2 de la CEDH es efectivamente fuente de las dos categorías de obligación sustancial antes mencionadas: deberes marco y deberes operacionales⁵¹.
- ii) Estrasburgo también reconoce que dichos deberes sustanciales operan en varios niveles, distinción que es aplicable a la materia que ahora se está resolviendo. Así, en *Keenan v. United Kingdom*⁵², a propósito de los deberes del Estado para con personas privadas de libertad, la Corte de Estrasburgo sostuvo que en un primer nivel se encuentra el deber de implementar sanciones de derecho penal que disuadan la comisión de ofensas en contra del derecho a la vida de tales personas. En seguida, se encuentra un deber también general consistente en el deber del Estado de tomar las medidas apropiadas para asegurar la salud y bienestar de los prisioneros o personas que se encuentren bajo alguna forma de detención. Y, finalmente, en un tercer nivel, se encuentra un doble deber también de carácter general: el deber de implementar un marco legislativo y administrativo dirigido a la prevención efectiva de riesgos a la salud y bienestar de dichas personas (o que proporcione una efectiva disuasión en contra de amenazas al derecho a la vida); y en los casos en que exista un riesgo real e inmediato a la vida, el deber de adoptar todas aquellas medidas operacionales de carácter preventivo que sean practicables a fin de salvaguardar la vida de aquellos envueltos en la situación de riesgo⁵³. Lord Hope sostiene que los dos deberes correspondientes al tercer nivel antes mencionado resultan particularmente pertinentes en relación a las cuestiones que ahora se están resolviendo.
- iii) Finalmente, si bien Estrasburgo no se ha pronunciado directamente en relación a la extensión de la protección que el número 1 del artículo 2 de la CEDH ofrece, en cualquiera de sus niveles, a los miembros de las fuerzas armadas que se encuentren comprometidos en actividades como aquellas que tuvieron lugar en Irak en 2005 y 2006, sí es posible extraer de su jurisprudencia algunos criterios que pueden servir de guía para las cuestiones

⁵¹ *Osman v. United Kingdom* (1998) 29 EHRR 245, al que se refiere la decisión de la House of Lords en *Savage v. South Essex NHS Trust* [2008] UKHL 74, [2009] AC 681.

⁵² (2001) 33 EHRR 913, párrafo 89.

⁵³ *Öneryıldiz v. Turkey* (2004) 41 EHRR 325, párrafo 89.

que ahora se están considerando. Destacan en particular los siguientes:

- La noción de que al interpretar y aplicar las normas de la Convención, la corte debe tener en cuenta las particularidades de la vida militar⁵⁴;
- La noción de que lo anterior, a su vez, se traduce en que el estándar de protección conferido por el número 1 del artículo 2 de la Convención debería ser distinto en aquellos casos en que los miembros de las fuerzas armadas están tomando parte activamente en operaciones militares, ya sea en territorio nacional o en el extranjero, puesto que en tales casos son evidentes los riesgos inherentes a la profesión militar⁵⁵.
- Y la noción de que, en consecuencia, en el caso de los deberes positivos de carácter operacional que tienen lugar en el caso de existir un riesgo real, directo e inmediato a la vida, tales deberes deben ser interpretados en una forma tal que no se traduzcan en imponer al Estado una carga impracticable o desproporcionada, debiendo, además, ser compatibles con los otros derechos de la Convención⁵⁶.

Sobre la base de esa jurisprudencia, y de lo razonado previamente, Lord Hope concluye que:

- En lo relativo a la planificación y conducción de operaciones militares en situaciones de conflicto armado, se debe evitar imponer al Estado obligaciones positivas que sean impracticables o desproporcionadas;
- A la inversa, se debe dar efecto a aquellas obligaciones en aquellas situaciones en donde sería razonable esperar que se otorgara protección al individuo.

⁵⁴ Engel v. The Netherlands (N° 1) (1976) 1 EHHR 647, párrafo 54; Sen v. Turkey y Grigoriades v. Greece (1997) 27 EHHR 464.

⁵⁵ Stoyanovi v. Bulgaria, decisión de 9 de noviembre de 2010, párrafo 59-61

⁵⁶ Stoyanovi v. Bulgaria, párrafo 61, en donde, a fin de precisar las particularidades de aquellas situaciones en las que el Estado emprende o autoriza actividades inherentemente riesgosas como lo son las de la vida militar, se señala que el deber del Estado en tales casos consiste en asegurar, a través de un sistema de reglas y del adecuado control, que el riesgo se reduzca al mínimo, de modo tal que si de todas formas tiene lugar un daño, el Estado incurrirá en responsabilidad sólo en caso de insuficiente regulación e insuficiente control, no siendo responsable si el daño es causado por la conducta negligente de un individuo o por la concatenación infortunada de eventos. También Giuliani and Gaggio v. Italy, decisión de 24 de marzo de 2011; y Finogenov v. Russia, decisión de 20 de diciembre de 2011, párrafo 213, en donde se distingue para estos efectos entre situaciones que tienen lugar en lugares de entrenamiento y aquellas que se producen en operaciones en donde hay contacto directo con el enemigo.

- De esta manera, se encuentran más allá del alcance del artículo 2 de la Convención aquellas decisiones (o la no toma de las mismas) en materias relativas a adiestramiento, equipamiento o conducción de operaciones militares que fueron tomadas a nivel de alto mando, que se encuentran estrechamente vinculadas al ejercicio de criterios políticos y a cuestiones políticas.
- Del mismo modo, se encuentran más allá del alcance del artículo 2 de la Convención los casos en que aquellos que se considera encargados de evitar el riesgo de muerte o lesiones a otros incurran en acciones u omisiones cuando se encuentren activamente comprometidos en contacto directo con el enemigo.
- Y que, en consecuencia, se debe admitir la dificultad de determinar si ciertas hipótesis se encuentran en un ámbito intermedio al de las dos últimas, de manera que sean compatibles, por un lado, la existencia de un amplio margen de apreciación otorgado a las autoridades o a aquellos activamente comprometidos en un conflicto armado; y, por el otro, la aplicabilidad del artículo 2 de la Convención. Tal dificultad requiere un adecuado juzgamiento a la luz de los hechos del caso.

De esta manera, y considerando el objeto de las alegaciones en las *Snatch Land Rover claims* relativas a la supuesta violación del artículo 2 de la Convención (y que, en general, envuelven alegaciones de fallas en materia de equipamiento y de decisiones operacionales), Lord Hope concluye que la única forma de determinar la manera en que tales alegaciones se insertan en la estructura de deberes que se ha explicado sobre la base de lo resuelto por Estrasburgo (en particular, para saber si tales alegaciones quedan comprendidas en el ámbito intermedio recién referido) es procediendo a debatir y rendir prueba en juicio respecto de los hechos alegados. En consecuencia, Lord Hope considera que no corresponde dar lugar a la solicitud de rechazo de plano de las *Snatch Land Rover claims*, ordenando que sean debatidas y objeto de prueba en juicio.

b) La opinión de la minoría

La argumentación de la minoría en relación a la cuestión del alcance del artículo 2 de la Convención para los efectos de determinar si procede o no rechazar de plano las *Snatch Land Rover claims* relativas a dicha materia, se contiene fundamentalmente en la opinión de Lord Mance⁵⁷.

⁵⁷ Párrafos 102-152. Véase además, n. 50.

Al respecto, cabe destacar cinco puntos:

- i) Lord Mance coincide con la mayoría en la cuestión relativa a los deberes que envuelve el artículo 2 de la Convención: una obligación procedimental y una obligación sustantiva, la que, a su vez, comprende deberes marco y deberes operacionales.
- ii) Con respecto los deberes sustanciales (marco y operativos), Lord Mance considera que ambos están inextricablemente unidos.
- iii) Sobre la base de la jurisprudencia de Estrasburgo, Lord Mance parece sostener que, al igual que en otras situaciones en donde el contexto debía ser tomado en consideración para los efectos de determinar el contenido de los deberes que el artículo 2 impone, el contexto particular de la vida militar (que envuelve actividades inherentemente riesgosas) determina que los deberes sustanciales que envuelve dicho artículo 2 se vean afectados en un doble sentido:
 - Por una parte, los deberes positivos de carácter operacional se ven limitados en forma tal que quedan al margen del alcance de la Convención los daños causados por el acto negligente de un tercero o por una concatenación infortunada de eventos⁵⁸.
 - Por la otra, que el deber marco quede sujeto a un estándar más bajo que en otras condiciones, y que consistiría en asegurar, a través de un sistema de reglas y de adecuado control, que el riesgo se reduzca al mínimo.⁵⁹
- iv) Con respecto al deber marco, Lord Mance se pregunta si, en estas condiciones, tal deber envuelve o no la obligación del Estado de ejercer un debido cuidado en el curso de la planificación de operaciones militares, y en el equipamiento y adiestramiento de sus fuerzas armadas, de manera de reducir los riesgos a la vida que tales operaciones envuelven. Lord Mance responde por la negativa, afirmando que Estrasburgo ha considerado que tales cuestiones envuelven decisiones políticas que están más allá del alcance del artículo 2 de la Convención⁶⁰.
- v) Sobre la base de estas consideraciones, Lord Mance observa importantes dificultades para reconocer la existencia del “ámbito intermedio” de decisiones al que alude Lord Hope.

De esta forma, Lord Mance termina señalando que las alegaciones formuladas en las *Snatch Land Rover claims* relativas a la supuesta vio-

⁵⁸ Stoyanovi v. Bulgaria, decisión de 9 de noviembre de 2010, párrafo 61.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Taylor v. United Kingdom, decisión de 30 de agosto de 1994; y Banks v. United Kingdom (2007) 45 EHRR SE2.

lación del artículo 2 de la Convención, dicen relación con actuaciones que quedan comprendidas en áreas que, con arreglo a lo resuelto por Estrasburgo, deberían quedar al margen del alcance del artículo 2 de la Convención, por lo que es procedente su rechazo de plano.

b) En cuanto a las *Challenger claims*
y a la *Snatch Land Rover claim* relativa al *tort*
de negligencia con sujeción al *common law* (*Ellis claim*)

En esta parte, la mayoría de la Corte (Lord Hope, Lord Walker, Lady Hale, y Lord Kerr) sostuvo que estas demandas no deberían ser rechazadas de plano (la argumentación de la mayoría consta en la opinión escrita de Lord Hope, a la cual se plegaron Lord Walker, Lady Hale y Lord Kerr)⁶¹. Una opinión disidente sostuvieron Lord Mance, Lord Wilson, y Lord Carnwath (la argumentación de la opinión disidente en relación a este punto consta en la opinión escrita de Lord Mance⁶², a la cual se plegó Lord Wilson, y en la opinión escrita de Lord Carnwath⁶³).

i) La opinión de la mayoría

Lord Hope comienza en esta parte precisando que las *Challeneger claims* envuelven en general alegaciones de infracción a deberes de cuidado en materia de equipamiento y adiestramiento⁶⁴, mientras que la *Ellis claim* envuelve en general alegaciones de infracción a deberes de cuidado en materias de equipamiento⁶⁵.

Lord Hope se ocupa en seguida de la alegación del MoD de que tales alegaciones quedan cubiertas por la inmunidad de combate. Sobre la base del precedente, Lord Hope puntualiza que la inmunidad de combate es un principio aplicable en materia de negligencia en virtud del cual los miembros de las fuerzas armadas que están comprometidos en operaciones de combate en contra del enemigo no están sujetos a un deber de cuidado de no causar la muerte o lesionar a otros miembros de aquellas fuerzas en el curso de tales operaciones (es decir, no incurrir en responsabilidad civil por el *tort* de negligencia), principio que parece evidente, puesto que, de sostenerse lo contrario, su operatividad y eficacia en el campo de batalla se vería severamente restringida.

⁶¹ Sobre este punto, párrafos 82-101.

⁶² Sobre este punto, párrafos 110-140.

⁶³ Sobre este punto, párrafos 157-188.

⁶⁴ Véase n. 34 y el texto al que acompaña.

⁶⁵ Véanse n. 36 y 37.

Asimismo, y en relación a la extensión de la inmunidad de combate, Lord Hope sostiene que se debe interpretar restrictivamente. En este sentido la inmunidad de combate solo tiene lugar con ocasión de operaciones bélicas en curso o inminentes.

De esta manera, y considerando la naturaleza de las alegaciones de los demandantes (que envuelven en general alegaciones de fallas en materia de adiestramiento y equipamiento), la cuestión a resolver en este caso es, señala Lord Hope, si la inmunidad de combate debería extenderse a fallas que tienen lugar en etapas anteriores a las de una operación bélica en curso o inminente.

Lord Hope concluye que *tal extensión no debería efectuarse*. Luego, y considerando que las *Challenger claims* envuelven alegaciones relativas a fallas en equipamiento y entrenamiento que tuvieron lugar en etapas anteriores a operaciones bélicas en curso o inminentes, sostiene que no procede rechazarlas de plano, puesto que no están cubiertas por la inmunidad de combate. Del mismo modo, y aunque la *Ellis claim* envuelve algunas alegaciones de hechos en los que no aparece tan claro que estén al margen de la inmunidad de combate⁶⁶, sí envuelve también la alegación de otros hechos que definitivamente están al margen de dicho principio, por lo que a su respecto tampoco procede rechazarla de plano.

Finalmente, Lord Hope se ocupa de la alegación del MoD de que, aun cuando no tenga lugar el principio de la inmunidad de combate, las demandas deberían ser rechazadas en esta parte, porque no sería justo, equitativo y razonable imponer al Estado un deber de cuidado de *common law* en esta materia.

Al respecto Lord Hope señala que las mismas consideraciones formuladas en el análisis de la extensión de los deberes que impone el artículo 2 de la Convención (y que, se recordará, ponían el énfasis en el contexto en que las decisiones fueron tomadas, en la naturaleza de la actividad militar, y el mayor o menor carácter político de la decisión), también son aplicables aquí, por lo que a fin de resolver adecuadamente la cuestión de si es justo, equitativo y razonable imponer un deber de cuidado en este caso (tomando en cuenta lo relativo al contexto, a la naturaleza de la actividad militar, y al carácter más o menos político de las decisiones objeto de escrutinio), los hechos deben ser investigados a fondo, por lo que se debe proceder a su debate y prueba en juicio. En razón de ello, Lord Hope considera que no procede rechazar de plano estas alegaciones, y que ellas deben ir a juicio, sin dejar de mencionar que, precisamente en razón de las particulares características de la actividad militar y de los intereses

⁶⁶ *Ibid.*

en juego, el tribunal debe proceder con cautela al decidir si existió un deber de cuidado y si existió una infracción a dicho deber.

ii) La opinión de la minoría

Lord Mance, sobre la base de la estrecha vinculación que según él existe entre decisiones relativas a equipamiento y adiestramiento, por un lado, y decisiones tomadas en el campo de batalla, por el otro (y por ende, en razón de la estrecha vinculación entre el principio de inmunidad de combate y la aseveración de que no es justo, equitativo y razonable imponer al Estado un deber de cuidado), fue de la opinión que las demandas debían ser rechazadas de plano fundamentalmente porque involucraban alegaciones respecto de acciones u omisiones esencialmente no justiciables, en cuanto inciden en materias de decisión política (no justiciables) y que, por ello, es procedente sostener que el Estado no tiene un deber de cuidado al respecto.

Lord Carnwath coincidió con Lord Mance en este razonamiento en relación a las *Challenger claims*. Sin embargo, y al igual que en relación a la *Snatch Land Rover claim* relativa a supuesta violación del artículo 2 de la Convención⁶⁷, sostuvo que con respecto a la *Ellis claim*, un factor importante a tener en cuenta era que a la fecha de los hechos alegados, las mayores operaciones de combate habían cesado, por lo que no procedería a su respecto rechazarla de plano.

4. Conclusiones

La sentencia que nos ocupa sugiere interesantes aproximaciones respecto de distintos temas. A nuestro juicio, cinco son los puntos a destacar.

En primer lugar, es destacable la decisión de que los miembros de las fuerzas armadas del Reino Unido que se encuentren prestando servicios en territorio extranjero se encuentran bajo su jurisdicción para los efectos de lo establecido en el artículo 1 de la Convención. A nuestro juicio, tres son las razones que hacen interesante este punto. Primero, la Corte Suprema fue unánime en relación a esta materia, lo que indica un importante grado de consenso en torno a una interpretación que probablemente está llamada a tener importantes efectos en la aproximación por parte de Estrasburgo y, consecuentemente, por parte de otros Estados miembros, en relación a las cuestiones relativas al ejercicio extraterritorial de jurisdicción

⁶⁷ Véase nota 53.

para los efectos de determinar el alcance de la Convención. Segundo, la decisión unánime que se alcanzó sobre este punto implicó apartarse de una decisión anterior de la propia Corte Suprema (en el caso Catherine Smith) en la que se había dicho que correspondía a Estrasburgo dar el paso de establecer una nueva categoría de ejercicio extraterritorial de jurisdicción. Y, tercero, no obstante lo anterior, y aunque pareciera que la Corte Suprema deja en claro que está procediendo conforme al *mirror principle* (principio del espejo), toda vez que se preocupa de señalar que la decisión de apartarse de Catherine Smith se funda en lo que había resuelto Estrasburgo en Al-Skeini (en donde, a su vez, Estrasburgo se apartó de lo que se había resuelto en Bankovic), es relevante notar que la propia Corte Suprema reconoce que Estrasburgo no ha resuelto directamente un caso similar, pero que algunos criterios pueden ser extraídos de un conjunto de decisiones para resolver la cuestión de la jurisdicción. Si bien se puede decir que ello no es sino otra forma de seguir el *mirror principle*, no es menos cierto que, en cierta medida, constituye una forma más audaz, en particular si se tiene en cuenta lo que la propia Corte Suprema había resuelto en Catherine Smith, y las implicancias futuras que probablemente tendrá la decisión en sí misma.

En segundo lugar, en relación a la cuestión de los deberes que impone el artículo 2 de la Convención y de la procedencia de rechazar o no de plano en esta parte las demandas, la diferencia que se observa entre la mayoría y la minoría no parece ser tan sustancial como a primera vista sugiere la divergencia sobre este punto. Ambas argumentaciones coinciden en la naturaleza de los deberes que impone el artículo 2 de la Convención y en reconocer (siguiendo a Estrasburgo) la incidencia que en este ámbito (la operación de las fuerzas armadas de un Estado en territorio extranjero) tienen factores tales como el contexto de las actuaciones impugnadas, las particularidades de la vida militar, y el carácter esencialmente político y no justiciable de muchas de las decisiones que tales operaciones involucran. La diferencia radicó en que la mayoría estimó que había una especie de “zona gris” o intermedia en la que una mayor investigación de los hechos debía efectuarse a fin de determinar con precisión la existencia en este caso de deberes con arreglo al artículo 2 de la Convención y de su eventual infracción, y que este era precisamente el caso; mientras que la minoría estimó que tal investigación no era necesaria en este caso, puesto que era claro que las actuaciones objetadas estaban fuera del alcance de dicho artículo. La diferencia parece ser más sutil todavía si se considera que inmediatamente después de concluir (en el párrafo 80) que las demandas no debían ser rechazadas de plano, Lord Hope (y con él, la mayoría) precisa que los demandantes deben saber que los jueces que conozcan

del juicio deberán seguir los criterios establecidos por la decisión de la Corte Suprema, en particular que *en estas materias se reconoce un amplio margen de apreciación a las autoridades* y que, por ende, *diste bastante de ser claro si los demandantes podrán establecer que algún deber operacional con arreglo al artículo 2 de la Convención ha sido de hecho infringido*.

En tercer lugar, en lo relativo a las cuestiones relativas al *tort* de negligencia, también es posible sostener que las diferencias entre la mayoría y la minoría tampoco son tan fundamentales en este punto. La mayoría y la minoría parecen coincidir en que el principio de la inmunidad de combate debe ser interpretado restrictivamente, radicando la diferencia en que la mayoría estimó que era preciso recibir más evidencia (y por tanto, que era necesario un debate en juicio) a fin de determinar si los hechos alegados están fuera del alcance de dicho principio, y que lo mismo aplica en torno a la cuestión de si es justo, equitativo y razonable imponer un deber de cuidado en este caso en razón de los factores ya mencionados a propósito de la determinación del alcance del artículo 2 de la Convención (relativos al contexto, naturaleza de la actividad militar y no justiciabilidad de decisiones políticas), recalcando que los tribunales deben proceder con cautela en estos casos precisamente en razón de dichos factores; mientras que la minoría estimó que no era necesario recibir más evidencia (y por ende, no era necesario proceder a debatir en juicio) por cuanto parecía claro que los hechos alegados no eran justiciables en razón de consideraciones que combinan el análisis del alcance del principio de la inmunidad de combate y de si es justo, equitativo y razonable imponer un deber de cuidado. En esta parte, la minoría discrepó entre sí sólo en razón de que Lord Carnwath otorgó más relevancia a la circunstancia de que a la fecha de los hechos alegados en la *Ellis claim* habían cesado las mayores operaciones de combate, por lo que respecto de tal demanda no tenían lugar las consideraciones que sí compartió con Lord Mance en relación a las *Challenger claims*.

En cuarto lugar, y como ya se mencionó al pasar en la primera de las conclusiones aquí expuestas, la decisión de la Corte Suprema parece confirmar su fidelidad al *mirror principle*. Tanto en la decisión unánime como en las decisiones en donde hubo división de pareceres, las argumentaciones siguen de cerca y exhaustivamente lo resuelto en Estrasburgo. En esta parte cabe destacar dos puntos. Primero, lo que ya se mencionó antes en relación al hecho de que la unanimidad de la Corte Suprema funda su decisión de apartarse de la decisión de Catherine Smith en lo resuelto por Estrasburgo en *Al-Skeini*. La Corte Suprema procedió de tal forma habiendo declarado expresamente que su principio guía sería el que, para determinar el alcance del artículo 1 de la Convención, debía seguirse lo que Estrasburgo ha señalado al respecto *sin ir más allá de lo que allí se*

*ha dicho*⁶⁸. Y, segundo, lo que también ya se dijo en el sentido de que en relación al alcance del artículo 2 no existen diferencias entre la mayoría y la minoría, siguiendo ambas de cerca a Estrasburgo.

Y finalmente, en quinto lugar, es relevante destacar que esta sentencia deja en evidencia que la aplicación de la HRA posibilita un diálogo mutuamente enriquecedor entre los tribunales del Reino Unido y la Corte de Estrasburgo. Pareciera que generalmente los tribunales nacionales británicos seguirán las decisiones de Estrasburgo. Pero también pareciera que ello no obsta a que exista cierto espacio para una legítima discrepancia y, lo que es más importante, para el aporte por parte de los tribunales nacionales de criterios iluminadores para interpretar las normas de la Convención y otorgar una mejor protección de los derechos que ellas consagran, de lo cual parece ser un ejemplo la decisión de la Corte Suprema en lo relativo a la cuestión de la jurisdicción.

Bibliografía

JURISPRUDENCIA

Las sentencias de la Apellate Court, la United Kingdom Supreme Court y la United Kingdom House of Lord figuran a pie de página en cifras y números a usanza británica.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Bankovic v. Belgium* 12 de diciembre de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Engel v. The Netherlands*, 30 de abril de 1976.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Finogenov v. Russia*, 20 de diciembre de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Giuliani and Gaggio v. Italy*, 24 de marzo de 2011.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Öneryildiz v. Turkey*, 30 de noviembre de 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Osman v. United Kingdom*, 28 de octubre de 1998.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sen v. Turkey y Grigoriades v. Greece*, 25 de noviembre de 1997.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Soering v. United Kingdom*, 1989.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Stoyanovi v. Bulgaria*, 9 de noviembre de 2010.

⁶⁸ Véase nota 50 y el texto al que acompaña.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Taylor v. United Kingdom, 30 de agosto de 1994.

DOCTRINA

- LE SUEUR, Andrew, 'Constitutional Fundamentals: A. Fundamental Principles', en *Feldman*, pp. 10-12.
- BEATSON, Jack, y otros, *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom*, London, Sweet & Maxwell, 2008.
- BELL John, 'Sources of Law', en Andrew Burrows, *English Private Law*, 3ª ed, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- CLAYTON, Richard, y TOMLINSON, Hugh, *The Law of Human Rights*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, 2 vols.
- DICKSON, Brice, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- ELLYS, Evelyn, 'Constitutional Fundamentals: B. Sources of Law and the Hierarchy of Norms', en David Feldman (ed.), *English Public Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press 2009.
- FELDMAN, David, 'Standards of Review and Human Rights in English Law', en *English Public Law*, Oxford, Oxford University, 2004.
- HOFFMAN, David y ROWE, John, *Human Rights in the UK: An introduction to the Human Rights Act 1998*, 4ª ed., Londres, Pearson, 2013.
- HOFFMAN, David, *The Impact of the Human Rights Act on Private Law*, Cambridge University Press, 2011.
- HUNT, Murray, 'The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act', *Public Law* 423, 1998.
- LORD LESTER OF HERNE HILL, LORD PANNICK, y HERBERG Jaban, *Human Rights Law and Practice*, 3ª ed., Ohio, LexisNexis, 2009.
- MCCRUDDEN, Christopher y CHAMBERS, Gerald, *Individual Rights and the Law in Britain*, 1ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1995.
- SIMPSON A. W. Brian, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- PANNICK, David, y STEELE, Iain, 'Human Rights Act 1998', en Lester, Pannick, y Herberg, p. 28.

EN TORNO A LA EROSIÓN
DEL ESTADO DE DERECHO.
LAS PRIMERAS MEDIDAS DEL GOBIERNO
DE SALVADOR ALLENDE:
ENTRE EL MIEDO Y LA POLÉMICA

AROUND EROSION OF THE RULE OF LAW.
FIRST STEPS OF THE GOVERNMENT
OF SALVADOR ALLENDE:
BETWEEN FEAR AND CONTROVERSY

*José Díaz Nieva**

Resumen

El presente trabajo examina las primeras medidas emprendidas por el gobierno de Salvador Allende, atendidas las circunstancias de su contexto histórico. Todas ellas, con sus diversos matices, abrieron las compuertas para la erosión material y formal del Estado de Derecho. La intolerancia política al pretender gobernar exclusivamente para las masas que lo eligieron; la organización de una estructura paramilitar para su protección; la concesión de asilo político a militantes de organizaciones subversivas que atentaban contra el Estado de Derecho; la utilización de medidas de legislación extraordinaria, en la mayoría de los casos de espaldas al Poder Legislativo; la resurrección de legislaciones caducas y olvidadas, contrariando su espíritu; las expropiaciones de propiedades agrícolas, no exentas de hechos de violencia; las expropiaciones de la gran minería, que afectaba a intereses foráneos. Este conjunto de medidas, sumadas a otras que se exponen, ciertamente no favorecieron el consenso y el diálogo democrático.

Palabras clave: historia política, Unidad Popular, Salvador Allende, utilización del Derecho Público.

* Doctor en Derecho (1993) por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Historia (2013) por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Coordinador de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás (Chile). Artículo enviado el 7 de mayo de 2014 y aceptado para su publicación el 30 de julio de 2014. Correo electrónico: jdniev@yahoo.es

Abstract

This work deals with the first measures adopted by the government of Salvador Allende, given the particular circumstances of such historical context. All those measures paved the way to the –formal and material– erosion of the Rule of Law. The intolerance of ruling only for its partisan; the organization of a partisan militia for his personal safety; the grant of political asylum to supporters of subversive groups who threatened the compliance of the Rule of Law; the display of extraordinary prerogatives to legislate, mostly without Congress' consent; the revival of ancient and forgotten legislation, applied against its original intent; the takings of agricultural properties, by violent means; the taking of the cooper mining industry, damaging the foreign investment. All these measures, as a whole, did certainly not contribute to the democratic dialogue during such a period.

Key Words: Political History, Unidad Popular, Salvador Allende, abuse of Public Law.

I. Introducción

Hace 40 años, un 11 de septiembre de 1973, en Chile se rompía, mediante una intervención militar, una de las convivencias democráticas más estables del continente americano. Pero ese hecho, como muchos otros, no se podría explicar por sí solo. La tercera ley de Newton establece que “a toda acción siempre se opone una reacción”. En este sentido el presente trabajo explora algunas de las primeras y más polémicas medidas del gobierno de Salvador Allende, en el marco de una gran problemática: la utilización del derecho público para exclusivos fines políticos partidistas.

Está claro que este no es un estudio completo sobre la totalidad de las medidas adoptadas por el gobierno de la Unidad Popular, y que se podría ampliar a otras políticas adoptadas, como aquellas que hacen referencia a las JAP o el proyecto de Educación Nacional Unificada. Y ello por no hablar de los atentados contra la libertad de expresión y manifestación. Todo ello fue creando un clima de tensión entre los que pretendían hacer una Revolución legal, utilizando los márgenes que las leyes les concedían (la llamada Vía Chilena al Socialismo) y aquellos otros que se oponían a esa pretendida revolución.

También quedan al margen los temores previos, los manifiestos, programas y conclusiones de los congresos de algunas de las agrupaciones que configuraban la Unidad Popular, que como las acordadas en el congreso de Chillán de 1967 por el Partido Socialista llamaban al uso de la violencia.

Tampoco tenemos espacio para analizar lo que constituye un verdadero vacío en la historiografía chilena: el “otro” exilio, el exilio de aquellos que huyeron del gobierno de la Unidad Popular, puede que no tan numeroso y dramático como el ocurrido durante los años del gobierno militar, pero no por ello menos significativo, especialmente en Argentina, Ecuador, Brasil o España¹.

Todo ello debiera ser abordado con más atención en un trabajo monográfico de mayor envergadura a fin de entender cómo pudo llegarse a ese 11 de septiembre. Por de pronto, y salvado este contexto histórico, nos abocaremos al análisis de las primeras medidas del Gobierno de Salvador Allende desde el ángulo ya referido.

II. Primer Gabinete de Salvador Allende

El 3 de noviembre de 1970 Allende juraba ante el Presidente del Senado desempeñar fielmente el cargo presidencial, conservar la integridad e independencia de la nación y guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes². Y lo hacía en presencia de 75 delegaciones de todo el mundo, incluida la de la España franquista³.

Los actos oficiales también tuvieron su reflejo en las calles de Santiago, donde los simpatizantes de la Unidad Popular festejaban con gran algarabía:

“Fiestas populares, alegría y jolgorio desde la Plaza de Italia hasta la Estación Central, en actos organizados por la Unión Popular para celebrar alborozadamente la iniciación de la etapa del primer gobierno marxista instituido por votación democrática en Chile y en todo el mundo”.

Al menos, eso es lo que se podía leer en un diario español⁴.

¹ Alejandro PAREDES, “Las prácticas políticas de los exiliados chilenos en Mendoza y su incidencia en Chile”, pp. 133-146. La primera familia de exiliados fue la de don Alfredo Délano Concha, de acuerdo con *El Sur*, Concepción, 9 de septiembre de 1970, p. 1. Cuando no se indique población se entenderá que es Santiago de Chile.

² La fórmula de toma de posesión había sido instaurada por el artículo 80 de la Constitución de 1833, que textualmente establecía lo que el candidato electo debía pronunciar a la hora de asumir su cargo: “Yo, juro por Dios Nuestro Señor y estos Santos Evangelios que desempeñaré fielmente el cargo de Presidente de la República; que observaré y protegeré la Religión Católica, Apostólica, Romana; que conservaré la integridad e independencia de la República, y que guardaré y haré guardar la Constitución y las leyes. Así Dios me ayude, y sea en mi defensa, y si no, me lo demande”. Tras la aprobación de la Constitución de 1925, y la separación Iglesia-Estado, se eliminó del nuevo artículo 70 toda connotación religiosa y las referencias a la Iglesia Católica.

³ La delegación Española estaba encabezada por su ministro de Obras Públicas. Véase Gonzalo FERNÁNDEZ DE LA MORA, *Río Arriba. Memorias*, pp. 232-235.

⁴ *La Vanguardia*, Barcelona, 3 de noviembre de 1970, p. 22.

En el mundo exterior, las reacciones fueron de lo más variado: los países comunistas saludaron su victoria con entusiasmo oficial; la veían como una conquista propia. En los países europeos las fuerzas progresistas observaban el cambio producido con una gran expectativa; las más conservadoras, en cambio, la miraban con una fría objetividad. Algo similar ocurría en Iberoamérica, donde se produjeron apasionadas reacciones a favor y en contra del nuevo presidente: preocupación en el Brasil de Emilio Medici y en la Argentina de Roberto Marcelo Levingston, que no ocultaron su inquietud ante los posibles desequilibrios en la zona. Curiosidad en el Perú de Velasco Alvarado, donde se resaltaba que la Revolución Peruana ya no se encontraría sola en América del sur⁵.

Pero, sin duda, hay que destacar la cautelosa repulsa mostrada por los Estados Unidos. Al día siguiente de la victoria electoral allendista en las urnas, la CIA elaboraba un informe en el que determinaba sus intereses en el país y lo que podría significar la revalidación por el Congreso Pleno de aquellos resultados:

“1) Los Estados Unidos no tienen intereses vitales en Chile. Habrá, sin embargo, pérdidas económicas tangibles. 2) El balance del poder militar del mundo no será significativamente alterado por un gobierno de Allende. 3) Una victoria de Allende, sin embargo, crea costos políticos y psicológicos, incluyendo una amenaza a la cohesión hemisférica y un avance psicológico definido para la idea marxista”⁶.

A estos efectos, es interesante el documento que, con carácter confidencial, enviaba Edward M. Korry⁷, el embajador norteamericano en Chile, al Presidente Nixon:

“Chile votó con calma para tener un Estado marxista leninista, la primera nación del mundo que hace esta elección libremente y a sabiendas. Su margen de ventaja es solo de un uno por ciento, pero dentro de la estructura de la Constitución chilena, es lo suficientemente amplio como para asegurar ese triunfo en forma definitiva. No hay razón para creer que las Fuerzas Armadas chilenas vayan a desatar una guerra civil, o que

⁵ Véase *Índice*, Madrid, 1 al 15 de diciembre de 1970, pp. 4-6. *El Siglo*, 7 de septiembre de 1970, p. 3; *El Mercurio*, 6 de septiembre de 1970, pp. 1 y 4; *La Tercera*, 6 de septiembre de 1970, pp. 10-12 y 7 de septiembre de 1970, p. 9; *Ercilla*, 9 al 15 de septiembre de 1970, p. 22.

⁶ Diana VENEROS, *Salvador Allende*, p. 318.

⁷ Resulta interesante la conferencia pronunciada por Edward M. Korry en el Centro de Estudios Públicos el 16 de octubre de 1996: “Los Estados Unidos en Chile y Chile en los Estados Unidos”.

la intervención de cualquier otro milagro pueda anular esta victoria. Es una realidad triste que Chile haya elegido la senda hacia el comunismo con poco más de un tercio (36%) de la nación a favor de esta alternativa, pero se trata de una realidad inmutable. Tendrá un efecto muy profundo en Latinoamérica y más allá de ella; hemos sufrido una derrota lastimosa; habrá consecuencias en el ámbito interior e internacional; las consecuencias tendrán impacto inmediato en algunos países y retardado en otros”⁸.

Más allá de las repercusiones internacionales, y como era de esperar, la primera medida del nuevo mandatario fue la designación de su primer gabinete. Su composición podía dar una idea de si Allende optaría por una posición conciliadora, introduciendo en él a técnicos e independientes, o si por el contrario adoptaría una posición más dogmática que reflejara el peso que tenían las diferentes fuerzas políticas que conformaban la coalición triunfante. Allende optó por la segunda alternativa. Su primer gabinete quedaba estructurado en dieciséis carteras: cuatro socialistas, tres comunistas, tres radicales, dos social-demócratas, un API, un MAPU y dos sin aparente militancia partidista definida. Todo indicaba que socialistas, comunistas y radicales eran los partidos que accedían a los mejores puestos del aparato estatal burocrático chileno. Claro está que también eran los más numerosos y los más votados:

Ministro del Interior: José Tohá González, socialista.

Ministro de Relaciones Exteriores: Clodomiro Almeyda Medina, socialista.

Ministro de Economía, Fomento: Pedro Vuskovic Bravo, independiente.

Ministro de Hacienda: Américo Zorrilla Rojas, comunista.

Ministro de Educación Pública: Mario Astorga Gutiérrez, radical.

Ministro de Justicia: Lisandro Cruz Ponce, API.

Ministro de Defensa Nacional: Alejandro Ríos Valdivia, radical.

Ministro de Obras Públicas y Transportes: Pascual Barraza Barraza, comunista.

Ministro de Agricultura: Jacques Chonchol Chait, mapucista.

Ministro de Tierras: Humberto Martones Morales, social-demócrata.

Ministro de Trabajo y Previsión Social: José Oyarce Jara, comunista.

Ministro de Salud Pública: Oscar Jiménez Pinochet, social-demócrata.

Ministro de Minería: Orlando Cantuarias Zepeda, radical.

Ministro de Vivienda y Urbanismo: Carlos Cortes Díaz, socialista.

⁸ Tomado de James R. WHELAN: *Desde las cenizas*, p. 278.

Ministro Secretario General de Gobierno: Jaime Suárez Bastidas, socialista.

Ministro-Director ODEPLAN: Gonzalo Martner García, independiente.

En relación a los ministros “independientes” se podrían hacer algunas matizaciones, dado que una cosa es que no tuvieran militancia partidista cuando asumieron sus cargos, y otra muy distinta es que no se adhirieran a postulados ideológicos concretos. En el caso de Vuskovic, hay que recordar que procedía de la CEPAL, organismo dominado por la ideas del estructuralismo del argentino Raúl Prebisch. En la CEPAL, en la que había trabajado desde 1949 como director de la División de Desarrollo, había participado en diversos congresos de economía y elaborado estudios de desarrollo. Como académico y profesor de la Universidad de Chile había ocupado el cargo de director del Instituto de Economía y Planificación. En sus escritos políticos y económicos se advierte sin gran dificultad que suscribe el marxismo como método de análisis de la realidad social; además de utilizar una abundante terminología proveniente de aquél. Aunque terminaría afiliándose al PS, sus simpatías por el comunismo eran evidentes, participando activamente en la campaña que llevo a José Cademartori a ocupar un escaño en 1969 por el Primer Distrito de Santiago.

En cuanto a Gonzalo Martner, puede resaltarse que fue un académico con preocupaciones sociales claras desde sus tiempos de estudiante universitario, en los que llegó a ser secretario general de la FECH. Provenía de la típica familia de clase media chilena. De su padre, Daniel Martner Urrutia (ministro de Hacienda con Arturo Alessandri entre diciembre de 1920 y mayo de 1921), bien podría decirse que cumplía aquel requisito de radical, masón y bombero. En su juventud trabó amistad con Salvador Allende, y era considerado un hombre cercano al socialismo. Con el tiempo escribió uno de los libros más clarividentes acerca de la evolución económica de Chile durante la Unidad Popular, *El Gobierno del Presidente Salvador Allende 1970-1973. Una evaluación*. En él examinaba, con cierto sentido de autocrítica, gran parte de los temas y visiones existentes acerca de esos aciagos días.

En este primer ministerio también destaca la presencia de Óscar Jiménez Pinochet. En su biografía, entregada a la prensa, se podía leer:

“En lo político, comenzó su participación cuando ingresó al Partido Agrario Laborista en 1952. Después, cuando esta colectividad se fusionó con el Democrático y se formó el PADENA, militó en él. Pero, al apoyar el PADENA a Eduardo Frei, se constituyó el Partido Social Democrático, y a él se adhieren los ex padenistas de avanzada”.

La información facilitada también hacía mención a su etapa ministerial en tiempos de Ibáñez del Campo⁹. Lo que sorprende de la mencionada información es la nula alusión a su pasada militancia en el Movimiento Nacional Socialista de Jorge González von Marées, del que fue uno de sus más destacados dirigentes; siendo, además, uno de los máximos responsables del fallido golpe de Estado del 5 de septiembre de 1938 contra Arturo Alessandri, asunto que tampoco ocultaba.

Entre otras curiosidades que pueden resaltarse, en relación con este primer gabinete, está la presencia, por primera vez en la historia chilena, de cuatro ministros de extracción obrera: José Oyarce, Américo Zorrilla, Pascal Barraza y Carlos Cortez. Un campesino, un linotipista, un funcionario municipal y un minero. Tres comunistas y un socialista. Los cuatro eran, en valoración de una conocida revista madrileña, funcionarios eficientes y sobrios, con experiencia política y prestigio personal entre la clase obrera¹⁰. Hasta ese momento, los cargos políticos parecían estar reservados a esa minoría vasco-navarra, a la que alguien calificó como la fronda aristocrática, o a una clase media que había irrumpido con fuerza en las primeras décadas del siglo xx.

Según la Constitución de 1925 Allende, en su calidad de Presidente, también era el encargado de nombrar, a voluntad propia, los intendentes (art. 72) y los alcaldes de las ciudades de más de cien mil habitantes, y en las otras que determinase la ley (art. 101). En esta distribución fueron los partidos más destacados de la UP los que acapararon los cargos en las áreas más relevantes: El PC se hacía con las intendencias de Antofagasta, Coquimbo, O'Higgins, Concepción y Aysén y la alcaldía de Valparaíso. El PR ocuparía las intendencias de Atacama, Valparaíso, Curicó, Cautín, Osorno, Chiloé y la alcaldía de Santiago. Por su parte, el PS colocaría a sus hombres en las intendencias de Tarapacá, Santiago, Talca, Valdivia y Magallanes y en la alcaldía de Viña del Mar. El resto de las intendencias fueron distribuidas entre otras fuerzas menores¹¹.

⁹ *El Mercurio*, 31 de octubre de 1970, p. 29.

En un reciente trabajo coordinado por Armando DE RAMÓN, *Biografías de chilenos*, p. 252 se hace mención a su paso por el PADENA, el PSD, e incluso el Partido Radical, tras la fusión de su agrupación con este último, pero no se encuentra ni una sola mención a su militancia en el nazismo o su paso por el agrario-laborismo.

¹⁰ *Índice*, Madrid, 1-15 de diciembre de 1970, p. 49. *La Prensa*, 31 de octubre de 1970, p. 7.

¹¹ Datos tomados de *Ercilla*, 4-10 de noviembre de 1970, p. 13.

III. Allende

¿Presidente de Chile o de la Unidad Popular?

En esos primeros días nadie podría imaginar que Chile se abocaba a la más grave crisis política de su historia. Una de las sociedades democráticas más estables del continente se encaminaba a una profunda división política en dos polos opuestos e irreconciliables, a un enfrentamiento entre modelos excluyentes de sociedad; situación que no se había vivido en el país desde la guerra civil de 1891.

El mismo 3 de noviembre, ya en calidad de Presidente, Allende arengaba, desde los balcones de La Moneda, a sus seguidores:

“Es un hecho trascendente el que hoy se abran las puertas de la historia para que todos juntos con esfuerzo y sacrificio escribamos el progreso de la Patria. Nunca dejé de manifestar que los pueblos solo progresan trabajando y produciendo más... Esta noche, el pueblo ha de reunirse para festejar su victoria... consciente de que no tuve palabras demagógicas o falsas promesas”¹².

Al día siguiente, en su primera conferencia de prensa, contestaba a los corresponsales:

“Yo no estoy en este cargo para hacer milagros; estoy en este cargo para enseñarle a un pueblo a trabajar sobre la base de planificar su economía y aportar su sacrificio y heroísmo en el esfuerzo diario”¹³.

Una de sus iniciales medidas sería limpiar la corrupción en la Administración. En un acto de masas, celebrado el día 5 en el Estadio Nacional, señalaba:

“Hago mía la frase de Fidel Castro: En este Gobierno se podrán meter los pies, pero jamás las manos. Seré inflexible en la custodia de la moralidad del régimen”¹⁴.

Pese a los temores existentes en la derecha ante el nuevo panorama, Onofre Jarpa, presidente del opositor Partido Nacional, se mostraba conciliador y llamaba a la calma y a la expectación:

¹² *El Mercurio*, 4 de noviembre de 1970, pp. 25 y 38.

¹³ *El Mercurio*, 5 de noviembre de 1970, pp. 1 y 8

¹⁴ Salvador ALLENDE, *La vía chilena al socialismo*, p. 20.

“No debemos cerrarle ahora todas las puertas ni bloquear todos los puentes, porque yo no quiero en ningún momento que los nacionales nos veamos enfrentados a la alternativa de unirnos a la Democracia Cristiana. Es necesario que no seamos catastróficos y estemos dispuestos a buscar una salida menos mala que el derrocamiento y la destrucción de Chile”¹⁵.

Algún contemporáneo que vivió aquellos días ha escrito que

“la actitud más generalizada era de observación y de darle la oportunidad de realizar transformaciones económicas y sociales en el país, pero manteniendo el régimen democrático”¹⁶.

Pero estas buenas intenciones pronto se verían alteradas, y el PN tomará una actitud de franca oposición. Claro está que en este cambio de posición no son ajenas algunas de las declaraciones del propio Allende. Entre ellas se puede destacar la larga y célebre entrevista concedida por el Mandatario a Regis Debray, un conocido periodista francés que había acompañado al Che Guevara en su aventura boliviana. En ella recordaba que, para llegar al poder, fue necesario usar la táctica de las garantías constitucionales:

DEBRAY: ¿Era absolutamente necesario? ¿Era esencial negociar este Estatuto de Garantías democráticas?

ALLENDE: Sí, por eso es que lo hicimos. Sigo convencido de que fue correcto producir ese Estatuto de Garantías, pero es conveniente aclarar que no es justo usar la palabra negociación, por cuanto nosotros no cedimos una línea de nuestro programa de gobierno. Ubícate en el período de este Estatuto y lo medirás como una necesidad táctica. Hemos hablado bastante del dramático período entre el 4 de septiembre y el 24 de octubre... Esa campaña corría a la par con el asombro del mundo, que miraba a este pequeño país para decir: ‘Por primera vez un marxista gana el gobierno en una elección’. Un sector del partido Demócrata Cristiano, con uno de sus líderes a la cabeza, Radomiro Tomic, llegó a la conclusión de que si ese partido no entregaba los votos de senadores y diputados para producir una mayoría que reconociera nuestro triunfo, Chile iría a la guerra civil. Ese sector propuso, entonces, que se reconociera la victoria de la Unidad Popular a cambio de un Estatuto de Garantías. Por un lado dijeron que nosotros, teñidos por la ideología de la clase revolucionaria, provocamos terror, pero al mismo tiempo agregaron que no podían ser responsables de la guerra civil. Así salió el Estatuto. Léelo y compáralo

¹⁵ *Ercilla*, 21-27 de octubre de 1970, p. 9.

¹⁶ Jaime ETCHEPARE JENSEN, *Surgimiento y evolución de los partidos políticos en Chile*, p. 261.

con nuestro programa de gobierno para llegar a la conclusión de que no cambiamos ni una coma del programa. En ese momento lo importante era tomar el gobierno”¹⁷.

Allende ya había tenido otra desafortunada manifestación cuando los periodistas, en el transcurso de una rueda de prensa, le preguntaron por la elección de Carlos Altamirano como secretario general de los socialistas. En aquella ocasión la respuesta facilitada se convertiría en toda una afrenta para amplios sectores sociales:

“Yo no soy el Presidente del Partido Socialista, soy Presidente de la Unidad Popular. Tampoco soy el Presidente de todos los chilenos. No soy el hipócrita que dice eso, otra cosa muy distinta es que yo respete a todos los chilenos y que las leyes se apliquen a todos los chilenos. Pero yo sería un hipócrita si dijera que soy Presidente de todos los chilenos. Hay algunas gentes que quisieran que estuviera frito en aceite, y son chilenos; soy Presidente de la Unidad Popular, pero tengo sí la obligación de preocuparme de Chile, que no pertenece a la Unidad Popular, y preocuparme de beneficiar la vida no de la gente de la Unidad Popular, sino de todos los chilenos. Pero yo estoy aquí para hacer cumplir el programa de la Unidad Popular, que no es el programa de todos los chilenos”¹⁸.

Desde ese momento, algún comentarista de los sectores más conservadores del país se referiría a Allende, con claras intenciones descalificativas, como el señor PACH: siglas que podían traducirse como el “Presidente de Algunos Chilenos”¹⁹.

IV. Los decretos de amnistía

Si las primeras declaraciones de Allende provocaron cierto revuelo en amplios sectores opositores, no menor fue el que causaron algunas de sus primeras medidas; entre ellas las amnistías concedidas por el nuevo Mandatario. Éstas afectarían a diversos militantes de la extrema izquierda vinculados a grupos implicados en actos de violencia durante la gestión de Eduardo Frei. Entre los beneficiarios de estas polémicas amnistías se encontraba su propio sobrino, Andrés Pascal Allende, destacado dirigente del MIR, hijo de Laura Allende Gossens (diputada por la séptima agru-

¹⁷ “Allende habla con Debray”, pp. 57-58.

¹⁸ *La Nación*, 5 de febrero de 1971, p. 12.

¹⁹ Jaime GUZMÁN, “Las libertad, en adelante, tendremos que conquistarla”, p. 12.

pación departamental de Santiago) y de Gastón Pascal Lyon, hombre de negocios y de acomodada situación económica.

Poco más de una semana después de iniciado el gobierno de Allende, el Ministro en Visita, José Cánovas, aprobó el desistimiento gubernamental que pedía al Poder Judicial la libertad inmediata de al menos ocho integrantes del MIR, procesados o condenados por infringir la Ley de Seguridad Interior del Estado en diversas causas. La citada amnistía afectaría a Luis Herrera, Víctor Hugo Toro Ramírez, Víctor González de la Fuente, Pedro Urreta, Ingrid Ximena Sucarrat Zamora, Enérico García Concha, José Benados, y al ya citado Andrés Pascal²⁰. La medida también se haría extensiva a Mauricio Cruz Díaz, Pedro Durán de la Fuente, Nelson Gutiérrez, y otros procesados como Claudio Rivera, Rosalía Lechuga Rivera, Elvira Coodu, Nelson Gutiérrez, Manuel Rodríguez, Luciano Cruz Aguayo, Miguel Espinoza, Juan Bautista van Schouwen, Marcia Merino, José Francisco Bordas Paz y Arturo Villabella, a los procesados por los casos de las escuelas de guerrilleros de Chaihuín y Guayacán, y a los implicados en los sucesos acaecidos en el fundo San Miguel, de San Esteban (Aconcagua)²¹.

Apenas hacía una semana que el Presidente de la Central Única de Trabajadores, el veterano dirigente sindical Clotario Blest, había pedido al Ministro del Interior una amplia amnistía “para todos los presos políticos”. Don Clota, como era conocido cariñosamente por amigos y extraños, manifestaba que se trataba de favorecer a aquellos jóvenes idealistas que habían luchado por el cambio de régimen, lo que coincidía con la posición del nuevo gobierno²².

Poco tiempo más tarde, el 18 de diciembre de 1970, Allende enviaba el decreto de amnistía a la Contraloría General de la República, institución que lo rechazó. Este persistió en la medida, procediendo a validarlo mediante un Decreto de Insistencia, documento que debía llevar la firma de todos sus Ministros. Ante esta circunstancia, a la Contraloría no le quedó otra opción que darle curso. Con esta actuación se iniciaba una forma de actuación gubernamental que redundó en un uso abusivo de este tipo de decretos, mecanismo que Allende utilizaría en más de una ocasión para sacar adelante algunos proyectos reñidos con el ordenamiento jurídico chileno, al menos en la literalidad de sus contenidos.

De esta forma, el 4 de enero de 1971 se informaba del Decreto Presidencial N° 2.071, por el cual fueron finalmente indultados un grupo

²⁰ *El Mercurio*, 14 de noviembre de 1970, p. 25.

²¹ *La Prensa*, 12 de noviembre de 1970, p. 9.

²² *El Mercurio*, 7 de noviembre de 1970, p. 27.

de 43 jóvenes militantes de movimientos de extrema izquierda, todos ellos acusados de actividades terroristas y en situación de procesados o en calidad de prófugos de la justicia. Quedaron en libertad o dejaron la clandestinidad Luciano Cruz Aguayo, Miguel y Edgardo Enríquez, Juan Bautista van Schouwen, Sergio Zorrilla, Humberto Sotomayor y Max Joel Marambio (connotados integrantes del MIR). También fue indultado Arturo Rivera Calderón, líder de la VOP, original formación que consideraba la delincuencia como la cuna de la revolución chilena²³.

Recordemos que el MIR y la VOP, que no configuraban la coalición gubernamental, eran partidarios de llevar a cabo la revolución por medio de la violencia y la lucha armada. Se diferenciaban así de los partidos de izquierda más tradicionales (Socialista y Comunista), pese a que en estos también hubo bases partidarias de la radicalización y de la vía armada, al menos como última etapa del proceso revolucionario o en el caso inmediato de enfrentar a la reacción.

Algunos de los beneficiados por el indulto no dudaron en señalar su comunión de ideales y objetivos con el nuevo gobierno:

“Tenemos una gran identidad de objetivos con la UP. Ellos luchan por implantar el socialismo en Chile. Nosotros también. Ellos representan los intereses de la clase trabajadora, nosotros también”.

Para Juan Martínez Briceño²⁴, considerando la progresión social que vivía Iberoamérica, y teniendo en cuenta los afanes liberadores y la preocupación de construir el socialismo, “era lícito indultar a quien no se consideraba un enemigo político ni un delincuente”. Era en definitiva “una medida de estricta justicia”²⁵.

En Valparaíso, el 5 de enero de 1971, se publicaron unas declaraciones de Allende en torno a las razones de su indulto. En ellas señalaba los motivos que le movieron a ello:

“Hemos firmado un decreto que indulta a jóvenes estudiantes que actuaron en el llamado Mercado Portofino. Hemos firmado un decreto que indulta a los dirigentes del MIR, que hace mucho tiempo están escondidos eludiendo la acción de la Justicia. Hemos firmado un decreto que indulta a los trabajadores de la industria SABA. Por asumir esta actitud se ha lanzado en contra nuestra una crítica muy dura. Yo he hecho uso de un derecho

²³ James R. WHELAN, *Desde las cenizas...*, p. 301.

²⁴ Militante del MIR condenado a 5 años y 1 día por el atraco realizado el 25 de agosto de 1969 a un furgón del Banco Continental.

²⁵ *Ercilla*, 27 de enero-2 de febrero de 1971, p. 12.

constitucional. Quiero la tranquilidad y la paz social. Creo que esos jóvenes militantes de la izquierda, con los cuales teníamos una apreciación táctica diferente, actuaron erradamente, pero impulsados por un anhelo superior de transformación social, conducta que los condena porque han asaltado algunos bancos... Lo hicieron, es cierto, y yo lo sé, pero no hirieron a nadie y no asesinaron a nadie, no derramaron sangre, ni de carabineros, ni de empleados, ni de obreros, arriesgaron su vida en aras de un ideal”.

Concluía afirmando:

“Espero que el país entienda que en esta actitud de indultar... hay un fondo y contenido destinado precisamente a eliminar y erradicar la violencia en forma definitiva. Yo espero que se entienda la actitud humana y justa que he tenido y el derecho constitucional que he ejercido plenamente, a cabalidad y afrontando la responsabilidad que asumo”²⁶.

No obstante, y pese a este tipo de medidas, Allende recibía todo tipo de epítetos descalificativos desde esa misma izquierda extraparlamentaria, que no dudaría de tacharle de endilgado, pequeño-burgués disfrazado de revolucionario o dandi revolucionario. Antonio Llidó, uno de esos sacerdotes de Cristianos por el Socialismo, escribía a unos amigos sobre esa imagen de Allende, destacando cómo vivía muy aburguesadamente en un gran apartamento en Santiago y veraneaba en una hacienda en Algarrobo, una de las playas más elegantes y exclusivas del país²⁷.

Pese a las intenciones de Allende, se debería precisar que los desistimientos e indultos no fueron suficientes para detener la violencia política de amplios sectores de la izquierda. A tan solo un mes de la citada amnistía cinco sujetos, que afirmaron pertenecer a la VOP, fueron capturados tras un violento enfrentamiento con las fuerzas de seguridad del Estado²⁸.

La oposición más dura a Allende se manifestó entonces. El 26 de enero, el Partido Nacional presentaba una acusación constitucional²⁹

²⁶ Salvador Allende, *su pensamiento político*, pp. 30-31.

²⁷ Mario AMORÓS, *Antonio Llidó, un sacerdote revolucionario*, p. 93.

²⁸ *El Mercurio*, 1 de febrero de 1971, p. 33.

²⁹ La acusación constitucional se define como “un instrumento de control de la actividad gubernativa, cuando actúa fuera del marco constitucional legal... más que controlar propiamente la actividad del gobierno, lo que pretende es impedir la trasgresión de la legalidad vigente”. Germán URZÚA, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 342. La acusación constitucional supone una responsabilidad mixta, un componente de rasgos jurídicos y políticos. En la Constitución de 1925 había que acudir a los artículos 39 y 42 del texto, que establecían las competencias de ambas cámaras en la materia. El art 39 disponía que “son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 1°. Declarar si han o no lugar las acusaciones que diez, a lo menos, de sus miembros formularen en contra de los siguientes

contra Lisandro Cruz Ponce, Ministro de Justicia, por la ilegalidad e inconstitucionalidad de los indultos otorgados a los militantes del MIR y la VOP, por el incumplimiento de sus deberes constitucionales y las críticas realizadas por éste contra el Poder Judicial³⁰. Cruz logró salir indemne de la acusación constitucional, que fue rechazada en la Cámara de Diputados (2 de febrero de 1971) por 50 votos en contra, 35 a favor y 18 abstenciones. El diputado nacional Mario Arnelo declaraba al respecto:

“Los indultos presidenciales se han llevado a la práctica única y exclusivamente por razones políticas, sin atender a lo que se venía reglamentando en Chile, a la opinión pública de los tratadistas y a la jurisprudencia que existe sobre la materia”³¹.

Es de destacar en aquella ocasión, como en otras posteriores³², la abstención de la Democracia Cristiana, en la que jugó un papel importante el diputado Bernardo Leighton. Este justificó la actitud de su formación señalando que si bien la concesión del indulto en la forma realizada envolvía una ilegalidad, la participación del Ministro en el indulto (nacido –a su parecer– del deseo de pacificar al país y de incorporar a la vida democrática a un sector de la juventud) obedecía a una política cuya responsabilidad residía únicamente en el Presidente de la República³³.

funcionarios”. En su apartado b) se hacía expresa mención a los ministros de Estado, “por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos, soborno, infracción de la Constitución, atropellamiento de las leyes, por haberlas dejado sin ejecución y por haber comprometido gravemente la seguridad o el honor de Nación”. Estas acusaciones podían interponerse mientras el Ministro estuviese en funciones, y en los tres meses siguientes a la expiración de su cargo. Durante ese tiempo, no podría ausentarse de la República sin permiso de la Cámara de Diputados, o, en receso de ésta, de su Presidente.

Por otra parte, el art. 42 establecía que eran atribuciones exclusivas del Senado conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados pudiera entablar con arreglo al artículo 39, previa audiencia del acusado. El Senado podría resolver como jurado y se limitaba a declarar si el acusado era o no culpable del delito o abuso de poder que se le imputara. La declaración de culpabilidad se establecía, en caso de que se tratase de un Ministro de Estado, por la mayoría de los senadores en ejercicio. Por la declaración de culpabilidad, quedaba el acusado destituido de su cargo.

Mario BERNASCHINA GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Constitucional*, pp. 327-334 y 343-345, y Carlos ANDRADE GEYWITZ, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, pp. 360-364 y 391-393.

³⁰ *Ercilla*, 27 de enero-2 de febrero de 1971, p. 9. *Ercilla*, 2-9 de febrero de 1971, p. 11. Véase comentario en el diario comunista *El Siglo* (22 de enero de 1970) en el que se destacaba en titulares “Momios presentaron acusación contra el Ministro de Justicia”.

³¹ *El Sur*, 3 de febrero de 1971, pp. 1 y 12.

³² Como en la acusación constitucional contra el Ministro del Trabajo José Oyarce (marzo de 1971) o contra Pedro Vuskovic (septiembre de 1971). Véase Alejandrina CAREY CARVALLO, *El Partido Nacional 1970-1973*, pp. 91-95.

³³ Otto BOYE, *Hermano Bernardo*, p. 173.

Por su parte el denominado Comité Patria y Pueblo, dirigido por Hernán Munita Contreras, un antiguo dirigente ibañista que había respaldado la candidatura presidencial de Allende, solicitaba medidas de amnistía para los militares implicados en hechos ilegales realizados desde el 17 de septiembre de 1969 y el 4 de septiembre de 1970. Recordaba, en un documento de siete puntos entregado a la prensa, que ninguno de estos militares tenía relación directa con el caso Schneider y que

“todos estos ex miembros de las Fuerzas Armadas fueron motivados en sus actos indisciplinarios por un sincero cariño por la profesión y para llevar un mejor bienestar económico a sus esposas e hijos”.

El documento terminaba recalcando que los referidos ex oficiales y ex suboficiales del Ejército no eran “parias ni ciudadanos de tercera clase”, y que merecían “igual trato que cualquier civil”. Terminaba afirmando que ello favorecería “a la pacificación nacional” y evitaría “rencores que nadie aconseja mantener o favorecer”³⁴. Pese a ello, su petición no encontró el eco deseado.

V. El GAP

Sin tener en cuenta la guardia del palacio de La Moneda, a cargo de Carabineros, y una escolta proporcionada por la Policía de Investigaciones, Allende contó durante su gobierno –para su escolta y protección– con el conocido GAP, entidad que sin existencia legal se había organizado durante la campaña presidencial de 1970 para resguardar –según se afirmaba– su integridad personal³⁵.

Efectivamente, durante el desarrollo de la campaña de 1970, amigos cercanos a Allende observaron que en los actos públicos, y en el fervor por ver al candidato, las aglomeraciones de simpatizantes podían poner en riesgo su integridad. Osvaldo Puccio, Eduardo Paredes y Rodolfo Ortega, tras acompañar al candidato en algunas de esas manifestaciones públicas, llegaron a la conclusión de la necesidad de estructurar un equipo de protección con gente de absoluta confianza, y que tuvieran alguna noción en el manejo de las armas. Con este objetivo contactaron con Fernando

³⁴ *El Mercurio*, 14 de enero de 1971, p. 18.

³⁵ Patricio QUIROGA, *Compañeros. El GAP. La Escolta de Allende*, *passim*; Cristián PÉREZ, “Salvador Allende, apuntes sobre su dispositivo de seguridad: el grupo de amigos personales (GAP)” *passim*; María Eugenia CAMUS, “La historia del GAP”, *passim*.

Gómez, un militante socialista que fue el primero en acompañar a Allende en sus desplazamientos.

Conscientes de que se requerían más hombres para protegerlo, Puccio contactó con Mario Melo, un activo militante del MIR que había adquirido experiencia en el manejo de armas de fuego en su paso por las fuerzas especiales del Ejército. Este no tardaría en incorporarse a la escolta del candidato presidencial. A Gómez y Melo se sumó el socialista Enrique Huerta, y poco tiempo después –tras una conversación telefónica entre Puccio y Miguel Henríquez– otros cinco hombres más procedentes del MIR³⁶. Con el tiempo, Max Marambio, uno de los indultados por Allende, se convertiría en una de las cabezas más relevantes de los GAP³⁷. Este, como tal, nació tras el homicidio de René Schneider, hecho que fue interpretado como una evidencia de las intenciones de la derecha con respecto a Allende. El grupo realizó su primera actuación pública durante los funerales del general fenecido.

Sobre los orígenes del GAP, Roger Debray escribe:

“El compañero Allende y su equipo han tomado la iniciativa en cuanto a la seguridad del Ejecutivo, constituyendo desde el cinco de septiembre en la mañana su propio grupo de protección pública, pero sin existencia oficial, compuesto por militantes revolucionarios experimentados, ajenos a la izquierda tradicional, algunos de los cuales se encontraban aún en ese momento en la ilegalidad o con procesos judiciales pendientes por sus actividades militantes. Frente a los peligros evidentes... ésa era una necesidad imperiosa”³⁸.

A partir del 4 de noviembre de 1970, el GAP se organizó en diversos equipos para realizar sus tareas. Un grupo se dedicó a actuar como escolta presidencial, cuya misión consistía en rodear con anillos de protección al Presidente en cada una de sus salidas. Otro grupo se encargaba de planificar los desplazamientos de Allende en sus salidas, el camino que se recorrería y los automóviles que se utilizarían (normalmente, modelos FIAT 125 special de color azul). Un tercer equipo estaba encargado de custodiar las casas en las que vivía y edificios en los que trabajaba o los

³⁶ Véase comentarios al respecto en Osvaldo PUCCIO, *Un cuarto de siglo con Allende. Recuerdo de su secretario privado*, pp. 231-238.

³⁷ Se daba la circunstancia que éste era hijo de Joel Marambio Páez, diputado por la décima agrupación departamental de San Fernando y Santa Cruz. Fue miembro de la Comisión Especial Investigadora de denuncias de flagelaciones en el Servicio de Investigaciones, entre 1970 y 1971. Fue desaforado en 1971 por su participación en varios hechos de violencia en las diversas tomas de predios.

³⁸ “Allende habla con Debray”, p. 20.

sitios y lugares que frecuentaba. Finalmente, el jefe del GAP dirigía un equipo de informaciones, destinado a recopilar antecedentes de eventuales atentados. Hubo, también, un equipo de servicios, encargado del abastecimiento del armamento y demás material requerido.

Un contingente importante del GAP permanecía de guardia en la residencia presidencial de calle Tomás Moro. El resto de sus componentes debía permanecer en permanente comunicación con sus jefes por telefonía; y debían estar pendientes de la radio por cualquier novedad que les pudiera requerir.

Los integrantes del GAP, que solían utilizar internamente una chapa (apodo), recibían una asignación para sus gastos; pero su alimentación y vestuario corría por cuenta del ítem de gastos de representación presidencial. Allende nunca logró del Congreso la aprobación de una ley que permitiera legalizar su dispositivo personal de seguridad, lo que hubiese permitido dotar al mismo de un presupuesto oficial.

Desde el comienzo, el GAP fue blanco de críticas: se le tachaba de ser un grupo ilegal peligrosamente armado, de poseer todo un arsenal, en el que destacaban seis ametralladoras AK-47 regaladas por Fidel Castro. Parte de este armamento sería el utilizado el 11 de septiembre en la defensa del palacio de La Moneda, y en la escasa resistencia que las FF.AA. encontraron en la residencia de Tomás Moro y en algunas poblaciones, como La Legua, popular barrio situado en la zona sur de Santiago, en la Comuna de San Joaquín³⁹.

VI. Chile: una tierra de asilo

El 31 de diciembre de 1959, Fidel Castro entraba triunfante en La Habana. La victoria de un movimiento guerrillero, a las mismas puertas de los Estados Unidos, demostró que la revolución era posible. Su ejemplo tuvo una rápida repercusión en la práctica totalidad del continente americano: en Argentina, la resistencia peronista –o por lo menos un sector

³⁹ Nunca se supo realmente cuál era el potencial armamentístico, pero causó revuelo una noticia, de la que la prensa se hizo eco, en relación con unos misteriosos bultos llegados al aeropuerto de Pudahuel el once de marzo de 1972, que fueron bajados del avión sin pasar por la Aduana. Eduardo Paredes, Jefe de Policía de Investigaciones, presente en el desembarco de los citados bultos, y ante los reclamos del personal, aseguró que eran regalos personales de Fidel Castro para Allende. Tras el 11 de septiembre, la prensa mostró su contenido como un considerable arsenal compuesto de pistolas, ametralladores y otros tipos de armas de fuego. Véanse ediciones de *El Mercurio*, correspondientes al 16 y 18 de septiembre de 1973.

importante—sufre, de la mano de John W. Cooke, un giro hacia las tesis y posiciones guevaristas; en Guatemala se organizaba el Movimiento Revolucionario 13 de septiembre (1960); en la vecina Nicaragua nacía el Frente Sandinista de Liberación Nacional (1961); en Colombia emergían las FARC (1964); en Chile aparecía el MIR (1965); en Bolivia actuaba el Ejército de Liberación Nacional (1966), que había nacido bajo el impulso del propio Che Guevara en su aventura en el altiplano. No existía país del área en el que no surgiese un movimiento que optara por la vía armada como mecanismo de lucha política.

La gran mayoría de estas organizaciones estaban agrupadas en la llamada Organización Latinoamericana de la Solidaridad, cuyo origen se encuentra en la Conferencia de Solidaridad de los Pueblos de Asia, África e Iberoamérica, o si se prefiere la Tricontinental. Su primer congreso se organizó, del 3 al 15 de enero de 1966, en el Hotel Habana Libre de la capital cubana. A la reunión asistieron 513 delegados de 83 países, que representaban a gobiernos, partidos políticos y organizaciones guerrilleras. La delegación chilena estaba encabezada por Salvador Allende. Sería precisamente él quien en su alocución hablase de los fines que se deberían perseguir:

“Sostenemos... que de esta Conferencia debe salir una iniciativa destinada a relacionar y coordinar en forma permanente la acción antiimperialista del pueblo latinoamericano”.

Antes había realizado un breve análisis de lo que llamaba la política imperialista de los Estados Unidos, y la resistencia que los pueblos debían oponer a la misma:

“Ello determina, también, en consecuencia, nuestra obligación de acen-
tuar la lucha; movilizar las masas, vincular la acción antiimperialista a las reivindicaciones cotidianas de la población: la huelga, la ocupación de tierras, la movilización colectiva, y la toma de conciencia de que a la violencia reaccionaria se opondrá y opondremos la violencia revolucionaria”.

La lucha armada era, pues, un mecanismo que si bien podría no ser deseable, sí que se podría convertir en necesario en algunos casos:

“Estamos con los pueblos de Asia, África y el mundo árabe, que combaten con las armas en el Congo, en las colonias portuguesas, en el Yemen, en Laos, especialmente en Vietnam, contra el enemigo común”⁴⁰.

⁴⁰ Tomado de Frida MODAK, *Salvador Allende en el umbral del siglo XXI*, pp. 299-301.

Un año más tarde, del 31 de julio al 10 de agosto, se celebraba la I Conferencia OLAS, de la que Allende fue su primer presidente. En ella se aprobaron como criterios fundamentales:

1° Que

“el triunfo y consolidación de la Revolución Cubana puso de manifiesto que la insurrección armada es el verdadero camino para la toma del poder por el pueblo trabajador, y a la vez, que los ejércitos profesionales pueden ser destruidos, las oligarquías vencidas, el imperialismo yanqui derrotado y el socialismo como vía nacional de desarrollo establecido”.

2° Que

“en las actuales circunstancias, en América Latina, existen condiciones para el desarrollo y triunfo de la Revolución que la emancipe de la estructura de poder oligárquico-imperialista que coarta su independencia”.

3° Que

“la lucha revolucionaria armada... no terminará hasta destruir el aparato burocrático y militar de la burguesía y de los terratenientes e instaurar un poder revolucionario del pueblo trabajador enfrentado, parejamente, a la contrarrevolución interna y a la intervención yanqui y segar implacablemente las raíces de la dominación imperialista”.

En aquella ocasión se sentenciaba:

“Frente a la violencia reaccionaria, que era la esencia misma del régimen colonial, no había otra alternativa para conquistar la independencia, la soberanía y la dignidad, que la violencia revolucionaria... la guerrilla como embrión de los ejércitos de liberación constituye el método más eficaz para iniciar y desarrollar la lucha revolucionaria en la gran mayoría de nuestros países”⁴¹.

Curiosamente, mientras que Allende ocupaba la presidencia de la OLAS fue elegido Presidente del Senado. Para muchos existía una clara contradicción entre ocupar la cabeza visible de una organización que promovía la lucha armada y guerrillera y ser la cabeza visible del Poder Legislativo, y vicepresidente de un país democrático. En respuesta a estas críticas afirmaría:

⁴¹ Primera Conferencia de la Organización Latinoamericana de Solidaridad.

“Yo, Presidente del Senado de Chile, con profunda calma y sin vanidad, declaro públicamente que, en nombre de mi partido y junto a Clodomiro Almeida, patrocinamos la OLAS en la reunión Tricontinental de La Habana. En el discurso que pronuncié... propuse la creación de dicha entidad, y me siento profundamente satisfecho de haberlo sugerido... Una vez terminada la Tricontinental, quienes integramos las delegaciones latinoamericanas nos reunimos para dar nacimiento a la idea de crear la OLAS... La OLAS será un organismo de solidaridad que actuará en la forma más amplia y permanente. Amplia también para los que luchan con las armas en la mano, porque en sus países se les negó la oportunidad de hacerlo mediante los cauces legales”⁴².

Una vez que Allende tomó posesión de la Presidencia de la República, pudo demostrar esa solidaridad, acogiendo en suelo chileno a diversos guerrilleros que huían de sus respectivos países. El 11 de enero de 1971, cuando apenas llevaba sesenta días al frente de la más alta magistratura, un destacado diario recordaba que Chile había dado asilo político a 17 extranjeros, y que en breve llegaría un joven paraguayo, Cristóbal López⁴³, militante del Movimiento Popular Colorado, el cual había sido detenido tras abandonar la sede diplomática chilena en Asunción, donde también se hallaba refugiado Agustín Goiburú, otro conocido opositor al régimen del general Alfredo Stroessner⁴⁴.

El primer contingente de asilados políticos llegaba a Chile tres días más tarde de la toma de posesión de Allende. El grupo lo componían cinco guerrilleros bolivianos y tres chilenos; entre ellos se encontraba Osvaldo “Chato” Peredo, sucesor de su hermano Inti Peredo al frente del Ejército de Liberación Nacional⁴⁵. Habría que recordar que en la rama chilena de los “elenos” destacaba la figura de Beatriz Allende, la hija mayor del Presidente.

⁴² Salvador Allende, Senado de Chile, Sesión del 13 de julio de 1967. Tomado de Patricia ARANCIBIA CLAVEL, *Los orígenes de la violencia política en Chile. 1960-1973*, p. 97.

⁴³ *El Mercurio*, 11 de enero de 1971, p. 25.

⁴⁴ Agustín Goiburú fue un destacado dirigente político paraguayo del MOPOCO, una de las organizaciones opositoras al stroessnismo (1954-1989), y que después de diversas actividades se vería implicado en un atentado fallido contra “El Rubio” (como era conocido Alfredo Stroessner). Terminaría sus días como una víctima más del llamado Operativo Cóndor, tras ser secuestrado el nueve de febrero de 1977 en la ciudad de Paraná en Argentina.

⁴⁵ *El Mercurio*, 6 de noviembre de 1970, p. 18. *La Prensa*, 5 de noviembre de 1979, p. 5. Salvador Allende ya había intercedido por el “Chato” Peredo cuando el 17 de febrero de 1968 él y otros cuatro guerrilleros sobrevivientes del grupo del Che Guevara habían cruzado la frontera chileno-boliviana, acompañándoles a Tahití, donde fueron entregados al Embajador de Cuba en Francia. Diana VENEROS: *Salvador Allende...*, op. cit., p. 165. Véase nota de Debray a la ya referida entrevista de Debray, pp. 34-35.

Un segundo contingente de bolivianos, compuesto por 25 personas, llegaba a Arica el 17 de enero de 1971⁴⁶, a los cuales se les sumarían, el 13 de febrero de 1971, otros cinco guerrilleros procedentes del altiplano boliviano. Entre estos últimos se encontraba Óscar Zamora Medinacelli (alias Comandante Rolando), líder del Partido Comunista de Bolivia Marxista-Leninista (de tendencia maoísta)⁴⁷. Curiosamente, y pese a la presencia de Óscar Zamora o de Walter Robles Bermúdez (del Partido Revolucionario Auténtico), la prensa derechista trataba de difuminar, utilizando para ello expresiones como la de “presumiblemente vinculados al intento de derrocar el gobierno del general Juan José Torres”, la militancia de otros refugiados, tales como los casos del ex senador Carlos Valverde Barbery y del activista Andrés Ivanovic Tapia, ambos destacados militantes de la Falange Socialista Boliviana, organización a la que muchos no dudarían de calificar de fascistoide.

La llegada de refugiados y asilados se prolongaría en el tiempo. Así, por ejemplo, el seis de mayo llegaban nueve uruguayos y doce mexicanos, expulsados de la República Oriental. Entre estos viajaban algunos integrantes del Movimiento Tupamaro, que cumplían condena en su país, y que habían conseguido su libertad con el compromiso de abandonarlo a la brevedad posible⁴⁸.

Muchas veces el refugio chileno para estos militantes de la izquierda revolucionaria venía precedido por lo que muchos calificarían de intentos de intimidación y de chantaje. Tal es el caso del asilo concedido a setenta guerrilleros brasileños, canjeados por la vida del embajador suizo Giovanni Enrico Bucher, previamente secuestrado (el 6 de diciembre) en el Brasil. Efectivamente, un comando de la Alianza Libertadora Nacional había secuestrado al embajador suizo destacado en Brasilia, y Aldo Sá Brito de Souza (Wagner) comunicaba el precio del rescate: setenta personas debían ser trasladadas a Santiago de Chile. El día quince de enero llegaba a Pudahuel el citado contingente de guerrilleros, entre ellos Maria Auxiliadora Barcelos Lara (Vanguardia Armada Revolucionaria Palmares); Jaime Walwitz Cardoso, alias Marcelo (autor de un pequeño manual titulado *Tesis sobre grupos de acción revolucionaria*), René Luis Lauger (Partido Comunista Revolucionario) o Roque Aparecido da Silva, cuya esposa se encontraba en Chile desde hacía algunos meses⁴⁹.

⁴⁶ *El Mercurio*, 18 de enero de 1971, p. 21.

⁴⁷ *El Mercurio*, 16 y 17 de febrero de 1971, pp. 16 y 32, respectivamente.

⁴⁸ *El Mercurio*, 7 de mayo de 1971, p. 1.

⁴⁹ *Ercilla*, 20-26 de enero de 1971, pp. 12-14. *El Mercurio*, 14 de enero de 1971, pp. 1 y 8.

En otras ocasiones, estas políticas llamadas humanitarias no dejaron de estar rodeadas de ciertos roces en sus relaciones internacionales. Si antes se ha hecho mención al secuestro del embajador suizo en el Brasil, ahora se debería hacer referencia a los argentinos fugados del penal Rawson. El 15 de agosto de 1972, un grupo de 25 guerrilleros lograban evadirse del citado penal; seis de los mismos, tras el secuestro de un avión en el aeropuerto de Trelew, con 94 pasajeros y seis tripulantes, aterrizaron en Pudahuel⁵⁰. Al frente del comando se encontraba Roberto Santucho, acusado de haber participado en el asesinato de Juan Carlos Sánchez, experto en la llamada lucha contrainsurgente y comandante del II Cuerpo de Ejército transandino.

Mientras que estos guerrilleros solicitaban asilo político, el gobierno argentino de Alejandro Lanusse anunciaba la petición de extradición, que concretó el 24 de ese mismo mes. Al día siguiente, Allende concedía asilo político, embarcándolos de inmediato con destino a Cuba. En Santiago, el senador Carlos Altamirano, haciendo alusión al caso, afirmaría:

“Si somos revolucionarios, tenemos que solidarizar con todos los revolucionarios de nuestra América, cualesquiera que sean las consecuencias para nosotros”⁵¹.

Lanusse tomaría buena nota de la actuación de Allende y su gobierno⁵², y no pasaría mucho tiempo antes de que tuviese la oportunidad de pagarles con similar moneda⁵³.

En otras ocasiones estos asilados políticos continuaron sus actividades revolucionarias, incluso abiertamente delictivas, en la tierra que les dio asilo. Así, por ejemplo, en el mes de noviembre de 1971, tres bolivianos (Carlos y Jorge Núñez del Prado Fernández y Nancy Mendoza), que actuaban junto a un ciudadano chileno, provocaron un violento enfrentamiento con miembros del cuerpo de Carabineros, dejando herido a un policía⁵⁴. Actos como éste serían aprovechados por la derecha para recordar las manifestaciones de Allende cuando declaraba:

⁵⁰ Un segundo grupo de 19 presos, y por un error en el plan de fuga, llegó tarde al aeropuerto de Trelew. Tras una leve resistencia, se rindió a las autoridades. Días después, 16 de ellos serían fríamente masacrados, entre ellos la esposa de Santucho.

⁵¹ *Ercilla*, 30 de agosto - 5 de septiembre de 1972, p. 17

⁵² Juan Bautista YOFRE, *Misión Argentina en Chile 1970-1973*, pp. 261-276.

⁵³ Nos referimos al caso de Roberto Thieme, dirigente del Frente Nacionalista Patria y Libertad detenido en los inicios del mes de mayo de 1973 en la ciudad de Mendoza, después de haber estado más de dos meses en paradero desconocido. La petición de extradición solicitada por el gobierno de Allende no fue atendida, concediéndose asilo político al joven líder nacionalista. Manuel Salazar, *Roberto Thieme: el rebelde de Patria y Libertad*.

⁵⁴ *El Mercurio*, 16 de noviembre de 1971, p. 16.

“[eran] jóvenes idealistas, con los cuales teníamos una apreciación táctica distinta y diferente, que actuaron erradamente, pero impulsados por un anhelo superior de transformación social”⁵⁵.

VII. Una mirada a las primeras medidas económicas

El programa económico de la UP era muy claro en esta materia. El Estado iba a incrementar su actividad e influencia en la economía desplazando, en gran medida, al sector privado. El ideal era construir un futuro partiendo de la coexistencia de tres distintas áreas económicas, sobre las cuales nunca se llegó a legislar definitivamente:

- Un Área de Propiedad Social, donde solamente actuaría el esfuerzo empresarial del Estado;
- Un Área Mixta, donde el Estado actuaría en asociación con los sectores privados siendo el principal accionista, y
- Un Área Privada, donde el esfuerzo particular tendría su propia esfera de acción, aunque en la práctica quedaría reducido a pequeños negocios.

En ese mismo programa electoral se incluía una amplia referencia a qué empresas podrían ser objeto de integrar el APS: la gran minería del cobre, salitre, yodo, hierro y carbón mineral; el sistema financiero del país, en especial la banca privada y seguros; el comercio exterior; las grandes empresas y monopolios de distribución; los monopolios industriales estratégicos; y, en general, aquellas actividades que pudieran condicionar el desarrollo económico y social: la producción y distribución de energía eléctrica; el transporte ferroviario, aéreo y marítimo; las comunicaciones; la producción, refinación y distribución del petróleo y sus derivados, incluido el gas licuado; la siderurgia; el cemento; la celulosa; petroquímica y química pesada.

Tras las elecciones, el propio Allende afirmó que entre las primeras nacionalizaciones estaría la gran minería del cobre y del hierro, el salitre, Carbonífera Lota-Schwager, la distribución del petróleo (ESSO, Shell, COPEC), los bancos, las compañías de seguros, el comercio exterior, Compañía de Teléfonos, Indus, Yarur, Bata, Cemento Melón y Compañía Cervecerías Unidas. Todas estas expropiaciones –afirmaba– se harán siempre con pleno resguardo del interés del pequeño accionista.

El candidato electo propuso que se transfirieran al Área de Propiedad Social –o en su caso al Área de Propiedad Mixta– todas las compañías

⁵⁵ Hernán MILLÁS y Emilio FILIPPI, *Anatomía de un fracaso, la experiencia socialista en Chile*, p. 35.

cuyo activo neto excediera los catorce millones de escudos (alrededor de un millón de dólares). Unas 253 corporaciones caían en esta causal. El gobierno aceptó comprar estas compañías mediante bonos con intereses equivalentes al valor contable de su activo de 1969. En el Congreso, la mayoría opositora se opuso a este plan; tal vez con el temor de que tal medida fuera utilizada para controlar los medios de comunicación más afines a sus posiciones ideológicas.

En la primera reunión ministerial del nuevo gobierno se consideró un programa económico a corto plazo, destinado a ser puesto en práctica en catorce meses. La idea central era levantar los niveles de actividad económica, absorber la desocupación, cambiar la distribución del ingreso, y contener las presiones inflacionarias⁵⁶. La subida de los salarios y el incremento de la actividad económica por parte del Estado apuntaron hacia lo primero. Con el intento de fijar precios estables a los productos –incluido el del dólar– se pretendía atajar esas presiones inflacionarias. El gobierno no ocultaba que esperaba crecer un 10% en el primer año de gestión; lo cual concitaba serias dudas en la oposición. En este escenario, y con la intención de provocar un mayor desahogo en los sectores modestos de la población, la Tesorería General de la República ordenó retirar de las listas de remates por deudas tributarias a las propiedades de avalúos bajos; estableciéndose, además, convenios para facilitar la puesta al día de los deudores⁵⁷.

Aclaremos que el primer año del gobierno de Allende fue el mejor, económicamente hablando. Se redujo la inflación y el desempleo, aumentaron los salarios reales, y se creció más que en el último año de la administración pedecista.

“Los resultados de 1971 parecieron darle la razón al gobierno y llenaron de optimismo a la Unidad Popular. En efecto, el PGB creció en 8% (3,6% en 1970), la inflación se redujo del 36,1% al 22,1%, el desempleo bajó del 5,7% a 3,8%, y los salarios reales se incrementaron en la extraordinaria cifra de 22,3%. La industria y el comercio lideraron el crecimiento del PGB con 13,6% y 15,8% respectivamente”⁵⁸.

Pero en el segundo y en el tercer año de la UP sobrevino una verdadera catástrofe económica, tanto por factores internos como por factores externos. Las dificultades en el comercio internacional (en gran medida provocadas por un cierto boicot comercial externo) y los cambios del

⁵⁶ *La Prensa*, 5 de noviembre de 1970, p. 8.

⁵⁷ Manuel SALAZAR, “Un día de septiembre, hace 39 años”, p. 5.

⁵⁸ Edgardo BOENINGER, *Democracia en Chile Lecciones para la gobernabilidad*, p. 168.

aparato productivo (con sus protestas, huelgas, tomas, falta de repuestos, sabotajes, atentados de distinto signo político...) hicieron tambalear una débil economía, cuyos desajustes se expresaron además en una inflación galopante a partir de 1972; inflación que llegó a ser de cuatro dígitos en el curso de 1973. De tal manera que la situación interna escapó a todo control y racionalidad institucionalizada.

No es el momento de analizar los logros y fracasos económicos de aquel gobierno, solamente se pretende efectuar una somera mirada a las primeras medidas del allendismo gobernante en esta materia.

Para expropiar empresas particulares, el gobierno usó los resquicios legales que le permitía una legislación originada por el gobierno de *facto* de la República Socialista, que nunca había sido derogada; para ello, se resucitó el Decreto Ley N° 520, de agosto de 1932. En esa legislación se facultaba a la autoridad estatal para intervenir empresas que pusieran en serio riesgo el normal abastecimiento de la población; pudiendo aducir para ello una diversidad de motivos, incluyendo la causal –supuesta o real– de su deficiente productividad.

Así, por ejemplo, el art. 6, en su inciso 1°, autorizaba al Presidente, a propuesta de la Dirección de Industria y Comercio, a imponer a los productores la obligación de elaborar artículos declarados de primera necesidad, en las cantidades y condiciones que se determinase. El incumplimiento de esta imposición podía conllevar la expropiación industrial. El art. 5 establecía que todo establecimiento industrial o comercial que se mantuviera en receso también podría ser objeto de expropiación por parte del Estado⁵⁹.

La primera de estas expropiaciones se llevó a efecto a pocas semanas de la asunción de Allende a la primera magistratura del país. Efectivamente, el 2 de diciembre de 1970 Allende firmaba en Concepción el decreto por el que la Fábrica de Paños Bellavista Tomé, situada en esta última localidad, quedaba expropiada. En la ocasión, el Presidente señalaba: “Este decreto expropiatorio es el primero que firmo, y creo que no será el último”⁶⁰. La expropiación venía precedida por una huelga y por la toma de edificios y paralización total de la producción, situación que perduró por diez meses, periodo durante el cual los trabajadores dejaron de percibir salario alguno.

Poco después, en vísperas de la Navidad de 1970, y en la Plaza de la Constitución, Allende firmaba el proyecto de reforma constitucional destinado a nacionalizar las grandes minas de cobre (lo que se materializaría en julio del año siguiente con el apoyo de todos los partidos políticos

⁵⁹ Patricia GOMIEN, “Expropiación en la industria según el Decreto Ley 520”, *passim*.

⁶⁰ *La Nación*, 2 y 3 de diciembre de 1970, pp. 1 y 5, en ambos casos.

representados en el Congreso)⁶¹. Terminando enero de 1971 se firmaba el decreto que expropió la Compañía Lanera Austral. En febrero de 1971, era expropiada la editorial Zig-Zag, que pasó a llamarse Quimantú, editorial estatal que publicó un torrente de títulos de obras famosas destinadas a divulgar la cultura literaria e histórica en el país, pero también –y sobre todo– libros de contingencia y agitación política.

Si bien estas expropiaciones se produjeron desde el inicio del gobierno de Allende, es un hecho, dice Sofía Correa,

“que el programa de gobierno fue desbordado por la acción de las masas, muchas veces con apoyo de funcionarios públicos y militantes de los partidos de la Unidad Popular, todos los cuales presionaban al Ejecutivo para acelerar la revolución”⁶².

No debe olvidarse que, desde un comienzo, además, los funcionarios del gobierno miraban el sistema jurídico chileno “contradictorio” y como un derecho que “no tiene una traducción de justicia”. Precisamente, José A. Viera Gallo, subsecretario de Justicia, describía esta sensación que embargaba al gobierno:

“Y es así como la ley, y la Constitución, hablan de libertad, de igualdad, de que en Chile no hay clases privilegiadas. Estas palabras tienen el peso vacío. ¿A qué se debe esa contradicción entre sistema jurídico y la realidad? A que en el sistema jurídico se ha plasmando un proyecto histórico de dominación capitalista y realidad social que se ha vuelto cada vez más antagónica a ese proyecto capitalista, que ha sido incapaz de consolidarse estructuralmente. En los países capitalistas desarrollados existe una explotación que podríamos llamar eficiente, pues ha sido capaz de esconderse detrás de la falsa alegría que da la abundancia; en cambio en los países de nuestra América la explotación ha sido cruda, sin tapujos y sin compensaciones. Por eso surgen en toda América síntomas de ruptura y rebelión.

El pueblo no quiere seguir recorriendo caminos gastados, está cansado de las declaraciones, de la palabra hueca, del gesto paternal, de la voz doctoral, de una vida a medias.

Y es así que se ha ido formando y generalizando en el país, en la lucha diaria del pueblo, en el sufrimiento diario del obrero y del campesino, en la incertidumbre del poblador, una conciencia de clase, que pretende terminar con el derecho existente, donde se refleja la causa de ese sufri-

⁶¹ Para la oposición, los cambios estructurales en la economía llevados a cabo por el gobierno de Allende y la Unidad Popular se llevaban a cabo al margen de la ley. Pues bien, la única cuestión que escapó de esa crítica fue la nacionalización de las riquezas básicas. Jaime RUIZ TAGLE, “Vía legal y transición al socialismo: dos años de gobierno de la U.P.”, en AA.VV., *Mensaje testimonio en la historia 1971-1973*, pp. 50-51.

⁶² Sofía CORREA, *Historia del siglo XX chileno*, pp. 265-266.

miento y de esa incertidumbre vital. Porque el derecho existente expresa intereses que no son los del pueblo, y ello en los campos más diversos de la vida social, desde la administración de justicia hasta la reglamentación del proceso económico o de la organización política”⁶³.

En muchos de los casos las compañías expropiadas no recibían compensación alguna; claro está que las situaciones son diferentes y habría que analizarlas una a una. En el caso de las compañías mineras se aludía a “ganancias excesivas”. Por eso Allende anunciaba que las acciones de Kennecott y Anaconda serían compradas con bonos a 30 años (con intereses de un 3%). Esta compensación se calculaba sumando el valor contable de los intereses financieros de las compañías –menos las deducciones por la amortización y la depreciación– a las “utilidades excesivas”. Solo el Presidente estaba autorizado para calcular esas “utilidades excesivas”. En septiembre de 1971, se definía como “excesivas” cualquier beneficio que superase el 12% ganado después de 1955. Como resultado de este cálculo, las compañías antes aludidas quedaban deudoras del Estado: la Anaconda y la Kennecott debían abonarle 78 y 310 millones de dólares, respectivamente⁶⁴.

Es en este marco en el que se puede llegar a entender la serie de cancelaciones de créditos que comenzó a vivir Chile a partir del segundo semestre de 1971: el 12 de agosto el Export-Import Bank de Washington rechazó la concesión de un crédito por un importe de 21 millones de dólares que se había solicitado para dotar a la LAN de nuevos y modernos aviones. Por su parte, el gobierno de los Estados Unidos anunciaba que no acordaría nuevos créditos con el país mientras no se fijase y abonase una justa indemnización por las empresas norteamericanas confiscadas⁶⁵.

Algo similar podría decirse en relación con la expropiación de la fábrica de Paños Bellavista; la familia Yarur y demás accionistas no recibieron compensación alguna por dicha expropiación. Los dineros de dicha indemnización fueron compensados por la deuda económica que arrastraba la empresa con sus trabajadores debido a los meses impagados, y por dejar de abonar el denominado impuesto textil, que iba a parar a las arcas de la municipalidad de Tomé⁶⁶.

⁶³ José Antonio VIERA GALLO, “Derecho y Socialismo”, en AA.VV, *Mensaje...*, op. cit, pp. 9-28.

Véase también *Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas*, pp. 15-29.

⁶⁴ Sergio BITAR, *Chile 1970-1973. Asumir la historia para construir el futuro*, pp. 212-124.

⁶⁵ Gregorio SELSER, *Los días del presidente Allende*, p. 79.

⁶⁶ Sebastián PÉREZ LIZANA, *Bellavista: Memoria Oral de un pueblo industrial*, pp. 106-114.

En el caso de los predios agrícolas, que serán abordados en el epígrafe siguiente, la ley de reforma agraria de 1967 establecía que se podían expropiar los fundos mayores de 80 hectáreas que estuvieran mal explotados, abandonados, o cuyos dueños no abonasen los salarios a sus trabajadores. Pese a ello, cuando se producía la expropiación el dueño tenía el derecho de quedarse con ocho hectáreas, que por lo general correspondían a la casa patronal, las cocheras u otros edificios y terrenos colindantes. En estas expropiaciones cabría una indemnización en la que el Estado pagaba entre el 5 y el 10% de la misma al principio, y el resto en un plazo de 25 años; pero en muchos casos los propietarios eran expulsados de sus casas o se les impedía el acceso, y en otros los pagos se retrasaban en demasía o no llegaban a concretarse.

VIII. Los inicios de la Reforma Agraria y la expropiación forzosa de la tierra

Cuando en 1964 Frei llegó al poder llevaba en su programa la Reforma Agraria. Durante la campaña electoral, Jacques Chonchol no cesaba de denunciar el latifundismo:

“Existe un grupo de clanes económicos que dominan la explotación y el comercio agrícolas a través de sociedades anónimas. La quinta parte del territorio nacional pertenece a unas 600 familias emparentadas. De los clanes agrícolas y ganaderos se destaca como dominante el grupo Punta Arenas, de las familias Montes, Campos, Braun y Menéndez, que influye en las sociedades anónimas. La familia Valdés controla 49 latifundios; la familia Correa, 43; los Pereira, 15; los Vial, 18; los Zañartu 14; los Irarrazaval, 10; y los Ortúzar, 3”⁶⁷.

Cuando concluía la gestión del gobierno democristiano, y pese a que alguno de sus responsables considerase que la Reforma Agraria emprendida había sido un fracaso, ya se habían expropiado prácticamente la totalidad de los predios que excedían de las ochenta hectáreas básicas.

Ahora, con la izquierda en el poder, se quería profundizar aun más, si cabía, en las reformas relativas a la propiedad y uso del agro. Para 1971 se pretendía lograr la expropiación de mil fundos, lo cual significaba una cantidad similar a la lograda durante toda la gestión de Frei, además de

⁶⁷ Arturo FONTAINE ALDUNATE, *La Tierra y el Poder. Reforma Agraria en Chile (1964-1973)*, p. 67.

cuadruplicar las expropiaciones logradas en 1970. Éstas habían afectado a 1.378 fundos, con un total de 2.600.000 hectáreas.

Las estrategias por aplicar para lograr ese objetivo eran resumidas por Chonchol, ahora ministro allendista, en tres puntos:

- 1° Expropiar los fundos más representativos de cada provincia;
- 2° Dar preferencia a las provincias del sur con alta población indígena, poco afectada bajo el gobierno precedente;
- 3° Permitir que las prioridades en cada región las determinen los consejos campesinos locales⁶⁸.

El programa agrario establecía algunas exclusiones:

“Tendrán derecho a no ser expropiados solo los pequeños y medianos agricultores; y derecho de reserva solo aquellos agricultores mayores que sean reconocidos por sus condiciones económicas y sociales favorables para el desarrollo de la producción agrícola y para el desarrollo de la comunidad campesina”⁶⁹.

Evidentemente, profundizar en la Reforma Agraria fue una preocupación del nuevo gobierno. Si bien se utilizaron mecanismos legales para llevarla a cabo rápidamente también destacaron las acciones realizadas al margen de la ley, como las tomas y usurpaciones, sucesos que fueron ampliamente denunciados por los medios de comunicación opositores. A los pocos meses de que Allende asumiera la Presidencia, la SNA ya ponía de manifiesto que solo en la provincia de Cautín 50 fundos habían sido ocupados ilegalmente⁷⁰. Meses más tarde, y según informes de Carabineros, las tomas habrían alcanzado el número de 1.767⁷¹.

Pero no era necesario que la SNA denunciara tales hechos. La propia prensa progubernamental presumía abiertamente de tales actuaciones. *Punto Final*, la revista del MIR, exponía un minucioso recuento de esas tomas realizadas en la zona, aunque dando su particular visión de los hechos:

“La reducción Mercedes Llanca se apodera a fines de 1970 de las tierras que perdieron hace treinta años, es decir, transcurridos de sobra los plazos de prescripción.

La reducción Pedro Miguel Chuquepán se toma las 200 hectáreas usurpadas hace 40 años.

⁶⁸ Jacques CHONCHOL, “La reforma agraria en Chile 1964-1973”, p. 610.

⁶⁹ “Puntos básicos de la reforma agrarias”, *Índice*, Madrid, N° 280-281, 1-15 diciembre de 1970, pp. 48-49.

⁷⁰ *El Mercurio*, 23 de enero de 1971, pp. 29 y 32.

⁷¹ *El Mercurio*, 5 de junio de 1972, p. 8. En los días 5 y 6 de junio el diario *El Mercurio* reproducía el debate en el Senado del día 31 de mayo, en el que se detallaban estas ocupaciones (ver pp. 8-15 y 24-29, respectivamente)

La comunidad Juan Paihueque toma posesión de 160 hectáreas que les arrebataron en 1946.

La comunidad Juan Curaqueo recupera mediante una acción directa sus 120 hectáreas usurpadas en 1920.

La Comunidad Juan Catrileo se toma 98 hectáreas, que reivindicaban como propias.

El comité Caupolicán se toma 120 hectáreas del fundo Pindapulli, ubicado a orillas del lago Villarrica.

El fundo Poco a Poco, situado en Lautaro, es tomado por mapuches en respuesta a las provocaciones de los propietarios.

La comunidad Chucauco se apodera de 500 hectáreas del diputado Jorge Lavandero, del PDC⁷².

Quizá para minimizar su importancia, el Ministro de Agricultura indicó a mediados de febrero que esas acciones representaban tan solo un 0,5%: “Con las cifras –señaló– quiero desvirtuar la campaña interesada que está realizando cierto sector, con innegables fines políticos”⁷³. Es posible que en porcentaje las usurpaciones o tomas de tierras fueran reducidas en el ámbito del latifundio chileno; pero estas se sucedían y eran una realidad. Y ese pequeño porcentaje, por reducido que fuese, acusaba una vulneración de las leyes que el gobierno y sus funcionarios estaban obligados a respetar.

Veamos rápidamente algunos de los casos más emblemáticos de esas expropiaciones en los que la polémica y la violencia estuvieron presentes⁷⁴. La hacienda Nilahue (Colchagua) fue escenario de un enfrentamiento entre los hijos del propietario (Jorge Barahona Puelma) y un grupo de asaltantes que secuestraron al vigilante nocturno y lo amenazaron de muerte al pretender impedirles el paso. Poco después, trascendió que en el desarrollo de estos hechos tuvo una destacada participación el diputado socialista Joel Marambio y el intendente Juan Codelia. El 30 de abril la hacienda fue expropiada, previo desalojo violento del propietario y de sus hijos en el lapso de dos horas. El agricultor, luego de discutir esta ilegal medida con los funcionarios de la Corporación de Reforma Agraria, sufrió un infarto que le produciría la muerte, en gran medida por el retraso de la atención médica; al parecer intencionadamente provocado⁷⁵.

Las tomas continuaron efectuándose, y los enfrentamientos y muertes también. Tal fue el caso de Rolando Matus, quien fallecía el 19 de abril, tras un enfrentamiento con armas de fuego entre agricultores que protegían el

⁷² Osvaldo RIVERA BRAVO, “La derecha conspira para detener la reforma agraria”, *passim*.

⁷³ *El Mercurio*, 16 de febrero de 1971, pp. 1 y 8.

⁷⁴ Ángela COUSIÑO VICUÑA y María Angélica GANA, *Reforma Agraria chilena. Testimonios de sus protagonistas*, *passim*.

⁷⁵ *Las Noticias de Última Hora*, 10 de febrero de 1971, p. 16.

fundo Carén, de apenas veinte hectáreas, ubicado en la zona de la precordillera de Pucón, e indígenas conducidos por miembros del Movimiento Campesino Revolucionario (dependiente del MIR) que pretendían ocuparlo⁷⁶. Se daba la circunstancia de que el agricultor fallecido era militante del Partido Nacional; desde ese momento las brigadas de choque de la citada organización llevarían su nombre: los Comandos Rolando Matus.

A fines de noviembre de 1970, Antonieta Maachel, propietaria del fundo La Tregua (Valdivia), se suicidaba por ingesta abusiva de barbitúricos; esto acontecía instantes después de que unas treinta personas, instigadas por terceros, se apoderaran del predio y la secuestraran⁷⁷.

Las frías caricias de la muerte tocaron no solo a los afectados por los secuestros y usurpaciones de predios, sino también a algunos de sus instigadores o ejecutores. Fue el caso del estudiante mirista Jorge Eduardo Fernández Moreno, quien colaboraba en la ocupación del fundo Macul de Cautín; el joven murió al estallar el artefacto explosivo que llevaba consigo. Era el 10 de marzo de 1971. Este incidente llevó al MIR a manifestar –con un dejo de cinismo– que seguirían usando armas para su propia defensa de las agresiones de que eran objeto por parte de los sectores propietarios:

“Señalamos claramente que el uso de armas y elementos de defensa por parte de nuestros compañeros y de los trabajadores constituye una legítima necesidad para defender sus vidas y sus intereses de clase de la agresión de que son víctimas por parte de los patrones y sus servidores. El MIR declara que no renunciará a la violencia para repeler cualquier agresión contra sus militantes y contra los trabajadores en general”⁷⁸.

Las usurpaciones también afectaron a los sectores urbanos. Comenzando diciembre de 1970, Arsenio Alcalde, presidente de la Cámara Chilena de la Construcción, declaraba que más de 5.000 viviendas –1.700 de ellas pertenecientes al sector privado– habían sido ocupadas ilegalmente hasta el 24 de noviembre⁷⁹. Alcalde añadió que

“contrariamente a lo esperado... los intentos [del Gobierno] de solucionar el problema por medio de la persuasión no han dado frutos. De hecho, las viviendas invadidas siguen en poder de quienes se han apropiado de ellas, impidiendo su entrega a los legítimos propietarios o paralizando la construcción de las que se encuentran inconclusas”⁸⁰.

⁷⁶ *Impacto*, N° 11, 22-28 de abril de 1971, pp. 10-11.

⁷⁷ *El Mercurio*, 31 de noviembre de 1970, p. 17.

⁷⁸ Arturo CASTILLO VICENCIO, *La verdad olvidada del terrorismo en Chile, 1968-1996*, p. 66.

⁷⁹ *El Mercurio*, 1 de diciembre de 1970, p. 17.

⁸⁰ *El Mercurio*, 18 de enero de 1971, pp. 27-28.

A mayor abundamiento sobre este tema, en febrero de 1971, un grupo de pobladores de la agrupación los Sin Casa, asesorados por estudiantes universitarios que realizaban trabajos voluntarios de verano, intentaron tomar, haciendo uso de armas de fuego, el fundo Los Álamos, en la comuna de San Carlos⁸¹.

Los días inmediatamente siguientes se produjeron ocupaciones y tomas de edificios fiscales en Viña del Mar, Puerto Montt y Santo Domingo. Centenares de cesantes –denunciaba *El Mercurio*– invadieron y se apoderaron del edificio del Servicio Nacional del Empleo, en protesta por lo que a su juicio era una simple tramitación en la solución de sus problemas laborales⁸². El proyecto de ley que debía castigar estas usurpaciones, y que había sido anunciado tiempo atrás, aún no había sido enviado al Congreso.

IX. Nota final: breve balance de los cien primeros días de gobierno

La revista *Ercilla* hizo su propio balance de los primeros cien días del gobierno de Allende. La citada revista, pese a lo que pudiera parecer a simple vista, solía entregar visiones políticas desde distintos ángulos, alejándose de simplismos y extremismos. Desde sus páginas se comentaba que en el Ejecutivo y en los partidos de la UP habrían declarado “su honda satisfacción por la tarea hasta ahora emprendida y cumplida”, y que dada la labor llevada a cabo, “al presidente Allende no se le podría acusar ni de holgazan ni de haberse quedado en las promesas”⁸³.

A juicio del semanario, Allende proseguía su camino contando con el apoyo de los sectores que votaron por él, con el respaldo leal de las Fuerzas Armadas, una “no modificada actitud de apoyo” de la Iglesia Católica, y con una oposición parlamentaria “democrática y poderosamente constructiva”. Se destacaban además las medidas de apoyo a los pequeños y medianos productores agrícolas, abriendo poderes compradores de sus cultivos en toda el área agraria del país; además de la rebaja del interés bancario para ellos. Todas estas medidas eran resultado de las paralizaciones parciales que el campo vivió a raíz de las ocupaciones ilegales, que infundieron miedo a agricultores grandes y pequeños. La aprobación en el Senado de la propuesta gruesa de nacionalización del cobre era anotada como un aspecto positivo del gobierno:

⁸¹ *El Mercurio*, 21 de febrero de 1971, p. 21.

⁸² *El Mercurio*, 24 de febrero de 1971, p. 15.

⁸³ *Ercilla*, 17-23 de febrero de 1971, p. 9.

“Que el gobierno manda, no hay duda –dijo *Ercilla*–, pero también que, en algunos casos la acción y los hechos consumados sobrepasaron el programa.

Había que parar el carro y Allende lo hizo. En los primeros días de febrero envió un proyecto de ley que castiga con cárcel a los instigadores de ‘tomas’ de viviendas que, al término del receso parlamentario, se hará extensivo a los cabecillas de ocupaciones ilegales de predios agrícolas”⁸⁴.

No pasaba desapercibido que en poco tiempo el gobierno había expropiado un millón de hectáreas de suelos agrícolas, de los que no se salvaron los predios de los parlamentarios demócrata-cristianos⁸⁵.

Pero para el balance de *Ercilla*, lo más polémico no habían sido las usurpaciones rurales o urbanas, sino el proyecto de Tribunales Vecinales, que pretendía impulsar una administración de justicia local que castigara la embriaguez, el maltrato a la mujer, o denunciase a los asaltantes. Sus jueces se nombrarían entre individuos alfabetizados pertenecientes a un organismo de base. Para la oposición del PDC y el PN, y para el Colegio de Abogados, este proyecto era considerado abiertamente como inconstitucional, pues delegaba en el Presidente facultades y atribuciones de tribunales que eran materia de ley. El otro fantasma opositor que rondaba el proyecto era que el eventual funcionamiento de tribunales de elección popular abría la puerta a su uso político⁸⁶.

Este y otros temas relacionados con el Gobierno de la Unidad Popular se escapan a estas breves líneas. Proyectan, sin embargo, los bruscos cambios vividos en Chile durante los primeros cien días de Allende, en donde se abría la vía para la erosión del Estado de Derecho y el falseamiento de la promesa de realizar la vía chilena al socialismo con las armas de la paz. Por el contrario, aquellos primeros cien días llevaron al pueblo a un enfrentamiento cuyas consecuencias aun se viven hoy en día.

Bibliografía

- “Allende habla con Debray”, en *Revista Punto Final*, año 5, N° 126, Santiago, 1971.
 ALLENDE, Salvador, *La vía chilena al socialismo*, 3ª ed., Madrid, Fundamentos, 1998.
 AMORÓS, Mario, *Antonio Llidó, un sacerdote revolucionario*, Valencia, PUV, 2007.
 ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Jurídica, 1971,
 ARANCIBIA CLAVEL, Patricia, *Los orígenes de la violencia política en Chile. 1960-1973*, Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo - Universidad FinisTerra, 2001.

⁸⁴ *Ercilla*, 17-23 de febrero de 1971, p. 9.

⁸⁵ *Ercilla*, 10-16 de febrero de 1971, p. 8.

⁸⁶ *Op. cit.*, pp. 16-17.

- BERNASCHINA GONZÁLEZ, Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Jurídica, 1961, tomo II.
- BITAR, Sergio, *Chile 1970-1973. Asumir la historia para construir el futuro*, Santiago, Pehuén, 1995.
- BOENINGER, Edgardo, *Democracia en Chile Lecciones para la gobernabilidad*, Santiago, Andrés Bello, 1998
- BOYE, Otto, *Hermano Bernardo*, Santiago, Aconcagua, 1986.
- CAMUS, María Eugenia, “La historia del GAP”, en *Revista Análisis*, N° 178, 1987.
- CAREY CARVALLO, Alejandrina, *El Partido Nacional 1970-1973*, tesis para optar al Grado de Licenciado en Historia, Santiago, Pontificia Universidad Católica, 1997.
- CASTILLO VICENCIO, Arturo, *La verdad olvidada del terrorismo en Chile, 1968-1996*, Santiago, Editorial Maye Ltda., 2007.
- CHONCHOL, Jacques, “La reforma agraria en Chile 1964-1973”, en *Revista Trimestre Económico*, vol. 43, N° 171, Ciudad de México, 1976.
- CORREA, Sofía, *Historia del siglo XX chileno*, Santiago, Sudamericana, 2001.
- COUSIÑO VICUÑA, Ángela, y GANA, María Angélica, *Reforma Agraria chilena. Testimonios de sus protagonistas*, Santiago, Memoriter, 2013.
- ETCHEPARE JENSEN, Jaime, *Surgimiento y evolución de los partidos políticos en Chile, 1857-2000*, Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2006.
- FERMANDOIS, Joaquín, *La Revolución inconclusa. La izquierda chilena y el gobierno de la Unidad Popular*, Santiago, CEP, 2013.
- FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo, *Río Arriba. Memorias*, Barcelona, Planeta, 1995.
- GOMIEN, Patricia, “Expropiación en la industria según el Decreto Ley 520”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 5, N° 1-6, Santiago, 1978.
- GUZMÁN, Jaime, “La libertad, en adelante, tendremos que conquistarla”, en *PEC*, 1971.
- FONTAINE ALDUNATE, Arturo, *La Tierra y el Poder. Reforma Agraria en Chile (1964-1973)*, Santiago, Zig-Zag, 2001.
- KORRY, Edward M., “Los Estados Unidos en Chile y Chile en los Estados Unidos”, *Estudios Públicos*, N° 72, 1998.
- MILLÁS, Hernán, y FILIPPI, Emilio, *Anatomía de un fracaso, la experiencia socialista en Chile*, Santiago, Zig-Zag, 1973.
- MODAK, Frida, *Salvador Allende en el umbral del siglo XXI*, Barcelona, Plaza & Janés, 2000.
- PAREDES, Alejandro, “Las prácticas políticas de los exiliados chilenos en Mendoza y su incidencia en Chile (1970-1989)”, en *Revista Universum*, N° 18, Talca, 2003.
- PÉREZ, Cristián, “Salvador Allende, apuntes sobre su dispositivo de seguridad: el grupo de amigos personales (GAP)”, en *Estudios Públicos*, N° 79, 2000.
- PÉREZ LIZANA, Sebastián, *Bellavista: Memoria Oral de un pueblo industrial*, Concepción, Imp. Icaro Ltda., 2010.

- Primera Conferencia de la Organización Latinoamericana de Solidaridad*, La Habana, OLAS, 1967.
- PUCCIO, Osvaldo, *Un cuarto de siglo con Allende. Recuerdo de su secretario privado*, Santiago, Emisión, 1985.
- QUIROGA, Patricio, *Compañeros. El GAP. La Escolta de Allende*, Santiago, Aguilar, 2001.
- RIVERA BRAVO, Osvaldo, "La derecha conspira para detener la reforma agraria", en *Revista Punto Final*, N° 122, Santiago, 1971.
- RAMÓN, Armando de, *Biografías de chilenos, miembros de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. 1876-1973*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1999, vol. II.
- RUIZ TAGLE, Jaime, "Vía legal y transición al socialismo: dos años de gobierno de la U.P.", en AA.VV., *Mensaje testimonio en la historia 1971-1981. Selección de artículos de Derecho y Justicia*, Santiago, Aconcagua, 1981.
- SALAZAR, Manuel, "Un día de septiembre, hace 39 años", en *Revista Punto Final*, N° 693, 2009.
- SALAZAR, Manuel, *Roberto Thieme, el rebelde de Patria y Libertad*, Santiago, Mare Nostrum, 2007.
- Salvador Allende, su pensamiento político*, Santiago, Quimantú, 1972.
- SELSER, Gregorio, *Los días del presidente Allende*, México, UNAM, 1991.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica, 1962.
- SOTO KLOSS, Eduardo, y ARÓSTICA, Iván, "La destrucción del Estado de Derecho en Chile, 1970-1973", *Revista de Derecho Público*, N° 53-54, Santiago, 1993.
- URZÚA, Germán, *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago: Jurídica, 1991.
- VENEROS, Diana, *Salvador Allende*, Santiago, Sudamericana.
- VIERA GALLO, José Antonio, "Derecho y Socialismo", en AA.VV., *Mensaje testimonio en la historia 1971-1981. Selección de artículos de Derecho y Justicia*, Santiago, Aconcagua, 1981. Véase también *Boletín del Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas*, N° 7, julio de 1971.
- WHELAN, James R.,: *Desde las cenizas, vida, muerte y transfiguración de la democracia en Chile 1833-1988*, Santiago, Zig-Zag, 1993.
- YOFRE, Juan Bautista, *Misión Argentina en Chile 1970-1973*, Santiago, Sudamericana, 2000.

PRENSA

Chile

El Mercurio

La Nación

Las Noticias de Última Hora

La Prensa
La Tercera
El Sur

España

ABC,
La Vanguardia
Índice

LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE

THE ARMED FORCES IN THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF CHILE

*Sergio Cea Cienfuegos**

*Patricio Morales***

Resumen

Los autores describen la evolución histórico-constitucional en relación con las Fuerzas Armadas, dan cuenta de una situación de sobrerregulación jurídica de las instituciones castrenses en la Carta Fundamental de 1980 y enuncian la necesidad de mantener en el texto constitucional una referencia expresa a dichas instituciones.

Palabras clave: Nueva Constitución Política, Fuerzas Armadas, tradición constitucional.

Abstract

The authors describe the historic constitutional evolution of the Armed Forces showing, the legal regulation of the military institutions in the Constitution of 1980 and enunciate the need to maintain in the constitutional text a precise reference to those Institutions.

Key words: New Constitution, Armed Forces, Constitutional Tradition.

1. Introducción

Uno de los objetivos del actual Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria es brindar a la sociedad chilena una nueva Carta Fundamen-

* Magister en Derecho Universidad de Chile. Profesor de Derecho de la Facultad del Desarrollo. Correo electrónico: sergioceac@gmail.com.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile. Artículo recibido el 1 de julio de 2014 y aceptado el 25 de agosto de 2014. Correo electrónico: pmoales@gmail.com

tal. Así lo expresó la entonces candidata presidencial en su Programa de Gobierno, señalando que la actual Constitución Política

“está sustentada en una desconfianza a la soberanía popular; de allí las diversas limitaciones a la voluntad popular mediante los mecanismos institucionales de contrapesos fuertes a dicha voluntad, siendo el ejemplo más evidente el mecanismo de los quórum contramayoritarios para la aprobación y modificación de las leyes importantes”.

Agrega en su Programa que ello no es democrático y contribuye a deslegitimar el sistema político, siendo un obstáculo para el desarrollo y gobernabilidad del país¹.

Esta postura crítica frente a la Constitución de 1980, y las alegaciones acerca de su legitimidad han sido desarrolladas por la doctrina constitucional desde hace ya más de dos décadas. A modo de ejemplo, los profesores de derecho público Francisco Cumplido y Humberto Nogueira lo analizan así:

“La Carta Fundamental de 1980, en nuestra opinión, responde desde un punto de vista formal al concepto de Constitución. En efecto, la Carta contiene una parte dogmática, una parte orgánica y un procedimiento rígido de reforma de ella... sin embargo, el régimen político establecido en el texto de la Constitución de 1980, antes de su reforma de 1989, no concuerda con el concepto material de Constitución, tal como la concibe la teoría constitucional. En tal sentido, puede señalarse que el enfoque que se otorga a la organización de los poderes públicos, a la distribución de las funciones y a las relaciones entre la autoridad y la libertad, corresponde a la concepción autoritaria y no a la concepción democrática”².

Razonablemente podemos entender que esta Nueva Constitución incidirá en una serie de aspectos diferentes de la marcha institucional del país, y especialmente en aquellas materias que por razones históricas y políticas constituyen una demanda ciudadana en la actualidad. Una de estas materias es el marco regulatorio de las Fuerzas Armadas, concretamente su reconocimiento y definición constitucional.

No es posible soslayar la referencia que el artículo 90 del texto original de la Constitución de 1980 hacía a su cometido de “garantizar el orden institucional de la República”. Esta particular tarea originalmente asignada por esta Constitución a las Fuerzas Armadas se explica por la

¹ Michelle BACHELET JERIA, *Programa de Gobierno 2014-2018*, en <http://michelle-bachelet.cl/programa/>

² Francisco CUMPLIDO CERECEDA y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Teoría de la Constitución*, pp. 256-257.

interpretación que los integrantes de la Comisión Constituyente mayoritariamente tenían de la intervención de las Fuerzas Armadas en el término del gobierno de la Unidad Popular y el rol que a partir de esos hechos visualizaban como propio de los cuerpos armados.

La intrínseca indefinición de estos conceptos, que abandonan los límites de lo estrictamente jurídico y avanzan en lo ideológico, provocó una serie de cuestionamientos y críticas que desembocaron finalmente en su eliminación por la extensa reforma que el texto constitucional experimentó en el año 2005, durante el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar³.

La exposición del problema citado ejemplifica una cuestión que salta a la vista: que en la actualidad existe, objetivamente, una sobredimensión normativa en el texto de la Carta Fundamental de 1980.

Los cinco artículos destinados a la consagración constitucional de los entes armados en la actual Constitución Política de 1980 son en la actualidad un exceso normativo que puede y debe revisarse en cuanto a la necesidad de tal extensión regulatoria.

Sin embargo, y ese es uno de los postulados de esta publicación, esa revisión no debiera alcanzar a la completa supresión de la referencia en el texto constitucional a las Fuerzas Armadas y su misión fundamental.

2. El problema: *omisión de referencia expresa a las Fuerzas Armadas en un nuevo texto constitucional*

El caso es que, de la lectura de los documentos elaborados por el Equipo Programático Constitucional del Comando de Michelle Bachelet (el primero denominado “Bases de la Nueva Constitución para Chile. Primer Informe de Mayo 2013” y el “Segundo Informe Final de la Comisión Programática “Nueva Constitución” de fecha 31 de agosto 2013, ambos emanados de la Comisión encargada de la Nueva Constitución Política de Chile), se constata que no se considera de manera expresa una norma constitucional de referencia específica a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.

En el documento “Bases de la Nueva Constitución para Chile”, Primer Informe, se expone:

³ Marco Antonio TRONCOSO RIQUELME, *El papel de las Fuerzas Armadas y Carabineros como “garantes del orden institucional de la República”*, pp. 131-136.

“En este contexto, la Nueva Constitución suprime toda referencia específica a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública o al Consejo de Seguridad Nacional, ya que se les considera como órganos que integran la Administración militar o policial, en su caso, sometidos al Gobierno, como titular de la potestad gubernativa y cuya mención en el texto constitucional se considera innecesaria, como los demás órganos que integran la Administración del Estado”⁴.

Por nuestra parte sostenemos que no existe razón para no contar en el nuevo texto constitucional con a lo menos una norma que se refiera de manera expresa a las Fuerzas Armadas. Y aun más, es nuestra opinión que esa mención debe contener, por una parte, una alusión a las principales características de los institutos armados y, por la otra, a la misión de ellas en el contexto de la Administración del Estado de la cual forman parte.

3. Análisis del papel de las Fuerzas Armadas en la tradición constitucional

3.1. LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES CHILENOS Y LAS FUERZAS ARMADAS

En la tradición constitucional de Chile constatamos que ya la Constitución de 1822 realizaba una referencia a lo que denominaba en su capítulo VIII la “Fuerza Militar”.

Los artículos 235 a 238 de ese texto constitucional señalaban que les correspondía a los Poderes Legislativo y Ejecutivo acordar “el número de tropas que se necesiten para la defensa del Estado”, tanto las fuerzas terrestres como marítimas. El mismo texto constitucional hacía luego mención de las “milicias nacionales”, fuerzas compuestas por los habitantes de cada departamento. En ninguno de los dos casos expresaba cuáles eran las características de estas fuerzas, ni sus misiones.

Una situación similar constatamos en la Constitución de 1823, que en su artículo 18, dentro de las facultades exclusivas del Director Supremo, señalaba la de “Organizar y disponer las fuerzas de mar y tierra, con arreglo a la ley”.

Pero esta Carta Fundamental avanza aún más, al contener un capítulo XX denominado “De la Fuerza Pública”. En su artículo 225 expresaba:

⁴ ZUÑIGA URBINA, *Nueva Constitución...*, op. cit., p. 178.

“La fuerza del Estado se compone de todos los chilenos capaces de tomar las armas: mantiene la seguridad interior y la defensa exterior”.

De esta manera se produce por primera vez una mención directa a la tarea que el constituyente otorga a la fuerza militar, tanto para fines internos como frente a los demás países.

Y luego, en su artículo 226, se realiza la primera declaración constitucional de una de las características más distintivas de la regulación normativa de los institutos armados: su carácter de cuerpos obedientes y no deliberantes.

La carta de 1828, la denominada “Constitución Liberal”, contaba con un capítulo, el XI, denominado “De la Fuerza Armada”. En su artículo 123 señalaba: “La Fuerza Armada se compondrá del Ejército de mar y tierra, y de la Milicia activa y pasiva.” Nada se dice esta vez acerca de los cometidos o deberes de esta fuerza.

La Constitución de 1833 adoptó una solución distinta: La única, pero muy importante referencia específica que hace a la fuerza armada se encuentra en el artículo 157, que expresaba: “La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar”.

En la Constitución de 1925 se establecía de manera clara la sujeción de la fuerza armada al Poder Ejecutivo. Al respecto dice Bernaschina:

“La fuerza armada es esencialmente obediente y está subordinada al Presidente que puede organizarla y distribuirla, según lo hallare por conveniente. Tiene nominalmente el título de Generalísimo de las Fuerzas Armadas, pero necesita acuerdo del Senado para mandarlas personalmente; en este caso, podrá residir en cualquier lugar ocupado por armas chilenas”⁵.

Y la propia Constitución establecía una sanción para la violación de lo que Bernaschina denominaba “el postulado de la Soberanía Nacional”:

“Para afianzar esta disposición se establece en el artículo 23 que toda resolución que acordare el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, el Senado o los Tribunales de Justicia, a presencia o requisición de un ejército, de un jefe al frente de fuerza armada o de alguna reunión del pueblo que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades, es nula de derecho y no puede producir efecto alguno”⁶.

⁵ Mario BERNASCHINA GONZÁLEZ, *Síntesis del Derecho Constitucional Chileno*, p. 75.

⁶ BERNASCHINA GONZALEZ., *Síntesis del...*, *op. cit.*, p. 33.

En la Constitución de 1980, que como veremos es la primera Carta Fundamental chilena que contempla un capítulo completo para los institutos armados, el artículo 90 del texto original incorporaba una norma, vigente hasta la actualidad, que establecía la obediencia como una característica esencial de las instituciones armadas. En este texto constitucional se advierte la gran evolución que ha logrado el desarrollo de la doctrina constitucional en esta materia.

3.2 LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO COMPARADO Y LAS FUERZAS ARMADAS

El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Honorable Senado, respecto de los Proyectos de Reforma Constitucional contenidos en los Boletines números 2526-07 y 2534-07, en sus páginas 399 y siguientes, se refiere a cómo se consignan en las diferentes Constituciones en el Derecho Comparado tanto la composición de las instituciones armadas como la mención que de ellas se hace en esos textos constitucionales.

Así, se consigna en ese informe que en las Constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, República Dominicana, España y Austria, existe una mención específica a la misión de sus Fuerzas Armadas.

A vía simplemente ejemplar el informe referido indica que la Constitución de España expresa que la misión de las Fuerzas Armadas es “garantizar la soberanía e independencia, defender la integridad territorial de la nación y el ordenamiento constitucional”. En otro ejemplo, se señala que la Constitución de Ecuador indica que las fuerzas armadas de ese país tendrán como

“misión fundamental la conservación de la soberanía nacional, la defensa de la integridad e independencia del Estado y la garantía de su ordenamiento jurídico”⁷.

A su vez, la Carta Fundamental de Argentina señala que

“...el Presidente de la República es el Comandante en Jefe de todas las Fuerzas Armadas de la Nación. Dispone de ellas y se encuentra a su cargo la organización y distribución de las mismas”⁸.

⁷ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Honorable Senado, recaído en mociones de los HH. senadores señores Chadwick, Diez, Larraín y Romero, y de los HH. senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, con las que inician sendos proyectos que introducen diversas reformas a la Carta Fundamental. Boletines N°s 2526-07 y 2534-07, pp. 401-402.

⁸ *Ibid.*, p. 400.

A su turno, la Constitución Política del Perú expresa: “El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”⁹. La Carta Fundamental peruana dispone que la ley y el reglamento determinarán la organización, las funciones, las especialidades, la preparación, el empleo y la regulación de la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Asimismo, indica expresamente que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son órganos no deliberantes y subordinados al poder central¹⁰.

3.3 RAZÓN DE LA EXISTENCIA DE LAS FUERZAS ARMADAS

La existencia de las Fuerzas Armadas se justifica por la necesidad del Estado de contar con un brazo armado para llevar adelante sus decisiones soberanas.

En concepto de Duvauchelle:

“El objetivo primordial o la razón de ser de las Fuerzas Armadas es la defensa de la patria, lo que exige que ellas estén siempre preparadas para acudir en protección del Estado, su soberanía, sus nacionales, sus valores y sus tradiciones, respecto de cualquier amenaza o agresión sea interna o externa”¹¹.

La estabilidad y protección básicamente territorial de un Estado son ciertos objetivos del país que requieren del uso actual o potencial de la fuerza.

“En consecuencia, la Defensa de la Patria es la protección de la potestad de autodeterminación del Estado frente a otros Estados, esto es, su poder soberano, y además comprende la preservación de los otros elementos esenciales de un Estado, como son su territorio, comprendiéndolo en sentido amplio, con inclusión de sus recursos naturales y, finalmente, su población”¹².

Quinzio Figueiredo y Bernales Rojas, al referirse a la naturaleza de las Fuerzas Armadas señalan:

“Han sido consideradas por la doctrina como un servicio público que forma parte de la administración del Estado. Sin embargo, constituye una auténtica institución cuya idea de obra a realizar está determinada, en términos clásicos, por la Defensa Nacional”¹³.

⁹ *Ibid.*, p. 400.

¹⁰ *Ibid.*, p. 402.

¹¹ Mario DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ, *Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: su regulación constitucional y orgánica constitucional* p. 84.

¹² CEA CIENFUEGOS y CORONADO DONOSO, *Derecho Militar...*, *op. cit.*, p. 9.

¹³ Jorge Mario QUINZIO FIGUEIREDO y Gerardo BERNALES ROJAS, *Derecho Político*, p. 323.

Silva Bascuñán se refiere a esta cuestión:

“El afán de engrandecimiento de los Estados, las rivalidades que tras tal motivo se originan entre ellos, la oposición que surge por la pretensión de propender al logro de sus respectivos intereses o en el afán de conquistar determinados medios o instrumentos al servicio de sus propias empresas –como expansiones de territorio, aprovechamiento de fuentes de energía natural o de depósitos de materias primas insustituibles, control de posiciones estratégicas e innumerables otras causas– han provocado y seguirán provocando inquietudes y tensiones que a veces amenazan y otras veces generan conflagraciones de carácter local e incluso de repercusión mundial”¹⁴.

Agrega Silva:

“La realidad impone, pues, la necesidad de la existencia de cuerpos armados cuyas finalidades sean prepararse para defender la soberanía externa, estudiar los problemas de defensa del Estado, formar los contingentes aptos para ejecutar las tareas correspondientes, dominar el uso de los instrumentos bélicos, organizar el abastecimiento del personal o de las poblaciones afectadas, etc.”.

3.4 LA SUJECCIÓN DE LA FUERZA MILITAR AL PODER CIVIL

Las Fuerzas Armadas deben encontrarse sujetas a un ordenamiento jurídico constitucional en que se les permita el desarrollo integral de sus capacidades operativas en aras de su función fundamental que es la Defensa Nacional, pero sujetas al gobierno republicano democrático, específicamente al titular del Poder Ejecutivo, esto es, al Presidente de la República.

“Es inconcebible la existencia en el seno de la sociedad política, de una pluralidad de cuerpos armados que sean unos y otros, respectivamente, del todo autónomos, y que pugnen entre sí con la dirección central del Estado. Ello acarrearía la anarquía y la disolución de la sociedad misma”¹⁵.

Y esta dirección, en un Estado democrático corresponde al Ejecutivo. Existen diversos títulos y mayor o menor extensión de las funciones que el Jefe de ese Ejecutivo cumple en los distintos Estados en el Derecho Comparado, pero el esquema se repite constantemente en gran parte de los países occidentales.

¹⁴ SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 233.

¹⁵ Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de...*, *op. cit.*, p. 232

José Victorino Lastarria, al referirse a las atribuciones del Presidente de la República respecto de las fuerzas de mar y tierra, y el mando personal que el jefe del Ejecutivo ejercía sobre ellas de acuerdo al texto del artículo 82 de la Constitución de la República Chilena de 1833, decía:

“El mando de la fuerza pública no puede dejar de ser unipersonal, i la necesidad de disponer de ella para ejecutar la lei o repeler las invasiones exteriores da a este negociado un carácter enteramente ejecutivo. Los arbitrios que alguna vez se han adoptado en algunas naciones para prevenir los peligros de tan poderosa facultad no han hecho otra cosa que poner en evidencia que la única garantía que el pueblo puede hallar contra esos peligros está en la responsabilidad del jefe del Ejecutivo i en las prendas personales que le hayan merecido su elección”¹⁶.

Las facultades del Presidente de la República en la Constitución de 1925 lo transformaban en una figura excluyente en la dirección de las fuerzas militares. El artículo 22 de esa Carta, que consagraba la obediencia de las Fuerzas Armadas, y el número 13 del artículo 72, que establecía como atribución del Presidente el “disponer de las fuerzas de mar y tierra, organizarlas y distribuirlas según lo hallare por conveniente”, le merecían el apelativo que entonces se le concedía de “Generalísimo de las Fuerzas Armadas”¹⁷.

Con todo, esta sujeción militar es un requisito de la consolidación democrática, que en distintas instancias de la historia institucional ha tenido un enemigo que era necesario vencer, el militarismo. Dice Silva Bascuñán:

“El militarismo es el ‘predominio del elemento militar en el gobierno del Estado’ y resulta, por definición, incompatible con el sistema democrático instituido en la Carta Fundamental, en el que debe prevalecer la voluntad del titular del poder político y de sus representantes, ninguno de cuyos caracteres tiene la fuerza pública, establecida, al contrario, al servicio de la soberanía, no para la expresión, formación o dirección de la voluntad del Estado”¹⁸.

3.5 LAS ESPECIALES CARACTERÍSTICAS DE LOS CUERPOS ARMADOS

La función fundamental de las Fuerzas Armadas es la Defensa Nacional. Para cumplir con esta función tan particular las instituciones que admi-

¹⁶ José Victorino, LASTARRIA, *Estudios políticos i constitucionales*, p. 362.

¹⁷ Mario BERNASCHINA GONZÁLEZ, *Constitución Política y Leyes Complementarias*, p. 493.

¹⁸ SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 342.

nistran el monopolio de las armas cuentan con especiales características que las distinguen del resto de los órganos de la administración del Estado. Matías Villalón Aguirre, refiriéndose precisamente a la cautela de seguridad exterior, lo expresa adecuadamente: “Sería ingenuo pensar que es posible encomendar la tutela de este valor a un grupo de personas no preparadas para tal efecto”¹⁹.

Esas características son, en suma, la obediencia al poder civil, la disciplina que debe regir a sus integrantes, y el respeto por la jerarquía militar.

Aunque todas esas características, por su importancia, son definitorias de la forma cómo concebimos las Fuerzas Armadas en un Estado democrático moderno, por resultar el eje de nuestras argumentaciones dedicaremos particular atención a la condición de órganos esencialmente obedientes.

3.6 LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL DE LA OBEDIENCIA DE LAS INSTITUCIONES ARMADAS.

En principio permítasenos un comentario: la obediencia que se exige a los institutos militares no debiera parecernos distinta a la obligación de todo órgano de la administración del Estado, sujeto por el principio de jerarquía a sus superiores dentro de la administración en los términos establecidos en el artículo 24 y los numerales 16°, 17° y 18° del artículo 32 de la Constitución Política de 1980 en relación con el artículo 7° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y artículos 1° y 2° de la Ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

Resulta obvio que todos los órganos que forman parte de la Administración del Estado, y por tanto se subordinan al poder político central, se encuentran sometidos a los principios de supremacía constitucional y de legalidad, y por tanto –en principio– no debiera resultar necesario realizar ningún tipo de distinción por medio de referencias específicas en el articulado de la Constitución²⁰.

Sin embargo, no todos los órganos administrativos revisten las especiales características que distinguen a las instituciones armadas. Son aquellas instituciones, en conjunto con las policías, las que llevan a la práctica el poder soberano del Estado, mediante el uso eventual de la fuerza. Y la historia ha revelado que en distintas y muy diferentes etapas de la evolu-

¹⁹ Matías VILLALÓN AGUIRRE, “Rescatando al régimen disciplinario militar, en Hacia una Reforma de la Justicia Militar”, p. 184.

²⁰ José Luis CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional Chileno*, pp. 129-130.

ción de nuestro país, la interpretación de su naturaleza intrínseca, y por tanto de sus misiones y tareas, ha cambiado sustancialmente.

Como consecuencia de lo anterior, en el desarrollo constitucional la obediencia se ha remarcado de esta forma, porque, a diferencia de otros órganos estatales, su condición de organización provista de armas y su capacidad para imponerse por la fuerza ha generado a través del tiempo una serie de episodios de insubordinación que han amenazado la institucionalidad democrática.

El profesor Jorge Mario Quinzio Figueiredo lo resume así:

“En este aspecto, desde el comienzo del constitucionalismo la función esencial de las Fuerzas Armadas es la defensa de las fronteras del Estado y ser subordinadas jerárquicamente al “poder civil”²¹.

La cuestión de la sujeción de las fuerzas militares a la autoridad política es un aspecto muy relevante de la conformación jurídica de nuestra República y ha experimentado diferentes etapas a lo largo de las más de veinte décadas de vida independiente.

Solo a modo de ejemplo, y por constituir una forma de enfrentar esta definición jurídico-política, citamos la denominada “doctrina Portales”, la visión de aquel político conservador del primer tercio del siglo XIX que enfatizó la necesidad de mantener a los ejércitos firmemente sujetos a la autoridad del Ejecutivo, como un requisito para el desarrollo del proyecto republicano. En palabras de Bernardino Bravo Lira

“...los brotes de militarismo de la época de la independencia fueron aplastados por Portales. Desde 1830 ningún gobierno volvió a ser derribado hasta 1924...”²².

La importancia de esta sujeción irrestricta de los militares al Gobierno se ejemplificó claramente en la medida que el Ministro Portales adoptó tras la victoria en el campo de batalla de Lircay, dando de baja a todos los oficiales rebeldes²³.

Otra etapa de gran importancia para la comprensión de la doctrina de la obediencia es el período de inestabilidad política de fines de los años 20 y principios de los años 30 del siglo pasado. En ese lapso, las Fuerzas Armadas fueron un factor político relevante hasta que fueron subordinadas de manera clara al poder civil.

²¹ QUINZIO FIGUEIREDO, *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 475.

²² BRAVO LIRA, *El Estado de Derecho...*, op. cit., p. 58.

²³ Fernando CAMPOS HARRIET, *Historia Constitucional de Chile*, p. 160.

“La reorganización de las Fuerzas Armadas que llevó a efecto el poder Ejecutivo civil desde la misma caída de Ibáñez, estuvo centrada en la idea de reducir la capacidad de injerencia de los uniformados en los asuntos de decisión del Estado”²⁴.

La doctrina constitucional que se impuso desde la sociedad civil tuvo eco en los cuarteles a través de la profesionalización de los cuerpos armados. Esta nueva dimensión, centrada en la necesidad de desarrollar la carrera militar con apego estricto a los principios clásicos de disciplina y verticalidad del mando, alejaba a los militares de las contingencias políticas y los concentraba en sus tareas prioritarias, relacionadas con la defensa exterior del país²⁵.

La Constitución de 1925, modificada en este punto de manera sustancial por la ley N° 17.398 de 09 de enero de 1971, denominó “Fuerza Pública” a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile en su conjunto. Además, definió que son instituciones “profesionales”, “jerarquizadas” y “disciplinadas”. Además, y esto es lo que más se vincula con el tema de este artículo, agrega que son instituciones “obedientes y no deliberantes”²⁶.

La Constitución Política de 1980 vino a consolidar el rol que el constitucionalismo ha cumplido a lo largo de la historia institucional chilena al reafirmar la obediencia de las Fuerzas Armadas y su condición de órganos “no deliberantes”. Por primera vez un texto constitucional dedicó un capítulo completo a las Fuerzas Armadas, además de una serie de otros preceptos que las mencionan expresamente, como las normas relativas al orden público en los actos electorales²⁷.

El informe de la Comisión de Estudios para una nueva Constitución, consigna que es necesario fortalecer la independencia de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública para que se encuentren al margen de cualquier influencia política. La Comisión, en una doctrina muy propia de finales de los años 70, consideró que ésta era la mejor manera de afianzar el futuro y la estabilidad de nuestra Patria y su sistema institucional.

El producto de esas deliberaciones es el texto actual del inciso final del artículo 101 de la Constitución, que señala que las Fuerzas Armadas y Carabineros,

“...como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa

²⁴ Carlos MALDONADO P., *Entre Reacción Civilista y Constitucionalismo Formal: Las Fuerzas Armadas Chilenas en el Período 1931-1938*, op. cit., p. 30.

²⁵ VARAS, AGÜERO y BUSTAMANTE, *Chile, democracia y Fuerzas Armadas...*, ob. cit., p. 74.

²⁶ PFEFFER URQUIAGA, *Manual de Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 42.

²⁷ CEA EGAÑA, *El Sistema Constitucional de Chile...*, op. cit., p. 240.

Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas”²⁸.

En los debates constitucionales más actuales, la condición de obediencia de las Fuerzas Armadas es un tema asentado:

“Sin embargo, poco a poco, los distintos puntos de vista fueron acercándose, primando especialmente la idea de que en un Estado democrático el rol que deben cumplir los institutos armados debe ser esencialmente profesional, no deliberante, de defensa de la Patria, y en lo que atañe a las fuerzas de Orden y Seguridad, de garantizar el orden público y la seguridad interna...”²⁹.

“El carácter de ser esencialmente obedientes tiene un aspecto externo y otro interno. Desde el punto de vista externo, significa que estas fuerzas, como entes orgánicos, deben obediencia al ordenamiento jurídico y en consecuencia a las autoridades del Estado, que actúen dentro de sus competencias. Desde el punto de vista interno, importa la consecuencia de su carácter jerárquico y disciplinado”³⁰.

Es conveniente despejar los alcances del concepto de la no deliberancia. La Constitución Política de 1980, en su artículo 101, consagra la no deliberancia como una de las características esenciales de los cuerpos armados, lo que significa, entre otros aspectos, que se encuentran sometidos a un sistema jurídico especial en lo que atañe al desempeño de sus funciones profesionales. En efecto, los propios cometidos constitucionales que se les asignan a las Fuerzas Armadas en la Carta Fundamental, esto es, “existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional”, hacen necesario que la aplicación del principio de apoliticidad que se consagra en las Leyes Orgánicas Constitucionales de Bases Generales de la Administración del Estado y en la de las Fuerzas Armadas, sea de estricto cumplimiento. En consecuencia, se prohíbe a sus integrantes realizar actividades de naturaleza político-contingente, ya sea en el ejercicio de sus funciones profesionales como de igual forma cuando se encuentren fuera de las horas de servicio.

Cabe destacar que la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, su Código de Justicia Militar y su Reglamento de Disciplina consagran este principio de la apoliticidad de los integrantes de las Fuerzas

²⁸ Carlos CRUZ-COKE OSSA, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, p. 692.

²⁹ Giordano VIDAL Y Guillermo PONENCIA. “Reformas a las Fuerzas Armadas y al Consejo de Seguridad Nacional”, en Revista *Derecho Público Contemporáneo*, p. 171.

³⁰ Hernan MOLINA GUAITA, *Derecho Constitucional*, p. 516.

Armadas, los cuales, por sus especiales particularidades, se distinguen del resto de los servidores de la Administración del Estado, razón o motivo que justifica racional y legalmente la existencia de un ordenamiento jurídico propio en los ámbitos administrativos, previsionales, reglamentarios y jurisdiccionales.

Un avance aun más reciente en la estructuración del sistema de sujeción de las Fuerzas Armadas al Poder Civil es la eliminación de la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y Carabineros.

Marisol Peña Torres, haciendo una radiografía de la situación antes de la reforma constitucional de 2005 lo expresaba así:

“Claramente, la principal crítica a la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del General Director de Carabineros estuvo radicada en la circunstancia de que esas autoridades gozan de una cierta independencia frente al Presidente de la República, quien no puede llamarlos a retiro libremente si no cuenta con el acuerdo previo del Consejo de Seguridad Nacional”. La reforma constitucional modificó la situación, otorgando plena potestad al Presidente de la República para nombrar y remover a esas autoridades”³¹.

4. La necesidad de mantener la mención expresa a las Fuerzas Armadas en la Constitución

Las consideraciones que hemos señalado debieran ser eliminadas en la nueva Constitución, de acuerdo a los criterios expresados por el Equipo Programático Constitucional del Comando de Michelle Bachelet.

Por nuestra parte, nos parece que sí es necesario mantener en el nuevo texto constitucional una referencia expresa y específica a las Fuerzas Armadas.

A nuestro juicio, las menciones a las Fuerzas Armadas en la Carta Fundamental son fruto del desarrollo de la tradición y la doctrina constitucional chilena y han constituido una herramienta para la definición de los contornos del Estado de Derecho que nos rige, al limitar expresamente el rol y características de las Fuerzas Armadas.

El profesor Gustavo Cuevas Farren, al abordar los principales antecedentes que inciden en el texto original de la Carta Fundamental de 1980, expone:

³¹ PEÑA TORRES, *El término de la inamovilidad...*, op. cit., p. 718.

“En suma la decisión del constituyente consistió en asegurar que las Fuerzas Armadas y de Orden tuvieran ‘un rol preponderante en la vida nacional’ y establecer con rango constitucional las normas y los órganos que tradujeran esta decisión”.

Agrega el citado autor.

“Es claro que a la luz de la realidad nacional del presente es más fácil disentir de los puntos de vista del constituyente de 1980 que compartirlos, pero es imposible dejar de considerar que de tales antecedentes derivan los principios que fundamentan y dan sentido a lo que antes llamamos ‘Estatuto Constitucional de las Fuerzas Armadas’”³².

Por lo demás, la historia constitucional chilena, como hemos señalado con anterioridad, demuestra que siempre se ha hecho referencia a las Fuerzas Armadas en las Cartas Políticas de nuestro país.

En efecto, la Constitución Política del Estado de Chile de 1818, la Constitución Política del Estado de 1822, la Constitución Política del Estado de Chile de 1823 hacen referencia en diferentes ámbitos a las Fuerzas Armadas. Lo mismo los artículos 37, 38, 74, 82, 102, 150, 156 y 157 de la Constitución de la República Chilena de 1833 y la Constitución Política de la República de Chile de 1925, esta última también contenía una serie de normas que aluden a los Cuerpos Armados.

El informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, al abordar el origen de las normas sobre la Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, partió en su análisis precisamente con las que contenía la Constitución Política de 1925 y se señaló en esa oportunidad lo siguiente:

“La Carta Fundamental de 1925 se refería a esta materia en preceptos diversos a través de su texto, como eran los artículos 22, 23, 44 N^{os} 9, 10, 11 y 12 y 72 N^{os} 5°, 7°, 13, 14 y 15. Otros fueron incorporados con ocasión de la reforma constitucional introducida mediante la Ley N^o 17.398, de 9 de enero de 1971”³³.

El profesor de derecho constitucional Carlos Andrade Geywitz, con ocasión de analizar la Constitución Política de 1925, al considerar la atri-

³² Mario CUEVAS FARREN, “Modificaciones Constitucionales a los Capítulos XI sobre Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y XII sobre el Consejo de Seguridad Nacional”, pp. 742-743.

³³ SENADO DE LA REPÚBLICA, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Honorable Senado de Chile. Boletines N^o 2.526-07 y 2.534-07, p. 403

buciones del Presidente de la República realizaba un escueto compendio de la normas constitucionales que incidían en los entes administrativos castrenses, señalando lo siguiente:

“Dispone el artículo 22 de nuestra Constitución que: ‘La fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar’. Entre las atribuciones especiales del Presidente de la República aparece en el artículo 72 de la Carta Fundamental la 13ª, que señala que le corresponde: ‘Disponer de las fuerzas de mar y tierra, organizarlas y distribuirlas según lo hallara por conveniente’. Además según lo establece la atribución 14ª del artículo 72, el Presidente de la República puede: ‘Mandar personalmente las fuerzas de mar y tierra, con acuerdo del Senado’. Finalmente, en esta síntesis de las disposiciones constitucionales, recordar que, entre las materias de ley señaladas en el artículo 44 figura con el N° 9° ‘Fijar las fuerzas de aire, mar y tierra que han de mantenerse en pie en tiempo de paz o de guerra’”³⁴.

En definitiva nuestra tradición constitucional demuestra que en todas nuestras Cartas Fundamentales hay menciones expresas y a veces específicas a las Fuerzas Armadas. Por otra parte, a diferencia de los otros órganos que integran la Administración del Estado en los términos consagrados en los artículos 1° y 21 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las Fuerzas Armadas sí cumplen un cometido constitucional de tal trascendencia que incide en la protección de la facultad de autodeterminación del Estado frente a otros Estados, lo que no es otra cosa que la protección de su soberanía.

5. *A modo de conclusión.*

Sobredimensión jurídica normativa en el texto actual de la Constitución Política de 1980

Es cierto que nos encontramos con un fenómeno particular que hemos denominado “sobredimensión jurídica”. Ello en razón de que no es justificable en la actualidad que para un solo órgano administrativo integrante de la Administración del Estado se consideren cinco artículos de la Constitución.

“El Capítulo x completo está dedicado a ellas, lo que realza la importancia que tuvieron para el Órgano Constituyente. Más aún, ese Capítulo es de reforma difícil, porque se requieren las dos terceras partes de los

³⁴ ANDRADE GEYWITZ, *Elementos de...*, op. cit, p. 539.

diputados y senadores en ejercicio, cada cual en su Cámara, para aprobar en general y en particular el proyecto respectivo”³⁵.

El profesor Mario Verdugo alude a la relevancia que las instituciones armadas cobraron en la redacción constitucional:

“En la Constitución de 1980 las FF.AA. logran un estatus desconocido para la doctrina constitucional democrática. Desde luego, se reserva a ellas un capítulo especial para referirse a su organización, funciones y designación de los mandos (capítulo XI) y dicha presencia se ve acentuada con el rol que se les asigna en el Consejo de Seguridad Nacional (capítulo XII)”³⁶.

Sin embargo, lo anterior no significa que sea aconsejable omitir del todo una referencia expresa a los cuerpos armados, contrariando nuestra tradición jurídico-constitucional. A nuestro entender un solo artículo sería suficiente.

Esta única norma constitucional debiera referirse a dos aspectos esenciales: el primero, definir con precisión los cometidos constitucionales de los cuerpos armados, siendo su *telos* el de ser esenciales para la Defensa de la Patria, sin perjuicio de incorporarlos en otros procesos que permitan mantener la seguridad y tranquilidad de la ciudadanía ante situaciones de anormalidad que afectan a la sociedad chilena y que debieran armonizarse con los estados de excepción constitucional; el segundo, que las Fuerzas Armadas, a quienes les corresponde el monopolio de las armas de uso bélico, son órganos esencialmente obedientes y no deliberantes.

La actual Constitución Política de la República de Chile de 1980 consagra en forma específica un Capítulo para los entes administrativos castrenses y que es el capítulo XI denominado “Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública”. Este capítulo y sus contenidos se mantuvo luego de la reforma constitucional del año 2005, pero claramente en un contexto de sobredimensión normativa, incluyendo aspectos que no son propios de una norma estrictamente constitucional, reservada para las cuestiones esenciales de la organización de la República. Esta situación ya se expresaba por uno de los autores de este artículo en el año 2011 en los siguientes términos:

“En este contexto, reiteramos que los contenidos de los artículos 102 y 105 de la Constitución no son propios de un texto de esa jerarquía jurídica, sino que debieran ser materia de ley orgánica constitucional”³⁷.

³⁵ CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 129.

³⁶ Mario VERDUGO MARINKOVIC, “Notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las Fuerzas Armadas y Consejo de Seguridad Nacional”, p. 701.

³⁷ CEA CIENFUEGOS y CORONADO DONOSO, *Derecho Militar...*, op. cit., p. 29.

Transcribimos ambos artículos de la Constitución Política de 1980.

“Artículo 102. La incorporación a las plantas y dotaciones de las Fuerzas Armadas y de Carabineros sólo podrá hacerse a través de sus propias Escuelas, con excepción de los escalafones profesionales y de empleados civiles que determine la ley”.

“Artículo 105. Los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros, se efectuarán por decreto supremo, en conformidad a la ley orgánica constitucional correspondiente, la que determinará las normas básicas respectivas, así como, las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas y Carabineros.”

“En ese contexto, la delimitación de los contenidos esenciales del Capítulo XI de la Carta Fundamental, relativo a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, deben considerar necesariamente una mención expresa a los fines que se asignan a dichos entes y, además, al monopolio constitucional de las armas, pero no debe comprender materias propias de una ley orgánica, como son las relativas a la carrera funcionaria”³⁸.

Bibliografía

- BERNASCHINA GONZÁLEZ, Mario, *Constitución Política y Leyes Complementarias*, Editorial Jurídica, Santiago, 1958.
- BERNASCHINA GONZÁLEZ, Mario, *Síntesis del Derecho Constitucional Chileno*, Publicaciones del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, 1944.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile. Por la razón o la fuerza*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1996.
- CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia Constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio, y CORONADO DONOSO, Ricardo, *Derecho Militar. Parte General*, Editorial Abeledo Perrot, 2011.
- CEA EGAÑA, José Luis, *El Sistema Constitucional de Chile*, Universidad Austral de Chile, 1999.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Ediciones Universidad Finis Terrae. 2009.

³⁸ CEA CIENFUEGOS Y CORONADO DONOSO, *Derecho militar...*, *op. cit.*, p. 30.

- CUEVAS FARREN, Gustavo, "Modificaciones Constitucionales a los Capítulos XI sobre Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública y XII sobre el Consejo de Seguridad Nacional". En *Reforma Constitucional*, Editorial LexisNexis, 2005.
- CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO, y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría de la Constitución*, Universidad Nacional Andrés Bello, Editorial Cuadernos Universitarios, Santiago, 1990.
- DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ, Mario, *Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: su regulación constitucional y orgánica constitucional*, Colección Manuales Jurídicos, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Honorable Senado, recaído en mociones de los HH. Senadores señores Chadwick, Diez, Larraín y Romero, y de los HH. Senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, con las que inician sendos proyectos que introducen diversas reformas a la Carta Fundamental. Boletines N^{os} 2526-07 y 2534-07.
- LASTARRIA, José Victorino, *Estudios políticos i constitucionales*, en *Obras completas de don J.V. Lastarria*, Imprenta Litografía i encuadernación Barcelona, 1906, volumen I.
- MALDONADO P., Carlos, *Entre Reacción Civilista y Constitucionalismo Formal: Las Fuerzas Armadas Chilenas en el Periodo 1931-1938*, Documento editado por el Programa de la FLACSO, 1988.
- MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho Constitucional*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006.
- PEÑA TORRES, Marisol, "El término de la inamovilidad relativa de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del General Director de Carabineros", en *Reforma Constitucional*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I. Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago, 1985.
- BACHELLET JERIA, Michelle, *Programa de Gobierno, 2014-2018*/ Disponible en <http://michellebachelet.cl/programa/> (consultada en 14 de julio de 2014).
- QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, tomo II.
- QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge Mario, y BERNALES ROJAS, Gerardo, *Derecho Político*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional* "La Constitución de 1925", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963, tomo III.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional Tomo IX*, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- TRONCOSO RIQUELME, Marco Antonio, *El papel de las Fuerzas Armadas y Carabineros como "garantes del orden institucional de la República"*, Ponencia publicada en "XXXIV Jornadas de Derecho Público", Pontificia Universidad Católica de Chile, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.

- VARAS, Augusto, AGÜERO, Felipe, y BUSTAMANTE, Fernando, *Chile, democracia y Fuerzas Armadas*, Ediciones de la FLACSO, 1980.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, “Notas a la reforma constitucional en lo que atañe a las Fuerzas Armadas y Consejo de Seguridad Nacional”, en *Reforma Constitucional*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.
- VIDAL, Giordano, y PONENCIA, Guillermo, “Reformas a las Fuerzas Armadas y al Consejo de Seguridad Nacional”, en *Revista Derecho Público Contemporáneo*, Contraloría General de la República de Chile, Agrupación Nacional de Abogados, 2006, volumen N° 10, año 6.
- VILLALÓN AGUIRRE, Matías, “Rescatando al régimen disciplinario militar”, en *Hacia una Reforma de la Justicia Militar*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Editor Jorge Mera, Santiago, 2002.

Ensayos

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 5 | 2014

LAS RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES COMO HERRAMIENTAS DE PRESIÓN POLÍTICA

RECOMMENDATIONS OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AS TOOLS OF POLITICAL PRESSURE

*Adrián Rodríguez Alcocer**

*Marcelo Bartolini Esparza***

Síntesis

En los últimos años se ha avanzado mucho en la protección a los Derechos Humanos en América Latina. En el caso de México, una reforma constitucional en 2011 permitió que los tratados internacionales en esta materia formaran parte del *corpus* constitucional mexicano. Sin embargo, estos avances han sido aprovechados por algunos organismos internacionales para promover sus agendas particulares valiéndose de sus credenciales y del desconocimiento del derecho internacional para presionar a las autoridades nacionales con afirmaciones que distorsionan el contenido de los tratados o que pretenden darle fuerza vinculante a documentos que no la tienen. En México, esto fue documentado en 2014, en el estado de Nuevo León. Este artículo ofrece un análisis de dicha situación, así como una revisión del derecho internacional y su obligatoriedad para los Estados.

Palabras clave: derecho internacional, Naciones Unidas, México, Derechos Humanos, grupos de presión, constitución, tratados internacionales, obligaciones internacionales.

Abstract

In recent years much progress has been made in protecting human rights in Latin America. In the case of Mexico, a constitutional reform in 2011 allowed international treaties on the subject to become part of the Mexi-

* Licenciado en Derecho y especialista de TAD Think • Action • Development. Correo electrónico: arodriguez@1tad.net.

** Licenciado en Derecho y especialista de TAD Think • Action • Development, Correo electrónico: marcelo.bartolini@1tad.net

can constitutional *corpus*. However, these advances have been used by some international organizations to promote their own particular agendas, using their credentials and the lack of knowledge of international law to pressure national authorities with statements that distort the content of treaties or pretend to give binding force to documents that do not have such force. In Mexico, this was documented in the state of Nuevo León, in 2014. This article provides an analysis of the situation and a review of international law and its binding force for States.

Keywords: international law, United Nations, Mexico, Human Rights, lobbyists, constitution, international treaties, international obligations

I. Introducción

En junio de 2011, el Congreso de la Unión reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Derechos Humanos¹, para cambiar su perspectiva, en el sentido de que el Estado deja de ser quien “otorga” las garantías individuales, para establecer que “reconoce” los derechos humanos contenidos en la mencionada Constitución y en los tratados internacionales debidamente suscritos por el Ejecutivo y ratificados por el Senado de la República.

Adicionalmente, la reforma señala que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la citada Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas; y obliga a las autoridades, en el ámbito de sus competencias, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En consecuencia, con la indicada reforma se incorporan los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos al *corpus* constitucional mexicano; se ocasiona cierta confusión con respecto de la jerarquía habida entre la Constitución y los tratados internacionales; y se introducen una serie de figuras y principios al sistema jurídico mexicano, tales como: el control de convencionalidad, el principio *pro homine* y los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los Derechos Humanos.

Lo que en términos generales significa un avance para la protección de los Derechos Humanos, pero también representa un desafío para las

¹ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, con fecha 10 de junio de 2011.

personas que participan en la actividad legislativa y judicial, porque ya no basta con conocer o citar las normas y precedentes domésticos, ahora también se tiene que atender a lo dispuesto en los tratados internacionales y a las resoluciones de las cortes internacionales.

Así pues, ante el desconocimiento generalizado de las resoluciones de las cortes Internacionales y lo establecido en los múltiples tratados internacionales de los que México es parte, se han suscitado intervenciones poco afortunadas por parte de algunos organismos internacionales, que dirigen recomendaciones infundadas a jueces y legisladores, bajo la falsa premisa de que son vinculantes, con tal de que adopten una postura acorde con su agenda ideológica, como se podrá apreciar en el caso de estudio que se analiza en el presente trabajo.

Al efecto, se hace el planteamiento general del caso de estudio en su contexto, que consiste en la intervención de tres organismos internacionales durante un proceso reciente de reforma a la Constitución Política del estado de Nuevo León –ubicado al Noreste de México– para después revisar:

- i) La naturaleza y funciones de estos organismos internacionales;
- ii) Los casos en que la interpretación de los organismos internacionales resulta vinculante;
- iii) Lo que efectivamente establecen los tratados internacionales invocados y
- iv) La eventual violación al principio de libre determinación y soberanía de los Estados parte; para culminar el presente trabajo con las conclusiones correspondientes.

II. Caso de estudio

Un ejemplo muy claro de la situación descrita en el capítulo anterior y que sirve de caso de estudio para el presente trabajo se registró durante el proceso legislativo de reforma a la Constitución Política del estado de Nuevo León, que comenzó con la iniciativa que presentó el diputado Francisco Luis Treviño Cabello, del PAN, el pasado 21 de mayo de 2014, a la que se sumaron varios diputados de su grupo parlamentario y del PRI, con el propósito de establecer de manera expresa la protección del derecho a la vida desde el momento de la fecundación hasta la muerte natural.

Esta propuesta de reforma, como era de esperarse, encendió los ánimos de numerosos actores políticos, sociales y de los medios de comunicación, tanto a favor de la vida como en contra de la reforma por considerarla contraria a los derechos de las mujeres.

Sin embargo, el Pleno del Congreso del estado de Nuevo León, con fecha 28 de mayo de 2014, aprobó en primera vuelta la propuesta de reforma para admitir a discusión la incorporación expresa del derecho a la vida, desde el momento de la fecundación hasta la muerte natural.

De entre las instituciones que reaccionaron y ejercieron más presión sobre el Congreso del estado de Nuevo León, se encuentran varios organismos internacionales que hicieron sentir su presencia mediante reuniones privadas de cabildeo e, incluso, con el envío de una carta de fecha 9 de junio de 2014, que suscribieron de manera conjunta la OACDH, la ONU Mujeres y el UNFPA, por sus siglas en inglés.

En esta carta, los representantes de las tres organizaciones firmantes manifestaron al diputado Francisco Reynaldo Cienfuegos, en su carácter de presidente de la Mesa Directiva del Congreso del estado de Nuevo León, lo siguiente:

“(…) su preocupación por los derechos humanos de las mujeres reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano, incluyendo la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como *la incorporación de las observaciones emitidas por los Comités que emanan de dichos tratados, y que representan importantes precedentes vinculantes para México.*

Con el ánimo de aportar al proceso en curso, nos permitimos transmitir la preocupación que el Comité de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha expresado en sus Observaciones finales en el año 2012 sobre México, en el sentido de que ‘le preocupa que las enmiendas introducidas en las Constituciones locales que protegen la vida desde el momento de la concepción hayan puesto en peligro el disfrute por la mujer de su salud y derechos sexuales y reproductivos’.

Reconociendo que la propia iniciativa de reforma constitucional del estado de Nuevo León establece la cláusula ‘sin perjuicio de las exluyentes de responsabilidad previstas en el Código Penal para el Estado de Nuevo León’, es importante destacar que el mencionado Comité también se hizo eco de dichas cláusulas y se refirió a ellas en sus conclusiones finales al expresar que continuaba su preocupación ‘aun cuando esas enmiendas no hayan modificado los motivos jurídicos ya establecidos para practicar un aborto’.

Adicionalmente, nos permitimos hacer referencia a la sentencia del año 2012 del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete máxima de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y cuya jurisprudencia es vinculante para México de acuerdo a la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En dicha sentencia, la Corte Interamericana estableció el

alcance del artículo 4.1 de la Convención, señalando que el embrión no es persona, considerando que para la protección de la vida prenatal se deben tomar en cuenta los derechos humanos de las mujeres embarazadas. La Corte hizo referencia al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo y a una sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

Por lo anterior, la iniciativa de reforma constitucional en los términos que ha sido presentada contravendría los estándares internacionales de derechos humanos, constituiría una regresión contraria al principio de progresividad consagrado en el artículo 1º de la Constitución Federal y podría poner en riesgo el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres.

La restricción en el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, ya sea por causas estructurales, legislativas, políticas o de cualquier otra índole, conlleva graves consecuencias, como el embarazo adolescente, la mortalidad materna y la discriminación de las mujeres, especialmente las más pobres. En consonancia con lo anterior, diferentes Comités y Relatorías de las Naciones Unidas han recomendado al Estado mexicano eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva, y armonizar la legislación con los tratados internacionales.

(...)

Por último, le solicitamos muy atentamente compartir el presente documento con las y los integrantes de la comisión dictaminadora del H. Congreso del estado de Nuevo León que usted tan honrosamente preside.

(...)”².

Desde entonces, la Mesa Directiva no ha convocado al Pleno del Congreso local, para votar en segunda vuelta y definitiva, la referida reforma que protege el derecho a la vida desde la fecundación hasta la muerte natural.

III. La naturaleza y funciones de los citados organismos internacionales

Para entender mejor el planteamiento del caso de estudio, así como sus repercusiones, es importante recordar que en el marco internacional en

² OACDH, ONU MUJERES Y UNFPA, Carta dirigida al diputado Francisco Reynaldo Cienfuegos, con fecha 9 de junio de 2014. El énfasis es añadido.

materia de Derechos Humanos, México forma parte de dos sistemas, que son a saber el sistema de las Naciones Unidas de Derechos Humanos (ONU) y el sistema Interamericano de Derecho Humanos (OEA), de los cuales se describe a continuación únicamente el primero en su parte conducente, para poder ubicar a los organismos internacionales involucrados y entender a grandes rasgos sus funciones³.

La Organización de las Naciones Unidas para la consecución de sus finalidades ha generado una compleja estructura de sistemas y entidades que encabeza una Asamblea General, que es el principal órgano deliberativo y de formulación de políticas, que se integra por ciento noventa y tres Estados parte o miembros⁴, y se apoya en una serie de órganos subsidiarios denominados Comisiones, Consejos, Comités, Juntas, Grupos de Trabajo, Programas, Fondos, etcétera⁵.

Entre los cuales se encuentra el sistema de las Naciones Unidas para la promoción de los Derechos Humanos, que se compone básicamente de dos tipos de organismos, los creados inicialmente a través de la Carta de las Naciones Unidas y los que se han ido creando con posterioridad, mediante la suscripción de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que se denominan órganos de tratados o Comités.

Al día de hoy existen diez órganos creados en virtud de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, que supervisan su aplicación y que se relacionan a continuación⁶.

- 1) El CCPR, por sus siglas en inglés, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y sus Protocolos Facultativos;
- 2) El CDESCR, por sus siglas en inglés, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- 3) El CERD, por sus siglas en inglés, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;

³ Para conocer con más detalle la integración y funcionamiento de los sistemas de la ONU y la OEA para los Derechos Humanos, se sugiere consultar el siguiente artículo: TRUJANO FLORES, María Regina y BARTOLINI, Marcelo ESPARZA “Interpretación de la normativa internacional”, en *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los Derechos Humanos*, pp. 51-76.

⁴ La lista completa de los Estados miembros de la ONU se puede consultar en la siguiente página electrónica: www.un.org/es/members/index.shtml

⁵ El organigrama de la ONU se puede consultar en la siguiente página electrónica: www.un.org/es/aboutun/structure/pdf/un-system-chart-color-sm.pdf

⁶ La relación de estos órganos se puede encontrar en la siguiente página electrónica: www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx

- 4) El CEDAW, por sus siglas en inglés, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo;
- 5) El CAT, por sus siglas en inglés, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y sus Protocolos Facultativos;
- 6) El SPT, por sus siglas en inglés, es una nueva clase de organismo dentro del sistema de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que empezó sus trabajos en febrero de 2007 y tiene como propósito el abordar la prevención de la tortura de una manera innovadora, sostenida y proactiva.
- 7) El CRC, por sus siglas en inglés, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos;
- 8) El CMW, por sus siglas en inglés, es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares;
- 9) El CRPD, por sus siglas en inglés, supervisa la aplicación de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo; y,
- 10) El CED, por sus siglas en inglés, es el órgano de expertos independientes que supervisa la implementación de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas de Desapariciones Forzadas.

La función de estos órganos o Comités consiste en examinar la aplicación de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico interno de los Estados parte. Al ratificar un tratado, el estado parte contrae la obligación jurídica de presentar informes periódicos puntuales y completos sobre las medidas legislativas, judiciales y administrativas que han adoptado de conformidad con lo dispuesto en los mencionados tratados. Estos informes son examinados por el Comité cuya función, además de la supervisión, es la de formular propuestas y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos suministrados por los Estados parte.

Existen además otros importantes órganos que se ocupan de la promoción y la protección de los Derechos Humanos dentro del sistema de las Naciones Unidas, que son la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social, el Consejo de

Derechos Humanos, la OACDH y la CIJ, aparte de un conjunto de entidades que también interactúan en materia de Derechos Humanos⁷, como el UNHCR, por sus siglas en inglés; la OCHA, por sus siglas en inglés; la División Interinstitucional de Desplazamientos Internos; la OIT; la OMS; la UNESCO, por sus siglas en inglés; el UNAIDS, por sus siglas en inglés; el IASC, por sus siglas en inglés; el DESA, por sus siglas en inglés; la CSW, por sus siglas en inglés; el UNFPA, por sus siglas en inglés; el UNICEF, por sus siglas en inglés; la ONU Mujeres; el PNUD; la FAO, por sus siglas en inglés; el HABITAT y la Acción de las Naciones Unidas contra Minas.

El puesto de Alto Comisionado para los Derechos Humanos se creó el 20 de diciembre de 1993, mediante resolución 48/141 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Lo designa el Secretario General con aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas y se le otorga la categoría de Secretario General Adjunto. La OACDH tiene su sede en Ginebra, Suiza, con una oficina de enlace en Nueva York, Estados Unidos de América, y trece oficinas en diversos países.

Su función es promover y proteger el goce y la plena realización, para todas las personas, de todos los derechos contemplados en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los subsiguientes instrumentos de Derechos Humanos, la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) y el Documento Final de la Cumbre Mundial (2005).

Por acuerdo de fecha 1 de julio de 2002, celebrado entre la OACDH y el entonces Secretario de Relaciones Exteriores, estableció una oficina en México, que se aprobó mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de febrero de 2003.

Posteriormente, con fecha 5 de junio de 2006, la OACDH celebró un Acuerdo Marco de Colaboración con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el objeto de coordinar esfuerzos, fortalecer las relaciones de cooperación y profundizar en el conocimiento del derecho y la difusión de la cultura jurídica en materia de protección y defensa de los Derechos Humanos, que le permite, entre otras cosas, brindar asesoría a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los proyectos de sentencias que tengan relación con materias atinentes a los compromisos internacionales de México relativos a los Derechos Humanos.

El UNFPA es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que comenzó sus actividades en 1969 y cuya función es abordar los temas de población y desarrollo, con énfasis en la equidad de

⁷ La relación de estas entidades se puede encontrar en la siguiente página electrónica: www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/OtherUnitedNationsBodies.aspx

género y la salud reproductiva, dentro del contexto del Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (que tuvo lugar en el Cairo, 1994), y las Metas del Milenio, con lo que contribuye –en sus propias palabras– a un mundo donde cada embarazo sea deseado, cada parto sea sin riesgos y cada persona joven alcance su pleno desarrollo⁸.

En julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó la entidad conocida como ONU Mujeres, con el objetivo de acelerar la organización en materia de igualdad de género y el empoderamiento de la mujer, que deriva de la reforma de la ONU que fusiona el trabajo de la DAW, el INSTRAW, OSAGI y el UNIFEM, para reunir recursos y mandatos con la finalidad de obtener un mayor impacto. Las principales funciones de ONU Mujeres son dar apoyo a las entidades intergubernamentales, como la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en su formulación de políticas, estándares y normas mundiales; dar asistencia a los Estados miembros para implementar esos estándares, brindando el apoyo técnico y financiero adecuado para ayudar a los países que lo soliciten, así como para establecer alianzas eficaces con la sociedad civil; y hacer que el sistema de la ONU rinda cuentas de sus compromisos en materia de igualdad de género, incluyendo el monitoreo continuo de los progresos dentro del sistema⁹.

IV. Los casos en que la interpretación de los organismos internacionales resulta vinculante

Hay una cierta identidad en la interpretación que puede hacerse de la normativa internacional en materia de Derechos Humanos, ya sea hacia el interior o hacia el exterior de México, puesto que existen una serie de autoridades y personas que pueden hacerlo válidamente en el desempeño de sus actividades ordinarias, sin detrimento de que sean nacionales o extranjeras.

Sin embargo, son solamente dos los casos en que esta interpretación resulta obligatoria o vinculante para México, como Estado parte del sistema de las Naciones Unidas. El primero, deviene de la interpretación literal de lo dispuesto de manera expresa en los tratados internacionales debidamente suscritos por el Ejecutivo y ratificados por el Senado de la República, en donde la obligatoriedad no surge de la facultad del Comité

⁸ Fuente consultada el 15 de agosto de 2014. www.unfpa.org/public/home/about/nuestra-mision

⁹ Para más información acerca de ONU Mujeres se puede consultar la siguiente página electrónica: www.unwomen.org/es/about-us/about-un-women

para emitir recomendaciones, sino de la fuente misma de la obligación, es decir, el tratado internacional; y el segundo caso se actualiza en el momento en el que el órgano judicial del sistema de las Naciones Unidas interpreta en definitiva el contenido y/o alcance de un tratado internacional para resolver una controversia en la que México sea parte.

Al respecto, cabe mencionar que la CIJ es el principal órgano judicial de la ONU, se creó en virtud de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, tiene su sede en La Haya, Holanda, comenzó a funcionar en el año 1946, se integra por quince Magistrados elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, y funciona conforme a su propio Estatuto, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁰.

En términos del artículo 36 de su Estatuto, la competencia de la CIJ se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

La jurisdicción de la CIJ abarca todas las controversias de orden jurídico que versen sobre:

- a) La interpretación de un tratado internacional;
- b) Cualquier cuestión de derecho internacional;
- c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; y
- d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional. En el entendido que la citada declaración puede hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo y que son remitidas para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmite copias de ellas a las partes del referido Estatuto y al Secretario de la CIJ.

De conformidad con el artículo 93 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, todos los Estados miembros de la ONU son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y un Estado que no sea miembro de la ONU puede llegar a ser parte en el Estatuto de la CIJ, de acuerdo con las condiciones que determine en cada caso la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad.

Solamente los Estados pueden ser partes en casos ante la CIJ y se comprometen a cumplir sus decisiones en todos los litigios en que intervengan. La decisión de la CIJ no es obligatoria sino para las partes en

¹⁰ Para más información se puede consultar su sitio en Internet: www.icj-cij.org/homepage/sp/

litigio y respecto del caso que ha sido decidido. Su inobservancia faculta a la parte agraviada para recurrir al Consejo de Seguridad, el cual puede, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

Adicionalmente, la Asamblea General o el Consejo de Seguridad pueden solicitar de la CIJ que emita una Opinión Consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. Lo que también pueden hacer los otros órganos y organismos especializados, previa autorización de la Asamblea General, para despejar cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.

En cambio, las sugerencias, recomendaciones y asesorías emitidas por los organismos especializados en materia de Derechos Humanos, dentro de la esfera de sus atribuciones, se estima que pueden ser de bastante ayuda para que los Estados parte puedan cumplir con los compromisos asumidos en los tratados internacionales, en la medida en que su interpretación no vaya más allá de lo expresamente pactado y se respeten los principios de libre determinación y soberanía de los pueblos que integran a la Organización de las Naciones Unidas.

Razón por la cual, dichas sugerencias, recomendaciones y asesorías emitidas por los organismos especializados en Derechos Humanos deben valorarse siempre a la luz de la Carta Magna y del contenido obligacional de los tratados internacionales debidamente suscritos y ratificados, sin que puedan considerarse vinculantes por sí mismas.

V. Lo que efectivamente establecen los tratados internacionales invocados

Con relación a la carta que se analiza en el presente caso de estudio, los representantes legales de los organismos internacionales que la suscriben (OACDH, ONU Mujeres y UNFPA) ocurren ante el Presidente de la Mesa Directiva del Congreso del estado de Nuevo León –sin acreditar su designación oficial y personalidad jurídica– para manifestar las reiteradas preocupaciones de un organismo diverso, denominado CEDAW, al que no representan, y formular una serie de opiniones subjetivas que asumen importantes precedentes vinculantes para México, en el sentido de que estiman que la reforma Constitucional en cuestión contraviene los estándares internacionales de Derechos Humanos, constituye una regresión que es contraria al principio de progresividad y pone en riesgo el ejercicio de los (inexistentes) derechos reproductivos de las mujeres. Toda vez que, en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos –que depende de la OEA y no así de la ONU– se resolvió en un asunto del que México no fue parte, que el embrión no es persona y no debe ser tratado igual a una persona o que tenga un derecho a la vida. Pues suponen, desde una perspectiva bastante ideologizada, que de aprobarse la referida reforma constitucional, se restringe en automático el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, lo que conlleva graves consecuencias, como el embarazo adolescente, la mortalidad materna y la discriminación de las mujeres, especialmente las más pobres.

Como si no fuera lo suficientemente oscura, vaga, imprecisa e inconexa su argumentación, decidieron robustecerla con varios casos del Tribunal Europeo –que no se citan– y fundamentarla en la presunta violación de un conjunto de preceptos no especificados, que se contienen en tres tratados internacionales: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo seguimiento e implementación corresponde a otros tres organismos denominados: CEDAW, CCPR y CESCR, pero se citan a continuación en la parte que se pudiera imaginar como conducente para efectos de un mejor entendimiento del caso de estudio.

- a) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en sus artículos 1, 2 y 12, señala lo siguiente:

“Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

(...)

- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
(...)

- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

“Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”¹¹.

- b) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 3, 6, 16 y 26 dispone lo siguiente:

“Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombre y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

(...)

Artículo 16

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹².

¹¹ ONU, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, del 18 de diciembre de 1979.

¹² ONU, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966.

- c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus artículos 9 y 12 consagra lo siguiente:

“Artículo 9

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas, y
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”¹³.

VI. La eventual violación al principio de libre determinación y soberanía de los Estados parte

Otro aspecto relevante para el caso de estudio consiste en tener presente el principio de libre determinación y soberanía de los estados parte, que se reconoce en el artículo 2° de la Carta de las Naciones Unidas, al establecer que ninguna disposición de ese instrumento autoriza a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obliga a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la indicada Carta.

Que se repite en la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, Resolución 1514 (xv), 14 de diciembre de 1960, al declarar en su punto 2 que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural; y en su punto 7, que todos los Estados

¹³ ONU, Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, el 16 de diciembre de 1966.

deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la citada Declaración sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial.

Y se reitera en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al disponer en el artículo 1° que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Que encuentra eco en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al mencionar en su artículo 1° que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen, asimismo, a su desarrollo económico, social y cultural.

Y en la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, que en su artículo 2° asienta que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Que en la mayoría de los casos, brindan la oportunidad a los Estados parte para que puedan adoptar libremente las medidas que consideren apropiadas y oportunas para el cumplimiento de las obligaciones que asumen en los tratados internacionales, debido a que la naturaleza del derecho es finalista y su armonización e implementación en el ámbito doméstico corresponde al Estado parte de que se trate. Así por ejemplo, el artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reza que cada uno de los Estados se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. Pero sin llegar al extremo de obligar a dichos Estados a que sigan todos los mismos métodos y con los mismas rutas críticas o cronogramas, como si fuera una ley física de validez universal, entre otras razones, porque se deben ponderar y respetar las raíces históricas, cultura, idiosincrasia, composición y libre autodeterminación de los pueblos, para que puedan lograr el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, que es lo que en el fondo debiera preocupar al multicitado sistema de Derechos Humanos.

Otra muestra similar la podemos encontrar en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 2 establece que cada Estado parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de ese pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el pacto aludido y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. Con lo que se confirma que la inquietud del sistema internacional de Derechos Humanos tiene que ver más con los resultados esperados y la necesidad de atenuar problemáticas sociales existentes, que con un propósito de restar soberanía a los Estados parte o atentar contra su libertad para determinarse.

Los tratados internacionales, por lo general, no estipulan cuáles deben ser los medios concretos que deben de emplear los Estados parte. Cada tratado hace un planteamiento amplio y flexible que le confiere a cada Estado la capacidad de interpretación para especificar, según su jurisdicción interna, el medio concreto por el que dará efectividad a cada derecho. Es a través de esta capacidad de autodeterminación donde se expresa la soberanía y la libre determinación de cada Estado.

Sin embargo, las medidas empleadas deben ser apropiadas en cuanto a que produzcan resultados eficientes para el pleno cumplimiento de las obligaciones asumidas. El compromiso de utilizar al máximo los recursos de los que se disponga incluye el dictaminar disposiciones legislativas, económicas, administrativas, técnicas o de otro carácter para proporcionar a las personas los recursos adecuados para que puedan acceder y hacer efectivos sus derechos.

Si bien es responsabilidad de cada Estado establecer los medios más adecuados, no siempre esta elección es sencilla ni evidente. En estos casos, los Estados parte cuentan con el asesoramiento de los organismos internacionales especializados en materia de Derechos Humanos, quienes pueden poner a su consideración sugerencias y recomendaciones que ayuden a los Estados en la consecución de sus compromisos internacionales.

VII. Conclusiones

Del planteamiento y análisis del caso de estudio propuesto, se pueden desprender una serie de conclusiones, entre las que podrían destacar las siguientes:

- a) Con la existencia de la carta de fecha 9 de junio de 2014, que suscribieron de manera conjunta la OACDH, la ONU Mujeres

y el UNFPA, que se detalla en el caso de estudio materia del presente trabajo, se acredita el presupuesto inicial de que hay organismos internacionales que hacen uso de su facultad para emitir recomendaciones, para ejercer presión política en los legisladores de México, para incidir en su toma de decisión y llegar incluso a frenar la aprobación definitiva de una iniciativa de reforma constitucional, que había sido previamente aprobada en primera vuelta por la mayoría de los diputados que integran la LXXIII Legislatura del Congreso del estado de Nuevo León, México.

- b) No siempre las recomendaciones de los organismos internacionales se encuentran debidamente fundadas y motivadas, pues pueden llegar a sustentarse en una argumentación oscura, vaga, imprecisa e inconexa, como sucedió en la carta que sirvió para el presente caso de estudio, que rayando en el absurdo afirma que una iniciativa de reforma para proteger el derecho a la vida en la Constitución Política del estado de Nuevo León, México, transgrede un tratado internacional que igualmente protege el derecho a la vida (Cfr. artículo 6, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- c) Son solamente dos los casos en que la interpretación de los tratados internacionales por parte de los organismos internacionales resulta obligatoria o vinculante para México, como Estado parte del sistema de las Naciones Unidas. El primero deviene de la interpretación literal de lo dispuesto de manera expresa en los tratados internacionales debidamente suscritos por el Ejecutivo y ratificados por el Senado de la República, en donde la obligatoriedad no surge de la facultad del Comité para emitir recomendaciones, sino de la fuente misma de la obligación, es decir, el tratado internacional; y el segundo caso se actualiza en el momento en el que el órgano judicial del sistema de las Naciones Unidas interpreta en definitiva el contenido y/o alcance de un tratado internacional para resolver una controversia en la que México sea parte.
- d) La injerencia de los mencionados organismos internacionales puede llegar a ser violatoria del principio de libre determinación y soberanía de los Estados parte, ya que ningún precepto normativo de los tratados internacionales suscritos y ratificados por México, les faculta para intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados. Más aún, cuando el Estado parte, en este caso México, al suscribir la aludida

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, que en su artículo 4, apartado 1, establece que

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”,

formuló una Declaración Interpretativa en virtud de la cual considera que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Bibliografía

- Carta de los representantes de OACDH, ONU MUJERES Y UNFPA dirigida al diputado Francisco Reynaldo Cienfuegos, con fecha 9 de junio del 2014.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, reformada mediante decreto en materia de Derechos Humanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 10 de junio de 2011.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, página electrónica que contiene datos sobre su creación, composición y Estatuto. Disponible en: www.icj-cij.org/homepage/sp/. Consultado el 3 de mayo de 2014.
- CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, ratificada por México el 23 de marzo de 1981 y en vigor a partir del 3 de septiembre de 1981.
- ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES, página electrónica que contiene su origen y misión. Disponible en www.unwomen.org/es/about-us/about-un-women. Consultado el 3 de mayo de 2014.
- FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, página electrónica que menciona su misión. Disponible en www.unfpa.org/public/home/about/nuestra-mision. Consultado el 3 de mayo de 2014.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, página electrónica que contiene la lista completa de los estados miembros. Disponible en www.un.org/es/members/index.shtml. Consultado el 3 de mayo de 2014.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, página electrónica que contiene un organigrama general que muestra su composición. Disponible en www.un.org/es/aboutun/structure/pdf/un-system-chart-color-sm.pdf. Consultado el 3 de mayo de 2014.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, página electrónica que contiene la relación de los órganos de tratados o Comités que integran el sistema para

los Derechos Humanos. Disponible en www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx. Consultado el 3 de mayo de 2014.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, página electrónica que contiene la relación de los organismos subsidiarios que forman parte del sistema para los Derechos Humanos. Disponible en www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/OtherUnitedNationsBodies.aspx. Consultado el 3 de mayo de 2014.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, ratificado por México el 23 de marzo de 1976, y en vigor a partir del 23 de marzo de 1976.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, ratificado por México el 23 de marzo de 1981, y en vigor a partir del 3 de enero de 1976.

TRUJANO FLORES, María Regina y BARTOLINI ESPARZA, Marcelo, "Interpretación de la normativa internacional", en *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los Derechos Humanos*.

LEYES DE QUÓRUM CALIFICADO Y DEBATE CONSTITUYENTE

THE LAWS OF QUORUM AND CONSTITUTIONAL DEBATE

Sergio Verdugo R.*

Resumen

El autor examina la discusión académica y política nacional relativa a la legitimidad de las leyes de quórum calificado. Luego de revisar la literatura y las propuestas institucionales que se han formulado, se analizan los argumentos teóricos por los cuales dicha categoría de ley podría o no ser de carácter contramayoritario. En seguida, se revisan algunos beneficios que la regla de mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio podría producir en el sistema democrático, promoviendo más *accountability* del Poder Legislativo.

Palabras clave: Ley de quórum calificado, supermayorías legislativas, regla de mayoría absoluta

Abstract

The author examines the academic and political Chilean discussion regarding the legitimacy of the special quorum statutes (*leyes de quórum calificado*). After reviewing the literature and the institutional proposals, the paper analyzes the theoretical arguments concerning the supposed counter-majoritarian nature of that kind of statute. Then, the author reviews some benefits that the absolute majority rule may produce in the democratic system, promoting more accountability of the legislative power.

Key words: Special Quorum Statute, Legislative supermajorities, Absolute majority rule.

* Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Estudiante del doctorado en Derecho, NYU. Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sergio.verdugo@law.nyu.edu

Agradezco la colaboración de Constanza Brillouet, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

Introducción

En el debate constituyente actual se están criticando fuertemente las leyes orgánicas constitucionales debido a la regla de quórum supermayoritaria de reforma que establece¹. Varios de sus críticos han sostenido que la regla supermayoritaria contenida en ellas le permite a una minoría parlamentaria vetar proyectos de ley impulsados por la mayoría, afectando la igualdad en el voto, haciendo irrelevantes las elecciones y menoscabando la democracia mayoritaria. Esta idea ha estado presente tanto en propuestas políticas de cambio constitucional² como en trabajos académicos³. Por otro lado, se ha sostenido que algunas leyes orgánicas constitucionales sirven instrumentalmente algunos fines valiosos y son compatibles con la democracia⁴. La demanda por una nueva Constitución ha hecho que el problema de los quóruns legislativos (y también los de reforma constitucional) sea una materia de interés en el debate público.

No obstante lo anterior, la literatura ha prestado poca atención a otra categoría de normas legales que tienen un quórum especial: se trata de las LQC o LQCs. En general, y como mostraré en la sección siguiente, la literatura constitucional ha tratado las LQCs de una manera fundamentalmente descriptiva, y las propuestas institucionales que se refieren a ellas adolecen de ciertas contradicciones. Por lo anterior, el primer objetivo de este trabajo es revisar y sistematizar (aunque de forma breve) la literatura académica y política respecto de ellas, para luego explicar, a

¹ También se critica el control preventivo forzoso de ellas, aunque la polémica ha tenido más asidero respecto del quórum. Sobre los problemas del control preventivo obligatorio de las leyes orgánicas constitucionales, pueden verse los siguientes trabajos: PFEFFER (1998), BORDALI (2005), ALDUNATE (2005), BUCHHEISTER y SOTO (2005), ZAPATA (2008) pp. 432-448, y VERDUGO (2010). Sobre una crítica democrática al control preventivo obligatorio de las leyes orgánicas, puede verse, entre otros, a CORREA (2005) y ATRIA (2013) p. 54.

² A modo de ejemplo, la propuesta de cambio constitucional del ex candidato presidencial Eduardo Frei, derivada de la comisión respectiva de *Océanos Azules*, proponía eliminar tanto las LOCs como las LQCs. Véase www.archivochile.com/Chile_actual/elecciones_2009/frei/doc_part/frei_part0032.pdf [Fecha de consulta: 15 de julio de 2014] p. 5.

³ Entre otros autores que han escrito en contra de las LOCs, véanse especialmente los siguientes: Grupo de los 24 (1981) p. 1 y p. 6, CORREA (2008) p. 740, MUÑOZ (2006), ZAPATA (2008) pp. 402-403, HENRIQUEZ (2009) pp. 63-71, COUSO y CODDOU, pp. 198-199, BASSA (2010) p. 37, SIERRA (2011), GARCÍA (2011) p. 176, FUENTES (2012) pp. 39-41, SZMULEWICZ (2012), ATRIA (2013) pp. 46-51, ATRIA (2014) pp. 20-26, BUSCH y QUEZADA (2013), JIMÉNEZ et al (2013), ZÚÑIGA (2014) pp. 11-12 y URQUIETA (2014) pp. 57-61

⁴ Esta idea la he desarrollado con mayor extensión en otros trabajos previos. Véase VERDUGO (2012) (2014) (2014-A)

modo de hipótesis, las razones por las cuales me parece que la discusión constituyente no debería eludir referirse a ellas, en tanto promueven (o tienen el potencial de promover) una forma de *accountability* que puede ser valiosa para nuestro sistema político.

Este trabajo se organiza de la siguiente manera:

- 1) examinaré la poca literatura constitucional relativa a las LQCs, constatando que, en general ella es descriptiva y las trata de forma accidental a propósito del estudio de otras materias.
- 2) revisaré brevemente algunas propuestas institucionales que se refieren a las LQCs, haciendo presente las diferencias existentes entre ellas.
- 3) trataré el problema de la naturaleza contramayoritaria de las LQCs, explicando la razón por la cual ella es controvertible. En efecto, y como explicaré, la pregunta relativa a si las LQCs son o no instrumentos contramayoritarios es dependiente de la perspectiva que se posea respecto del rol de los parlamentarios en la tramitación de las leyes. Ello hace que una posible objeción democrática a las LQCs sea menos importante si se la compara con la crítica a las leyes orgánicas constitucionales.
- 4) me referiré a los beneficios que puede producir la regla de mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio (en adelante, simplemente “mayoría absoluta”) que está contenida en las LQCs. Para ello, utilizaré especialmente el trabajo de Adrian Vermeule.
- 5) sintetizaré las principales conclusiones y ofreceré algunos criterios que pueden ser útiles para la discusión constituyente.

La pretensión de los argumentos que entregaré es solo teórica y no empírica, ya que (y como explicaré) hoy no es posible medir si los beneficios de la regla de quórum de mayoría absoluta se producen efectivamente en el caso de las LQCs. De esta manera, estos argumentos no serán útiles para quien pretenda buscar un diagnóstico actual sobre nuestra experiencia legislativa. El objetivo es proporcionar un elemento argumentativo para que, si el constituyente decide finalmente revisar el sistema de quóruns legislativos de nuestra Constitución, se considere el potencial teórico que las LQCs poseen en una regulación futura.

1. Las LQCs en la literatura constitucional chilena

En general, los constitucionalistas no han prestado mucha atención al problema de las LQCs, al menos si se las compara con las leyes orgánicas constitucionales. A diferencia de estas últimas, no existen muchos trabajos

que les den un tratamiento exclusivo y exhaustivo, razón por la cual para entender la opinión de los autores es necesario acudir a fuentes más generales. De esta manera, por ejemplo, pueden encontrarse algunos manuales que se refieren a ellas de forma breve y tangencial⁵, otros que describen sus características de forma muy sintética⁶, y algunos artículos que tratan las LQCs a propósito del análisis teórico de conflictos normativos, o de las categorías de leyes⁷ o del estudio de los quórums legislativos⁸.

En general, estos trabajos suelen ser descriptivos y acrílicos, por lo que para encontrar juicios de valor respecto de las LQCs es necesario acudir a otro tipo de literatura. Así, las críticas a las LQCs se encuentran en trabajos más generales, referidos a las deficiencias de la democracia o de la Constitución chilena, o más específicamente a las leyes orgánicas⁹. Cabe hacer presente, no obstante, que no todos los trabajos críticos de las leyes orgánicas constitucionales son también opositores a las LQCs. Así, por ejemplo, uno de los defensores de las LQCs es también un crítico importante contra las leyes orgánicas,¹⁰ y otros críticos de las supermayorías han aceptado que las LQCs pueden ser admitidas en cierto contexto¹¹.

En general, la literatura concuerda en que las LQCs solo son aquellas expresamente señaladas por el constituyente¹², no pudiendo el legislador insertar materias nuevas¹³, ni existiendo la posibilidad de que exista

⁵ CEA p. 65, SILVA B. pp. 253-254, MOLINA pp. 12-14, VIVANCO p. 403, CEA p. 103 y p. 148, COUSO *et al.* p. 71

⁶ NOGUEIRA (1997) pp. 47-48, SILVA B. (2000) pp. 25-26, VERDUGO *et al.* (2002) pp. 12-13, HENRÍQUEZ y NÚÑEZ (2007) p. 455, CRUZ-COKE (2009) pp. 287-288, HENRÍQUEZ (2009) p. 62

⁷ Por ejemplo, véase ZÚNIGA (1997), BASCUÑÁN (1998) y CORDERO (2010).

⁸ Por ejemplo, DE LA FUENTE (1991-1992).

⁹ Por ejemplo, Grupo de los 24, p. 6, GARRETÓN y GARRETÓN, pp. 118-120, COUSO y CODDOU, COUSO *et al.*, p. 71.

¹⁰ Sobre un trabajo donde valora las LQCs, véase MUÑOZ (2006). Sobre un trabajo donde el mismo autor (en calidad de coautor) critica también a las leyes orgánicas, véase JIMÉNEZ *et al.* (2013). Fernando Muñoz es un defensor de la existencia de LQCs, debido a que, en general, ellas protegen regulaciones asociadas a derechos fundamentales, lo que le parece especialmente valioso. Cabe precisar que la fundamentación de Muñoz deriva de su simpatía con la tesis de Dworkin relativa a que los derechos son cartas de triunfo de las minorías, lo que justificaría la existencia de un instrumento contramayoritario para cautelar dichos derechos. MUÑOZ (2006) p. 124. Es más, tanto valora Muñoz las LQCs, que propone garantizar mejor su protección mediante la extensión del control preventivo y obligatorio del Tribunal Constitucional a ellas. MUÑOZ (2006) p. 125.

¹¹ Dos autores están dispuestos a aceptar las LQCs si se dan ciertas condiciones sistémicas (aunque no las precisan de manera concreta). BUSCH y QUEZADA, p. 153.

¹² COUSO *et al.*, p. 71.

¹³ NOGUEIRA p. 47; CRUZ-COKE (2009) p. 287.

delegación legislativa respecto de ellas (DFL)¹⁴. Además, se agrega que ellas no están sujetas al control preventivo forzoso¹⁵, pero pueden ser objeto de control eventual ante el Tribunal Constitucional cuando exista un requerimiento¹⁶. Por otro lado, también se sostiene que ellas son inferiores a la Constitución¹⁷ y que, en términos de jerarquía, todas las leyes pertenecen a una misma categoría, por lo que no existe una relación de subordinación entre ellas¹⁸. De esta manera, los eventuales conflictos con otras normas legales deben resolverse con el principio de distribución de competencias, y no con el criterio de la jerarquía¹⁹.

Respecto del origen de las LQCs, se ha sostenido que en su creación no se tuvo a la vista ningún modelo extranjero²⁰. El constituyente de 1980 entendió a las LQCs como complementarias a la Constitución y no estuvieron claramente separadas del resto de los tipos de leyes hasta que la Junta de Gobierno decidió definir los contornos de esta categoría de ley²¹. Parte de la literatura también ha sostenido que no es posible construir un concepto unitario respecto de las LQCs, ya que las mismas se elaboran sobre la base de una ley común que se somete a un procedimiento de aprobación más agravado²².

Respecto de las materias cuya regulación el constituyente ha determinado que corresponde a la LQC, existe más de una posición en la literatura. Mientras algunos creen que sus materias son “misceláneas”²³, ya sea en “materia de garantías constitucionales, ya en preceptos de tipo orgánico”²⁴, otros ven una matriz común en ellas, ya que la gran mayoría se relaciona con la regulación de derechos fundamentales²⁵. Lo anterior ha llevado a que la determinación de los fines de las LQCs no sea muy precisa entre los autores. Así, por ejemplo, varios han sostenido que el objetivo de ellas es simplemente regular materias que el constituyente

¹⁴ ZÚÑIGA, p. 263; NOGUEIRA, p. 47; SILVA B., p. 26; CRUZ-COKE, p. 288.

¹⁵ VERDUGO *et al.*, p. 12.

¹⁶ NOGUEIRA (1997) p. 47; HENRÍQUEZ y NÚÑEZ (2007) p. 455; CRUZ-COKE (2009) p. 288; HENRÍQUEZ (2009) p. 62.

¹⁷ BASCUÑÁN, *El principio de la distribución...*, ob. cit., p. 40.

¹⁸ CORDERO, *La potestad Legislativa...*, ob. cit., p. 143.

¹⁹ BASCUÑÁN (1998) pp. 36-37. También, véase CORDERO (2010).

²⁰ CORDERO, *La potestad Legislativa...*, ob. cit., p. 134.

²¹ CORDERO, *La potestad Legislativa...*, ob. cit., p. 135.

²² CORDERO, *La potestad Legislativa...*, ob. cit., p. 135.

²³ NOGUEIRA, *Dogmática Constitucional...*, ob. cit., p. 47.

²⁴ SILVA B., *Tratado de Derecho...*, ob. cit., p. 25.

²⁵ MUÑOZ, *Leyes orgánico-constitucionales...*, ob. cit., (2006).

ha estimado de “trascendencia”²⁶ o de “importancia”²⁷, lo que dice bastante poco de las materias que éste ha seleccionado para establecer el procedimiento agravado de aprobación y reforma. Un autor ha ido un poco más allá, sosteniendo que ellas refuerzan el “carácter consociativo de la democracia chilena, al exigir quórum calificado para un conjunto de materias”²⁸. Sin perjuicio de lo anterior, y de la existencia de varias *listas* donde los autores enumeran los artículos constitucionales que ordenan la creación de una LQC, la literatura está en deuda respecto de la justificación casuística de ellas.

Como ya lo advertí, la mayoría de los autores no critica a las LQCs y se limitan a realizar análisis de tipo descriptivo. Comparadas con las leyes orgánicas constitucionales, el debate académico respecto de las LQCs ha sido modesto y carente de réplicas. Ello no significa necesariamente que los autores compartan el diseño de las LQCs, ya que también puede deberse a que sencillamente han decidido no prestarles suficiente atención. Es posible que ello se deba a:

- i) que el carácter contramayoritario de ellas sea más débil o suave que la regla de supermayoría contenida en las leyes orgánicas;
- ii) que ellas no están sometidas al control preventivo forzoso del Tribunal Constitucional y
- iii) que la cantidad de materias sometidas a LQCs es inferior y menos relevante que respecto de otros tipos de normas legales.

Cualquiera sea la razón que explique la falta de interés de los constitucionalistas por tratar el problema, ellas no eliminan la posibilidad de que en el debate constituyente que el país seguramente experimentará los próximos años, dichos constitucionalistas elaboren una crítica más sofisticada respecto de esta categoría de ley. No puede predecirse, entonces, que los autores se mantendrán acrílicos en el tiempo. Es más, es probable que las críticas dirigidas a las leyes orgánicas constitucionales promuevan la idea de que la tipología actual de normas legales contenida en la Constitución debe desaparecer, lo que podría producir la consecuencia de eliminar las LQCs sin discutir las de manera específica.

Con todo, existen algunas críticas breves a las LQCs que no deben pasar inadvertidas. Quien primero formuló un contraargumento a las mismas fue un grupo de constitucionalistas denominados *Grupo de los 24*, quienes a comienzos de la década de los 80 elaboraron un documento donde criticaron numerosos aspectos de la Constitución vigente, por lo

²⁶ VERDUGO *et al.* (2002) p. 12; VIVANCO (2007) p. 403; CRUZ-COKE (2009) p. 287.

²⁷ HENRÍQUEZ y NÚÑEZ (2007) p. 455; HENRÍQUEZ (2009) p. 62; ZÚÑIGA (1997) p. 263.

²⁸ NOGUEIRA, *Dogmática Constitucional...*, ob. cit., p. 47.

que su argumento contra las LQCs era también un argumento contra las leyes orgánicas constitucionales y leyes interpretativas:

“No es aventurado suponer que todas las materias reservadas a [...] leyes de quórum calificado serán reguladas por la Junta de Gobierno en los próximos nueve años [...]. En tales circunstancias, cuando el Congreso empiece a funcionar, le será prácticamente imposible, por los altos quórum que requeriría, modificar lo que la Junta haya prescrito sobre esas materias para implementar la autocracia”²⁹.

Como puede observarse, para el *Grupo de los 24* el problema de las LQCs no era su carácter contramayoritario, sino que la combinación entre la ilegitimidad de la influencia del probable autor de las mismas (la Junta de Gobierno) con la dificultad para modificarlas por un futuro Congreso democrático. De esta manera, el argumento del *Grupo de los 24* es necesariamente empírico y podría disociarse de la regla de mayoría que ellas disponen si el autor de las mismas fuera reemplazado.

Otros autores han sostenido que, derivado de lo anterior, las LQCs estimulan conflictos sociales al no permitir cambios³⁰, son parte de una estructura destinada a eludir la soberanía popular³¹, y son también parte de una tipología de leyes que promueve el consenso político con temor a la expresión popular³². Como podrá advertirse, si se sigue el debate respecto de las leyes orgánicas constitucionales, los argumentos críticos a las LQCs son similares. Probablemente la única diferencia sea que la crítica es menos intensa, posiblemente debido a que el quórum de aprobación y modificación es menos agravado, a que la cantidad de materias es menor y a que no existe control constitucional preventivo forzoso.

2. Algunas propuestas de reforma asociadas a las LQCs

En la sección precedente describí la literatura académica sobre las LQCs. En esta sección describiré algunas (no todas) de las propuestas que se han hecho para modificar el sistema. Si bien algunas de ellas se han hecho en el marco del debate por una nueva Constitución y otras no, todas comparten una voluntad política particular respecto de ellas.

²⁹ Grupo de los 24 (1981) p. 6. Ver un argumento similar en GARRETÓN y GARRETÓN (2010) p. 119. Estos últimos sostienen que las LQCs son un “enclave”.

³⁰ GARRETÓN y GARRETÓN, *La democracia incompleta en Chile...*, ob. cit., p. 119.

³¹ GARRETÓN y GARRETÓN, *La democracia incompleta en Chile...*, ob. cit., p. 120.

³² COUSO y CODDOU (2010); COUSO *et al.* (2011) p. 71.

En el contexto de las reformas constitucionales del año 2005 se plantearon algunas reformas al sistema de quórums legislativos. Así, un grupo de senadores propuso que todas las leyes orgánicas constitucionales e interpretativas fueran sometidas al quórum de la mayoría absoluta, dejando a las LQCs intactas³³; otro senador presentó una indicación que, entre otras cuestiones, incrementaba el quórum de las LQCs³⁴, y otros dos senadores propusieron elevar el quórum legislativo en materias tributarias³⁵.

Una de las propuestas más críticas de las LQCs fue la del programa del ex candidato presidencial Eduardo Frei (*Concertación*), presentada durante las elecciones presidenciales del año 2009-2010. El equipo de asesores propuso que todas las materias de ley sean objeto de mayorías parlamentarias simples, con lo que se eliminarían también las LQCs³⁶. Este candidato perdió finalmente la elección, pero en la elección presidencial siguiente el punto fue puesto nuevamente en la discusión en los programas presidenciales. Dentro de las primarias de la *Concertación* (que pasaría posteriormente a ser sustituida por un pacto más amplio denominado *Nueva Mayoría*), el punto de los quórums legislativos sería abordado también por los asesores del precandidato Andrés Velasco, para quienes se debería terminar con todas las leyes orgánicas constitucionales, las que deberían someterse a las mayorías propias de las LQCs³⁷. Por su parte, el programa de la actual Presidenta de la República no es muy claro. Mientras la propuesta inicial del grupo de constitucionalistas que participaron de la elaboración del programa sostenía que las LQCs (así como también las leyes orgánicas) debían ser eliminadas de manera definitiva³⁸, el programa que finalmente fue publicado propuso lo siguiente:

“Quórum para aprobar leyes. De acuerdo a la esencia del sistema democrático, se deberá consagrar el principio de mayoría; siendo la mayoría

³³ Véase PFEFFER, *Reformas Constitucionales*, ob. cit., p. 629. Un proyecto de reforma constitucional en similares términos fue presentado por los senadores Adolfo Zaldívar y Rafael Moreno. Moción de 24 de octubre del 2005, archivada con fecha 29 de julio de 2008. Boletín 4028-07.

³⁴ PFEFFER, *Reformas Constitucionales*, ob. cit., pp. 629-630.

³⁵ PFEFFER, *Reformas Constitucionales*, ob. cit., p. 630.

³⁶ Véase el documento en: www.archivochile.com/Chile_actual/elecciones_2009/frei/doc_part/frei_part0032.pdf [Fecha de consulta: 15 de julio de 2014] p. 5.

³⁷ Equipo Programático de la Campaña Presidencial de Andrés Velasco: “Addenda. Reformas Políticas y Constitucionales”, en ZÚÑIGA, Francisco (coordinador) (2014): *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates* (Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters), p. 222.

³⁸ Primer informe de “Bases de una Nueva Constitución para Chile” (2014), V, 2, en ZÚÑIGA, Francisco (coordinador) *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates* (Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters), p. 176.

absoluta el máximo quórum de aprobación y modificación de las leyes, recogiendo con ello nuestra propia historia constitucional democrática, así como el derecho comparado y el desarrollo de las doctrinas democráticas”³⁹.

Como puede observarse, el programa de Bachelet no se refiere específicamente a las LQCs, aunque la regla de quórum absoluto (equivalente a la regla de quórum de las LQCs) será el quórum más alto del sistema legislativo. Lo anterior puede significar varias cosas: por un lado, puede implicar que las leyes orgánicas o las leyes interpretativas estarán sujetas a dicho quórum; también puede significar que habrá una revisión exhaustiva de las materias sujetas a dicho quórum, las que no necesariamente deberían coincidir (aunque tampoco rechazar) con las materias que hoy están entregadas a las LQCs. En definitiva, el programa de Bachelet permite concluir

- i) que existe una desconfianza por la supermayoría legislativa,
- ii) que la mayoría absoluta podrá ser utilizada excepcionalmente para casos especiales,
- iii) que lo anterior puede significar una revisión de las categorías de leyes y
- iv) que todo ello es compatible con la desaparición total o parcial de las LQCs.

Si bien el último de los programas es el más importante, debido a su actualidad y a la presión política actualmente existente para impulsarlo por parte del actual Gobierno de la Presidenta de la República, cabe hacer presente que, al igual que ocurre con la literatura constitucional, en lo que respecta a las LQCs las propuestas políticas han prestado poca atención. Una muestra de ello es la omisión en otros programas presidenciales del mismo sector político (por ejemplo, en los programas de los ex candidatos Gómez y Orrego), en la definición amplia del programa de Bachelet, y en el tratamiento que ha habido del problema en propuestas precedentes. Así, la voluntad política contraria a la actual configuración de las leyes que existe en nuestro país ha estado más orientada a terminar con las leyes orgánicas constitucionales, dándoles un tratamiento secundario a las LQCs, las que incluso aparecen como categoría que podría ser utilizada para reemplazar a las leyes orgánicas.

³⁹ *Chile de Todos* (2013) p. 34.

3. *La controvertible naturaleza contramayoritaria de las LQCs*

Quienes critican las leyes orgánicas constitucionales debido a su carácter contramayoritario, y adicionan a esa crítica la recomendación de eliminar también las LQCs, asumen que estas últimas también son contramayoritarias. En esta sección explicaré las razones por las cuales el carácter contramayoritario de las LQCs es controvertido, con lo que su naturaleza político-legislativa no es evidente. Mi explicación no obsta a la creencia de que hay ciertas materias cuya regulación justifica la existencia de mecanismos contramayoritarios. El propósito de determinar si las LQCs son o no contramayoritarias obedece a un nivel de discusión diferente del anterior, el que será útil para explicar las razones que se han dado para defender el carácter democrático de las mayorías absolutas, y que serán explicadas en la sección 4 de este trabajo.

A diferencia de las leyes orgánicas constitucionales o de las leyes de reforma constitucional, la aprobación, modificación o derogación de las LQCs exige un quórum legislativo equivalente a la “mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio” (art. 66, inc. 3° de la Constitución). De esta manera, la ausencia de parlamentarios en ejercicio no altera la base de cálculo del quórum necesario. Explicaré lo anterior con un ejemplo ficticio que asume que una Cámara posee 100 miembros. La mayoría absoluta de 100 es 51, por lo que una votación inferior no es suficiente para lograr la mayoría. De esta forma, el porcentaje necesario para lograr el quórum alcanza al 50% más uno. Hasta el momento, ello no es distinto de lo que ocurre con las leyes de mayoría simple. La diferencia está en la norma de asistencia. Si se ausentaran 30 parlamentarios de dicha Cámara en ejercicio, y sólo hubiera 70 presentes, el porcentaje de votos exigido para aprobar la LQC se altera respecto de los miembros presentes, ya que la mayoría de 51 parlamentarios seguirá siendo exigida, pero ahora respecto de 70. Como resultado, ya no será suficiente alcanzar el 50% más uno de los presentes, sino que será necesario alcanzar el 73% de los votos favorables de los miembros presentes en la sala. Mientras en la ley de mayoría simple la aprobación requeriría de 36 votos (la mitad más uno de 70), en la LQC la aprobación requeriría 51 votos (la mitad más uno de 100). Como puede verse, la base de cálculo permanece inalterada independientemente de la asistencia.

Por lo anterior, es importante distinguir dos posiciones:

La primera sostiene que la naturaleza contramayoritaria de las LQCs sería dependiente de la asistencia de los parlamentarios. Si faltan

parlamentarios en ejercicio, la práctica legislativa convertiría a las LQCs en una supermayoría similar a otras normas supermayoritarias (como las leyes orgánicas, las leyes interpretativas de la Constitución o las leyes de reforma constitucional), lo que le daría a la minoría la capacidad para vetar la aprobación de proyectos que una mayoría simple de los presentes impulsa. Si se sigue el trabajo de George Tsebelis, por ejemplo, se tendría esta concepción de las LQCs. En efecto, Tsebelis sintetiza lo anterior señalando que la regla de quórum de mayoría absoluta produce un efecto supermayoritario cuando hay ausencias, ya que se requerirá más que la simple mayoría de quienes asistan para aprobar un proyecto⁴⁰.

Si se sigue esta posición, entonces la crítica relativa a que la supermayoría desconoce la igualdad política y el gobierno de las mayorías, sería aplicable a las LQCs. Por consiguiente, el debate sobre las LQCs no sería diferente de lo que ocurre con el debate sobre las leyes orgánicas constitucionales y la defensa de las mismas podría utilizar bases similares a las que se han invocado para justificar estas últimas.

Existe, no obstante, una segunda manera de ver el problema. Esta segunda posición dice que las LQCs son reglas de mayoría simple, debido a que las inasistencias son actos conscientes de los parlamentarios que no están presentes al momento de la votación. Como los parlamentarios saben *ex ante* que si se ausentan sus votos se contabilizarán como negativos, y su decisión de no asistir es deliberada, entonces puede presumirse que esos parlamentarios simplemente no apoyaron la legislación que estaba siendo aprobada o, a lo menos, podrá suponerse que el parlamentario ausente tuvo otro tipo de motivos para ausentarse, cualquiera que estos sean. Por ejemplo, la ausencia puede deberse a un compromiso político con intereses de terceros, a una forma de ocultar la verdadera posición de quien quiere rechazar el proyecto, o a un bajo interés por la reforma que se está actualmente discutiendo. Esto último podría deberse a que el costo alternativo de asistir a la sesión es muy alto si se lo compara con otras actividades que el parlamentario prefiere maximizar, o a otras explicaciones análogas.

Si se asume que la inasistencia es un acto deliberado de un parlamentario que puede asistir, pero que decide no hacerlo, entonces no podría considerarse que las LQCs sean supermayoritarias en el mismo sentido que las leyes orgánicas constitucionales. En efecto, mientras en estas últimas el bloqueo de las minorías se produce por una capacidad de veto que no es controlable por las mayorías, en las LQCs el bloqueo de las minorías se produce por una circunstancia que la mayoría pudo

⁴⁰ TSEBELIS, *Jugadores con veto*, ob. cit., pp. 194-195.

efectivamente prevenir. Un ejemplo de esta posición es lo que sostiene Adrian Vermeule. Para este autor, las leyes que requieren de la mayoría de todos los miembros electos son solo “regla de mayoría”, ya que todas respetan la igualdad en el sentido de que ningún voto de un parlamentario tiene un valor superior a otro⁴¹.

Cualquiera sea la posición que se adopte, es importante considerar las siguientes cuestiones:

- i) la regla de mayoría absoluta les da a los parlamentarios de la mayoría un poder individual frente a su propia coalición,
- ii) el bloqueo de las minorías sólo puede producirse cuando la mayoría pierde su capacidad de disciplinarse y esta última tenga a su vez alta capacidad de organización y
- iii) si bien la regla de mayoría absoluta no es una supermayoría, ella favorece el statu quo de una manera más suave que la regla de supermayoría.

4. *El argumento a favor de la regla de mayoría absoluta*

Sean o no consideradas un arreglo institucional contramayoritario (o una herramienta contramayoritaria más suave que la supermayoría), existe un argumento interesante para defender la regla de mayoría absoluta en el trabajo del propio Vermeule. Luego de reconocer que esta regla legislativa es el quórum por defecto en las legislaturas de California y Minnesota⁴², este autor sostiene que la mayoría absoluta fortalece la democracia por dos motivos concretos que resumo a continuación.

En primer lugar, la regla de mayoría absoluta es una forma de proteger a las mayorías parlamentarias de las tácticas estratégicas que puedan adoptar las minorías para producir resultados legislativos que alteren la manera en que está compuesto el Congreso, disociando dichos resultados legislativos de los procesos electorales que legitimaron el poder de los parlamentarios. De esta manera, y como explicaré, la regla de LQC vincula mejor el resultado de las elecciones parlamentarias con el resultado legislativo que se produce cuando el Congreso vota⁴³.

La diferencia entre las mayorías parlamentarias obtenidas en las elecciones y las mayorías legislativas obtenidas en las votaciones es uno de los problemas más grandes de la democracia representativa, ya que ella

⁴¹ VERMEULE, *Mechanisms of...*, ob. cit., pp. 115-116.

⁴² VERMEULE, *Mechanisms of...*, ob. cit. p. 115.

⁴³ VERMEULE, *Mechanisms of...*, ob. cit., p. 133.

vuelve asimétrica la relación entre los equilibrios políticos al interior del Congreso y de las mayorías electorales ciudadanas. La regla de mayoría absoluta no corrige de forma completa este problema, pero lo debilita al permitir que las mayorías parlamentarias puedan controlar mejor los resultados legislativos frente a minorías organizadas y estratégicas. Las minorías parlamentarias, en general, pueden buscar formas estratégicas de hacer que las mayorías no controlen los procesos legislativos, viéndose forzadas a ausentarse de determinadas votaciones arriesgando el resultado legislativo frente a la imposibilidad de predecir la presencia total o parcial del adversario político. La regla de mayoría absoluta asegura la certeza de la mayoría respecto del quórum que necesita para obtener un triunfo, sin exponerse a la amenaza producida por capacidad estratégica de concentración de la minoría⁴⁴. La certeza y predictibilidad del quórum que se obtendrá finalmente beneficia a la mayoría parlamentaria, acercando el resultado de la votación a la composición política del Congreso obtenida en las elecciones parlamentarias. De esta forma,

“la regla de mayoría absoluta tiene los costos y beneficios de una política de seguro. Protege la mayoría absoluta frente a una táctica de la minoría en la concentración de sus fuerzas, pero obliga a la mayoría absoluta a pagar un precio consistente en incrementar los costos de transacción de organizarse para producir legislación”⁴⁵.

El segundo argumento a favor de la mayoría absoluta sostiene que esta desincentiva una forma de rendición de cuentas que no es saludable para el sistema democrático: la que realiza el parlamentario individualmente considerado frente a intereses privados desconocidos que quedan fuera del *accountability* democrático.

A diferencia de la regla de mayoría simple (donde la ausencia no produce efecto) en la regla de mayoría absoluta la ausencia se interpreta como un rechazo al proyecto de ley sometido a la votación del Congreso. Así, bajo la regla de mayoría simple quien rechaza la política propuesta debe asistir a votarla en contra, mientras que bajo la regla de LQC quien rechaza el proyecto puede ausentarse en vez de rechazarlo explícitamente⁴⁶. Lo anterior produce cierta ambigüedad y sospecha respecto de la legitimidad de las razones invocadas individualmente por los parlamentarios que se ausentan. Si la expectativa es que ellos voten en contra, su ausencia no podrá ser reprochada por parte de sus mandantes, pero si la

⁴⁴ VERMEULE, *Mechanisms of...*, ob. cit., p. 125.

⁴⁵ VERMEULE, *Mechanisms of...*, ob. cit., p. 125.

⁴⁶ VERMEULE, *Mechanisms of...*, ob. cit., p. 137.

expectativa de dichos mandantes es que ellos aprueben el proyecto, la ausencia producirá una ambigüedad que podría ser administrada por dicho parlamentario para ser más independiente respecto de su mandante. Así, el parlamentario podrá invocar otras razones dejando poco clara su posición y produciendo incertidumbre respecto de si la ausencia estuvo genuinamente motivada por las razones invocadas⁴⁷. Por consiguiente,

“la no participación es ambigua, y los votantes estratégicos pueden utilizar dicha ambigüedad para liberarse de la rendición de cuentas. Bajo ciertas circunstancias, como cuando la rendición de cuentas relevante está dirigida a grupos de interés antes que a los electores o a la sociedad en general, liberar a los parlamentarios de ese tipo de *accountability* puede ser deseable bajo bases democráticas”⁴⁸.

Ninguno de los dos motivos por los cuales se defiende la regla de mayoría absoluta es absoluto y conclusivo, por dos razones fundamentales: en primer lugar, la validez de ambos depende de lo que ocurra en la práctica, existiendo un desafío empírico no resuelto entre nosotros. Si bien ellos resultan lógicos en un plano teórico (y, por consiguiente, plausibles y persuasivos), se requiere de mayor evidencia respecto del comportamiento de los parlamentarios para determinar si ellos son o no determinantes. En segundo lugar, debe reconocerse que estos argumentos sugieren la conveniencia de adoptar la regla de mayoría absoluta sin analizar de manera comparativa las ventajas y defectos de otras reglas alternativas de decisión, salvo cuando analiza el escenario de las minorías estratégicas en un contexto de mayoría simple. En otras palabras, el argumento determina que la exigencia de mayoría absoluta tiene ciertas virtudes, pero no aclara si dichas virtudes representan una ventaja en comparación con otras reglas de quórum legislativo. Por ello, sólo podría inferirse que la regla de mayoría absoluta es una *buena* regla, pero no necesariamente la *mejor* regla.

También es importante considerar que las razones invocadas por Vermeule están dirigidas a fortalecer el *accountability* democrático, y no a sentar las bases de la democracia para toda regla decisoria al interior del Congreso. De esta manera, su argumento no permite esclarecer si otras reglas de decisión son también democráticas. En este sentido, su recomendación institucional no es absoluta y debe ser tomada en un sentido relativo.

Con todo, las razones que ofrece este autor parecen suficientemente persuasivas como para tomarlas en consideración en un futuro debate cons-

⁴⁷ VERMEULE, *Mechanisms of...*, ob. cit., p. 137.

⁴⁸ VERMEULE, *Mechanisms of...*, ob. cit., p. 138.

tituyente relativo al sistema legislativo nacional. Si bien se requiere una confrontación empírica con la realidad chilena para verificar que dichos motivos operan efectivamente en Chile, el ejercicio teórico no debe ser excluido *ex ante*, sobre todo si se consideran las limitadas posibilidades de demostrar de manera precisa si la teoría de Vermeule tiene o no aplicación entre nosotros, y en qué medida ella podría operar relativamente bien.

El desafío empírico planteado probablemente no podrá ser superado completamente en Chile, por los siguientes motivos: en primer lugar, nuestro sistema de LQCs es limitado en cuanto al número de materias que regula, y las mismas han tenido pocos cambios. Por ello, no existen experiencias domésticas lo suficientemente relevantes como para estudiar la pertinencia de la teoría. En segundo lugar, si bien podría hacerse el ejercicio de estudiar el comportamiento de la relación entre mayorías y minorías en el contexto de la regla de mayoría simple con el objeto de verificar que los motivos que justifican la mayoría absoluta *no* tienen lugar en ese contexto, ello no sería una prueba a favor de la LQC en sí, sino que podría deberse a otras explicaciones alternativas. Además de lo anterior, este tipo de estudios normalmente encuentran desafíos relacionados con la falta de datos fidedignos verificables, o con las numerosas y contradictorias posibilidades alternativas para explicar el comportamiento político.

5. Conclusiones

5.1. El debate constituyente y la academia jurídica han prestado poca atención a las LQCs como categoría de ley. Ello no ha obstado, sin embargo, a la existencia de propuestas institucionales concretas en relación con ellas. Algunas promueven su eliminación, otras su expansión, y algunas son ambiguas.

5.2. La naturaleza contramayoritaria de las LQCs es controvertible y depende de la perspectiva que se posea respecto de ellas. Si se estima que ellas consisten en una especie de supermayoría, entonces la crítica a las mismas no será muy diferente de los argumentos observados en la literatura en contra de las leyes orgánicas constitucionales, aunque probablemente su fuerza será más débil que esta última. Por otro lado, si se estima que las LQCs no son una supermayoría, sino solo un requisito de asistencia frente al cual los parlamentarios manifiestan tácitamente sus votos mediante la inasistencia (el voto tácito produce rechazo), entonces la crítica contramayoritaria (la objeción democrática) será menos importante. Si bien las LQCs favorecen el *statu quo* al introducir un costo adicional a las reformas legislativas (el costo de la asistencia), la naturaleza de la crítica

diferiría enormemente respecto de lo que ocurre con las leyes orgánicas constitucionales.

5.3. Existen argumentos democráticos para defender la regla de mayoría absoluta que no han sido discutidos por la literatura chilena. Para esta posición, las LQCs podrían promover una buena forma de *accountability* democrático al permitir que las mayorías parlamentarias puedan predecir mejor los resultados de las votaciones al interior del Congreso, dependiendo de ellas el control del proceso legislativo. En cambio, lo contrario ocurre con la regla de mayoría simple, donde minorías parlamentarias bien organizadas y estratégicas tienen más posibilidades de controlar la agenda y afectar los resultados de las votaciones. La regla de mayoría absoluta, en cambio, permitiría establecer un vínculo más fuerte entre los resultados electorales donde participa la ciudadanía, con los resultados legislativos donde participa el Congreso. Además, se dice que la regla de mayoría absoluta disminuye un *accountability* no democrático ni transparente, al darle más independencia a los parlamentarios frente a intereses privados a los cuales ellos también responden. Ello se produce debido a la ambigüedad existente en torno a las razones que motivaron la inasistencia de los legisladores, la que produce un efecto de rechazo de la iniciativa sin tener que dar explicaciones.

Aunque los motivos anteriores no son absolutos, y a que ellos requieren de evidencia empírica adicional, los mismos son suficientemente persuasivos como para considerarlos dentro del contexto del debate constituyente. Si existen críticas al carácter democrático de las LQCs, las mismas debieran considerar estos elementos y hacerse cargo de los mismos.

Bibliografía

- ALDUNATE, Eduardo, "Problemas del Control Preventivo de Constitucionalidad de las Leyes", en 1 *Revista de Estudios Constitucionales*, año 3, 2005.
- ATRIA, Fernando, "La Constitución Tramposa y la Responsabilidad del Jurista", en ZUÑIGA, Francisco (coordinador) *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates*, LegalPublishing, Thomson Reuters, Santiago, 2014.
- ATRIA, Fernando, *La Constitución Tramposa*, LOM Ediciones, Santiago, 2013.
- BASCUÑÁN, Antonio, "El Principio de la Distribución de Competencia como Criterio de Solución de Conflictos de Normas Jurídicas", *Revista Chilena de Derecho*, número especial, 1998.
- BASSA, Jaime, "Democratización y mutación constitucional", en Cazor y Salas (coordinadores) *Estudios Constitucionales*, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Librotecnia, Santiago, 2010.

- BORDALÍ, Andrés, “Análisis crítico del control preventivo y represivo de constitucionalidad de las normas jurídicas por los tribunales constitucionales”, en Nogueira, Humberto (coordinador) *Jurisdicción constitucional en Chile y América Latina: presente y prospectiva*, LexisNexis, Santiago, 2010.
- BUCHHEISTER, Axel, y SOTO, Sebastián, “Criterios para la calificación de normas orgánico constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *2 Revista Chilena de Derecho*, 2005, Vol. 32.
- BUSCH, Tania, y QUEZADA, Flavio, “Regla de mayoría e instituciones contramayoritarias. Una perspectiva para la discusión sobre un cambio constitucional en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Santiago, 2013, vol. 78.
- CEA, José Luis, “Rasgos de la Experiencia Democrática y Constitucional de Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, 1987, vol. 14.
- CEA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.
- CEA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno. Tomo 1*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008
- CORDERO, Eduardo, “La potestad legislativa, los tipos de ley y sus relaciones internas en el Derecho Nacional”, *Revista de Derecho*, 2008, vol. XXIII, N° 1.
- CORREA, Rodrigo, “Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho* de la Universidad Adolfo Ibáñez, 2008, N° 2.
- COUSO, Javier, y CODDOU, Alberto, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena”, en FUENTES, *En el nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Heinrich Böll Stiftung e ICSO, Santiago, 2008.
- COUSO, Javier, LOVERA, Domingo, CODDOU, Alberto y GUILLOFF, Matías, *Constitutional Law in Chile*, Kluwer Law International, 2011.
- CRUZ-COKE, Carlos, *Manual de Educación Cívica*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2005, 8ª edición.
- DE LA FUENTE, Felipe, “Problemas de quórum en la tramitación de las leyes interpretativas de la Constitución, orgánicas constitucionales y de quórum calificado”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1991-1992, XIV.
- FUENTES, Claudio, *Mirando el pasado, definiendo el futuro: Diseño Constitucional en Chile 1980-2005*, presentado en el 28° Congreso del Latin American Studies Association, LASA, Río de Janeiro Constitucional [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2014]. Disponible en www.icso.cl/wp-content/uploads/2009/11/LASA-Fuentes-2009.pdf
- GARCÍA, Gonzalo, “Reformas Políticas presentadas por el Ejecutivo”, en *Anuario de Derecho Público 2011*, Universidad Diego Portales, 2011.
- GARCÍA, José F., y VERDUGO, Sergio, “El respeto por las ideas matrices de los proyectos de ley. Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Congreso Nacional. Libro homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán*,

- Santiago, Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013.
- GARRETÓN, Manuel, y GARRETÓN, Roberto, “La Democracia Incompleta en Chile. La realidad tras los rankings internacionales”, *Revista de Ciencia Política*, 2010, vol. 30, N° 1.
- HENRÍQUEZ, Miriam (2009): *Las Fuentes Formales del Derecho*, LegalPublishing, Santiago, 2009.
- HENRÍQUEZ, Miriam, y NÚÑEZ, José Ignacio, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Metropolitana, 2007.
- JIMÉNEZ, Guillermo, MARSHALL, Pablo, MUÑOZ, Fernando, “La debilidad de las súper-mayorías”, en *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2013 vol. 41.
- MOLINA, Hernán, *Derecho Constitucional*, LexisNexis, Santiago, 2006, 6ª edición.
- MUÑOZ, Fernando, “Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia”, en *Anuario de derecho constitucional iberoamericano*, 2006
- NOGUEIRA, Humberto, *Regímenes políticos contemporáneos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993.
- NOGUEIRA, Humberto, *Dogmática Constitucional*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997.
- PFEFFER, Emilio, “Algunos problemas que se derivan del Control Obligatorio de Constitucionalidad que ejerce el Tribunal Constitucional sobre las Leyes Orgánicas Constitucionales”, en 1 *Ius Et Praxis*, 1998, año 4.
- PFEFFER, Emilio, *Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes - Debates - Informes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- SIERRA, Lucas - MAC-CLURE, Lucas, *Frente a las mayorías: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*, Centro de Estudios Públicos, Santiago, 2011.
- SILVA B., Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo III. La Constitución de 1980. Antecedentes y Génesis*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 2ª edición.
- SILVA B., Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VII. Congreso Nacional. La Función Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, 2ª edición.
- SZMULEWICZ, Esteban, “Democracia, gobierno de la mayoría y leyes orgánicas constitucionales. Parte II”, en *Asuntos Públicos, Centro de Estudios del Desarrollo*, Informe 979, 2012.
- TSBELIS, George, *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, D.F., 2006.
- URQUIETA, Julia, “Una Nueva Constitución para un Nuevo Chile”, en ZÚNIGA, Francisco (coordinador) *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates*, LegalPublishing, Thomson Reuters, Santiago, 2014.
- VERDUGO, Mario, PFEFFER, Emilio, NOGUEIRA, Humberto, *Derecho Constitucional. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

- VERDUGO, Sergio, “Regla de mayoría y democracia: el caso de las leyes orgánicas constitucionales”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2009, vol. 20.
- VERDUGO, Sergio, “Control preventivo obligatorio. Auge y caída de la toma de razón al legislador”, en *Estudios Constitucionales*, Santiago, 2010, año 8, N° 1.
- VERDUGO, Sergio, “Las justificaciones de la regla de quórum supra-mayoritaria de las leyes orgánicas constitucionales”, en *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2012, vol. 39.
- VERDUGO, Sergio, “Las debilidades de la crítica a las súper-mayorías”, en *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, 2014, Vol. 42.
- VERDUGO, Sergio, “Las leyes orgánicas constitucionales en el régimen presidencial. Lo que el debate constituyente está olvidando”, en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, 2014-A, vol. 30.
- VERMEULE, Adrian, *Mechanisms of Democracy*, Oxford University Press, New York 2007.
- VIVANCO, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Bases Conceptuales y Doctrinarias del Derecho Constitucional. Tomo 1*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007.
- ZAPATA, Patricio, *Justicia Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- ZAPATA, Patricio, “La Nueva Constitución y el Bien Común”, en Zúñiga, Francisco (coordinador), *Nueva Constitución y Momento Constitucional*, LegalPublishing – Thomson Reuters, Santiago, 2014.
- ZÚÑIGA, Francisco, “Concepto de ley y tipos de leyes”, *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, 1997, vol. XVIII.
- ZÚÑIGA, Francisco, “Presentación”, en ZÚÑIGA, Francisco (coordinador) *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates*, LegalPublishing, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

OTROS

- Documento del Equipo Programático de la Campaña Presidencial de Andrés Velasco: “Addenda. Reformas Políticas y Constitucionales”, en ZÚÑIGA, Francisco (coordinador) (2014): *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates* (Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters), pp. 219-226.
- Grupo de los 24 (1981): *Las Críticas del Grupo de los 24* (APSI)
- Primer informe de “Bases de una Nueva Constitución para Chile” (2014), V, 2, en ZÚÑIGA, Francisco (coordinador) *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, Antecedentes y Debates* (Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters), pp. 143-208.
- Programa de Gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018), *Chile de Todos* (2013): [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2014]. Disponible en <http://michellebachelet.cl/programa/>: pp. 30-35.

Programa de Gobierno de Eduardo Frei (2009), *Una Constitución para el Bicentenario* (derivado del trabajo de *Océanos Azules*): [Fecha de consulta: 15 de julio de 2014]. Disponible en www.archivochile.com/Chile_actual/elecciones_2009/frei/doc_part/frei_part0032.pdf

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 5 | 2014

¿EXISTE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LIBRE EJERCICIO DE LA RELIGIÓN PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS? ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LA SENTENCIA DE “HOBBY LOBBY”

(BURWELL, SECRETARY OF HEALTH AND HUMAN
SERVICES, *ET AL.* V. HOBBY LOBBY STORES, INC. *ET AL.*
CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.
30 DE JUNIO DE 2014)

*Tomás Henríquez C**

A raíz de la discusión constitucional y legal que se ha levantado en Chile, en el marco de la más reciente discusión sobre la legalización del aborto y la distribución de la llamada “píldora del día después”, se ha sugerido por algunos la posibilidad de oponerse a la participación en la venta y distribución de estos mecanismos por medio de la “objeción de conciencia institucional”.

A pesar de que consideramos que dicha discusión es prematura en nuestro país –y, esperamos, innecesaria si se evita la legalización del aborto–, durante el transcurso de los últimos meses la cuestión de si las personas jurídicas pueden sostener una pretensión de ejercicio de libertad de conciencia y de religión fue sostenida en los Estados Unidos de América a raíz de la obligación legal que impuso el *Patient Protection and Affordable Care Act* del Presidente Obama (popularmente conocido como *Obamacare*) sobre las empresas y empleadores de su país. Así, un conjunto de personas jurídicas con fines de lucro buscó evitar dar cumplimiento a los mandatos de la ley, argumentando una vulneración de su conciencia en caso de cumplir, y una carga insoportable para sus negocios en caso de mantener su rebeldía ante las exigencias legales.

El caso fue conocido y resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos durante el mes de junio de 2014, y hoy es popularmente conocido como *Hobby Lobby*.

* Abogado. Licenciado en Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile (2011). Estudiante de Magister en Derecho. Georgetown University (2014). Correo electrónico: tomas.hernriquezc@gmail.com

A continuación presentamos un análisis respecto de los principales argumentos que se tuvieron a la vista durante la discusión y resolución de esta controversia, con un especial énfasis en la cuestión de si es posible que las personas jurídicas sostengan una pretensión de ejercicio de la libertad de conciencia y de religión. En una segunda parte, analizaremos si las ideas desarrolladas por la Corte Suprema de Estados Unidos tendrían cabida dentro de nuestro sistema legal.

Antecedentes del caso

A partir del 2010, bajo el nuevo sistema de salud de *Obamacare*, los empleadores que contraten con un número superior a 50 trabajadores en su empresa se ven en la obligación legal de proveer planes de cobertura de salud médica para todos ellos, sin exigencias de copago. A fin de definir las prestaciones de salud específicas que se deben proveer, el Congreso de los Estados Unidos autorizó al HHS, simil del Ministerio de Salud, para que determinara por vía de su potestad reglamentaria el listado definitivo de las enfermedades cubiertas y prestaciones de salud que habrían de incluirse bajo el concepto de “cuidados preventivos”, a garantizarse sin costo para el trabajador.

A partir de dicho mandato del legislador el HHS convocó a un grupo de expertos que dieron lugar a la determinación de las prestaciones cubiertas, definiéndolas en las directrices de servicios preventivos de salud para mujeres¹. Dicha norma reglamentaria afirma que es deber de todos los empleadores no exentos² el proveer de todos los métodos contraceptivos, procedimientos de esterilización y programas de educación y consejería aprobados por la FDA. Dentro del conjunto de estos medicamentos y procedimientos autorizados se encuentran específicamente 4 métodos que, como reconoce la Corte siguiendo a la misma FDA, “pueden tener el efecto de prevenir que un huevo ya fertilizado se siga desarrollando al inhibir su implantación en el útero”³.

¹ www.healthcare.gov/what-are-my-preventive-care-benefits/#part=2

² La ley autoriza al HHS a eximir de dicha exigencia a los “empleadores religiosos”, entendiéndose por tales a las iglesias, sus auxiliares integrados, y las convenciones o asociaciones de iglesias, así como también las actividades exclusivamente religiosas de cualquier orden religiosa.

³ *Burwell v. Hobby Lobby*. Opinión de la Corte, p. 8. Traducción del autor.

Los métodos objetados por los recurrentes son: “plan B”, conocido en nuestro país como la “pildora del día después”; “Ella” que también funciona como un contraceptivo de emergencia; y los dispositivos intrauterinos de la “T” *de cobre* y de *Progestina*.

Es curioso, pues mientras la FDA en Estados Unidos continúa reconociendo el potencial efecto antiimplantatorio de estos 4 métodos –véase www.fda.gov/ForConsumers/

Las partes requirentes en esta causa son tres empresas distintas.

Los dueños de Conestoga Woods son Norman y Elizabeth Hahn, y sus tres hijos. Todos ellos son devotos miembros de la Iglesia Menonita, una denominación cristiana. La Iglesia Menonita y sus miembros se oponen al aborto y consideran que el feto, incluso desde su más temprana etapa, comparte la humanidad con aquellos que lo concibieron.

Conestoga es una empresa con fines lucrativos y su propiedad se encuentra totalmente en manos de los Hahn, quienes constituyen su directorio y tienen en su poder todas las acciones de la sociedad. Su misión declarada como empresa es asegurar una razonable ganancia en una forma que refleje la herencia cristiana de la cual los Hahn son parte... y los más altos principios éticos y morales en los negocios⁴.

Como hicieron patente en la resolución adoptada por el directorio de la compañía, denominada “Declaración sobre la Santidad de la Vida Humana”, los Hahn están seguros que la vida humana se inicia en la concepción, y que terminar en forma deliberada con ella es un grave pecado en contra de Dios. Es por esta razón que Conestoga decidió oponerse al pago de aquellos 4 métodos que consideran como abortivos, pues sería

“inmoral y pecaminoso para nosotros el tener que intencionalmente participar en pagar por facilitar o apoyar de cualquier forma estos mecanismos”⁵.

En una primera instancia su requerimiento fue rechazado por las cortes inferiores al considerar que el mandato del HHS no impone nada sobre los Hahn como personas naturales, y que las personas jurídicas con fines de lucro y seculares no pueden participar del ejercicio de la religión.

Hobby Lobby es una persona jurídica constituida en Oklahoma. Su propiedad y administración se encuentra en manos de David y Barbara Green y sus tres hijos, todos quienes son cristianos. A partir del éxito de Hobby Lobby surgió una compañía hermana, Mardel, que funciona como una cadena de librerías dedicadas a la literatura cristiana. Las compañías

ByAudience/ForWomen/FreePublications/ucm313215.htm y www.fda.gov/drugs/drugsafety/postmarketdrugsafetyinformationforpatientsandproviders/ucm109795.htm—, nuestras autoridades de salud han dado por zanjada la discusión sin antecedentes distintos que aquellos tenidos a la vista por la FDA —según sabemos— desconociendo de paso lo resuelto por el Tribunal Constitucional chileno en su fallo rol N° 740, que consideró inconstitucional el reglamento que autorizaba la entrega de la misma “píldora del día después” que en el caso de Hobby Lobby, al reconocer ese mismo potencial efecto abortivo.

⁴ Burwell v. Hobby Lobby. Opinión de la Corte, describiendo la posición de los Hahn y de Conestoga, pp. 8 y siguientes.

⁵ Burwell v. Hobby Lobby. Opinión de la Corte, p. 13.

tienen en conjunto más de 500 sucursales y 13 mil empleados a lo largo de Estados Unidos. A pesar de su crecimiento en más de 45 años, las empresas siguen siendo controladas familiarmente (“*closely held*”) por el núcleo de la familia Green.

La declaración de principios de Hobby Lobby señala que los Green se han propuesto como misión al fundar su empresa el “honrar al Señor en todo lo que hacen, operando su compañía en una forma que sea consistente con los principios bíblicos”⁶. Todos los miembros de la familia Green han suscrito un compromiso de dirigir la compañía en una forma consistente con las creencias religiosas de la misma y usar sus activos en apoyo de apostolados cristianos. Son estas convicciones las que llevan a Hobby Lobby a cerrar todos los domingos para honrar el día del Señor, a pesar del costo económico que eso les significa, entre otros ejemplos.

Al igual que los Hahn, los Green creen que la vida humana se inicia en la concepción y que violaría los principios centrales de su fe el facilitar el acceso a los mismos 4 métodos contraceptivos a los que objetan los Hahn, sin tener objeciones con respecto de los restantes 16 métodos anticonceptivos autorizados por la FDA y que la ley les exige proveer. Los Green, Hobby Lobby y Mardel objetaron cumplir con el mandato del HHS por infracción de su libertad religiosa protegida por la RFRA y por la FEC⁷ de la Constitución Federal de los Estados Unidos. A diferencia de lo sucedido con los Hahn, la corte inferior sostuvo que las empresas con fines de lucro de los Green son “personas” para efectos de la RFRA y que por lo mismo tienen legitimación activa para ampararse y buscar protección bajo ella.

Cuestiones jurídicas sometidas al conocimiento de la Corte

El caso de Hobby Lobby no es una cuestión constitucional *per se*. Esto es así pues la materia sometida al conocimiento de la Corte no dice relación con la inconstitucionalidad de una ley, sino que más bien con el conflicto entre dos leyes federales que, en el caso concreto, producían una afectación de libertades fundamentales de aquellas protegidas por la Constitución Federal de los Estados Unidos y resguardadas por la RFRA. Se trataba en este caso del conflicto entre la RFRA de 1993 y el Patient Protection and Affordable Care Act de 2010.

⁶ Burwell v. Hobby Lobby. Opinión de la Corte, p. 14.

⁷ “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof...*” En castellano, “El Congreso no hará ley alguna respecto del establecimiento de una religión, ni prohibirá el ejercicio libre de la misma...” (traducción de los autores).

La RFRA tiene por objeto prohibir al gobierno federal el realizar cualquier acción que imponga una carga que afecte sustancialmente el ejercicio de la religión, a menos que dicha acción constituya el medio menos restrictivo posible para servir a un interés gubernamental apremiante.

En el caso, los dueños de Hobby Lobby se veían en una disyuntiva crucial. Una opción era cumplir con el mandato del HHS y participar directamente del financiamiento de los 4 medios contraceptivos que reconocen como abortivos, siendo cómplices de una forma de homicidio. La otra, en caso de no cumplir con el mandato legal, era verse obligados a pagar un equivalente a 1.3 millones de dólares diarios, o 475 millones de dólares anuales en multas legales a favor del fisco por su incumplimiento.

Frente a este escenario, la Corte se realizó las siguientes preguntas:

¿Puede una persona jurídica ampararse bajo la RFRA para eximirse de cumplir con la aplicación de una ley por considerar que ello infringe indebidamente su ejercicio de la religión?

La cuestión se suscita por el hecho de que la RFRA expresamente prohíbe que el Gobierno afecte sustancialmente el ejercicio de la religión de una *persona*, incluso si dicha afectación se produce por la aplicación de una regla de alcance general,

“a menos que el Gobierno demuestre que la aplicación de la carga a la *persona* (1) se produzca por la consecución de un interés gubernamental apremiante; y (2) sea el medio menos restrictivo de perseguir dicho interés gubernamental apremiante”⁸.

El HHS se opuso desde un inicio al requerimiento de las partes por considerar que ninguna de ellas tenía legitimación activa para accionar bajo RFRA, pues las compañías no estarían cubiertas bajo el concepto de

⁸ El texto en su original señala: “Government shall not substantially burden a person’s exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b) of this section.

(b) Exception

Government may substantially burden a person’s exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person—

(1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and

(2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.

www.law.cornell.edu/uscode/text/42/2000bb-1.

“personas” de la ley, y las familias propietarias no verían afectada su libertad religiosa, al no verse afectados ellos mismos como individuos. Conforme a la posición del Gobierno de los Estados Unidos, el hecho de que estas empresas tomaran la forma de una persona jurídica con fines de lucro automáticamente significaba renunciar a sus derechos protegidos por RFRA y la FEC. Como hace ver el voto de mayoría de la Corte, esto significaría poner a todos los emprendedores en la difícil posición de aceptar la renuncia de su derecho a ejercer y proteger su libertad religiosa, o prescindir de los beneficios –disponibles para sus competidores que no tienen inquietudes similares– de operar en el mercado bajo la forma de una persona jurídica.

En realidad, la cuestión central no tenía que ver con si la RFRA y la Constitución entienden a las personas jurídicas como personas para efectos de otorgar la protección jurídica de la ley y de la Constitución. Este es un punto que, al igual que en Chile, se encuentra indiscutiblemente zanjado ya por la doctrina y la jurisprudencia. Y como bien señala la Corte – en una forma que se podría hacer extensiva a nuestro país–, no existe doctrina o norma legal por la cual se pueda afirmar que bajo el concepto de personas se han de entender algunas, pero no todas, las personas jurídicas. Así, y salvo demostración en contrario que no se produjo en el proceso, no existe una justificación razonable en principio o en la misma ley que permita diferenciar entre las personas jurídicas con fines de lucro y aquellas que no lo tienen, en el resguardo de sus derechos.

Despachada esta cuestión accesoria, la verdadera disputa se presentaba en torno al entendimiento del significado, en el contexto de RFRA, de la expresión “ejercer la religión”.

“Es importante tener en mente que el propósito de esta ficción [la de incluir a las personas jurídicas bajo los sujetos protegidos de RFRA] es proveer protección para los seres humanos. Una persona jurídica es simplemente una forma de organización usada por seres humanos para alcanzar los fines deseados... Cuanto los derechos, sean ellos constitucionales o estatutarios, se extienden a las personas jurídicas, el propósito es proteger los derechos de esta gente [los seres humanos organizados para alcanzar los fines deseados]... Por ejemplo... proteger a las personas jurídicas de las expropiaciones sin una justa compensación por parte del gobierno es proteger a todos aquellos quienes tienen una participación o un interés en el bienestar financiero de la empresa. Y la protección de los derechos de ejercicio libre de la religión para empresas como Hobby Lobby, Conestoga y Mardel es proteger la libertad religiosa de los humanos que son dueños y controladores de esas compañías”⁹.

⁹ Burwell v. Hobby Lobby. Opinión de la Corte, p. 18.

Las cortes inferiores señalaron, respecto de Conestoga, que las personas jurídicas dedicadas a los negocios no ejercen la religión en una forma separada y distinta de las acciones o sistemas de creencias que realizan o poseen los dueños o empleados individualmente considerados. Pero la Corte responde que, siendo eso cierto, ello es irrelevante, pues, en los hechos, no hay persona jurídica alguna que pueda realizar acciones –y no sólo las de carácter religioso– en forma separada y distinta de las que realizan los seres humanos que son sus dueños, creadores, administradores y trabajadores.

Como decíamos, la Corte señala que, contrario a lo que afirman la opinión disidente y el Gobierno, no encuentra fundamentos para concluir que las personas jurídicas no pueden ejercer la religión. Y en esa línea se pregunta, ¿qué justificaría dicha conclusión a los ojos de los disidentes?

¿Puede ser la diferencia existente entre personas jurídicas constituidas como sociedades y aquellas que existen como corporaciones o fundaciones?¹⁰ El mismo Gobierno ha concedido que las corporaciones y fundaciones pueden ser protegidas por RFRA, admitiendo tácitamente que pueden ejercer la religión. Los disidentes sugieren que las organizaciones “sin fines de lucro” son especiales, pues aumentar su autonomía religiosa a menudo trae como consecuencia aumentar la libertad religiosa de los individuos también. Pero este principio se aplica igualmente para las sociedades “for profit”: profundizar en su libertad religiosa trae aparejado también profundizar la libertad religiosa individual. En estos casos, por ejemplo, permitir que Hobby Lobby, Conestoga y Mardel puedan defender sus pretensiones bajo RFRA protege la libertad religiosa de los Hahn y los Green como individuos.

¿Qué tal la diferencia entre el fin perseguido por unas y otras? ¿Puede fundarse la conclusión en el hecho de perseguir fines lucrativos por una parte, o fines altruistas por otra? En el pasado la Corte Suprema había asentado que “el ejercicio de la religión” involucra

“no sólo la creencia y la profesión de fe, sino también la realización (o abstención de realizar) actos físicos que se realizan por o con razones religiosas”¹¹.

A estos efectos, las prácticas de negocios que se encuentran ordenadas o limitadas por los preceptos de una doctrina religiosa caben cómodamen-

¹⁰ La Corte se refiere a la “corporate form”, la que conforme al derecho anglosajón difiere no sólo en el objeto, sino que en su estructura y administración, según se trate de organizaciones “for profit” y “non profit”.

¹¹ Employment Division v. Smith (494 U.S. 872-1990). Traducción del autor.

te dentro de dicho marco. Y si en el caso *Braunfeld*¹² la Corte consideró que no existía obstáculo para que un mercader (persona natural) buscara defender su derecho al libre ejercicio de la religión en el marco de una actividad que perseguía fines lucrativos, ¿Por qué no extender el mismo argumento a favor de Hobby Lobby, Conestoga y Mardel?

Algunas cortes inferiores sostuvieron que RFRA no protege a las organizaciones que persiguen fines de lucro, pues el propósito de dichas organizaciones es ganar dinero. Pero la Corte se pregunta a sí misma ¿Existe oposición entre obtener una ganancia y hacerlo en una forma que sea consistente con la doctrina religiosa de quienes persiguen dicho objetivo? Es un hecho incuestionable, sostiene la Corte, que el derecho corporativo moderno autoriza que las sociedades comerciales sean creadas para *cualquier fin legítimo* o negocio. Aun cuando el objetivo principal sea producir una ganancia, la ley no requiere que este sea el único y exclusivo fin, en desmedro de otros fines secundarios o accesorios. Es esta la razón por la cual son muchísimas las sociedades, empresas o compañías que, con autorización de los propietarios, apoyan una amplia gama de actividades y organizaciones altruistas, ya sea mediante financiamiento directo o por otros medios que permitan avanzar en la persecución de fines humanitarios o de caridad. Así, por ejemplo, las empresas pueden asumir medidas propias de mitigación que van más allá de las exigencias legales para reducir su emisión de contaminantes, o asumir estándares de calidad laboral para sus trabajadores que sean superiores a los mínimos exigidos por la ley, a expensas de sus propios bolsillos. Y si pueden perseguir tan nobles objetivos, no existe una razón aparente por la cual no puedan perseguir objetivos religiosos también.

Finalmente, el HHS argumentó que no era posible considerar que el Congreso de los Estados Unidos haya querido que la RFRA se aplicara a personas jurídicas con fines de lucro, pues la dificultad práctica de determinar las “sinceras creencias” de dichas personas jurídicas lo tornaría inviable. Es más, el HHS afirmó que admitir esta posibilidad daría pie a largas y divisivas batallas internas para determinar la identidad religiosa de grandes empresas transadas públicamente en la bolsa, como sería el caso de IBM o de General Electric.

La Corte evadió la cuestión que se le planteó en ese caso por el Gobierno, sosteniendo que la controversia a resolver no involucra empresas

¹² *Braunfeld v. Brown*. (366 U.S. 599-1961). Abraham Braunfeld y los demás apelantes eran mercaderes de Pennsylvania. Como judíos ortodoxos se veían impedidos por su fe de realizar negocios los viernes en la tarde y durante el sábado. Objetaron a una ley estatal de Pennsylvania que les prohibía a los negocios abrir los días domingos, argumentando que la ley discriminaba injustamente en su contra al tener que mantener cerrado su negocio por más tiempo que sus competidores cristianos.

cuyas acciones se transen públicamente, y que parece poco probable que los gigantes de la industria a los que hace referencia el HHS presenten reclamos fundados en la protección de RFRA, fundamentalmente por razones prácticas. En efecto, a juicio de la mayoría, no se vislumbra la posibilidad de que un conjunto de inversionistas que no se conocen entre sí –incluyendo numerosos inversionistas institucionales cuya propiedad se encuentra a su vez también atomizada y transada públicamente en el mercado– puedan ponerse de acuerdo en dirigir su compañía conforme a un mismo conjunto de creencias religiosas. Pero esto es, a su juicio, irrelevante, dado que las personas jurídicas recurrentes son lo que la Corte llamó “*closely held corporations*” (o empresas controladas personal o familiarmente) cuya propiedad y control radica en los miembros de una misma familia, y sin que se haya puesto en duda la sinceridad de sus creencias religiosas afirmadas.

Finalmente, la Corte consideró que las preocupaciones en torno a las posibles disputas entre los dueños de las empresas no es una cuestión que se suscite a consecuencia de la aplicación de RFRA, ni puede concluirse que ello solo suceda respecto o pueda suceder en el contexto de grandes empresas. Es posible, y de hecho sucede, que existan disputas en las empresas controladas familiarmente en torno a la religión. Así sucedería, por ejemplo, cuando parte de los propietarios prefieren cerrar su negocio los días domingos para observar el día de descanso, mientras otros prefieren mantenerlo abierto para maximizar sus ganancias y no perder ese día de ventas. Y la resolución de esos conflictos ya se encuentra regulada por el derecho comercial, al establecer las formas de gobierno corporativo y regular la toma de decisiones cuando no existe un acuerdo unánime entre los socios. Así, el problema pareciera no ser real, a los ojos de la Corte.

*Dando por hecho que los recurrentes pueden obtener protección a sus derechos en cuanto personas jurídicas, ¿existe una afectación sustancial al ejercicio de la religión de aquellas que prohíbe la RFRA?
La Corte concluye sin problemas que así es*

Como ya mencionamos más arriba, la conclusión de la Corte se construye a partir de la constatación de que las alternativas de los recurrentes eran cumplir con el mandato legal, dando lugar a la vulneración de su conciencia, o bien negarse a cumplir con el mandato legal y soportar las consecuencias económicas que ello tendría, lo que equivalía a millonarias multas de de-

cenos de millones de dólares. Ante tal escenario, la Corte consideró que no había duda alguna de que la aplicación de la ley implica para los recurrentes una afectación sustancial de su derecho a ejercer libremente la religión.

El HHS rechazó la pretensión de los recurrentes afirmando que la relación de medios a fines a la que hacían alusión (el pago del plan de salud, incluyendo la cobertura de los 4 métodos objetados, sería el medio que a su vez daría lugar a un aborto, fin al que ellos se oponen) se encontraría demasiado atenuada para resultar ser decisiva en este caso. En efecto, y según el HHS, nada asegura la producción del resultado al que objetan, pues ello depende de la contingencia incierta de que el empleado en particular sea mujer, quiera usar uno de esos 4 métodos objetados (en vez de todos los demás a su disposición) y que efectivamente se produzca un resultado abortivo.

La Corte desecha esta línea argumentativa al afirmar que ello escapa de la cuestión jurídica que se presenta ante la Corte en virtud de RFRA. La materia a resolver es si la exigencia legal del *Obamacare* les impone a las partes una afectación sustancial a su habilidad para conducir sus negocios de acuerdo con *sus creencias religiosas*. La Corte no tiene potestad para decidir si la creencia específica de los recurrentes (que financiar métodos abortivos es un mal moral inaceptable) es razonable o no¹³. El rol de la Corte debe limitarse, cuando mucho, a determinar si aquellas creencias son sinceras o no, mas no si son ciertas o razonables ante sus ojos.

*Concluido ya que la aplicación de Obamacare
sobre los recurrentes equivalía a una afectación sustancial de
su derecho al ejercicio libre de la religión,
quedan las preguntas ¿la imposición de dicha carga respondía
a un interés gubernamental apremiante?
¿la carga impuesta era el medio más restrictivo
posible para lograr el aseguramiento de dicho interés?*

El argumento central del HHS es que el interés gubernamental apremiante por el cual se impone la carga sobre los recurrentes es asegurar el acceso de todas las mujeres a los métodos contraceptivos aprobados por la FDA,

¹³ Esta conclusión de la Corte supone renunciar a la posibilidad de discutir el mérito específico de la creencia concreta, en cuanto a si ella es verdadera o falsa. Esto ha dado pie a un intenso debate, incluso entre los partidarios del resultado alcanzado por la Corte en el caso de Hobby Lobby. Para continuar con ese debate en particular, véase www.libertylawsite.org/2014/07/03/the-new-jurisprudence-of-beliefspeak/; www.thepublicdiscourse.com/2014/07/13432/ y www.libertylawsite.org/2014/07/22/post-hobby-lobby-illusions/

sin costo económico para ellas. Bajo el sistema de precedentes jurisprudenciales, todas las mujeres y hombres en Estados Unidos tienen un derecho constitucional al acceso a los contraceptivos¹⁴, y los estudios realizados por el HHS habrían demostrado que incluso un copago moderado de parte del beneficiario para servicios preventivos de salud tienen el efecto de desincentivar a los pacientes de recibir dichos servicios.

La Corte no entra en esta disputa y considera innecesario adjudicar esta cuestión. Para todos los efectos asume que el interés de garantizar el acceso sin costo para el trabajador a los contraceptivos objetados es un interés gubernamental apremiante bajo RFRA y procede directamente a zanjar si la forma en que se persiguió el aseguramiento del interés (obligar al empleador a asumir directamente el costo de los tratamientos a favor de su trabajador) era el medio menos restrictivo posible.

La Corte reafirma que este es un estándar excepcionalmente demandante, y que el Gobierno no logra cumplir con el mismo en su actuar. En efecto, recae sobre el Gobierno mostrar que no posee otros medios menos restrictivos al escogido para asegurar la materialización de su interés apremiante, sin imponer una afectación sustancial sobre el ejercicio de la libertad religiosa de los recurrentes. A ojos de la Corte, esto es tan simple como constatar que si lo que interesa es que todo hombre y mujer tengan acceso a estos métodos contraceptivos, nada obsta a que sea el mismo Estado el que directamente los provea a su costo cuando el empleador objete a los mismos, como sucede en este caso. Esto ciertamente habría sido menos restrictivo de la libertad religiosa que el camino adoptado en la actualidad. El HHS se defendió señalando que esto implicaría un mayor costo para el erario público, obligando a ampliar el ya abultado presupuesto del programa de salud. Pero la Corte no consideró que el argumento fuera determinante, dado que el costo específico de proveer estos medicamentos (que en dos de los casos son sólo de uso de emergencia, y no regular) sería insignificante en términos absolutos con respecto del presupuesto ya comprometido. Por otra parte, tanto la RFRA como su ley hermana, la RLUIPA requieren en algunos casos que el Estado invierta recursos adicionales en cuanto ello sea necesario para acomodar las creencias religiosas de los ciudadanos.

Pero incluso si no fuera posible para el Estado invertir esos recursos adicionales o crear un programa específico para perseguir su interés apremiante sin afectar la libertad religiosa de los recurrentes, la Corte aún considera que el Gobierno fallaría en cumplir con el estándar del medio menos restrictivo. Es del caso que el mismo HHS ha demostrado tener en

¹⁴ *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479, 485-486. 1965).

sus manos ese medio, distinto del utilizado en el caso de Hobby Lobby, Conestoga y Mardel, pues, tratándose de personas jurídicas sin fines de lucro, les ha dado la alternativa de un “acomodo” a aquellas organizaciones religiosas que plantearon una objeción de conciencia al pago de los métodos objetados. En virtud de este acomodo, el tercero proveedor del seguro contratado por la organización objetora puede excluir expresamente aquellos fármacos y pagar por sí mismo los métodos objetados, sin imponer un copago para los beneficiarios del plan de salud ni sus empleadores¹⁵.

Conclusión de la Corte

El mandato contraceptivo del Affordable Care Act, en cuanto aplicado a las empresas controladas personal o familiarmente, vulnera la RFRA. Y dado que la cuestión legal sobre el conflicto entre ambas leyes arroja como resultado la vulneración de RFRA, la Corte considera innecesario extenderse a la cuestión de si el cumplimiento de la ley por parte de los recurrentes constituye una violación de sus derechos garantizados por la primera enmienda. Así las cosas, se devuelve a las cortes inferiores para que se continúe con la tramitación de los juicios en forma coherente con lo resuelto en este fallo. Así se ordena.

¿EXISTEN LECCIONES DEL FALLO DE HOBBY LOBBY QUE PUEDAN HACERSE EXTENSIVAS A CHILE?

¿Es aplicable lo sostenido por la Corte Suprema de Estados Unidos en nuestro país respecto de las personas jurídicas? ¿Es posible afirmar que una persona jurídica puede ejercer su derecho a la libertad religiosa y la libertad de conciencia?

Como ya decíamos más arriba al analizar el texto de la sentencia, tanto en el sistema legal norteamericano como en el nuestro existe acuerdo

¹⁵ El costo en este caso se traspa al tercero que provee el plan de salud, pero el HHS concluye que esto no acarrea para ellos un aumento en los costos totales, pues ello se compensa con el menor gasto en cobertura de servicios de maternidad y un aumento generalizado de la salud de las mujeres. Véase nota al pie de página 38, p. 44 del fallo de la Corte. La Corte expresamente hace la reserva de que no emite juicio sobre si esta solución es aceptable a los ojos de los recurrentes que plantean la objeción de conciencia pues queda pendiente aún para el tribunal resolver, eventualmente, el recurso de otras organizaciones religiosas sin fines de lucro que han objetado incluso dicho mecanismo, pues, a su juicio, aun haciendo uso del acomodo, el resultado final de proveer libremente mecanismos abortivos se lograría con su participación, lo que consideran moralmente inaceptable. Véase *Little Sisters of the Poor v. Sebelius* (571 U.S.-2014).

en la doctrina y jurisprudencia acerca del hecho que las personas jurídicas son plenamente personas a fin de gozar y ejercer ciertos derechos que la Constitución y la ley les reconocen y aseguran. Pero el acuerdo se rompe en cuanto a la determinación de cuáles son esos derechos en particular que la persona jurídica puede gozar.

Parte importante de la doctrina entre nosotros considera que no es posible afirmar que las personas jurídicas se encuentren en condición de ejercer la libertad de conciencia y otros derechos, pues ellos se encuentran estrictamente reservados a las personas humanas. Tal es la posición de Cea Egaña¹⁶ y de Jorge Precht¹⁷. Esto nos parece correcto. Por de pronto, el derecho a la vida reconocido en el artículo 19 número 1 así lo evidencia. La cuestión es entonces discernir si los derechos reconocidos en un numeral en particular –el número 6– son atribuibles no sólo a la persona humana, sino también a la persona jurídica, discerniendo cuál sería el fundamento de esto y su alcance.

El artículo 19 número 6 de la Constitución Política de la República señala que

“la Constitución asegura a todas las personas: la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público...”.

Es lamentable que muchas veces este artículo es tomado como una sola libertad o garantía descrita bajo el rotulo de la libertad de conciencia, en circunstancias de que en realidad se trata de tres libertades distintas entre sí, aun cuando se encuentran íntimamente ligadas. En efecto, la mayor de las veces el análisis se centra en la idea de la libertad de conciencia, dejando de lado la igualmente indispensable garantía del libre ejercicio del culto. Esta distinción es la que nos permite revisar si es posible para las personas jurídicas ejercer este mismo derecho. Esta garantía es por lo demás nuestro equivalente constitucional a la primera enmienda de la Constitución norteamericana y RFRA.

La garantía del libre ejercicio del culto ha recibido poco desarrollo entre nosotros. A modo de ejemplo, a la fecha en que se escriben estas líneas no existe jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que haga referencia alguna a dicha garantía fundamental. Estando abierto a la interpretación, existen a nuestro juicio dos posiciones encontradas sobre la

¹⁶ José Luis CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías*, pp. 47-48.

¹⁷ Jorge PRECHT, *Quince estudios sobre libertad religiosa, passim*.

materia. Una posición considera que el culto se refiere exclusivamente al acto por el cual el creyente de cualquier denominación rinde culto a Dios mediante los rituales propios de su fe. Así, para esta posición el culto del católico se reduciría a la posibilidad de asistir a la Iglesia a orar o participar de la vida sacramental. Todo aquello que caiga de esta estrecha posición no sería parte de la garantía del libre ejercicio del culto.

La posición alternativa en cambio es aquella sostenida por la Corte Suprema de Estados Unidos. El ejercicio de la religión o de la fe no se limita simplemente a la asistencia periódica al templo para participar de los sacramentos o servicios religiosos. Se trata en realidad de una forma de ser que implica buscar en el día a día adecuar la propia vida y comportamiento a una particular forma de pensar y de obrar, guiada por el entendimiento del creyente sobre lo bueno y lo malo, justo e injusto, en cumplimiento de los mandamientos de su fe y reflejado en todas las esferas de su vida, incluyendo su participación en el mundo laboral y el mercado. Esta posición es la única que logra comprender correctamente la realidad de la persona humana, que no se encuentra diseccionada en distintos componentes que actúan en forma independiente según el plano de la vida en que se trate. La religiosidad, y aun más, la adhesión de cada individuo a la fe se materializa y expresa tanto en la intimidad de la habitación, como en los contactos e interacciones cotidianas que se sostienen como parte integral de la vida en sociedad. Así, el católico no sólo es católico en el confesionario, sino también en la enfermería, en el taxi, en la sala de reuniones y en el comedor de su casa. Su comportamiento y acciones pueden no ser siempre adecuados a su propia fe, pero está en él la libertad y el derecho de poder llevar su vida conforme a sus creencias sin injerencias arbitrarias de terceros ni del Estado. Así, dentro del marco de nuestro mismo ordenamiento jurídico constitucional es posible afirmar que toda persona goza de esta amplia esfera de libertad (entendida como resguardo frente a la intromisión del Estado) para vivir su vida conforme a su fe, admitiendo solamente las limitaciones que sean indispensables para la preservación de la moral, buenas costumbres y el orden público, de suerte que recaer sobre el Estado la carga de la prueba sobre la vulneración de uno de estos elementos que haga indispensable restringir esta libertad como condición necesaria para la protección de la sociedad y su normal funcionamiento.

Reconocido que la persona humana goza de esta libertad fundamental, se podría objetar que de ello no se sigue que la misma pueda reconocerse respecto de una persona jurídica. Esto es correcto, y nos lleva a nuestro siguiente punto.

A fin de dar lugar a la creación de una persona jurídica, no existe en nuestro ordenamiento jurídico otra limitante para ello más que aquellas

que imponen la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres. Tanto en la teoría como en la práctica se verifican una enorme diversidad de objetivos y fines específicos elegidos por quienes dan lugar a la creación de las personas morales. Esta libertad para dar vida a las personas jurídicas y determinar sus fines y objetivos incluye además la libertad de escoger los medios que se consideren adecuados para alcanzar los primeros, siendo competencia exclusiva de los interesados discernir aquellos que consideran como idóneos, tanto física como moralmente, para la consecución de sus fines. Esta libertad de elecciones de medios y fines encuentra protección de suyo en la garantía de la libertad de asociación reconocida en el artículo 19 número 15, como también en las bases de la institucionalidad, y en particular en el artículo número 1 inciso tercero, en cuanto establece que

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Desde esta perspectiva, bastaría entre nosotros simplemente con reconocer y respetar dicha autonomía y libertad asociativa para buscar reproducir el resultado que alcanzó la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso de Hobby Lobby, dando por sentado que el Estado no logre probar que la limitación o restricción que impone sea necesaria para la preservación del orden público, la moral o las buenas costumbres.

Pero no siendo esto suficiente, cabe preguntarse si la garantía del libre ejercicio, ya comentada, sirve también como fundamento entre nosotros para alcanzar un resultado similar al que comentamos. A nuestro juicio la respuesta es afirmativa, si consideramos lo siguiente. Compartimos con la Corte Suprema de Estados Unidos la idea fundamental de que las personas jurídicas, sea que tomen el carácter de sociedades comerciales u organizaciones sin fines de lucro, no son sino un vehículo creado por los socios o fundadores para perseguir aquellos fines legítimos que se han propuesto como asociaciones libres y constitutivas de cuerpos intermedios. Y como ya hemos señalado, detrás de la selección y consecución de esos fines, realizada en el día a día a través de la persona jurídica como instrumento o vehículo, existe una o múltiples personas que al hacer esto están participando de la vida social como ciudadanos y creyentes, siguiendo su juicio sobre aquello que resulta aceptable a o no. Es en este sentido –reconociendo que la persona jurídica es una ficción que sirve como instrumento para las personas naturales– que cobra sentido el extender esta protección del libre ejercicio del culto a la persona jurídica. Pues, aun cuando nuestro derecho la reconoce y considera como una

entidad distinta de los socios que la componen, en realidad ellas no son sino el instrumento por el cual las personas naturales deciden actuar en sociedad. Y son ellas las que en última instancia se verían afectadas si en el ejercicio de sus operaciones diarias fueran forzadas a ejecutarlas de una forma que fuera contraria a sus propios fines y convicciones morales, que poseen en cuanto participan de aquellas que tienen sus miembros o socios.

Bibliografía

JURISPRUDENCIA

- Employment Division v. Smith, de fecha 17 de abril de 1990, de la Corte Suprema de los Estados Unidos.
- Braunfeld v. Brown, de fecha 29 de mayo de 1961, de la Corte Suprema de los Estados Unidos.
- Griswold v. Connecticut, de fecha 7 de junio de 1965, de la Corte Suprema de los Estados Unidos.
- Little Sisters of the Poor v. Sebelius, de fecha 24 de enero de 2014, de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

OBRAS CITADAS

- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, tomo II.
- PRECHT, Jorge, *Quince estudios sobre libertad religiosa*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2006.

PÁGINAS WEBS CONSULTADAS Y DE INTERÉS

- www.healthcare.gov/what-are-my-preventive-care-benefits/#part=2
- www.fda.gov/ForConsumers/ByAudience/ForWomen/FreePublications/ucm313215.htm
- www.fda.gov/drugs/drugsafety/postmarketdrugsafetyinformationforpatientsandproviders/ucm109795.htm
- www.law.cornell.edu/uscode/text/42/2000bb-1
- www.libertylawsite.org/2014/07/03/the-new-jurisprudence-of-beliefspeak/
- www.thepublicdiscourse.com/2014/07/13432/
- www.libertylawsite.org/2014/07/22/post-hobby-lobby-illusions/

INFORMACIÓN PRIVILEGIADA. CRITERIOS ASENTADOS EN ÚLTIMAS SENTENCIAS DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

*Francisco Pfeffer Urquiaga**

Resumen

En el presente trabajo se analizan las sentencias dictadas por la Excma. Corte Suprema durante el año 2013, conociendo de casos en que se reclamaba de la infracción a los artículos 164 y 165 de la Ley de Mercado de Valores, sobre operación con información privilegiada, destacando los criterios relevantes que quedaron asentados en los fallos en comentario, como lo son que determinar si cierta información es o no privilegiada es una cuestión que envuelve una calificación jurídica, por lo que es susceptible de ser conocida por el tribunal de casación; que los hechos que constituyen la información a ser calificada por el tribunal de casación no son susceptibles de revisarse por la Excma. Corte Suprema, a no ser que se declare la violación de las leyes reguladores de la prueba, lo que le permite a la Excma. Corte Suprema alterarlos; y sobre los nuevos hechos, hacer una nueva calificación; que la prueba de las presunciones judiciales –y no solo las simplemente legales indicadas en el artículo 166 de la LMV– es perfectamente válida para acreditar un hecho desconocido en el ámbito de la investigación administrativa que realiza la SVS; que el conocimiento del hecho aprobación de los estados financieros por el Directorio de una compañía es en sí mismo constitutivo de información privilegiada, con independencia del contenido de los mismos, en razón de la veracidad, oficialidad y certeza que adquiere la información luego de la aprobación por el Directorio de los estados financieros que la contienen; que existe un único deber de no operar con información privilegiada, sin que sea válido distinguir entre un deber de abstención diverso del deber de no usar la información, de lo que se sigue que existe el deber de interrumpir una orden en ejecución desde el momento que se entra a poseer información privilegiada, si esta es positiva, y de no interrumpirla si esta es negativa, ya que solo así se impide obtener un beneficio o evitar una pérdida a partir de la posesión de información privilegiada.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Chile. Profesor universitario. Socio de Pfeffer & Asociados. Correo electrónico: francisco.pfeffer@pfeffer.cl

Durante el año 2013 la Excma. Corte Suprema dictó sentencia en varios casos que se originaron por infracción a los artículos 164 y 165 de la LMV¹.

Un primer grupo de sanciones las aplicó la SVS al calificar como información privilegiada el conocimiento que se tiene de la aprobación de los estados financieros por el Directorio de una compañía antes de que ese hecho se divulgue al mercado; y al estimar que la ley N° 18.045, en su artículo 165, contempla un deber de abstención diverso de la prohibición de uso de la información privilegiada².

Un segundo grupo de sanciones las aplicó la SVS con motivo de la fallida fusión acordada por los grupos de control de las empresas D&S y Falabella. Como se recordará, el TDLC no autorizó la fusión de ambas empresas por estimar que la entidad resultante de la fusión constituiría un peligro para la libre competencia. Pero antes de que se divulgara como hecho esencial el acuerdo de fusión, las acciones de D&S y Falabella experimentaron importantes alzas en precio y en volúmenes transados. Por primera vez se sancionó la infracción al deber de no revelar la información privilegiada y, una vez más, la violación de la prohibición de no usar la misma información³.

Por último, la SVS sancionó al Gerente General y Gerente de Inversiones de AFP Habitat, con motivo de una compra de acciones serie A

¹ El del artículo 164 de la LMV vigente a la fecha en que estos casos fueron sancionados señalaba: “Para los efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley. También se entenderá por información privilegiada, la que se tiene de las operaciones de adquisición o enajenación a realizar por un inversionista institucional en el mercado de valores”.

El artículo 165 de la LMV vigente a la fecha en que estos casos fueron sancionados señalaba: “Cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada, deberá guardar estricta reserva y no podrá utilizarla en beneficio propio o ajeno, ni adquirir para sí o para terceros, directa o indirectamente, los valores sobre los cuales posea información privilegiada”.

² Véase, entre otras, resolución exenta número 306, de 6 de julio de 2007, respecto de Sebastián Piñera Echeñique; N° 307, de 6 de julio de 2007, respecto de Juan José Cueto Plaza; N° 527, de 18 de agosto de 2008, respecto de José Miguel Gálmez Puig; N° 528, de 18 de agosto de 2008, respecto de Juan Antonio Gálmez Puig; y N° 529, de 18 de agosto de 2008, respecto de Luis Alberto Galmez Puig.

³ Véase, entre otras, resolución exenta número N° 436, de 15 de julio de 2008, respecto de Hans Eben Oyanedel; N° 433, de 15 de julio de 2008, respecto de Alejandro Irrázabal Ureta; N° 434, de 15 de julio de 2008, respecto de Eugenio Eben Aresti; N° 435, de 15 de julio de 2008, respecto de Vicente Aresti López; N° 429, de 15 de julio de 2008, respecto de Ana María Laguna Galasso; N° 431, de 15 de julio de 2008, respecto de María Luisa Solari Falabella.

emitidas por la CTC que ordenaron después de que la junta extraordinaria de accionistas de la compañía había rechazado la propuesta de eliminar el límite máximo de concentración accionaria establecido en los estatutos, que era la condición esencial para que Telefónica S.A. lanzara una OPA sobre las acciones de CTC⁴.

La resolución por la Excm. Corte Suprema de estos tres grupos de casos permite precisar aun más el concepto de información privilegiada y los deberes de conducta de quienes están en posesión de ella, que ya habían quedado asentados en sentencias anteriores⁵.

En el primer grupo de casos la SVS estimó que constituye información privilegiada el conocimiento que se tiene de la aprobación por el Directorio de una compañía de los estados financieros trimestrales, contenidos en la FECU. Y que ello es así porque antes de la aprobación de los estados financieros el mercado sólo especula sobre su contenido sin tener ninguna certeza de que las estimaciones, proyecciones y pronósticos del mercado efectivamente van a coincidir con la información real y verdadera contenida en los estados financieros, una vez aprobados por el Directorio; antes de la aprobación por el Directorio el mercado sólo especula y estima sobre cómo vienen los resultados de la empresa; luego de la aprobación de los estados financieros la información en ellos contenida pasa a ser cierta, real y oficial. Por ello quien conoce de esa aprobación se coloca en una posición de ventaja respecto de quienes no conocen tal hecho, lo que le permite actuar sobre seguro, sin riesgo de error al decidir la compra o venta del valor a que se refieren los estados financieros ya aprobados.

De otro lado, en relación con los deberes de conducta de quienes están en posesión de información privilegiada, la SVS distinguió entre el

⁴ Véase resolución exenta número 245, de 22 de abril de 2010, respecto de Cristian Rodríguez Allendes y Alejandro Bezanilla Mena.

⁵ Sobre el concepto de información privilegiada y los deberes de conducta de quienes la conocen, se pueden consultar los siguientes trabajos de mi autoría: "Nuevos deberes informativos y precisiones en torno al concepto de información privilegiada en el contexto de la ley que perfecciona el gobierno corporativo en empresas privadas", en revista *Actualidad Jurídica* N° 22, págs 181-203, julio 2010, Universidad del Desarrollo; "Concepto de información privilegiada y deberes de conducta de quienes están en posesión de ella, a la luz de la jurisprudencia emanada de la Excm. Corte Suprema", en *Revista de Derecho Comercial*, Año 1 N° 1, 2010, págs 155-181, Universidad de Chile; "A propósito de una Sentencia sobre uso de Información Privilegiada", en revista *Actualidad Jurídica* N° 15, págs 255-296, enero 2007, Universidad del Desarrollo. También véanse, por ejemplo, sentencia de 27 de octubre de 2005, recaída en ingreso rol N° 4930-2004, caratulado "Parodi con SVS", rol contencioso N° 2343-2001, del 20° juzgado civil de Santiago, y sentencia de 26 de julio de 2007, recaída en ingreso rol número 3364-2006, caratulado "Elesur con SVS", rol contencioso N° 4394-1997, del 10° juzgado civil de Santiago.

deber de abstención y el deber de no usar la información. Se sostuvo que la infracción al primero se producía por simple negligencia o desprolijidad, o sea, la decisión de inversión o desinversión no viene motivada ni determinada por el conocimiento de la información, sino que por otras razones, pero al existir la prohibición de comprar o vender en conocimiento de información privilegiada igualmente debe abstenerse de operar en el mercado en conocimiento de esa información mientras mantenga el carácter de privilegiada. Y si no lo hace, se vulnera el deber de abstención. Mientras que la violación del segundo supone la conciencia de la ilicitud de la conducta, esto es, la plena convicción de que la decisión que se adopta de vender o comprar un valor está motivada y determinada por el conocimiento de la información privilegiada que se posee. De no haber tenido la información, no se habría adoptado la decisión de inversión o desinversión.

Las sentencias dictadas por la Excma. Corte Suprema⁶ al resolver los casos incluidos en el primer grupo asentaron dos nuevos criterios, a saber:

- a) Que el conocimiento de la aprobación de los estados financieros por el Directorio de la compañía es siempre información privilegiada, con independencia del contenido de los estados financieros, dado que el privilegio con que cuenta quien conoce ese hecho dice relación más con la certeza, oficialidad y veracidad de la información, lo que le permite actuar sobre seguro, exento de riesgos, que con el contenido mismo de la información acopiada en los estados financieros;
- b) Que el artículo 165 de la LMV establece una prohibición total para comprar o vender valores exigible a todo quien posea información privilegiada, sin que sea posible distinguir entre un deber de abstención y una prohibición de usar información privilegiada. Quien posee información privilegiada no puede operar en el mercado de valores mientras la información mantenga ese carácter.

Respecto de lo primero (a), así se desprende del considerando decimoquinto de la sentencia rol N° 3054-2010, que en lo pertinente dice lo siguiente:

“DÉCIMO QUINTO: Que a juicio de estos sentenciadores, la información de los estados financieros trimestrales contenidos en la FECU es una información concreta acerca de la situación financiera de la sociedad, su

⁶ Sentencias dictadas en autos rol N° 3054-2010 y N° 7340-2012, que fijan el criterio para resolver los otros casos en actual tramitación.

liquidez, el endeudamiento, resultados operacionales y no operacionales, utilidades y pérdidas antes de impuestos, rentabilidad, variaciones de capital, distribución de dividendos, que por su naturaleza tiene la aptitud para ejercer influencia sobre la decisión de un hombre juicioso en orden a efectuar o no una determinada inversión.

La aprobación por parte del Directorio de LAN Airlines S.A. de los estados financieros trimestrales le confiere el carácter de cierta a la información contenida en éstos, incluyendo la distribución de los dividendos, oportunidad en la cual, y hasta su divulgación, la convierte en información privilegiada conforme al concepto de ésta contenido en el artículo 164 de la Ley de Valores.

En razón de lo expuesto, la sentencia recurrida no ha cometido error de derecho en la interpretación del artículo 164 de la Ley de Mercado de Valores y tampoco en la aplicación del artículo 20 del Código Civil”.

Criterio que es reiterado en el considerando decimocuarto de la sentencia rol N° 7340-2012, que dice lo siguiente:

“DÉCIMO CUARTO: De esta manera, como lo ha sostenido en otras oportunidades esta Corte, la información de los estados financieros trimestrales contenidos en la FECU es una información concreta acerca de la situación financiera de la sociedad, su liquidez, el endeudamiento, resultados operaciones y no operacionales, utilidades y pérdidas antes de impuestos, rentabilidad, variaciones de capital, distribución de dividendos, que por su naturaleza tiene la aptitud para ejercer influencia sobre la decisión de un hombre juicioso en orden a efectuar o no una determinada inversión, o sea, tiene el carácter de información privilegiada en los términos descritos en el inciso 1° del artículo 164 de la Ley N° 18045.

En razón de lo expuesto, la sentencia recurrida ha cometido un error de derecho en la interpretación del artículo 164 de la Ley de Mercado de Valores en relación con la aplicación de los artículos 19, 20, 21 y 22 inciso 1° del Código Civil al estimar que el estado financiero aludido no contenía una información privilegiada”.

Respecto de lo segundo (b), así se desprende del considerando décimo de la sentencia rol N° 3054-2010, que en lo pertinente dice:

“DÉCIMO: Que por lo razonado en este primer capítulo del recurso, cabe concluir que los sentenciadores no incurrieron en error de derecho en la interpretación del artículo 165 de la Ley N° 18.045, puesto que de la interpretación efectuada se llega a la clara conclusión que el inciso primero de esta norma contempla la prohibición de adquirir valores sobre los cuales se posea información privilegiada y que la sanción aplicable a la infracción de esa prohibición es la contemplada en los artículos 28 y 29 del D.L. N° 3.538, en conformidad a lo establecido en el artículo 58

de la Ley N° 18.045 por no tener contemplada una sanción específica en esta ley, no habiéndose tampoco infringido en consecuencia el inciso 1° del artículo 22 del Código Civil, por tanto en lo que a esta causal se refiere, el recurso no podrá prosperar”.

Criterio que es reiterado en el considerando decimosexto de la sentencia rol N° 7340-2012, que en lo pertinente dice:

“DÉCIMO SEXTO: Que el artículo 165 de la Ley N° 18.045, vigente a agosto de 2004, establecía la prohibición total de la adquisición para sí o para terceros de los valores respecto de los cuales se posea información privilegiada, y su incumplimiento trae como consecuencia la imposición de las sanciones señaladas en la ley, de esta manera yerran nuevamente los jueces del fondo al exigir intencionalidad en la conducta de los reclamantes como supuesto necesario para que proceda la aplicación de una sanción por infracción a la prohibición de adquisición de acciones haciendo uso de información privilegiada, porque es un requisito que el inciso 1° del artículo 165 de la Ley N° 18045 no exige, lo que esta norma establece es un deber de conducta que persigue la transparencia del mercado de valores como forma de velar por la fe pública.

De esta manera la sentencia recurrida ha cometido un nuevo error de derecho en la interpretación del artículo 165 de la Ley de Mercado de Valores en relación con la aplicación de los artículos 19, 20, 21 y 22 inciso 1° del Código Civil al estimar que debía demostrarse la existencia de culpa o dolo en la persona del infractor”.

En suma, se ratifica el criterio de la SVS de que la aprobación de los estados financieros es el hecho constitutivo de información privilegiada, más que el contenido mismo de los estados financieros en cuestión; y se desestima la distinción entre un supuesto deber de abstención diverso a la prohibición de uso. Existe un único deber que consiste en no operar en conocimiento de información privilegiada.

Lo destacable del segundo grupo de infracciones es que por primera vez la SVS sancionó la violación al deber de no revelar información privilegiada valiéndose de la prueba de presunciones judiciales y no sólo de las simplemente legales.

Dado que no es posible conocer el tenor y contenido de las conversaciones que existieron entre quien reveló la información y el receptor de la misma, y dado que no fue posible encuadrar alguno de los casos en las presunciones simplemente legales contenidas en los diversos literales del artículo 166 de la LMV, la SVS tuvo que fundar la sanción en presunciones múltiples, graves y concordantes, cumpliendo así con las exigencias del Código de Procedimiento Civil para ser admitidas como medio de prueba.

Básicamente tuvo a la vista la existencia de una relación entre quien reveló la información y quien la recibió y la naturaleza de la misma, ya que la existencia de ella facilitó la transmisión de información. En un caso se trató de una relación comercial, ya que ambas partes compartían un mismo directorio; en otro existió una relación conyugal, al ser la mujer quien transmitió la información al marido; y en el otro, una simple relación de pareja, al ser la transmisora y el receptor de la información convivientes. El transmisor de la información tomó conocimiento del acuerdo de fusión, sea porque participó como negociador en ella; o porque fue contratada para ocuparse de las comunicaciones de ese evento corporativo; o porque era parte del grupo de control que debía dar su consentimiento para hacer posible la materialización del acuerdo.

Consideró también el patrón de conducta de cada uno de los receptores de la información antes de que efectuaran las compras de acciones. Algunos de ellos nunca antes habían comprado acciones de sociedades anónimas abiertas; no tenían ficha de clientes en una corredora de bolsa; financiaron las compras con créditos bancarios o de la misma corredora; y no dieron explicaciones convincentes cuando fueron requeridos por la SVS en el proceso de investigación administrativa sobre las razones que motivaron la compra de las acciones antes de divulgarse al mercado el acuerdo de fusión. Luego del incremento de precio de las acciones a consecuencia de la divulgación del acuerdo de fusión, en su mayoría procedieron a vender las acciones compradas semanas antes, haciendo una importante utilidad por la diferencia de precio entre la compra y la venta de las acciones.

De este modo, a través de esos dos hechos conocidos –existencia de la relación y comportamiento de una de las partes de esa relación– se tuvo por acreditado el hecho de la revelación, que necesariamente se debió haber producido al entrar en contrato cada uno de los sancionados, ya que sólo después del contacto que cada uno mantuvo con quien era su relacionada, procedieron a comprar las acciones en cuestión.

Todos los receptores de la información que compraron y luego vendieron las acciones fueron sancionados por violar la prohibición de no operar en el mercado de valores estando en posesión de información privilegiada.

Las sentencias de la Excma. Corte Suprema⁷ que resolvieron las demandas de reclamación de multa interpuestas por los sancionados, ratificaron la validez de la prueba de presunciones judiciales para tener

⁷ Véase sentencia de la Excma. Corte Suprema en autos rol N° 9136-2011 y rol N° 5048-2012.

por acreditado el hecho de la revelación de la información, que sirvió de fundamento a la sanción.

El tercer caso resuelto el año 2013 por la Excma. Corte Suprema dice relación con la calificación como información privilegiada que hace la SVS de ciertos hechos que fueron conocidos por el Gerente General y de Inversiones de la AFP Habitat, con motivo de una OPA que lanzaría Telefónica S.A. sobre acciones emitidas por CTC, previa reforma de estatutos que debía acordar la junta extraordinaria de accionistas de esta compañía.

Se estimo por la SVS que no obstante haberse rechazado por la junta extraordinaria de accionistas la propuesta para eliminar el límite máximo de concentración accionaria, condición que había colocado Telefónica para lanzar la OPA sobre acciones emitidas por CTC, la comunicación que mantuvo el encargado de la corredora a quien se instruyó para organizar y lanzar la OPA, en que le señaló a los sancionados si había disposición de la AFP Habitat de continuar las conversaciones para apoyar la OPA si se mantenían las mismas condiciones que las AFP habían solicitado de Telefónica, constituye información privilegiada. Dado que la orden la habían dado estos ejecutivos antes de que se produjera la comunicación, y no se había alcanzado a ejecutar en su totalidad ese mismo día, esta orden fue renovada en los días posteriores. La SVS estimó que desde el momento que se conoce la información privilegiada, es deber de quien recibe la información suspender la orden si es que aún se mantiene vigente, en el evento de que se trate de información positiva.

La sentencia de la Excma. Corte Suprema⁸, al igual como lo habían hecho las sentencia de primera instancia y de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago⁹, acogieron la reclamación y dejaron sin efecto la multa.

La razón esencial que se tuvo a la vista en las referidas sentencias fue que la comunicación entre el ejecutivo de la corredora y los sancionados, no se puede calificar como información esencial, ya que fue una simple conversación que sólo reprodujo lo que el mercado ya sabía, sin que el interlocutor que actuaba por Telefónica tuviera atribuciones para alterar las condiciones ya ofrecidas, se trataba de información pública y no privilegiada.

Si bien no hubo un expreso pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema sobre el punto, de este caso también se puede concluir que es parte de los deberes de conducta de quienes conocen información

⁸ Véase sentencia de la Excma. Corte Suprema en autos rol N° 2045-2013.

⁹ Véase sentencia del 13° juzgado civil de Santiago, rol N° C-7004-2010 y de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 4144-2011.

privilegiada, el de interrumpir una orden en ejecución inmediatamente después de haber conocido la información que califica como privilegiada, solo si esta es positiva, ya que así se evita obtener el beneficio. En cambio, si la información es negativa, no se debe interrumpir la orden, ya que ello supondría evitar una pérdida a partir de la información privilegiada que se entra a poseer¹⁰.

En síntesis, de los casos resueltos por la Excma. Corte Suprema durante el año 2013, es posible extraer las siguientes conclusiones:

- a) Determinar si cierta información es o no privilegiada es una cuestión que envuelve una calificación jurídica, por lo que es susceptible de ser conocida por el tribunal de casación;
- b) Los hechos que constituyen la información a ser calificada por el tribunal de casación no son susceptibles de revisarse por la Excma. Corte Suprema, a no ser que se declare la violación de las leyes reguladoras de la prueba, lo que le permite a la Excma. Corte Suprema alterarlos; y sobre los nuevos hechos, hacer una nueva calificación.
- c) La prueba de las presunciones judiciales –y no sólo las simplemente legales indicadas en el artículo 166 de la LMV– es perfectamente válida para acreditar un hecho desconocido en el ámbito de la investigación administrativa que realiza la SVS. Tratándose del deber de no revelar la información, la transmisión de la misma puede probarse por medio de presunciones judiciales.
- d) El conocimiento del hecho aprobación de los estados financieros por el Directorio de una compañía es en sí mismo constitutivo de información privilegiada, con independencia del contenido de los mismos, en razón de la veracidad, oficialidad y certeza que adquiere la información luego de la aprobación por el Directorio de los estados financieros que la contienen.
- e) Existe un único deber de no operar con información privilegiada, sin que sea válido distinguir entre un deber de abstención diverso del deber de no usar la información.
- f) De ello se sigue que existe el deber de interrumpir una orden en ejecución desde el momento que se entra a poseer información privilegiada, si esta es positiva, y de no interrumpirla si ésta es negativa, ya que sólo así se impide obtener un beneficio o evitar una pérdida a partir de la posesión de información privilegiada.

¹⁰ Es información positiva aquella que impacta al alza en los precios. Es información negativa aquella que impacta a la baja en los precios.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 5 | 2014

ALAIN LAURENT, *EN FINIR AVEC L'ANGÉLISME PENAL*, PARIS, LES BELLES LETTRES, 2013, 130 PP.

*Juan Cayón**

Ente escrito del ensayista Alain Laurent (1939), seguidor del objetivismo americano, fundador de la sección francesa de la Sociedad Ayn Rand –escritora estadounidense de origen ruso defensora del ultraindividualismo–, combate lo que llama el angelismo penal y que reputa no ser sino la vertiente judicial (y deletérea) de lo “políticamente correcto”. Que parte de una concepción descarriada –es el autor quien así lo califica– del humanismo surgido de una compasión blanda. Que une el irrealismo de una representación irenista del delincuente, transfigurado en víctima desgraciada que no aspira sino a la reinserción, con respuestas pospunitivas de eficacia problemática. Y que concluye en una política penal productora de impunidad y, de resultas, de injusticia e inmoralidad pública. Frente a este abolicionismo, así como frente al que denomina populismo penal, caracterizado por el fervor punitivo a remolque de las sacudidas de la opinión pública, enuncia un principio fundamental –inspirado en las grandes figuras del humanismo liberal clásico (Locke, Kant, Humboldt, Constant, Tocqueville y Stuart Mill)–, el de que cuanto más se quiere vivir con libertad y seguridad en una sociedad abierta al pluralismo de los géneros de vida, más necesario es sancionar toda transgresión violenta de las mínimas reglas de conducta justa que la hacen posible.

Así, pues, estamos ante una ilustración en sede penal de la tensión entre la modernidad y la posmodernidad. El autor rechaza la segunda en nombre de la primera. Incluye erróneamente entre los agentes de la segunda a la Iglesia Católica, que se insertaría así en la estela del angelismo penal. Sin embargo, la posmodernidad es la exasperación de la modernidad.

*Doctor en Derecho. Rector de la Universidad Antonio de Nebrija. Correo electrónico: promero@nebrija.es

Y la Iglesia, con todas las debilidades que se pueden encontrar en la cultura católica hodierna, no puede avenirse con ésta, pero tampoco con aquélla. Por eso, para acallar esas críticas infundadas, no estaría de más recuperar los estudios de derecho penal en la tradición tomista y escolástica.

EDUARDO MARTÍN QUINTANA, *APROXIMACIÓN A GRAMSCI*, BUENOS AIRES, EDICIONES DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, 2000, 236 PP.

*Eduardo Soto Kloss**

Comentamos un libro cuyo tema es de renovada actualidad.

En una cuidada edición de la Colección “Aproximaciones” de la prestigiosa UCA, el profesor Quintana da una muy rigurosa aproximación al conocimiento de Antonio Gramsci (1891-1937), uno de los fundadores del Partido Comunista italiano junto a P. Togliatti, allá en Livorno el 21 de enero de 1924, luego del XVII Congreso del Partido Socialista italiano, en que se produce la escisión del partido, y en que el ala no marxista liderada por Mussolini crea el partido fascista, que años después asumiría el poder en la Italia de entre guerras¹.

Compadre de Wladimir Ulianov / Lenin, que era padrino de una de sus dos hijas, se caracterizó Gramsci por comprender que la violencia armada no era instrumento válido para apoderarse del poder estatal, ya que ello constituye una simple tiranía, usualmente brutal, pues lo importante es “apoderarse” de la sociedad civil, de la forma de pensar de las personas, de la forma de su actuar y vivir, de los principios, de sus instituciones, única manera de imponer el marxismo en sociedades más desarrolladas culturalmente, como era Italia y, en general, Europa. De allí su dedicación de integrar la “estructura”/económica de los medios de producción con la

* Doctor en Derecho Universidad de París-Sorbonne. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@gmail.com

¹ Adviértase el error de llamar “fascista” a gente ajena a todo ideario estatista y/o totalitario, siendo que el fascismo, un tipo de socialismo, y estatista, proclama –como diría Mussolini en un famoso discurso de 26 de mayo de 1927 en Milán, “todo en el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado”.

“superestructura”/cultura y formar grupos intelectuales para apoderarse así de la prensa, de la radio, de las artes, de la literatura, de los medios de comunicación, y hoy la televisión. Y ello a través de la “manipulación del lenguaje”, de la alteración de los conceptos y, en fin, de llamar bien al mal y mal al bien, confundiendo a la gente sencilla y a todos aquellos que se guían por lo que se dice en esos medios².

En este punto no puede dejarse de mencionar lo que Gramsci veía como los dos grandes obstáculos para el triunfo de las ideas del marxismo/comunista, que él sustentaba, a saber, la familia y la Iglesia, que eran y son los grandes baluartes del orden natural, que se oponen al materialismo, al cercenamiento de las libertades, al avasallamiento de la dignidad humana y todo aquello que es inherente a la naturaleza humana.

Respecto de la familia, cuya base insustituible es el matrimonio y entre un hombre y una mujer (lo único que puede llamarse propiamente matrimonio), viene siendo destruida desde hace tiempo con el divorcio, incluso unilateral y sin expresión de causa, por el concubinato público (convivencia de pareja, según el eufemismo a la moda...), la pretensión que es familia la simple unión afectiva de dos hombres y con la exigencia de poder adoptar niños..., por la llamada “liberación” de la mujer al punto de sostenerse por la llamada “ideología de género” que la maternidad es una “carga”, que no tiene por qué soportarse si no se la desea, de allí los pretendidos “derechos reproductivos”, otro eufemismo, absurdo, para encubrir el aborto, sea físico o químico (por medio de verdaderos “pesticidas” humanos, como suelen ser distintos fármacos o píldoras asesinas...). Y respecto de la Iglesia y también de distintas confesiones cristianas, la persecución de que son objeto es hoy abierta y descarada³ en una verdadera “guerra” y a través de todos los poderosos medios de que disponen⁴.

La obra que reseñamos, de una grata lectura, sitúa a Gramsci en su biografía y en la evolución de su pensamiento (expresado en el periodismo y luego en sus meditaciones escritas en cuadernos escolares en la cárcel). Se analiza el marxismo de Gramsci (tildado de revisionista por

² Véase respecto de esa “manipulación del lenguaje” cómo al “aborto”, crimen abominable de un inocente enteramente indefenso, se le llama –ley francesa de 1975– “interrupción voluntaria del embarazo”; y ¿por qué, entonces, no se llama al homicidio “interrupción involuntaria de la respiración”...? Otro ejemplo, que es machaconamente insistido en los medios, es pretender hacer creer que es “natural” aquello que es “contra natura”–“Umnatur” como decía Kant en *La metafísica de las costumbres*.

³ Véase en Ius Publicum N° 31/sept. 2013, el Informe de la Conferencia Episcopal del Brasil sobre el tema, pp. 33-72.

⁴ Véase la reciente airada reacción del Presidente Correa de Ecuador, en contra de la ideología de género, de 28.12.2013, en este Ius Publicum 32, sección Actualidades.

los propios autores de esa ideología) y especialmente en tres capítulos, que son el grueso del texto, el Estado y la praxis política, revolución y cultura, y filosofía de la praxis.

En el primero, aborda el profesor Quintana el “análisis empírico del Estado” en donde estudia la ciencia política como praxis, y análisis sociológico (Gramsci fue ante todo un sociólogo, podría decirse), luego “hacia la conquista del poder, a través de una estrategia política y la asunción del partido comunista como nuevo “príncipe” (Macchiavello) y, por último, “Estado y sociedad regulada”, con la expansión del Estado y una sociedad cada vez más regulada.

En “Revolución y cultura” el autor entra de lleno en la *clave* original del sardo (Gramsci era oriundo de Cerdeña), analizando el aspecto superestructural, sociedad y cultura, para abordar luego las ideas sobre religión e Iglesia Católica, ciertos resabios de filosofía realista, el sentido común y la familia; también el papel de los intelectuales, las elites, y la idea de “hegemonía”, que aparece esencial en su ideario, para apoderarse de la sociedad civil. Aquí en la idea gramsciana de “hegemonía” está aquello de pensamiento único, pedagogía de masas, monopolio escolar, la importancia del periodismo y de los medios de comunicación, a través de los cuales –hablando en puridad– “se lava” el cerebro de las personas, se les “limpia” de los principios cristianos y se les “inocula” el materialismo, el hedonismo, y hasta el erotismo para así hacer más fácil el dominio sobre ellos y regular toda su vida, conforme a los dictados del poder estatal.

Un último capítulo sobre “la filosofía de la praxis” es un ensayo en que el autor trata de entrar en un Gramsci que, sin ser filósofo, trató de comprender el marxismo como una concepción del hombre y del mundo (ciertamente, de un modo materialista y ateo): aquí el autor muestra las fuentes e influencias recibidas, de vertientes ideológicas muy diversas, luego la identificación gramsciana de “teoría y praxis”, y después el indeterminismo histórico, y el “hombre colectivo”, en donde se muestra con claridad lo que el marxismo pretende: no le interesa la persona, sino “los hombres” (¿no son ellos, acaso, “la masa”, aquella que Pío XII veía como el mayor peligro de la democracia?)⁵. Finalmente, la obra termina analizándose el fundamento de la filosofía de la praxis, esto es, el immanentismo absoluto; un epílogo sobre Gramsci y los gramscismos la concluye.

El texto que reseñamos es uno de los mejores estudios para introducirse en el pensamiento de Gramsci que nos ha tocado conocer, por lo que lo recomendamos ampliamente, por su rigor, su objetividad, su

⁵ Véase *Benignitas et Humanitas*, radiomensaje de Navidad 1944, sobre el problema de la democracia, párrafos 15 a 19.

análisis desde el interior de su pensamiento, muy bien escrito y de grata lectura, tratando de ordenar lo escrito por el sardo, quien se caracterizara por la heterogeneidad de los temas que abordaba, por las variaciones que experimentaba en sus ideas con el pasar del tiempo y por el hecho de estar desperdigado en numerosos escritos, cuya publicación cronológica es recién de 1975.

La importancia de esta *Aproximación* radica, además, en la “actualidad” que el ideario gramsciano presenta desde que ha sido adoptado por el llamado socialismo liberal, que no es sino un neomarxismo, como se le llama hoy, pero que es simplemente el marxismo que Gramsci, como pensador crítico de él en la versión de Marx y de Lenin, diseñara de modo práctico y sin la violencia de las armas, sino con una violencia que provoca muchísima menor resistencia, que incluso pareciera que no se siente, pero que implica otro tipo igualmente de violencia, como es la imposición de un pensamiento hegemónico que pretende apoderarse no de los medios de producción, sino sobre todo del modo de pensar y vivir de los individuos, por medio del dominio sobre la enseñanza, sobre los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión), el mundo de las artes, de la literatura e infiltrándose hasta en la propia Iglesia.

Al mencionar a Gramsci y su marxismo comunista “reinterpretado” me viene a la memoria una idea muy antigua pero siempre actual: cuídate de los tiranos y de aquellos que se proclaman tus “liberadores” (lobos con piel de oveja), porque los primeros te prohíben pensar en público de modo diferente de lo que ellos establecen, y de los segundos porque te obligan a pensar lo que ellos dicen sea en público o en privado⁶.

⁶ El siglo xx ha mostrado lo dicho con terrible crudeza y muertes con los ejemplos aún vivos de los “socialismos reales” (nazismo y comunismo) y ahora la crudeza no es menor con la tiranía del relativismo y de la ideología de género (en sus diversos aspectos: liberación femenina, aborto, sodomía, transexualismo, eutanasia y ésta hasta aplicable a niños/caso reciente de Bélgica, etcétera).

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 5 | 2014

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV.	autores varios
AC	Apellate Court
AFP	Administradoras de Fondos de Pensiones
<i>al.</i>	<i>alis</i> (otros)
ANEC	Asociación Nacional de Estudiantes Católicos
API	Acción Popular Independiente
APS	Área de Propiedad Social
art.	artículo
arts.	artículos
BHRC	Bar Human Rights Committee
CAT	Comité contra la Tortura
CCPR	Comité de Derechos Humanos
CED	Comité contra las Desapariciones Forzadas
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CEDH o “la Convención”	Convención Europea de Derechos Humanos
CEP	Centro de Estudios Públicos
CEPAL	Comisión Económica para América Latina
CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CESCR	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Cfr.	confróntese
Cía.	compañía

CIA	Central Intelligence Agency
CIJ	Corte Internacional de Justicia
cit.	citado <i>a veces</i> citada
CMAJ	<i>Canadian Medical Association Journal</i>
CMW	Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares
COPEC	Compañía de Petróleos de Chile
CRC	Comité de los Derechos del Niño
CRPD	Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CSW	Comisión de la Condición de la Mujer
CTC	Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.
CtEDH o “Corte de Estrasburgo” o “Estrasburgo”	Corte Europea de Derechos Humanos
DAW	División para el Adelanto de la Mujer
DESA	Departamento de Asuntos Económicos y Sociales
DF	Distrito Federal
DFL	decreto con fuerza de ley
D.L.	decreto ley
Dr.	doctor
D.S.	decreto supremo
D&S	Distribución y Servicio
ECM	electronic counter measures
EHRR	European Human Rights Reports
ESSO	Eastern Seaboard Standard Oil
EUDEBA	Editorial Universitaria de Buenos Aires
Excma.	Excelentísima
FAO	Organización de Alimento y Agricultura de las Naciones Unidas
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias
FDA	Food and Drug Administration
FEC	Free Exercise Clause
FECH	Federación de Estudiantes de Chile
FECU	Ficha Estadística Certificada Uniforme
FF.AA.	Fuerzas Armadas
FIAT	Fabbrica Italiana Automobili Torino
FLACSO	Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales

GAP	Grupo de Amigos Personales
H	honorable
HABITAT	Programa Humano de los Establecimientos de Naciones Unidas
HH	honorables
HHS	United States Department of Health and Human Services
HRA	<i>Human Rights Act</i> de 1998
IASC	Comité Permanente entre Organismos
IBM	International Business Machines
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
<i>i.e.</i>	<i>id est</i> (esto es, es decir)
IED	Improvised Explosive Device (Artefacto explosivo improvisado)
Íltma.	Ilustrísima
inc.	inciso
INSTRAW	Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer
Internet	Interconneted networks
JAP	Juntas Abastecimiento y Control de Precios
LAN	Línea Aérea Nacional
LMV	Ley de Mercado de Valores
LOCE	Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza
LQC <i>a veces</i>	LQCs leyes de quórum calificado
MAPU	Movimiento de Acción Popular Unitaria
MIR	Movimiento de Izquierda Revolucionario
MoD	the Ministry of Defense
MOPOCO	Movimiento Popular Colorado
n.	nota
N°	número
NYU	Universidad de Nueva York
OACDH	Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OCHA	Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios

ODEPLAN	Oficina de Planificación Nacional
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OLAS	Organización Latinoamericana de Solidaridad
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
ONU Mujeres	Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres
OPA	oferta pública de adquisición
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
OSAGI	Oficina del Asesor Especial en cuestiones de género
p.	página
PADENA	Partido Democrático Nacional
PAN	Partido Acción Nacional
PC	Partido Comunista
PDC	Partido Demócrata Cristiano
PGB	producto global bruto
PN	Partido Nacional
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
pp.	páginas
PR	Partido Radical
PRI	Partido Revolucionario Institucional
PS	Partido Socialista
PSD	Partido Social Demócrata
PUV	Publicacions de la Universitat de València
RFRA	Religious Freedom Restoracion Act
RLUIPA	Religious Land Use and Institutionalized Persons Act
RNA	ácido ribonucleico
S.A.	Sociedad Anónima
SIDA	Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida
SNA	Sociedad Nacional de Agricultura
ss.	siguientes

SPT	Subcomité para la Prevención de la Tortura
SVS	Superintendencia de Valores y Seguros
t.	tomo
TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
UC	Universidad Católica
UCA	Pontificia Universidad Católica Argentina
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lord
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UNAIDS	Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre VIH/SIDA
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNESCO	Organización Educativa, Científica y Cultural de las Naciones Unidas
UNFPA	Fondo de Población de las Naciones Unidas
UNHCR	Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNIFEM	Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer
UP	Unidad Popular
U.S.	United States
v. <i>a veces</i>	vs. versus
VIH	Virus de la Inmunodeficiencia Humana
vol.	volumen
vols..	volúmenes
VOP	Vanguardia Organizada del Pueblo
WLR	Weekly Law Reports

Instrucciones a los autores

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 5 | 2014

INSTRUCCIÓN 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 tamaño 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, ordenadas alfabéticamente.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (apellidos en VERSALES, nombre en letra redonda), *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: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *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: LE TOURNEAU, Philippe, *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 (apellidos en VERSALES, nombre en letra redonda) / “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: VICENTE DOMINGO, Elena, “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 (apellidos en VERSALES, nombre en letra redonda) /, “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: BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés, “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 corchetes 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) (apellidos en VERSALES, nombre en letra redonda) / *Título (en cursiva si es libro y entre “comillas” si es artículo)*, año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. Consultada el...

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, Srtas. Tamara Eastman y Constanza Brillouet.

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 setecientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2014
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

