



ISSN 0718-2457

Revista
Jurídica de la
Universidad
Bernardo
O'Higgins

Ars
Ars
Boniet
Aequi

Año 9 • Número 2



Ars Boni et Aequi es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O'Higgins.

En la Editorial del primer número de la Revista, el ex Decano Sergio Gaete Rojas decía:

“El nombre escogido, Ars Boni et Aequi, tomado de la definición de Derecho que nos ofrece Celso en el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, no es casualidad.

Por una parte, al recordar que la naturaleza de nuestro objeto de estudio es la “técnica de lo bueno y lo equitativo” hemos pretendido destacar que, si bien los conocimientos específicos de cualquier índole suelen referirse a cuestiones eminentemente “técnicas”, no puede olvidarse jamás que toda actividad humana, y por cierto la actividad jurídica, debe sustentarse en sólidos y omnipresentes valores. Esto último es representativo del pensamiento más profundo con que nuestra Universidad enfrenta su misión educativa.

Por otra parte, con la selección de esta vieja y autorizada cita celsina también hemos querido subrayar la esencial universalidad de la ciencia jurídica. Dicha universalidad -reclamo ineludible de su carácter de ciencia- hace que resulte indispensable el estudio de todos los estadios evolutivos de la experiencia jurídica que se observan a través de la Historia y, asimismo, obliga a la observación de todas las realidades jurídicas y todas las opiniones de los juristas del orbe. Este espíritu netamente científico, exorbitante de las realidades legislativas nacionales, es el que mueve a nuestra Facultad de Derecho”.

Año 9 N° 2, diciembre 2013

ISSN 0718-2457 Versión impresa

ISSN 0719-2568 Versión en línea

DIRECTORA RESPONSABLE

Dra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

COMITÉ EDITORIAL

Jorge Van De Wyngard Moyano, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile (Presidente).

Martín Acevedo-Miño, Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina.

Dr. Juan Pablo Albán, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.

Dr. Julio Alvear Téllez, Universidad del Desarrollo, Chile.

Dr. Carlos Amunátegui Perelló, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dr. Robert S. Barker, Duquesne University, Estados Unidos.

Dr. Carlos Darío Barrera, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

Dra. María Leoba Castañeda Rivas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Dr. José Díaz Nieva, Universidad San Pablo CEU, España.

Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, Universidad Central de Venezuela, Venezuela.

LL.M. Dante Figueroa, Georgetown Law Center, Estados Unidos.

Dra. Miriam Henríquez Viñas, Universidad de Las Américas, Chile.

Dr. Eduardo Hernando Nieto, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú.

Dr. Raúl Madrid Ramírez, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Dra. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda, Universidad Complutense, España.

Mg. Diego Munita Luco, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Mg. Nattan Nisimblat, Universidad del Rosario, Colombia.

Dr. Waldo L. Parra, Universidad de Chile, Chile.

Dr. Francisco Pinilla Rodríguez, Universidad Central, Chile.
Dr. Juan Manuel Portilla Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
Dr. Eulogio Pisfil Chavesta, Universidad Nacional de Trujillo, Perú.
Dr. Luis Ignacio Savid-Bas, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dra. Cristine Zanella, Faculdade de Direito de Santa María, Brasil.

COMITÉ DE REDACCIÓN

Secretario de Redacción

Mg. Rodrigo de la Vega Parra, Universidad Bernardo O'Higgins.

Asistentes de Redacción

Mg. Carlos Isler, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Mg. Erika Isler, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Dr. Fernando Villamizar, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Ayudantes de Redacción

Constanza Vilches Escobar, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Matías Godoy Caniullán, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

Iván Verdejo Clavero, Universidad Bernardo O'Higgins, Chile.

PÁGINA REVISTA

<http://www.ubo.cl/icsyc/actividades-academicas/publicaciones/revista-ars-boni-et-aequi/>

INDEXACIONES

Al-día, El Mercurio Legal, Westlaw, Pro Quest, EBSCO, Dialnet y Latindex – Catálogo.

Avenida Viel 1497, Santiago-Chile.

Teléfonos: (56-2) 24774147- 24774150 - Fax: (56-2) 24774141.

E-mail: arsboni@ubo.cl.

IMPRESIÓN - PRODUCCIÓN GENERAL: Gráfica LOM.

ÍNDICE

Editorial

REGINA INGRID DÍAZ TOLOSA	7
---------------------------------	---

ESTUDIOS

Estado, administración pública y políticas públicas en los discursos presidenciales en la Argentina (1983-2011)

JORGE O. BERCHOLC	
DIEGO J. BERCHOLC	11

Cómo se aprende derecho eclesiástico del Estado en los Estados Unidos de América y su jurisprudencia: los otros estudios de casos menos conocidos

ANTONIO SÁNCHEZ-BAYÓN	49
-----------------------------	----

EL derecho a la estabilidad y a la protección contra el despido arbitrario

HUGO R. GONZÁLEZ ELÍAS	87
------------------------------	----

ENSAYOS

Los resultados decepcionantes de la Sexta Cumbre de las Américas en materia de seguridad energética y cambio climático

THOMAS ANDREW O'KEEFE	117
-----------------------------	-----

Notas sobre la responsabilidad del Estado por el deficiente funcionamiento del sistema de administración de justicia

CRISTIAN MONTERO CARTES	145
-------------------------------	-----

¿Preparados para el E-Government? Consideraciones en torno al procedimiento administrativo electrónico

JUAN GUILLERMO ABARCA MONTERO.....	173
------------------------------------	-----

Comentario crítico al proyecto de código procesal civil	
JORGE DANILO CORREA SELAMÉ.....	213
Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la Ley 20.480	
VÍCTOR MANUEL VIDAL MOYA.....	237
CRÓNICAS	
Las normas voluntarias SA 8.000 e ISO 26.000 sobre responsabilidad social y su importancia ante la debilidad del derecho	
CLARA MARÍA MINAVERRY	
TERESA ADELA GALLY	257
COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
Cuestiones territoriales relativas al derecho del mar. Comentario sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso: Diferendo territorial y marítimo (Nicaragua vs. Colombia)	
GABRIELA TERESITA MASTAGLIA	277
Instrucciones a los autores	301
Instructions to authors	311

EDITORIAL

Ars Boni et Aequi, la revista jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, presenta un nuevo fascículo, el cual en esta ocasión incorpora contribuciones de autores nacionales y extranjeros (Argentina, España, Estados Unidos), en temáticas variadas circunscritas a diversas ramas del Derecho (Derecho Internacional, Derecho Político, Derecho Eclesiástico, Derecho Laboral, Derecho Procesal, Derecho Penal).

Todas las contribuciones han sido evaluadas con el sistema de arbitraje de doble ciego y han sido dispuestas en este número con el anhelo de favorecer la reflexión de la comunidad jurídica académica y estudiantil con la lectura de estos novedosos estudios, de ensayos con perspectiva crítica, una crónica y un comentario de jurisprudencia de actualidad.

Entre los estudios se presentan dos artículos de autores argentinos (Dr. Bercholz y Dr. González), los cuales si bien analizan cuestiones jurídicas en relación a su realidad particular, son trabajos interesantes que pueden servir de incentivo para que autores nacionales realicen análisis similares respecto del sistema chileno, sea para las mismas temáticas, o para otras similares. Lo propio ocurre con el estudio realizado por el investigador español Dr. Sánchez-Bayón en cuanto nos proporciona un detalle exhaustivo de la realidad de los Estados Unidos de América en materia de Derecho Eclesiástico, siendo una forma diferente y novedosa el exponer una rama jurídica a través del método de casos.

Por otra parte, en cuanto al mejoramiento continuo de la revista, en los últimos meses nos hemos enfocado en fortalecer a uno de los principales actores intervinientes en su proceso de edición, el Comité Editorial. Agradecemos el que hayan aceptado su calidad de miembro del Comité y el compromiso de colaborar con la revisión de la política editorial y con la difusión de la revista en sus específicas áreas geográficas, comunidades científicas e instituciones de afiliación a los siguientes académicos, expertos destacados y prestigiosos en ciertas áreas específicas de la Ciencia Jurídica: Dr. Juan Pablo Albán, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador; Dr. Carlos Darío Barrera, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia; Dra. María Leoba Castañeda Rivas, Universidad Nacional Autónoma de México, México; Dra. María Candelaria Domínguez Guillén, Universidad Central de Venezuela, Venezuela; Dr. Raúl Madrid Ramírez, Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile; Dr. Eduardo Hernando Nieto, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú; Mg. Nattan Nisimblat, Universidad del

Rosario, Colombia; y, Dr. Juan Manuel Portilla Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Regina Ingrid Díaz
Directora Responsable
Ars Boni et Aequi

ESTUDIOS

ESTADO, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y POLÍTICAS PÚBLICAS EN LOS DISCURSOS PRESIDENCIALES EN LA ARGENTINA (1983-2011)*

State, public administration and public policy in the presidential speeches in Argentina (1983-2011)

JORGE O. BERCHOLC**

DIEGO J. BERCHOLC***

Universidad de Buenos Aires
Buenos Aires, Argentina

* Las tesis y conclusiones descriptivas, que se presentan aquí, surgen de una investigación más acabada para el período 1983-2011, la cual abarcó todos los períodos presidenciales desde la restauración democrática en el país hasta el último discurso del primer mandato, emitido por la Presidente Cristina Fernández el 1 de marzo de 2011. Proyecto de investigación UBACyT acreditado en el marco de la Programación Científica de la Universidad de Buenos Aires 2004-2007, Código D013, con sede de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho; Resolución (CS) n° 2706/04. A partir del año 2007 el proyecto fue financiado por la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Abierta Interamericana.

** Doctor en Derecho Político, Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado, Postgrado y Doctorado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la Investigación Jurídica, Universidad Abierta Interamericana. <estudiobercholc@fibertel.com.ar>.

*** Sociólogo, Universidad de Buenos Aires. Colaborador de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Universidad de Buenos Aires. <diego_bercholc@hotmail.com>.

Artículo recibido el 4 de abril de 2013 y aprobado el 7 de junio de 2013.

RESUMEN: En el presente artículo comentamos el contenido de los discursos presidenciales de apertura de la asamblea legislativa en la Argentina en relación al Estado, a la administración pública y a políticas públicas. Las conclusiones que se presentan surgen de una investigación mayor sobre los referidos discursos para el período 1983-2011. La conclusión principal que surge del trabajo es la existencia de una tendencia discursiva hacia la profesionalización y tecnocratización de la idea de “Estado”, cristalizada en un vocabulario cada vez más técnico, más profesional y menos ideológico. Por último, también se analizan las particularidades retóricas de cada presidente, desde los matices del discurso privatista ante el Estado ineficiente y corrupto (los últimos discursos de Alfonsín, Menem, De la Rúa), hasta la vuelta al discurso sobre el Estado productivo, industrialista, interventor y distribucionista (Duhalde, Kirchner, Cristina Kirchner).

PALABRAS CLAVE: discursos presidenciales – presidencia – Estado – administración pública – políticas públicas

ABSTRACT: In this paper we focus on the content of the State of Union addresses from 1983 to 2011 in what regards to State, public administration and public policy. The conclusions expounded here emerge from a broader research on the content of the same speeches during the same period. The main conclusion that arises from this paper is the existence of a rhetoric tending to the professionalization of the idea of “State”, reflected on a vocabulary that comes more and more technical and professional, and at the same time, less ideological. Finally, we analyze the rhetorical peculiarities of each president, from a “pro-privatization speech” about the inefficiency and corruption around the State (Alfonsín, Menem, De la Rúa), to the return of the discourse about the Welfare and Keynesian State (Duhalde, Kirchner, Cristina Kirchner).

KEY WORDS: presidential speech – presidency – State – public administration – public policy

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo comentamos el contenido de los discursos presidenciales de apertura de la asamblea legislativa en la Argentina referido al *Estado, a la administración pública y a políticas públicas*. Este agrupamiento

de categorías conceptuales conforma lo que hemos denominado campo semántico, que está compuesto por palabras aglutinadas (significantes simples y compuestos) que se relacionan por su significado o su área temática común.

Las tesis y conclusiones descriptivas, que se presentan aquí, surgen de una investigación más acabada para el período 1983-2011, la cual abarcó todos los períodos presidenciales desde la restauración democrática en el país hasta el último discurso del primer mandato, emitido por la Presidente Cristina Fernández el 1 de marzo de 2011. Trabajo empírico – cuantitativo – descriptivo – exploratorio, con análisis cualitativo agregado, que contiene 243 gráficos y 135 cuadros estadísticos con variada información.

Las conclusiones y evidencias obtenidas han sido suficientemente corroboradas a través de los pasos metodológicos que son largamente explicados en el trabajo completo cuya publicación es de reciente aparición.¹ Se trata de sesgos o tendencias sustentables y consistentes, propias del objeto de estudio investigado.

Los discursos estudiados están prescritos por la Constitución Nacional en su artículo 99 inciso 8, y por ello son las verbalizaciones más importantes, en términos jurídicos e institucionales, de la presidencia. Se trata del discurso que da cuenta del Estado de la Nación ante la asamblea legislativa y que inaugura el período anual de sesiones parlamentarias.

I. BREVE GUÍA DE PAUTAS METODOLÓGICAS²

A fin de facilitar la comprensión del trabajo al lector, se agrega aquí un breve índice de pautas metodológicas aplicadas para la recolección de datos, la construcción de la base y el análisis agregado.

- i) Unidades de análisis: Son las unidades que fueron contabilizadas a fin de construir la base de datos, fuente con la cual se produjeron los cuadros estadísticos sobre los que se efectuó el análisis agregado y la extracción de hipótesis y conclusiones suficientemente corroboradas. Se utilizaron

¹ *Vid.* BERCHOLC y BERCHOLC (2012).

² Las pautas metodológicas establecidas para la investigación responden a la decisión de los investigadores, siguiendo variables comúnmente aceptadas por la bibliografía pertinente en el rubro, por ejemplo, citamos algunas obras en castellano: KUNZ y CARDINAUX (2004), MANCUSO (1999), FIX-ZAMUDIO (2006).

dos unidades de análisis: a) palabras o conceptos; b) campos semánticos que aglutinan palabras (significantes simples y compuestos) que se relacionan por su significado.

Aquí analizamos el campo semántico *Estado / administración pública / políticas públicas*, y todas las palabras que se han contabilizado dentro del mismo.

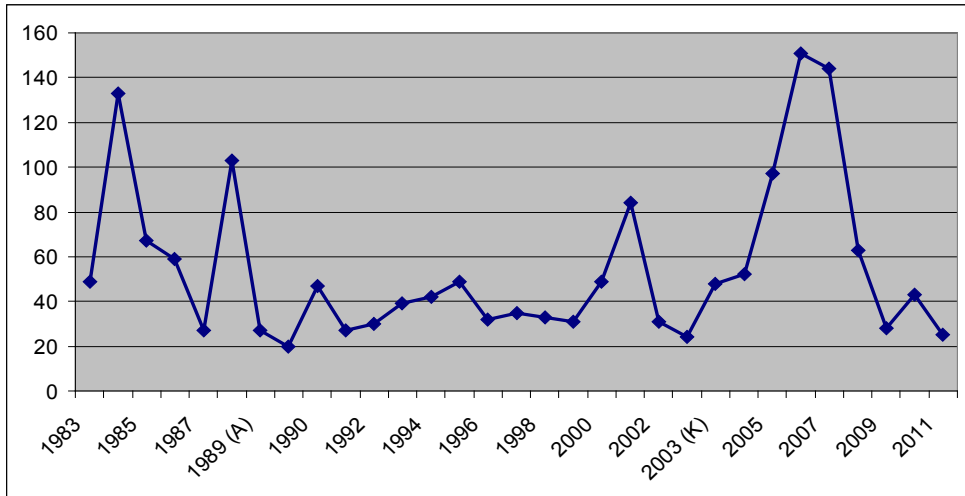
- ii) Variables cuantitativas independientes de frecuencia: Se trata de dos variables que miden a las unidades de análisis en términos nominales o relativos, y a las que se identifica durante el trabajo por las siglas establecidas a continuación: a) cantidad de repeticiones nominales de palabras –CR–; b) coeficiente de repetición –CoR– que mide las frecuencias relativas de aparición de las palabras considerando la longitud de cada discurso.
- iii) Tres niveles de variables de intervalo comparativas diacrónicas: Finalmente se cruzaron, las unidades de análisis y las dos variables independientes de frecuencia, con tres niveles de variables de intervalo comparativas diacrónicas efectuándose análisis desagregados por; a) el período total 1983-2011; b) períodos segmentados por cada presidencia; y, c) períodos segmentados por cada discurso presidencial anual dentro de cada presidencia. En los niveles a) y c) la variable de intervalo está dada por cada discurso anual.

Los comentarios, análisis y conclusiones se han efectuado considerando los guarismos obtenidos en el proceso de recolección y compaginación de los datos. A partir de ello hemos detectado los conceptos y categorías del campo que por su continuidad de apariciones en los discursos merecen ser destacados por su relevancia para el análisis.

II. EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO / ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/ POLÍTICAS PÚBLICAS EN LOS DISCURSOS PRESIDENCIALES (1983-2011)

Alfonsín y Kirchner son los presidentes que más han hablado del Estado y mencionado palabras del campo semántico afín. Enunciaron entre 100 y 150 veces palabras del campo en algunos de sus discursos. Alfonsín en 1984 y 1988, Kirchner en 2005, 2006 y 2007, veáse Figura nº 1.

FIGURA N° 1. Evolución por cantidad de repeticiones nominales (CR) de palabras en el campo semántico Estado/ administración pública / políticas públicas, 1983-2011



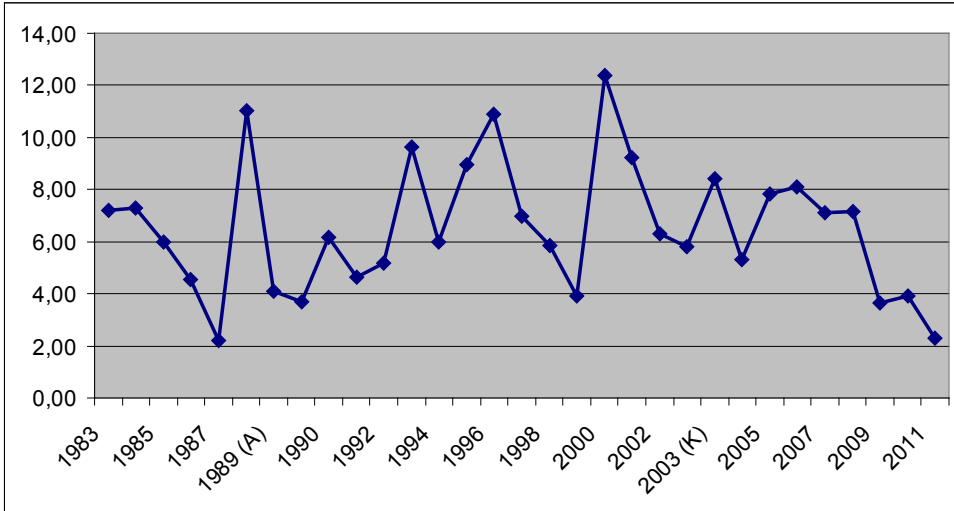
Fuente: elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.³

Medido por el coeficiente (CoR) que relaciona extensión de los discursos con repeticiones nominales, se observa una frecuencia regular e intensa de menciones del campo desde la mitad de la primera presidencia de Menem. Presentan baja frecuencia los discursos de Cristina. Debe tenerse en cuenta que es el tercer campo semántico, detrás del campo económico y del campo político, con más menciones en todo el período.

Sin embargo, los discursos presentan matices muy diferenciados. Algunos fustigan al Estado, otros lo ensalzan. Por ejemplo, el pico de frecuencia del discurso de De la Rúa en el año 2000 (véase Figura n° 2), refiere al Estado como ineficaz, corrupto e inútil, en la situación en que se encuentra, y propone su reforma y rescate. Resulta paradójico pues son los mismos argumentos utilizados por Alfonsín y por Menem para justificar la reforma del Estado que, en especial durante la primera presidencia de Menem, se llevó a cabo. La reforma del Estado fue uno de los pilares de los discursos de Alfonsín y Menem. En sentido contrario, la recuperación del rol del Estado fue sostenida por Kirchner.

³ Se consultó la publicación de cada mensaje anual que imprime la Dirección de Publicaciones del Senado de la Nación. Los ejemplares fueron proveídos por la Biblioteca del Congreso de la Nación.

FIGURA N° 2. Evolución por coeficiente de repetición -CoR- de palabras del campo semántico Estado / administración pública / políticas públicas, 1983-2011



Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

Es interesante observar que las palabras de mayor ranking luego de Estado refieren al modo de gestionar las funciones del mismo (veáse Tabla n° 1). Se ha utilizado con consistencia la palabra política en su acepción de política pública específica o sectorial -ello implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda-, de plan y de programa -con matices, según de qué presidencia se trate, pero con importante frecuencia de una u otra palabra- y de gestión. Esas palabras remiten a una idea profesionalizada y técnica -tecnocrática- de gestión estatal.

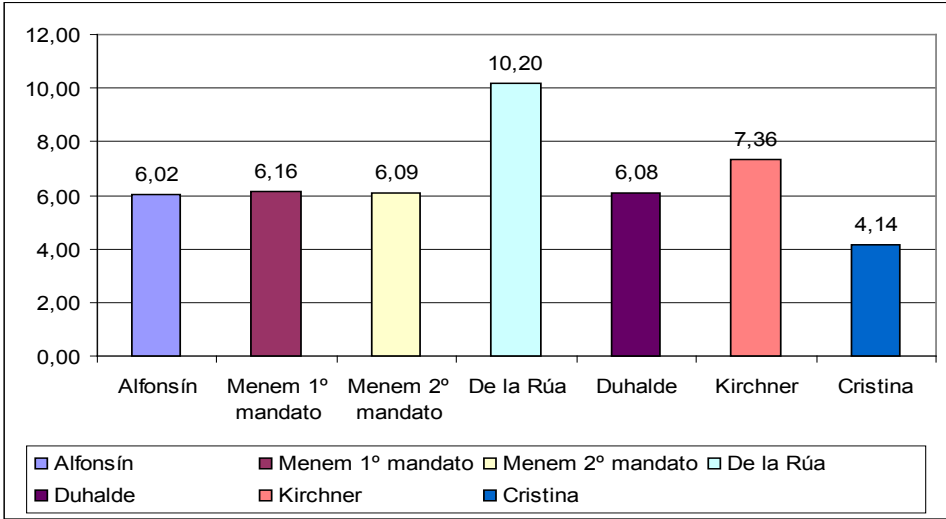
TABLA N° 1. Ranking de palabras en el campo semántico Estado / administración pública / políticas públicas, 1983-2011

PALABRA	CR 1983- 2011	Promedio por discurso	COR 1983- 2011	% sobre CR de palabras del campo
Estado	445	14.35	1.67	26.35%
Política (específica/ sectorial)	361	11.65	1.35	21.37%
Plan	266	8.58	1.00	15.75%
Programa	244	7.87	0.91	14.45%
Gestión	159	5.13	0.60	9.41%
Empresas del Estado	75	2.42	0.28	4.44%
Servicios públicos	41	1.32	0.15	2.43%
Burocracia	31	1.00	0.12	1.84%
Política de Estado	29	0.94	0.11	1.72%
Reforma del Estado	24	0.77	0.09	1.42%
Administración pública	14	0.45	0.05	0.83%
TOTAL	1.689	54.48	6.32	100.00%

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

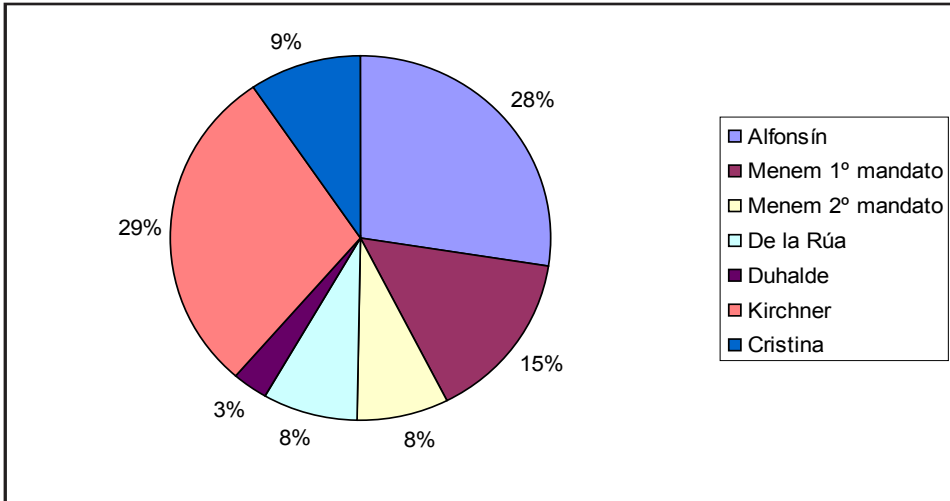
Todas las presidencias, aunque con matices, presentan altos coeficientes de menciones del campo (veáse Figura n° 3). De la Rúa muestra el más alto coeficiente y Cristina el más bajo. Alfonsín y Kirchner presentan, notoriamente, las cantidades de repeticiones nominales más altas: 28% y 29% respectivamente (veáse Figura n° 4).

FIGURA N° 3. Evolución por coeficiente de repetición -CoR- de palabras del campo semántico Estado / administración pública / políticas públicas, desagregadas por período presidencial



Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

FIGURA N° 4. Porcentaje de repeticiones (CR) de palabras del campo semántico Estado / administración pública / políticas públicas, desagregado por período presidencial



Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

Alfonsín habló de *Estado y de políticas específicas* y, curiosamente, mencionó *empresas del Estado y reforma del Estado* aun con mayor frecuencia que Menem. Menem, en su segundo mandato, presenta el coeficiente -CoR- más alto de menciones de la palabra *Estado* (veáse Tabla n° 2).

Kirchner es quien con mayor consistencia, considerando CR y COR, utilizó *política específica, plan, programa y gestión*, palabras que remiten a la ya mencionada idea profesionalizada y técnica de gestión estatal (veáse Tablas n° 2 y n° 3).

TABLA N° 2. Ranking de palabras en el campo semántico Estado / administración pública / políticas públicas cantidad de repeticiones -CR-, desagregado por período presidencial

PALABRA	Alfonsín	Menem 1°	Menem 2°	De la Rúa	Duhalde	Kirchner	Cristina	1983- 2011
Estado	114	70	39	48	12	113	49	445
Política (específica o sectorial)	115	56	26	23	12	107	22	361
Plan	52	22	14	17	11	97	53	266
Programa	57	40	19	24	15	85	4	244
Gestión	24	23	16	11	2	55	28	159
Empresas del Estado	53	14	0	1	0	5	2	75
Servicios públicos	17	8	2	3	0	10	1	41
Burocracia	9	13	5	3	0	1	0	31
Política de Estado	0	1	7	0	3	18	0	29
Reforma del Estado	12	6	3	3	0	0	0	24
Administración pública	12	1	0	0	0	1	0	14
TOTAL	465	254	131	133	55	492	159	1.689

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

TABLA N° 3. Ranking de palabras en el campo semántico Estado / administración pública / políticas públicas, coeficiente de repetición –CoR–, desagregado por período presidencial

PALABRA	Alfonsín	Menem 1°	Menem 2°	De la Rúa	Duhalde	Kirchner	Cristina	1983- 2011
Estado	1.48	1.70	1.81	3.68	1.33	1.69	1.28	1.67
Política (específica o sectorial)	1.49	1.36	1.21	1.76	1.33	1.60	0.57	1.35
Plan	0.67	0.53	0.65	1.30	1.22	1.45	1.38	1.00
Programa	0.74	0.97	0.88	1.84	1.66	1.27	0.10	0.91
Gestión	0.31	0.56	0.74	0.84	0.22	0.82	0.73	0.60
Empresas del estado	0.69	0.34	0.00	0.08	0.00	0.07	0.05	0.28
Servicios públicos	0.22	0.19	0.09	0.23	0.00	0.15	0.03	0.15
Burocracia	0.12	0.32	0.23	0.23	0.00	0.01	0.00	0.12
Política de Estado	0.00	0.02	0.33	0.00	0.33	0.27	0.00	0.11
Reforma del Estado	0.16	0.15	0.14	0.23	0.00	0.00	0.00	0.09
Administración pública	0.16	0.02	0.00	0.00	0.00	0.01	0.00	0.05
TOTAL	6.02	6.16	6.09	10.20	6.08	7.36	4.14	6.32

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

III. ALFONSÍN Y EL ESTADO

Respecto al campo *Estado / administración pública / políticas públicas*, Alfonsín enunció principalmente las palabras Estado y *políticas específicas o públicas*, y como ya se dijo, mencionó *empresas del Estado* y *reforma del Estado* aun más que Menem.

Las palabras *plan*, *programa* y *gestión*, que remiten a la ya mencionada idea profesionalizada y técnica de gestión estatal, presentan coeficientes por debajo del promedio del período. Sin embargo, en dos de los discursos del período se mencionaron acciones directamente enfocadas a la

profesionalización y capacitación de la planta burocrática permanente del Estado.

El primer párrafo que se reproduce, pertenece al discurso de asunción del gobierno de 1983: “(...) una profunda transformación que incluya la re-definición del papel del Estado, el establecimiento definitivo de una carrera administrativa y la puesta en marcha de un serio y prolongado proceso de reforma del aparato estatal”.

El segundo pertenece al discurso de apertura de la Asamblea de 1985: “La reforma del Estado es la reforma del instrumento principal de gobierno. Ya tiene principio. El curso para administradores gubernamentales ha comenzado con dos primeras pruebas de selección realizadas con una extraordinaria concurrencia de postulantes. Todo el país siente la necesidad de un cambio en el Estado, pues los ciudadanos acuden al llamado con interés ejemplar (...)”.

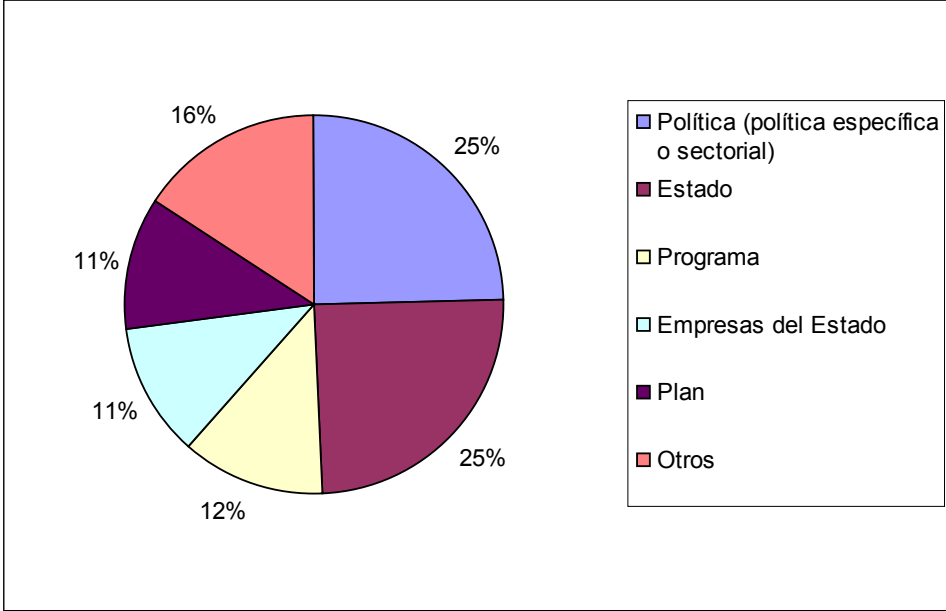
Se dijo ya que Alfonsín habló especialmente de *Estado y de políticas específicas / públicas* (Veáse Tabla n° 4 y Figura n° 5) y que, curiosamente, mencionó *empresas del Estado y reforma del Estado* aun más que Menem. Se observa un fuerte sesgo en sus enunciaciones sobre el Estado, en especial desde las ideas que vertió en su discurso de asunción de 1983 y las que enunció en 1988.

TABLA N° 4. Ranking de palabras en el campo semántico Estado / administración pública / políticas públicas, presidencia de Alfonsín, 1983-1989

PALABRA	CR Alfonsín	Promedio x Discurso	COR Alfonsín	% sobre CR de palabras del campo
Política (específica o sectorial)	115	16.43	1.49	24.73%
Estado	114	16.29	1.48	24.52%
Programa	57	8.14	0.74	12.26%
Empresas del Estado	53	7.57	0.69	11.40%
Plan	52	7.43	0.67	11.18%
Gestión	24	3.43	0.31	5.16%
Servicios públicos	17	2.43	0.22	3.66%
Administración pública	12	1.71	0.16	2.58%
Reforma del Estado	12	1.71	0.16	2.58%
Burocracia	9	1.29	0.12	1.94%
TOTAL	465	66.43	6.02	100.00%

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

FIGURA N° 5. Porcentaje de repeticiones (CR) de palabras del campo semántico Estado / administración pública / políticas públicas, presidencia de Alfonsín, 1983-1989



Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

En 1983 definió que el Estado debía ser independiente de poderes políticos y económicos extranjeros, ético, y equilibrado entre el liberalismo y el intervencionismo económico.

En 1988 solo se refirió al Estado, insistentemente, por su ineficiencia y a efectos de su reforma y de la privatización de las empresas públicas.

1. Discurso de 1983. El Estado independiente y ético⁴

- *Vamos a luchar por un Estado independiente. Hemos dicho que esto significa que el Estado no puede subordinarse a poderes extranjeros, no puede subordinarse a los grupos financieros internacionales, pero que tampoco puede subordinarse a los privilegiados locales. La*

⁴ Todas las citas de este apartado fueron extraídas del discurso de apertura legislativa de Alfonsín de 1983.

propiedad privada cumple un papel importante en el desarrollo de los pueblos, pero el Estado no puede ser propiedad privada de los sectores económicamente poderosos. Las oligarquías tienden siempre a pensar que los dueños de las empresas o del dinero tienen que ser los dueños del Estado... Otros, a su vez, piensan que el Estado debe ser el dueño de todas las empresas. Nosotros creemos que el Estado debe ser independiente: ni propiedad de los ricos, ni propietario único de los mecanismos de producción.

- *La independencia del Estado presupone dos condiciones fundamentales. Por un lado, el protagonismo popular. Por otra parte, requiere la moralidad administrativa, la conducta de los gobernantes. Seremos más que una ideología, una ética.*
- *En la administración de los medios transitoria o definitivamente en manos del Estado, así como en la administración de la agencia oficial de noticias, existirá juego limpio: los instrumentos del Estado no son propiedad privada de los gobernantes ni de un partido, sino de todos los argentinos.*
- *(...) una profunda transformación que incluya la redefinición del papel del Estado, el establecimiento definitivo de una carrera administrativa y la puesta en marcha de un serio y prolongado proceso de reforma del aparato estatal.*
- *(...) el papel del Estado, que ha sido profundamente cuestionado y subvertido en estos últimos años. Tras el disfraz de un neoliberalismo eficientista, se forzó a la administración pública a ser cómplice de una intensa política intervencionista.*

2. Discurso de 1988. El Estado ineficiente. La reforma del Estado y las privatizaciones⁵

- *La batalla que seguiremos librando contra el gasto público, contra el Estado ineficiente... apunta a servir de ariete contra una estructura injusta, contra una administración obsoleta, contra la concentración del poder político y económico.*

⁵ Todas las citas de este apartado fueron extraídas del discurso de apertura legislativa de Alfonsín de 1988.

- (...) nos hemos propuesto la reforma del Estado. Se han implementado una serie de medidas que significan sustanciales avances en la modernización, desburocratización y capacitación dentro del aparato estatal.
- (...) la estructura y funcionamiento del Estado que, con su tamaño, objetivos y *modus operandi* actuales, desacumula capital, fabrica inflación y no satisface las necesidades de la mayoría de la población.
- Lo que está en marcha es una reforma del Estado; la privatización total o parcial de determinadas empresas públicas es solo una de las herramientas de esa política. El objetivo es dar al Estado la capacidad de decisión y los recursos que, en su conformación actual, no tiene.
- El déficit de las empresas que dependen del Ministerio de Obras y Servicios Públicos representa la mitad del déficit fiscal de la Nación y allí se manifiesta la ineficiencia del Estado, que la sociedad percibe y sufre en los servicios que prestan esas mismas empresas. Gas débil, cortes de energía y otras deficiencias conocidas por todos son manifestaciones de la crítica situación de nuestro sistema estatal de servicios públicos.
- Hoy el Estado es un organismo sobrecargado de demandas sectoriales que no pueden ser todas financiadas, salvo con inflación.
- Estamos obligados a asignar los fondos del Estado con el máximo de eficiencia económica y el máximo de eficiencia social. Esto impone establecer una atenta vigilancia sobre las inversiones públicas, transferir al sector privado aquellas empresas cuyo mantenimiento en manos del Estado ya no significa un beneficio para la comunidad y terminar con el error de creer que legalizar la evasión impositiva es promover la industria y que venderle caro al Estado es defender al empresariado nacional.
- También el Estado debe enfrentar la necesidad de garantizar la justicia social. En este caso igualmente, un propósito válido fue dejando paso a una práctica distorsionada, derivada de una mentalidad meramente asistencialista.
- Así fue como ese Estado abarcador y universalista, que recogía y pretendía satisfacer las aspiraciones de todos por igual, terminó dejando lugar a un Estado socialmente empobrecido y con una

educación pública que, de no mediar las reformas que estamos implementando, continuaría deteriorándose.

- (...) *redefinir las funciones del Estado a fin de adaptarlas a las necesidades de una sociedad y una economía más abiertas y más justas.*
- *Hoy ya se han instalado en el debate público los principios de desmonopolización, desregulación, transparencia de los subsidios, equidad en el gasto social, en suma, los postulados de la reforma del Estado.*

3. Discurso de 1988. La quiebra del Estado⁶

- *El Estado está desequilibrado en sus cuentas y con un financiamiento decreciente. A ello ha contribuido la incertidumbre política sobre el rumbo que seguirá la economía en el futuro.*
- (...) *modernizar un Estado burocrático e inmanejable, para quebrar de cuajo un funcionamiento cerrado de la economía, de espaldas al mundo y poco eficiente.*

Obsérvese que algunos enunciados son quejosos de las excesivas demandas que han llevado al Estado a incursionar en lo que no debe, siendo el Estado: “(...) *abarcador y universalista, que recogía y pretendía satisfacer las aspiraciones de todos por igual*” o con sobrecarga de demandas: “*hoy el Estado es un organismo sobrecargado de demandas sectoriales que no pueden ser todas financiadas, salvo con inflación*”; “*el Estado ha debido afrontar la demanda de que se convirtiera en garante de la producción y el crecimiento*”.

Aparece aquí claramente la tensión y contradicción entre participación, demandas y los efectos de ello en las estructuras estatales, cuando los recursos son -como casi siempre sucede- escasos.

⁶ Todas las citas de este apartado fueron extraídas del discurso de apertura legislativa de Alfonsín de 1988.

IV. MENEM Y EL ESTADO

El primer objetivo de la política de Menem hacia el Estado, entendido como estructura administrativa-institucional, fue el de desarrollar el proceso de privatizaciones de las empresas de servicios públicos. Sus primeros años de gobierno, con el marco legal de las leyes de emergencia económica y de reforma del Estado estuvieron enfocados en tal tarea. Luego, promediando su primer mandato, se buscó racionalizar y profesionalizar los cuadros burocráticos de planta permanente en las agencias estatales.

En sus discursos, Menem, enunció reiterados juicios críticos respecto a la situación del Estado, tildándolo de burocrático, ineficiente y corrupto, entre otros males que se le endilgaron. Con ese escenario crítico respecto al Estado, encaró enunciados que planteaban la necesidad de una refundación estatal.⁷

Los principios de esa refundación giraban en torno a: i) la descentralización de funciones a instancias múltiples de decisión; ii) la venta de las empresas de servicios públicos; iii) la eliminación de regulaciones y de burocracia; iv) la apertura a los mercados mundiales de la economía; v) concentración de funciones estatales en educación, justicia, salud, gobierno y seguridad.

Hacia el final del mandato, aparecieron en el discurso de Menem, otras nuevas funciones estatales que merecían la capacitación de personal a efectos de llevarlas a cabo: i) La preservación del medio ambiente y el castigo del delito ecológico; ii) La seguridad en las rutas y en la vía pública; iii) El control eficaz de la higiene alimentaria y; iv) de los servicios públicos que prestan los particulares.

1. El Estado burocrático, corrupto e ineficiente

- *Un Estado que agoniza como esclavo de unos pocos, en lugar de paliar las necesidades de quienes más sufren* (Menem, 1989).

⁷ Respecto al rol del Estado hubo un giro impensado en el discurso y acción política de Menem, si bien en la campaña había mostrado matices dependiendo del auditorio al que se dirigiera. Era estatista cuando se dirigía a la interna peronista, pero se mostraba moderado y eludiendo el tema cuando se expresaba ante la prensa o ante auditorios integrados por ejecutivos de los negocios internacionales. *Cfr.* ARIAS (1997) pp. 13-15.

- *Vimos Estado allí donde había burocracia* (Menem, 1990).
- *Una sociedad moderna no se construye ni en base al fetichismo del mercado salvaje, ni en base a la actitud hiperburocrática de un Estado todopoderoso o supuestamente redentor* (Menem, 1991).
- *Ya no se puede lucrar alegremente estafando al Estado con subsidios, privilegios o juicios escandalosos* (Menem, 1991).
- *Se terminó la era de los contratistas que acumulaban fortunas al amparo de un Estado ineficaz* (Menem, 1991).
- *Sin negociados turbios entre los funcionarios, los políticos, los gremialistas y los empresarios, al amparo de un Estado corrupto e ineficaz* (Menem, 1992).
- *Sin juicios fraudulentos contra el Estado, que padecen todos los argentinos* (Menem, 1992).
- *No creemos ni en la omnipotencia del Estado ni en la omnipotencia del mercado. Esos dos dioses son apenas una fantasía* (Menem, 1992).
- *La corrupción es, en definitiva, el imperio de las malas costumbres. Eso era el Estado argentino, desorganizado, sin claridad, burocratizado, se prestaba a todo tipo de negocios y negociados, principalmente a través de las grandes empresas públicas, que se habían convertido en una especie de coto de caza para los estafadores en diverso grado* (Menem, 1994).
- *Como respuesta estructural para terminar con eso, privatizamos empresas y reorganizamos el Estado* (Menem, 1994).
- *La reorganización del Estado, poniendo fin a un aparato elefantiásico, costoso e ineficiente, cuna de la corrupción* (Menem, 1995).

2. La refundación del Estado

- *Desde el Estado nacional vamos a dar el ejemplo, a través de una cirugía mayor, que va a extirpar de raíz males que son ancestrales e intolerables (Menem, 1989).*
- *Vamos a refundar un Estado para el servicio del pueblo, y no para el servicio de las burocracias, que siempre encuentran un problema para cada solución (Menem, 1989).*
- *Todo aquello que puedan hacer por sí solos los particulares, no lo hará el Estado nacional. Todo aquello que no pueden hacer las provincias autónomamente, no lo hará el Estado nacional. Todo aquello que puedan hacer los municipios, no lo hará el Estado nacional (Menem, 1989).*
- *La transformación del Estado, la venta de empresas públicas, la eliminación de regulaciones, la racionalización administrativa, el saneamiento de sus cuentas fiscales, la apertura al mundo y la ausencia de controles innecesarios, no constituyen un mecanismo para ponerle una bandera de remate a nuestro Estado nacional (Menem, 1990).*
- *Son mecanismos para recuperar la soberanía de nuestro Estado, su capacidad de gobierno, su indispensable actividad sobre sectores en los cuales no puede, no debe, ni va a estar ausente (Menem, 1990).*
- *Naturalmente, transformar al Estado lleva necesariamente a una reestructuración de las empresas públicas. Queremos servicios públicos eficientes, donde sobrevivan en manos del Estado solo aquellas empresas públicas que estructuralmente se necesiten para el desarrollo, crecimiento y producción nacional. Pretendemos que el Estado abandone actividades empresarias que pueden desarrollar los particulares. En el caso de los servicios públicos, el sector estatal controlará aquellos ofrecidos por los particulares, de modo de asegurar que los usuarios obtengan buenas prestaciones y tarifas razonables (Menem, 1990).*
- *Aspiramos a que nuestro Estado se concentre en las funciones estratégicas y esenciales que nunca debió dejar de cumplir: educación, justicia, salud, gobierno y seguridad (Menem, 1990).*
- *Repudiamos la idea de un Estado totalitario, que invada conductas y asfixie legítimas iniciativas. Pero también repudiamos a un Estado*

que permanezca indiferente ante las escandalosas desigualdades sociales. Queremos construir un Estado que sea garante del bien común, de la armonía social, del crecimiento económico y de equilibrio en la distribución de la riqueza (Menem, 1990).

- *Queremos un Estado popular y no populista. Nacional y no chauvinista. Libre y no anarquista. Propiedad de todo el pueblo argentino y no esclavo de un partido político, un sindicato o un grupo empresarial (Menem, 1990).*
- *El Estado no puede simplemente transformarse a nivel nacional. También debe redefinirse a nivel regional, provincial y municipal (Menem, 1992).*

3. La profesionalización del empleo público

- *Vamos hacia la construcción de un Estado social de derecho. Con un empleo público profesionalizado. Con una carrera administrativa que establece concursos y rigurosos métodos de selección. Tengo muy en cuenta las nuevas funciones estatales, que no se pueden ni se deben olvidar: La preservación del medio ambiente y el castigo del delito ecológico; La seguridad en las rutas y en la vía pública; El control eficaz de la higiene alimentaria y de los servicios públicos que prestan los particulares (Menem, 1992).*
- *El Estado de la post-privatización tiene que ser un Estado más profesional (Menem, 1993).*
- *(...) reducir el número de organismos públicos y desburocratizar definitivamente al Estado nacional (Menem, 1994).*
- *Nunca en el siglo, ni siquiera en la década posterior a la crisis del año '30, el Estado intervino tanto en la vida económica nacional, como lo ha hecho a partir de 1989. Solo que ahora no lo hace como empresario omnipresente y deficitario, presto a toda maniobra de corrupción, sino como administrador del interés común, como contralor del bien social y como canalizador de los recursos hacia las áreas de responsabilidad irrenunciable: la justicia, la seguridad, la salud y la educación (Menem, 1995).*

V. MENEM (2° PRESIDENCIA) Y SU MODELO DE ESTADO

En su segundo mandato Menem presenta un coeficiente -CoR- más alto de menciones de la palabra *Estado* respecto a la primera (veáse Tabla nº 3), delineando su modelo estatal post-privatizaciones y post-reforma constitucional de 1994. Entre sus definiciones más significativas destacaba que el redimensionamiento del Estado le permitiría contar con una estructura ágil y dinámica propensa a la eficiencia y a la solidaridad. Esta idea de un Estado solidario es polémica, pues parece más adecuada a una política basada en la acción de entidades caritativas que al diseño de un Estado de derecho y a la expansión de la ciudadanía.

El redimensionamiento del Estado se contrapone a las estructuras del Estado benefactor-keynesiano al que se enuncia como prebendario, dadivoso, sobredimensionado y, por ello, ineficaz en sus funciones básicas.

La idea de un Estado con una especie de cuarto poder, el electoral, es sugerente e interesante: consiste en la implementación de mecanismos de control directo por parte de la ciudadanía, como los incorporados a la Constitución Nacional en 1994: la iniciativa popular, el plebiscito y el referéndum. La tripartita división de poderes clásica se muestra esquemática, disfuncional y en los hechos, artificial. Sin perjuicio de ello, los institutos creados en la reforma de 1994, en su artículo 40, no fueron mayormente utilizados.

También la redefinición del criterio de independencia de poderes es realista, pues el poder del Estado es solo uno, dividido funcionalmente, por lo que esa división debe ser armónica a efectos de la eficiencia en el proceso de toma de decisiones.

- *La Reforma Constitucional de 1994 diseñó un Estado nuevo, hábil para una gestión abierta, dinámica e involucrada crecientemente con la defensa de los individuos y de sus derechos humanos (Menem, 1996).*
- *(...) fortalecer una independencia real, pero armónica, no desarticulada, de los poderes del Estado (Menem, 1996).*
- *Inauguró –al permitir la iniciativa popular, el plebiscito y el referéndum– un virtual poder del Estado: el electoral (Menem, 1996).*

Sin embargo muchos de los enunciados de Menem en su segunda presidencia presentaban respecto al modelo de Estado, ideas oscuras o difusas,

ambiguas y, en algunos casos, forzadas, extrapolarlo conceptos y categorías de manera poco consistente para la construcción de un supuesto diseño modernizado de Estado. Así, el amontonamiento de conceptos como *solidaridad, eficacia, nación e integración* resulta autocontradictorio y teóricamente inconsistente.

Las ideas de rediseño estatal en torno al eje de la modernización, parecen encubrir la limitación del Estado a sus clásicas funciones mínimas del *laissez-faire*, que debe básicamente garantizar condiciones de libre mercado y aspirar a la percepción de impuestos para dirigir sus funciones solidarias mínimas para proveer justicia, seguridad, y a lo sumo, educación y salud.

Sin embargo, las incongruencias surgen de inmediato en cuanto se comparan estas ideas de diseño estatal con el rol *orientador e integrador* que se le asigna en el nuevo proceso de modernización. Los desafíos y principios básicos que se enumeran y caracterizan al Estado moderno, en los discursos de Menem, resultan más adecuados a las ideas de un Estado intervencionista y partícipe activo en las políticas económicas y sociales, que al mencionado Estado del *laissez-faire*.

- *Aspiramos a generar, en nuestra tierra, una nueva teoría del Estado, de un nuevo Estado, eficaz y solidario. Porque ha muerto el Estado aislado, el Estado indiferente, el Estado benefactor. Hoy debemos agregar a la idea del Estado-Nación, la del Estado-solidaridad, la del Estado-integración, la del Estado-comunidad, político y económico. Para ello es necesario actualizar nuestra mentalidad cívica y adecuarla a las realidades existentes, entre ellas la de las organizaciones políticas supranacionales. Para ello es preciso reformular un nuevo sistema de derecho comunitario que produzca, interprete y jerarquice el ordenamiento jurídico* (Menem, 1996).
- *No nos asustan las utopías, porque las hemos venido realizando. Desde un Estado dadivoso, prebendario, sobredimensionado, benefactor, que nadie se animaba a tocar y que nos llevó al caos, construimos la utopía de obtener una moneda fuerte, instituciones ordenadas y un resurgimiento general de la confianza pública* (Menem, 1996).
- *La experiencia demuestra claramente que solo con un Estado fuerte, pequeño, eficiente y predecible es posible desarrollar un sector privado competente, en permanente desarrollo, que garantice mayores niveles de empleo y de actividad a la vez: que -fruto de su crecimiento- contribuya con más impuestos a que el Estado atienda mejor sus obligaciones* (Menem, 1997).

- *Este proceso de modernización que estamos completando ha definido un nuevo rol: El Estado orientador e integrador. Orientador, a través de la formulación de políticas, e integrador de los diversos sectores sociales al desarrollo, a la justicia social y a los procesos de integración regional, continental y mundial (Menem, 1997).*
- *Este desafío del nuevo Estado implica:*
 - *Tener un rol estratégico en la formulación de las políticas públicas, siendo normativamente simple.*
 - *Garantizar la libre competencia frente a los monopolios, los oligopolios, el dumping y prácticas comerciales desleales, regulando los servicios públicos privatizados o concesionados.*
 - *Satisfacer las demandas sociales armonizando los conflictos, redistribuyendo la riqueza y desarrollando la equidad.*
 - *Ser inversor en infraestructuras y promotor del desarrollo, desempeñando eficientemente sus funciones de recaudación.*
 - *Brindar un servicio con calidad total y a entera satisfacción de los usuarios con una adecuada provisión de los servicios de seguridad, la defensa, y la correcta, rápida y eficiente administración de justicia.*
 - *Atender a la cobertura de los servicios sociales básicos: la salud, la educación, la acción social y la protección del medio ambiente (Menem, 1997).*
- *Esta necesaria e impostergable modernización del Estado de cara al siglo XXI debemos asentarla en principios básicos:*
 - *Debe estar orientada al logro de resultados: para aumentar la productividad del gobierno hay que desregular el sector público, reduciendo las reglas y las burocracias, hasta quedar con las mínimas necesarias para proteger a los ciudadanos.*
 - *Deberá orientar, jerarquizar e involucrar a los recursos humanos con que cuenta el Estado, para motivar al agente público y convertirlo en servidor público.*

- *Deberá impulsar la cooperación y la complementación entre el sector público, la empresa privada y el sector de gestión social, comunitarios o de organizaciones no gubernamentales (Menem, 1997).*

- *Este proceso de modernización del Estado que estamos llevando adelante tiende a cambiar el viejo modelo de gestión burocrático, que solo sirve a los intereses de unos pocos, por otro orientado a resultados, en beneficio de todos nuestros ciudadanos (Menem, 1997).*

- *(...) en la República Argentina, el que no paga impuestos es un delincuente, les guste o no les guste. Y como tal va a ser tratado. Los recursos del Estado son los impuestos y con ellos financiamos la justicia, la educación, la seguridad, el gasto social y la salud pública. He dado precisas instrucciones a las áreas de gobierno correspondientes para actuar con firmeza frente a la evasión impositiva (Menem, 1997).*

VI. DE LA RÚA Y EL ESTADO

Si bien no debe perderse de vista, a efectos del análisis, la brevedad de la gestión de De la Rúa que solo abarca dos discursos, resulta que presenta el mayor coeficiente del todo el período para el campo semántico *Estado / administración pública / políticas públicas* (véase Tabla n° 3). Además, dentro de las palabras del campo, aquellas vinculadas a la idea profesionalizada y técnica –tecnocrática– de gestión estatal presentan coeficientes por sobre la media del período (véase Tabla n° 3).

En el discurso de 2000 De la Rúa focaliza sus enunciados en críticas al Estado. Lo critica por su tamaño “chico” –Menem elogiaba el tamaño “chico” y lo vinculaba a agilidad y eficiencia en la gestión–, por deficitario, por corrupto, por burocrático.

Proponía como nueva reforma estatal aumentar los impuestos, combatir la corrupción, lograr eficiencia. Sus enunciados se presentaban voluntaristas y sin ideas claras que explicaran cómo lograr esos propósitos, que además, tenían similitud con los que había propuesto Menem en sus 10 años de gobierno. Incluso se anunciaba con firmeza que la convertibilidad estaba sólida y se mantendría.

Como idea interesante insiste con el *aggiornado* concepto de independencia entre los poderes, tal cual ya había propuesto Menem, que remite a

una división funcional de las tareas que cada poder desempeña, pero que requiere sincronización y cooperación para una eficaz y consistente gestión de la administración estatal.

- (...) *la transformación del Estado argentino. Este que tenemos ahora -si me disculpan la expresión- no sirve para nada. No exagero. Es chico; no tiene nada más que vender. Sin embargo, tiene una deuda que amenaza a todo el sistema y asfixia al sector privado. Es un Estado sin recursos genuinos para generar políticas activas. Este Estado, así, no suma* (De la Rúa, 2000).
- (...) *sanear el Estado. Estoy eliminando el déficit que nos asfixia* (De la Rúa, 2000).
- *Firmaré el decreto de compras del Estado para no pagar más sobrepagos y asegurarme de que no se dilapidará el dinero* (De la Rúa, 2000).
- (...) *aumentar los impuestos de los que más pueden, porque el resto no puede más. Nadie lo hizo porque tiene un alto costo político; yo tuve que hacerlo para salvar la quiebra del Estado* (De la Rúa, 2000).
- *Un Estado debe proteger a los más débiles, y de eso trata también el tercer punto sobre la transformación del Estado que se quiere llevar adelante. Quiero recuperar la autoridad moral del Estado para poder ejercer la autoridad real* (De la Rúa, 2000).
- *Nuestros pequeños y medianos productores hace años que viven en la más absoluta desprotección por parte del Estado. El Estado ha perdido la capacidad de garantizar el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones de todos, se desfinanció, se quedó sin recursos genuinos para implementar políticas activas y se corrompió. Entonces, los que más necesitan se quedaron sin un Estado que los proteja* (De la Rúa, 2000).
- *Quiero un Estado honesto y eficiente. Quiero terminar con la corrupción estructural del Estado, con la burocracia, que siempre tiene un problema para cada una de nuestras soluciones. Quiero un Estado que escuche los reclamos de los ciudadanos y que sepa dar respuesta a sus problemas. Hoy, en cambio, tenemos un Estado inútil, endeudado y sin recursos; quiero transformarlo en un Estado rico, eficaz, activo en sus políticas, cercano a la gente y capaz de pararse al frente del*

desarrollo de la Argentina. Les propongo una segunda transformación del Estado argentino (De la Rúa, 2000).

- (...) *es la necesaria reforma del Estado. El sector público tiene que dejar de ser una carga para la sociedad y proveer bienes y servicios de calidad* (De la Rúa, 2001).
- *Hoy la solvencia fiscal está garantizada y el Estado cuenta con un blindaje que elimina la posibilidad de que enfrente problemas de liquidez. La convertibilidad está fuerte, y la vamos a mantener, y el sistema financiero es muy sólido, y tiene capacidad para aumentar el crédito en el corto plazo* (De la Rúa, 2001).
- *Soy respetuoso de la independencia de los poderes del Estado. En una democracia madura ellos son funcionalmente autónomos; pero, desde luego, deben cooperar entre sí. Y este es un tiempo de cooperación política y solidaridad social. El Estado debe ser un engranaje sincronizado y confluyente para servir en conjunto al bien común* (De la Rúa, 2001).

VII. DUHALDE Y EL ESTADO. LA PAUPERIZACIÓN DE LA CLASE MEDIA, LA POBREZA Y LA EXCLUSIÓN. PROGRAMAS DE ASISTENCIA

Durante la presidencia de Duhalde las referencias a programas, planes y políticas específicas, especialmente de tipo asistenciales, fueron las más enunciadas del campo *Estado / administración pública / políticas públicas* (38 menciones nominales en total), representando el 70% del campo, (veáse Figura n° 6). La severidad de la crisis no permitía otra cosa que auxiliar las necesidades más acuciantes e intentar controlar los conflictos más severos.

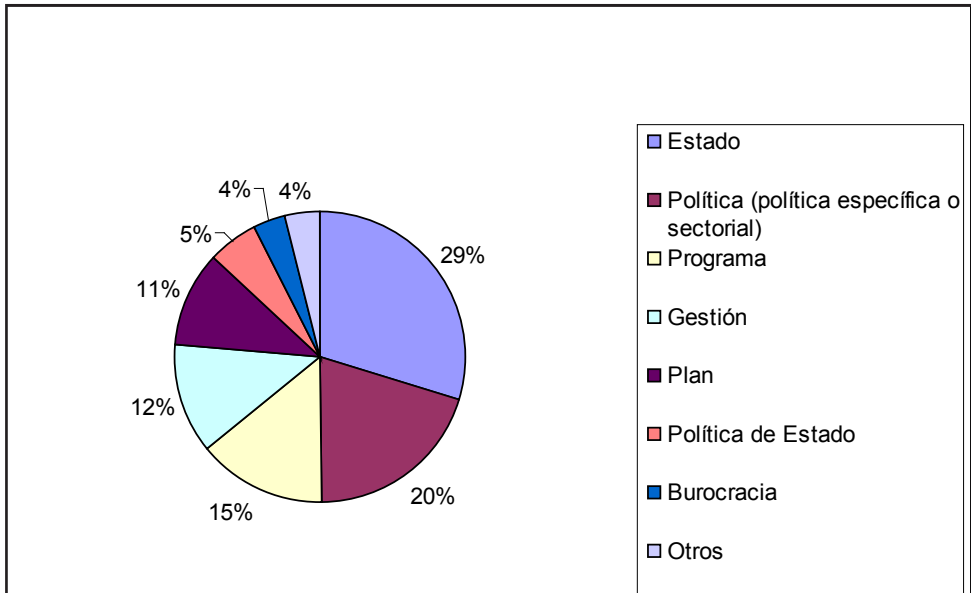
- *El cóctel de desocupación, exclusión y recesión hizo que en 2001 más de un millón de jóvenes de 15 a 18 años no trabajen ni estudien. ¿Cómo garantizar la paz social en una sociedad donde en la última década, la brecha entre el ingreso per cápita del 10 por ciento más rico y del 10 por ciento más pobre se amplió casi en un 70 por ciento? Donde la clase media de trabajo, a su vez, se empobreció de forma alarmante. En el informe del PNUD del año 1974 todavía había registro de una movilidad social ascendente y no figuraba, en cambio, la categoría de los hoy llamados nuevos pobres. Luego, primero por goteo y después con una fuerte aceleración en la última década, se llegó a contabilizar un millón de personas de clase media de trabajo que pasaron a revistar en la categoría de pobres. La situación se agravó en estos dos últimos años, registrándose 800 mil personas más en el año*

2000; y en 2001, otras 890 mil personas que cayeron bajo la línea de pobreza (Duhalde, 2002).

- *Tengamos en cuenta que desde principios del siglo pasado, los sectores medios fueron definiendo las características culturales, políticas, productivas, educativas y demográficas de un país que buscaba su plena integración. Si hubo algo que durante décadas distinguió a la Argentina, fue la existencia de su clase media-culta, progresista y cosmopolita- y la movilidad social ascendente (Duhalde, 2002).*

- *(...) quiero referirme a la enorme tarea social cumplida por el gobierno nacional, las provincias, los municipios y la sociedad civil. Como hombre del Movimiento que fundaron Juan Perón y Eva Perón (...) movimiento que hunde sus raíces en la doctrina social de la Iglesia, y creador de la Justicia Social como fin supremo de la política, sentí el imperativo moral de enfrentar con prioridad la terrible injusticia que agobiaba al pueblo. Urgía actuar. Declaramos de inmediato la emergencia alimentaria, sanitaria, laboral y educativa, y creamos el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, con la intención de atender con rapidez al mayor número de necesitados, con un máximo de eficiencia posible. Pusimos en marcha programas sociales que constituyen una sustancial transferencia de recursos hacia los sectores más desamparados y castigados por la crisis. Pasamos de 40 mil subsidios en enero de 2002 a más de dos millones de beneficiarios del Plan Jefas y Jefes de Hogar Desocupados. Este Plan se ha completado en los últimos meses con el Programa Familias, a través del cual el Ministerio de Desarrollo Social atiende a otros 220 mil grupos familiares sin ingresos (Duhalde, 2003).*

FIGURA N° 6. Porcentaje de repeticiones (CR) de palabras del campo semántico Estado / administración pública / políticas públicas, segunda presidencia de Menem, 1995-1999



Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

VIII. KIRCHNER Y EL ROL DEL ESTADO

El discurso de Kirchner rescata como rol del Estado el desarrollo de *políticas* a largo plazo (las denominadas *políticas de Estado*), la presencia y rol activo del Estado como regulador y para dar equilibrio a las desigualdades que pueda deparar el mercado. Hace hincapié en la gestión y solvencia técnica de las agencias estatales para la toma de decisiones eficaces y el desarrollo de planes y programas, especialmente, en las áreas de salud, vivienda y educación. Si bien se ha pretendido marcar un real cambio de paradigma respecto al rol del Estado, perdura cierta huella de los '90, considerando los espacios que el Estado ha abandonado y que no podrá recuperar en el contexto irrefrenable de la globalización. Uno de los rasgos salientes de la globalización, es el de ser un proceso de centralización política en el marco de la integración regional y con una fuerte tendencia a la superposición de estructuras administrativas y normativas supranacionales, nacionales y locales, que someten a los Estados nacionales a un proceso constante de cesión de competencias.

El Estado hoy, si bien con matices, no puede salirse de la huella profunda de esa dinámica.⁸

- *En este nuevo milenio, el éxito de las políticas deberá medirse bajo otros parámetros, en orden a nuevos paradigmas. Debe juzgárselas desde su acercamiento a la finalidad de concretar el bien común, sumando al funcionamiento pleno del Estado de derecho y la vigencia de una efectiva democracia, la correcta gestión del gobierno y el efectivo ejercicio del poder político nacional en cumplimiento de transparentes y racionales reglas, imponiendo la capacidad reguladora del Estado ejercida por sus organismos de contralor y aplicación. El cambio implica medir el éxito o el fracaso de la dirigencia desde otra perspectiva. Discursos, diagnósticos sobre las crisis, no bastarán ni serán suficientes. Se analizarán conductas y los resultados de las acciones. El éxito se medirá desde la capacidad y la decisión y la eficacia para encarar los cambios (Kirchner, 2003).*

- *(...) la presencia o la ausencia del Estado constituye toda una actitud política. Por supuesto, no se trata de poner en marcha una vez más movimientos pendulares que vayan desde un Estado omnipresente y aplastante de la actividad privada, a un Estado desertor y ausente, para retornar continuamente de extremo a extremo, en lo que parece ser una auténtica manía nacional que nos impide encontrar los justos, sensatos y necesarios equilibrios. Se trata de tener lo necesario para nuestro desarrollo, en una reingeniería que nos permita contar con un Estado inteligente (Kirchner, 2003).*

- *Es el Estado el que debe actuar como el gran reparador de las desigualdades sociales en un trabajo permanente de inclusión y creando oportunidades a partir del fortalecimiento de la posibilidad de acceso a la educación, la salud, y la vivienda, promoviendo el progreso social basado en el esfuerzo y el trabajo de cada uno. Es el Estado el que debe viabilizar los derechos constitucionales, protegiendo a los sectores más vulnerables de la sociedad, es decir, los trabajadores, los jubilados, los pensionados, los usuarios y los consumidores (Kirchner, 2003).*

- *(...) el Estado nacional debe recuperar su rol en materia de planificación y contenidos de la educación y sistemas de formación y evaluación docente. Garantizar la igualdad educativa de norte a sur*

⁸ Este tema se desarrolla en BERCHOLC (2008).

es aportar a la formación de una verdadera conciencia e identidad nacional (Kirchner, 2003).

- *Capitalismo con reglas claras en las que el Estado cubra su rol con inteligencia, para regular, para controlar, para estar presente donde haga falta mitigar los males que el mercado no repara. Un Estado que ponga equilibrio en la sociedad y que permita el normal funcionamiento del país* (Kirchner, 2004).
- *La inversión del Estado en vivienda permite crecimiento económico, generación de puestos de trabajo y mejora de la calidad de vida de los sectores más castigados por el modelo de exclusión precedente* (Kirchner, 2005).
- (...) *el Estado asumió un rol activo y la planificación en inversión e infraestructura ha sido uno de los ejes. Estamos trabajando con un crecimiento equilibrado social y territorial, y la industria de la construcción actúa indudablemente como una eficaz herramienta para el desarrollo* (Kirchner, 2007).
- (...) *el Estado nacional retomó la gestión del Correo Oficial de la República Argentina (...) El Estado nacional también recuperó la gestión del espectro radioeléctrico (...) el Estado y los capitales argentinos deben recuperar protagonismo en las áreas críticas del interés nacional* (Kirchner, 2007).

1. La reivindicación del Estado como agente económico. Las obras públicas

El rol del Estado como *sujeto económico activo* en la realización de obras públicas que permitan reactivación económica, generación de empleos, mejoras salariales y aumento del consumo y del mercado interno, fue claramente reivindicado por Kirchner.

El énfasis discursivo en la importancia de la intervención estatal a través de la obra pública, busca diferenciar el discurso respecto a la etapa menemista que estigmatizó las intervenciones del Estado en la economía.

- (...) *el Estado se incorporará urgentemente como sujeto económico activo, apuntando a la terminación de las obras públicas inconclusas, la generación de trabajo genuino y la fuerte inversión en nuevas obras. No se tratará de obras faraónicas, apuntaremos más a cubrir las necesidades de vivienda y de infraestructura en sectores críticos de la economía para mejorar la calidad de vida y a perfilar un país*

más competitivo, distribuyendo la inversión con criterio federal y desarrollando nuestro perfil productivo. Tenemos que volver a planificar y ejecutar obra pública en la Argentina, para desmentir con hechos el discurso único del neoliberalismo que las estigmatizó como gasto público improductivo (Kirchner, 2003).

- *Con la creación del Ministerio de Planificación Federal e Infraestructura, y con la decisión expresada desde el primer día de nuestro gobierno, se ha vuelto a planificar y a ejecutar obra pública en la Argentina, superando la visión que estigmatizaba esto como gasto improductivo. Esto ayuda a incrementar la velocidad de la recuperación económica (Kirchner, 2004).*

- *Uno de los principales desafíos que enfrentamos vinculados con el papel del Estado es volver a poner a la inversión en obra pública, en infraestructura, como una de las prioridades de la gestión estatal, considerando su capacidad de mejorar la calidad de vida, de motorizar rápidamente el nivel de actividad y generar mejor competitividad económica y social (Kirchner, 2007).*

2. Kirchner y la gestión estatal. Planes y programas para políticas sociales

El proceso de descuidadización que implica el dualismo incluidos/excluidos es paralelo, paradójicamente, a un proceso de expansión de la ciudadanía a partir de la consagración de nuevos derechos –llamados por los constitucionalistas derechos de tercera y cuarta generación–, garantizados por los textos constitucionales en particular luego de la reforma de 1994. Los nuevos derechos de los incluidos y las carencias de los excluidos, generan una proliferación y fragmentación de demandas y reivindicaciones puntuales vinculadas a cuestiones económicas, sociales y culturales diversas; por ejemplo de carácter ambiental, social, de género, de orientación sexual, antidiscriminatorias, en defensa del multiculturalismo, de derechos indigenistas, de las condiciones de consumo, etc.

Esa fragmentación en el tipo de demandas sociales obliga a un tipo de respuestas, desde el gobierno, también más fragmentado, específico y sectorial. Por ello se observa la utilización discursiva de la palabra *política*, más cercana a una concepción técnica de la actividad, que requiere del enunciador, ante demandas complejas, respuestas acordes. En ese sentido se ha corroborado que el campo semántico Estado / administración pública / políticas públicas, tiene un alto coeficiente y una importante cantidad de repeticiones nominales de las palabras *gestión, plan y programa*.

- *En los diversos planes nacionales que implementamos se expresan políticas sociales concretas, que articulan las acciones de los planes nacionales y provinciales en una red federal buscando la equidad. Las políticas sociales así concebidas hacen referencia directa a las necesidades sociales detectadas en cada territorio y, necesariamente, deben promover la participación activa de todos los actores locales para dar una eficaz respuesta a las mismas* (Kirchner, 2005).

La política específica o sectorial implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda. Para ello se anunciaron una gran cantidad de planes y programas. Estas palabras remiten a una idea profesionalizada y técnica –tecnocrática– de gestión estatal. Kirchner anunció en sus discursos la aplicación de más de 50 planes y programas especiales. Casi duplica la cantidad de planes y programas anunciados en los discursos por Alfonsín, Menem y Cristina. Ello también resulta demostrativo del rol activo que desde el gobierno se le impuso al Estado a través de una gestión planificada, activa e intervencionista. Kirchner tiene los mayores coeficientes del período 1983-2011 en el campo semántico políticas sociales, en especial en las palabras salud, vivienda, inversión social, desarrollo social, y distribución del ingreso. Inversión social y desarrollo social son palabras monopolizadas por Kirchner. El 60% de las menciones de inversión social, y el 56% de desarrollo social, son enunciadas en sus discursos.

IX. CRISTINA Y EL ROL DEL ESTADO

Cristina es quien menos menciona al Estado de todos los presidentes del período estudiado (véase Tablas n° 2 y 3). Las dos palabras del campo que tienen coeficiente por sobre la media del período son *gestión* y *plan* (véase Tabla n° 3). Ello denota, también en Cristina, una idea profesionalizada y técnica–tecnocrática – de gestión estatal.

En sus discursos Cristina define el rol del Estado que debe ser activo y claro, garantizando condiciones para el desarrollo del modelo económico ya referido. Más allá de acuerdos o desacuerdos con el modelo, lo cierto es que el rol que Cristina le asigna al Estado fue claramente identificado desde su primer discurso, y se procuró que ese rol y las acciones e intervenciones anunciadas fueran cumplidas. La función que se asigna al Estado, entre otras y la más referida en los discursos de la presidente, es la de sostener los compromisos asumidos a efectos de mantener condiciones sustentables para la exportación rentable y el sostén y expansión del mercado interno. Además,

las ideas sobre el rol del Estado, ya expresadas con claridad desde el primer discurso, se mantuvieron inalterables en todo el período.

El rol activo del Estado garantizando las condiciones del modelo económico remite a: una gestión prolija y una correcta asignación de recursos; el mantenimiento del equilibrio fiscal, sosteniendo el superávit y la idea de “*no gastar más de lo que ingresa*”; la política de desendeudamiento; la acumulación de reservas; la competitividad o el objetivo del crecimiento económico; entre otras.

También enuncia Cristina las características del rol activo del Estado en la intervención social, a través de la generación y el sostenimiento del empleo, los aumentos de salarios y jubilaciones y la implementación de la asignación universal por hijo, entre otras:

- (...) *el compromiso por parte del Estado de mantener los pilares básicos que son una administración correcta de los recursos con los dos superávits. Presupone también, la necesidad de seguir en la política de desendeudamiento y acumulación de reservas* (Cristina, 2008).
- (...) *hay un gran esfuerzo de todo el pueblo argentino y de la administración del Estado de mantener el tipo de cambio competitivo y los precios internos que le permiten ser muy rentable a la exportación* (Cristina, 2008).
- (...) *aquel derrumbe del Muro de Berlín hizo caer a algunos en los mismos fundamentalismos en que habían caído quienes habían construido esos muros, los mismos, aquellos que suponían que el Estado todo lo podía resolver y que poco tenía que ver lo que quería cada ciudadano o cada ciudadana, y luego este otro modelo que se impuso en lo que podemos denominar "fundamentalismo de mercado" en el cual el Estado debía desaparecer* (Cristina, 2009).
- (...) *una ley absolutamente estructural como fue el retorno de la administración de los recursos de nuestros jubilados a manos del Estado nacional* (Cristina, 2009).
- (...) *esto fue simplemente gestión y una fuerte intervención de políticas activas del Estado a través de ayudas como el Repro (Programa de Recuperación Productiva que se aplica mientras dure la Emergencia Ocupacional Nacional) a muchísimas empresas, más de 100.000 trabajadores han recibido la ayuda del plan del Ministerio de Trabajo* (Cristina, 2010).

- (...) esta *Asignación Universal* que hoy cobran 3 millones y medio de chicos y con la cual todos estaban de acuerdo, solamente se pudo hacer a partir de poder transferir el recurso de los trabajadores a manos del Estado (Cristina, 2010).
- (...) el Estado, a través de salarios dignos, a través de jubilaciones, a través de asignaciones, a través de ese piso de protección social estamos asegurando la demanda agregada. Este es el rol que tiene que tener el Estado que además se retroalimenta con la actividad privada porque si nosotros, ante momentos de crisis, utilizamos políticas activas en donde sostenemos y aumentamos aun a costa de que dicen "se redujo el superávit (Cristina, 2010).
- Creo en un modelo de absoluta racionalidad con un Estado sosteniendo la demanda agregada; con un sector privado que invierta y aumente la oferta; con un Estado que también proteja esa oferta; con una capacitación de nuestros recursos humanos a través de la educación, de la ciencia y la tecnología para agregar cada vez más valor a sus productos (Cristina, 2010).
- (...) luego de ese formidable esfuerzo institucional de los tres poderes del Estado que significó decretar la anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final (Cristina, 2011).
- Por eso le decimos también al sector empresarial que aquí está el Estado, para hacerse cargo de los roles indeclinables en materia de construcción de infraestructura, en materia de sostenimiento de la demanda agregada, en materia de sostenimiento de los pilares macroeconómicos que le han dado sustentabilidad y andamio a este modelo (Cristina, 2011).

CONCLUSIONES

El discurso presidencial ha evolucionado hacia una idea profesionalizada y técnica –tecnocrática de gestión estatal–, implementada a través de políticas públicas específicas y sectoriales ejecutadas desde el gobierno, disminuyendo las referencias a debates y definiciones ideológicas.

Se observa en el campo semántico Estado, un alto coeficiente y repeticiones nominales de las palabras gestión, plan y programa.

La política específica o sectorial (policy) implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda, para ello se anunciaron una gran cantidad de planes y programas específicos. Ello remite a una idea profesionalizada y técnica –tecnocrática– de gestión estatal implementada a través de políticas específicas y sectoriales.

Esta acepción de la palabra política remite a acciones y decisiones en sentido de política específica o sectorial⁹, por ejemplo, entre otras, política fiscal, tributaria, económica, cultural, social, de derechos humanos, sanitaria, educativa, exterior, industrial, de Estado. Esta acepción se conoce, en la Ciencia Política anglosajona, como Policy, concepto que remite a los aspectos de contenido de la política y a sus ámbitos de aplicación, en general, a través de acciones y agencias estatales, por ello también se denomina a esta acepción, genéricamente, como políticas públicas.¹⁰

En ese sentido, los indicadores respecto al incremento de la enunciación de planes específicos de acción de gobierno con una tendencia fuerte a referirse a la gestión, sustentan la hipótesis de que el discurso presidencial se ha ido transformando en un discurso cada vez más profesionalizado, tecnocrático y focalizado en la gestión del gobierno, en desmedro de los debates y las definiciones ideológicas.

1. *Presidencia de Alfonsín*

Se observa un fuerte cambio en las enunciaciones sobre el Estado. En 1983 definió que el Estado debía ser independiente de poderes políticos y económicos extranjeros, ético, y equilibrado entre el liberalismo y el intervencionismo económico. En 1988 solo se refirió al Estado, insistentemente, por su ineficiencia y a efectos de su reforma y de la privatización de las empresas públicas.

2. *Primera presidencia de Menem*

Menem enunció reiterados juicios críticos respecto a la situación del Estado, tildándolo de burocrático, ineficiente y corrupto, entre otros males que se le endilgaron. Con ese escenario crítico respecto al Estado, encaró enunciados que planteaban la necesidad de una refundación estatal. Los

⁹ Se trata de una acepción reconocida en las Ciencias Políticas y bien diferenciada de *Política* y que se refiere a políticas específicas, tal cual las hemos definido y detallado en concordancia con SCHUBERT (2006).

¹⁰ Para esta definición puede verse el artículo JANN (2006).

principios de esa refundación giraban en torno a: i) la descentralización de funciones; ii) la venta de las empresas de servicios públicos; iii) la eliminación de regulaciones y de burocracia; iv) la apertura a los mercados mundiales de la economía; v) concentración de funciones estatales en educación, justicia, salud, gobierno y seguridad.

3. Segunda presidencia de Menem

En su segunda presidencia fue delineando su modelo estatal post-privatizaciones y post-reforma constitucional de 1994. Entre sus definiciones más significativas destacaba que el redimensionamiento del Estado le permitiría contar con una estructura ágil y dinámica propensa a la eficiencia y a la solidaridad. Esta idea de un Estado solidario es polémica, pues parece más adecuada a una política basada en la acción de entidades caritativas que al diseño de un Estado de derecho y a la expansión de la ciudadanía.

Sus enunciados presentaban respecto al modelo de Estado, ideas oscuras o difusas, ambiguas y, en algunos casos, forzadas, extrapolando conceptos y categorías de manera poco consistente para la construcción de un supuesto diseño modernizado de Estado. Así, el amontonamiento de conceptos como *solidaridad*, *eficacia*, *nación* e *integración* resulta autocontradictorio y teóricamente inconsistente. Las ideas de rediseño estatal en torno al eje de la modernización, parecen encubrir la limitación del Estado a sus clásicas funciones mínimas del *laissez-faire*.

4. Presidencia de De la Rúa

De la Rúa propuso como nueva reforma estatal aumentar los impuestos, combatir la corrupción, lograr eficiencia. Sus enunciados se presentaban voluntaristas y sin ideas claras que explicaran cómo lograr esos propósitos, que además tenían similitud con los que había propuesto Menem en sus 10 años de gobierno. Incluso se anunciaba con firmeza que la convertibilidad estaba sólida y se mantendría.

5. Presidencia de Duhalde

Las referencias en los discursos a programas, plan y políticas específicas, especialmente de tipo asistenciales, fueron las más enunciadas del campo Estado / administración pública / políticas públicas (38 menciones nominales en total), representando el 70% del campo. La severidad de la crisis no permitía otra cosa que auxiliar las necesidades más acuciantes e intentar controlar los conflictos más severos.

6. *Presidencia de Kirchner*

El rol del Estado como *sujeto económico activo* en la realización de obras públicas que permitan reactivación económica, generación de empleos, mejoras salariales y aumento del consumo y del mercado interno, fue claramente reivindicado por Kirchner. El énfasis discursivo en la importancia de la intervención estatal a través de la obra pública, busca diferenciar el discurso respecto a la etapa menemista que estigmatizó las intervenciones del Estado en la economía. Hace también hincapié en la gestión y solvencia técnica de las agencias estatales para la toma de decisiones eficaces y el desarrollo de planes y programas, especialmente, en las áreas de salud, vivienda y educación.

Kirchner anunció en sus discursos la aplicación de más de 50 planes y programas especiales. Casi duplica la cantidad de planes y programas anunciados en los discursos por Alfonsín, Menem y Cristina. Ello también resulta demostrativo del rol activo que desde el gobierno se le impuso al Estado a través de una gestión planificada, activa e intervencionista.

7. *Presidencia de Cristina*

La presidente define el rol del Estado que debe ser activo y claro en sus acciones garantizando condiciones para el desarrollo del modelo económico ya referido. Ese rol activo del Estado remite a: una gestión prolija y una correcta asignación de recursos; el mantenimiento del equilibrio fiscal, sosteniendo el superávit y la idea de “no gastar más de lo que ingresa”; la política de desendeudamiento; la acumulación de reservas; la competitividad o el objetivo del crecimiento económico, entre otras. También enuncia Cristina las características del rol activo del Estado en la intervención social, a través de la generación y el sostenimiento del empleo, los aumentos de salarios y jubilaciones y la implementación de la asignación universal por hijo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARIAS, María Fernanda (1997): *Discurso de ideas y de masas: la campaña peronista de 1989* (Buenos Aires, Universidad Católica Argentina) 34 pp.

BERCHOLC, Jorge Omar (2008): *El Estado y la globalización* (Buenos Aires, Ediar) 328 pp.

BERCHOLC, Jorge Omar y BERCHOLC, Diego Juan (2012): *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática (1983-2011)* (Buenos Aires, Editorial Lajouane) 542 pp.

JANN, Werner (2006): “Análisis de políticas sectoriales”, NOHLEN, Dieter, I *Diccionario de política* (México D.F., Editorial Porrúa) pp. 40 – 44.

KUNZ y CARDINAUX (2004): *Investigar en Derecho* (Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires) 219 pp.

MANCUSO, Hugo (1999): *Metodología de la investigación en Ciencias sociales* (Buenos Aires, Paidós) 285 pp.

SCHUBERT, Klaus (2006): “Política”, NOHLEN, Dieter (autor), *II Diccionario de política: Teorías, métodos, conceptos* (México, Editorial Porrúa) pp. 1052 y 1053.

FIX-ZAMUDIO, Hector (2006): *Metodología, docencia e investigación jurídica* (México D.F., Porrúa) 446 pp.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Nacional de Argentina, con reforma del 22 de agosto de 1994. Disponible en <<http://www.senado.gov.ar/delInteres>>, fecha consulta: 3 mayo 2013.

CÓMO SE APRENDE DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y SU JURISPRUDENCIA: LOS OTROS ESTUDIOS DE CASOS MENOS CONOCIDOS

How to learn American Civil Church Law in Unites States of America and its jurisprudence: The other uncommon case studies

ANTONIO SÁNCHEZ-BAYÓN*
Universidad Camilo José Cela
Madrid, España

RESUMEN: El fin de este estudio es doble. De un lado, exponer cómo se enseña y aprende el Derecho eclesiástico del Estado y sus disciplinas afines (v.g. Derecho canónico, Derecho eclesiástico, Estudios Iglesia-Estado) en los Estados Unidos de América (EE.UU.), más allá de la mera jurisprudencia habitual. De otro lado, mostrar técnicas docentes que mejoren la docencia interactiva que se busca con el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES).

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular en CC. Sociales y Jurídicas (acreditación ANECA). *Research-fellow LAS-Baylor/ELLSP-DePaul*, investigador de UNED (Dpto. Historia del Derecho) y U. Loyola Andalucía, y Dir. Consejo Académico del despacho Wizner&co. Profesor asociado Univ. Camilo José Cela y Coord. Investigación (IP: GiDeCoG/GI-CSCRG). <asbayon@ucjc.edu>.

Artículo recibido el 3 de septiembre del 2012 y aprobado el 5 de julio de 2013.

PALABRAS CLAVE: Estados Unidos de América - Derecho eclesiástico del Estado - relaciones Iglesia-Estado - libertad religiosa - estudio de caso

ABSTRACT: The purpose of this study is twofold. In one hand, it exposes how to teach and to learn the Church-State Studies and related disciplines (v.g. Canon Law, Ecclesiastical Law, Church-State Studies) in the United States of America (USA), beyond the usual Case Law. On the other hand, it shows new teaching techniques to improve the interactive instruction into the European Higher Education Area (EHEA).

KEYWORDS: United States of America - American Civil Church Law - Church-State relations - freedom of religion - case study

INTRODUCCIÓN: DESMONTANDO PREJUICIOS

En la mayor parte de los estudios académicos foráneos, se suele admitir de partida una serie de confusiones acerca de los EE.UU. y su cultura (*lato sensu*), lo que dificulta que luego pueda resultar correcto el resto del análisis acometido. Los errores de partida más frecuentes, sobre todo por parte de los europeo-continenciales, suelen ser:

- i) Confusión cultural y educativa: erróneamente suele asumirse que la mayoría de los estadounidenses son protestantes, que como tales responden a una lógica profesional como la esbozada por Weber (un europeo-continental), en su Ética protestante y el espíritu del capitalismo. Según tal premisa, la educación generalizada en los EE.UU. habría de ser de corte profesional, orientada desde el inicio al desempeño de un trabajo concreto. Sin embargo, eso no es así –más bien se trata de un error etnocentrista de los europeo-continenciales, quienes sí forman así a sus relevos generacionales–. En los EE.UU. suele predominar (en el ámbito universitario) un tipo de educación personal, de reflexión crítica, para saber ser resolutivo y expeditivo en cualquiera de las facetas sociales –y no solo la profesional–. Dicha apreciación se debe a una corriente de pensamiento autóctono, como es el pragmatismo (vid. epígr. I). Gracias al aparente rodeo dado para plantear la cuestión, no solo se ha prevenido frente a los posibles prejuicios sobre los EE.UU., sino que además se ha podido presentar el estudio de caso, cuyas expresiones son diversas y su recurso favorece la enseñanza reflexiva y crítica, a la vez que pragmática (para aportar soluciones viables).

- ii) Ignorancia del sistema universitario: existe en los EE.UU. una especie de club universitario llamado Ivy League (club de la hiedra)¹, del que forman parte las más antiguas y prestigiosas casas de estudio (v.g. Harvard, Princeton, Yale) –ampliándose luego a Vanderbilt, Notre Dame, Stanford, etc.–, donde nunca se ha abandonado la benemérita tradición académica de Religious Liberty Studies (estudios de libertad religiosa (LR) presentes en las Facultades de Derecho –reconducidos a mitad del s. XX a los seminarios avanzados de Derecho Constitucional sobre la Primera Enmienda–) y Church-State Studies (estudios Iglesia-Estado, cuyo carácter interdisciplinario ha hecho que se encuentren no solo en las Facultades de Derecho, sino también en las de Artes y Humanidades, así como en las de Ciencias Religiosas y Teología).² Desde la década de 1990 (con la eclosión de la globalización), ha correspondido el mérito

¹ La hiedra alude, simbólicamente, a su articulación de conexiones (redes de poder), y literalmente, al elemento característico de los edificios universitarios europeos de mayor solera –de los que se pretende recibir su herencia–.

² Existe una pujante corriente de estudio, en el marco de los *Cultural Studies* (especialmente, los *Latin American Studies*) (estudios culturales –estudios latinoamericanos–), centrada en el tratamiento de las relaciones Iglesia-Estado en Latinoamérica –desde la percepción estadounidense–. Por ejemplo, *vid.* i) Enfoque *histórico-sociológico*: a) *estudios historicistas* de AHLSTROM (1972), OLMSTEAD (1960) y SWEET (1942 y 1952); los *culturalistas* de BELLAH (1970 y 1975), RICHLEY (1985) y SEWARD (1964); los *confesionalistas* de GREELY (1972), MAZUR (1990) y MEAD (1985); los *estadísticos* de DEMERATH (1965), y HUDSON (1973) y GALLUP *et al.* (1989); los *sociologicistas* de Tyler (1944), STARK y GLOCK (1970); ii) Enfoque *político-jurídico*: a) *estudios sectoriales* de MALBIN (1978), SANDOZ (1990), TUVESON (1968), entre otros, b) los *holísticos*, destacan los *manuales clásicos* (por orden cronológico y de influencia en los especialistas) de ZOLLMAN (1933), STOKES (1950) –reinterpretado heterodoxamente por PFEFFER (1967)–, LEGLER (1952), DAWSON (1953), WOOD (1958 y 1961), MANNING *et al.* (1981); iii) Enfoque *sincretico* (*estudios iglesia-Estado latinoamericanistas*): el estudio/manual de MECHAM (1934), HOWARD (1944), BOFF (1986), KEOGH (1990), PATINAYAK (1984), PIKE (1964); *Compilaciones de fuentes primarias* de BLAKELY (1949), COBB (1902), HAMMAR (1983), NOONAN y GAFNEY (2001); y las *compilaciones de fuentes secundarias* o derivadas (de carácter bibliográfico) como las de SMITH y JAMISON (1961), BRUNKOW (1983), HURD (1986), entre otros; (de carácter enciclopédico) como las de LIPPY y WILLIAMS (1988), MELTON (1989), entre otros; y sobre todo, las colecciones de Routledge, *Encyclopedias of Religion and Society: The Encyclopedia of Millennialism & Millennial Movements. The Encyclopedia of African & African-American Religions, The Encyclopedia of Fundamentalism, The Encyclopedia of Religious Freedom, The Encyclopedia of Protestantism, etc.* Por último, se destaca la labor pionera y compiladora bibliográfica al respecto de BURR (1961); iv) Enfoque *sistémico* (integrando todo lo anterior y en español): véase la producción de SÁNCHEZ-BAYÓN (2008a, 2008b, 2009a, 2009b, 2010, 2011, 2012a) y SÁNCHEZ-BAYÓN y

de su relanzamiento generalizado y de forma prestigiosa (de la disciplina y sus centros de investigación) a las universidades confesionales, como la bautista de Baylor University (J.M. Dawson Institute of Church-State Studies), la católica de DePaul University (Center for Church-State Studies), la mormona de Brigham Young University (International Center for Law and Religion Studies) –incluso adquieren gran relevancia los think tanks (centros de investigación de alto rendimiento), como Wabash Center o Heritage Foundation, más las asociaciones de abogados, como Christian Law Association o Christian Legal Society. Otras universidades, en cambio, prefieren potenciar la materia en su currículo académico a través de la tendencia actual de Law & Religion Studies (bien desde los campos de trabajo de International Affairs (relaciones internacionales), Public Policy (políticas públicas), o Religious Laws (Ordenamientos confesionales), como es el caso de Emory University (Center for the Study of Law and Religion), The Catholic University of America (Law and Religion Program), The University of Virginia (Center on Religion and Democracy), Samford University (Program on Religion and Law), et al. Otros centros relevantes con estudios en Iglesia-Estado son Valparaíso University y Dickinson Law School; en estudios Derecho y Religión son Hamline University (Law, Religion and Ethics) y The Rockefeller Institute of Government (Religion and Social Welfare Policy); en dobles licenciaturas, por ejemplo, destaca The University of Louisville (dual degrees in Divinity and Law) o Duke University (Doctoral Program in Christianity and Politics). Lilly Foundation ha financiado, no sólo programas de estudios (como los mencionados), sino también, proyectos de investigación, del tipo de Project on Church and State-Princeton University, a cargo del Prof. J.F. Wilson. Entre Universidades públicas y privadas (State Colleges and Universities, Independent and Religious Affiliated Colleges and Universities, Seminaries and Graduate Schools of Religion, Law Schools –se excluyen las Bible Schools–), resultan más de medio millar de centros de educación superior lo que ofertan más de setecientos cursos en sus programas académicos.

- iii) Desconocimiento de las fuentes iuseclesiasticistas y su operatividad: el Derecho estadounidense (American Common Law) resulta una variante excepcional de la familia jurídica del Derecho común anglosajón.³ Ello se explica porque los EE.UU. fue el primer país en independizarse del Imperio Británico, consolidándose como una república soberana, con

GONZÁLEZ (2009 y 2011) –recogiendo en sus contribuciones la principal bibliografía en inglés y en español existente hasta el año 2010–.

³ Vid. Caps. 3 y 4 de SÁNCHEZ-BAYÓN (2012b).

un sistema jurídico singular. Su Derecho –como el resto de su cultura– es fruto del influjo de otras familias jurídicas: Derecho europeo-continental o Civil en el Sureste (v.g. Luisiana), Derecho canónico allí donde hay importantes comunidades católicas (v.g. Diócesis de Boston para Nueva Inglaterra), Derecho germánico en el Noreste (como reminiscencia de las colonias de los pueblos bálticos, v.g. Nueva Suecia), etc. De este modo se explica que el Ordenamiento estadounidense cuente con la Constitución escrita más antigua –y aun vigente (desde 1787)–, Códigos de leyes (como el *U.S. Code* o los Códigos estatales de práctica forense –equivalentes a las leyes de enjuiciamiento civil del Derecho Europeo-Continental–), etc. En definitiva, sus fuentes jurídicas no son tan diferentes –como se suele pensar, sobre todo desde Europa continental–, sino que en vez de atender al instrumento por el que se vehiculan, se presta mayor atención al poder del que emanan. De ahí que, en vez de dar prioridad al Derecho estatutario del Legislativo (v.g. *acts, bills* –leyes–), éste solo es uno más, como lo es también el Derecho reglamentario del Ejecutivo (v.g. *orders, rules* –reglamentos–), así como el Derecho casuístico o jurisdiccional del Poder Judicial (v.g. *sentences* –sentencias–). A todo ello hay que añadir el Derecho Internacional, la que la Constitución estadounidense confiere cierto reconocimiento (v.g. *treaties* –tratados–). Luego las fuentes iuseclesiasticistas estadounidenses van desde la Primera enmienda (sobre libertad religiosa) y la Décimo cuarta (sobre igualdad jurídica ciudadana en cuanto a la Declaración de derechos y su vigilancia por el Tribunal Supremo), más preceptos como el artículo VI y otras referencias constitucionales, hasta la ordenación local de las Juntas municipales en materia de educación o urbanismo, en lo tocante al factor religioso.

Advertido lo anterior, se espera resulte más fácil aclarar cómo se aprende la materia en los EE.UU., especialmente, vía el estudio de caso, pues ha demostrado ser un valioso recurso con el que estimular el desarrollo del sentido jurídico y la habilidad de establecer analogías y articular ficciones solucionadoras de lagunas jurídicas.

I. APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA: ENTRE LA TEORÍA JURÍDICA Y LA PRAXIS FORENSE

¿Es la voz *jurisprudence* un *false-friend* (término equívoco –suena parecido, pero significa distinto de una lengua a otra–)? No cabe una traducción sin más, al menos no tal cual se entiende ahora. Hasta el s. XIX, *jurisprudencia* significaba parecido tanto en la familia de *Derecho común* como en la de

Derecho civil: se trataba de la *Ciencia del Derecho*, propia de los juristas. Sin embargo, en Europa continental, tras los procesos de codificación y las modificaciones pertinentes del Derecho, para que considerara un atributo del Estado –y no al revés–, por jurisprudencia comenzó a entenderse las sentencias de los tribunales superiores o últimas instancias (v.g. Austria, Francia, Italia, España). Mientras, en el mundo anglosajón, sigue manteniendo buena parte del significado originario, pues los jueces no es que creen derecho, sino que le dan vida al aplicarlo a la realidad social en conflicto, en la que tienen que mediar y dirimir. En los EE.UU., además, los jueces, no solo insuflan vida a la Ciencia Jurídica, sino que la purgan, acometiendo un control de constitución y legislativo difuso, conforme a su *pragmatismo* (principal y más influyente corriente de pensamiento autóctono).⁴ Prueba de su pragmatismo es su habilidad para combinar la teoría y la práctica bajo la rúbrica de *jurisprudence*, que incluye: a) *Historia y Filosofía del Derecho*; b) *Case Law* (Derecho de casos o tópica –no sentencias sin más, sino conforme a un sistema de precedentes–). Permítaseme una aclaración al respecto: en el Derecho estadounidense el héroe es el juez –no el académico, como si pasa en el Derecho Civil–, quien ha estudiado *Juris Doctor* (Derecho –solo que no es un Grado sino un Posgrado–), aprendiendo lo básico en los tres años que dura el programa, para luego ponerlo en práctica ante los tribunales; por el sistema de cooptación –una de las vías más frecuentes para llegar a ser juez, aunque no la única–, si se es un buen abogado, los propios compañeros te promueven para ocupar el cargo, y así se va ascendiendo. Luego, por su pragmatismo, los estadounidenses entienden que el estudiante de Derecho –pese a ser mayor que el europeo–continental habitual, que empieza sus estudios a los dieciocho años, mientras que el estadounidense suele hacerlo más cerca de los treinta–, no está aun listo para filosofar y apreciar el sentido de la justicia, sino que más bien, el mismo se adquiere con la práctica jurídica, al intentar dar a cada uno lo suyo y colaborar a que funcione el sistema de justicia. Por ende, la auténtica Historia y Filosofía del Derecho son plasmadas por los jueces, según su bagaje y siempre con apego a la realidad. Es por ello, que para reflexionar y comprender la evolución del Derecho, lo que se suele hacer es acudir a las sentencias de los grandes magistrados, quienes vuelcan ahí todo su saber, y además son más fáciles de aprender para los estudiantes, ya que guardan relación con hechos concretos, sin exigirles un alto nivel de

⁴ El *pragmatismo* es la más relevante corriente filosófica autóctona de los EE.UU. Se trata de un trasvase de la teoría de la selección natural al mundo de las ideas, pues solo se consideran válidas aquellas propuestas que tengan una dimensión aplicada y puedan quedar confirmadas por una experiencia favorable. Su precursor es Emerson, desde la Costa Este (Universidad de Harvard), trasladando su foco al Medio Oeste (Universidad de Chicago), con figuras como James, Peirce, Dewey, Mead, etc. *Vid.* SÁNCHEZ-BAYÓN (2008a y 2008b).

abstracción, sino de relación. ¿Se entiende ahora por qué es tan importante el estudio de caso en el aprendizaje del Derecho estadounidense? Véase un argumento preliminar más.

Antes de proceder a exponer y explicar el marco general de los estudios de caso, no se olvide el lector que los EE.UU., es un país que se corresponde con las categorías del Nuevo Mundo y el Nuevo Régimen, tal como se especifica en uno de sus lemas nacionales (*novus ordo seclorum* –nuevo orden secular–), aunque ello no quiere decir que se desconozca la tradición occidental, tanto la sagrada (o judeocristiana) como la profana (o grecorromana) –como se acaba de evidenciar en la cita de su lema nacional, pues otros que se adoptaron en el período constitucional (de finales del s. XVIII), también se aprobaron en latín–. El caso es que sus padres fundadores, en concreto los *Framers* (constituyentes –redactores de la *Declaración de Independencia* hasta la *Declaración de Derechos*–), conocían bien la cultura grecorromana, y con ella la importancia que se daba al arte de preguntar, mediante técnicas como la *epojé* o la *mayéutica*. Así entró el método socrático en los estudios universitarios, cuya homogeneización comenzó casi un siglo después, usándose como referente la adaptación autóctona del Decano Langdell, cuestión a tratar a continuación.

II. ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA: RECURSO DEL ESTUDIO DE CASO

1. Parte general: del método socrático a los manuales de prácticas

El citado *Socratic method* o método socrático, como ya se ha señalado, consistía en la combinación de la *epojé* o suspensión del juicio –para evitar dar nada por sentado–, y la *mayéutica* o cuestionamiento del porqué de aquello que se pretende conocer –para ahondar en el análisis, hasta llegar a la razón fundamental–. Pero, ¿cómo llegó el influjo de tal método a las universidades estadounidenses, en especial a sus Escuelas de Leyes –denominación común hasta el s. XIX–? Fue a finales de la década de 1870 cuando en Europa se produce la implementación de la red de universidades públicas (v.g. España y los antecedentes del *Plan Gamazo*)⁵, y con ellas la *normalización* –en sentido francés de tipificación– de los estudios, dando lugar a la transformación de las Facultades tradicionales, como las Escuelas de Cánones y Leyes, que pasaban a ser las Facultades de Jurisprudencia, y

⁵ Vid. SÁNCHEZ-BAYÓN (2009c).

seguidamente, las Facultades de Derecho, donde concentrar el esfuerzo docente en enseñar el nuevo y flamante Derecho estatal, de corte estatutario codificado. Pues bien, aunque el Derecho estadounidense se corresponde con la familia de *Common Law* (Derecho común –tal como se ha venido aludiendo–), en su seno, resulta algo excepcional, pues de todos los derechos integrantes, el estadounidense es el más permeable a las influencias del *Civil Law / Continental Law* (Derecho civil o Europeo-continental). Tanto es así que, entre las pujantes universidades de Nueva Inglaterra –sustento del también mencionado *Ivy league* (o club de universidades imitadoras del estilo tradicional europeo–), la Universidad de Harvard comienza a destacar, y en su intento de convertirse en un referente para la homogenización de los estudios de Derecho –téngase en cuenta que por influencia del Derecho inglés, el método es más bien de *Inn Courts*, o estudio de unos rudimentos y luego aprender todo como pasante de abogados y jueces–, por su parte, el Decano de la Facultad de Derecho, el Prof. Langdell, empezó a poner en práctica un método, de inspiración socrática, aunque con aspiración formalista (en comparación con el tipo de estudio exegético y analítico que se venía acometiendo, de obras referenciales como *Commentaries* (Comentarios) de Blackstone, o *Jurisprudence* (Jurisprudencia –Ciencia Jurídica Analítica *Estudios de cultura*– de AUSTIN). Se trataba de un estudio conforme a tres reglas a seguir: a) *read the cases* (lectura de casos); b) *distill the rule* (destilar la regla); c) *apply the rule to future cases* (aplicación de la regla a futuros casos). Es curioso que dicho método triunfara, no tanto por su propia calidad, sino por la publicidad que generó la competición personal entre dos grandes juristas de su tiempo: *Langdell v. Holmes* –una rivalidad comparable a la habida un siglo antes entre Hamilton y Jefferson–. Si Langdell llegó a Decano de Derecho en Harvard, Holmes lo procura también, pero solo logra ser profesor, por lo que opta por la práctica jurídica, llegando a convertirse en Magistrado del Tribunal Supremo. Si Langdell promovió el *Formalismo jurídico*, Holmes, patrocina la emergencia del *Realismo jurídico* (habrá que esperar hasta después de la I Guerra Mundial); etc. El caso es que, Holmes, provocó el efecto contrario al pretendido desde la revista jurídica que editaba (*American Law Review*) y su famosa obra *The Common Law* (1881), que fue conceder excesiva relevancia a Langdell –tanto lo criticó, que fue quien más lo dio a conocer–. De esta historia entre juristas, también arranca la rivalidad entre Facultades de Derecho, como la de Harvard (que continuará durante un tiempo rindiendo pleitesía a Langdell) y la de Yale (que tomará como referente a Holmes). El caso es que tal como se enseña a los futuros operadores jurídicos (v.g. abogados, jueces, funcionarios), así se va transformando el Derecho, en su concepción y práctica. Luego, ni hay que mencionar la influencia que han tenido estas dos Facultades, que siguen siendo de las más importantes en su país, pues de entre sus estudiantes han surgido un gran número de altos cargos del país

(v.g. Presidentes, Magistrados del Supremo, Secretarios de Estado, Senadores, Congresistas), así como importantísimos hombres de negocios.

Aunque el Derecho y su estudio han ido cambiando, la impronta de Langdell ha permanecido en buena medida, como el primero en ofrecer una versión autóctona del método socrático, siendo el referente para mejorar, cambiar, criticar o proponer alternativas a su método. De ahí, han ido surgiendo otras propuestas y materiales docentes, como el *casebook* (manual de clase, un libro de aprendizaje mediante ejemplos de supuestos que ilustran la teoría, que ha sido reducida a sus fundamentos jurídicos y la comparación de casos. La última versión aparecida, con bastante éxito ha sido el *Problem method* (método de –resolución de– problemas), a resultas de las críticas vertidas contra el método Langdell y los *casebooks*, que se habían vuelto una excusa para que se trivializaran las clases –a modo del famoso juego de mesa *Trivial Pursuit* (búsqueda de lo –conocido– trivial)–, convirtiéndose en concursos donde los alumnos tenían que memorizar las respuestas prefijadas; luego, para revitalizar el estudio del Derecho, se optó por esta vía, donde se enuncia un caso ficticio o real –según el profesor–, con diversas implicaciones jurídicas que los estudiantes han de resolver, normalmente en grupo y simulando un proceso judicial que supervisa el docente.

Por tanto, pese a que el método Langdell y los *casebooks* han servido para positivizar el Derecho estadounidense, sin embargo, también han sido los causantes de la tendencia reduccionista a enseñar el Derecho a través del *Case Law* o sentencias judiciales, cuando existen otras fuentes y ramas del Ordenamiento, tal como se aclara a continuación.

2. Parte especial: de la mera compilación cronológica a la sistemática por áreas

Como ya se ha prevenido, erróneamente suele identificarse el *American Common Law* con el *Case Law*, pero este último *solo* supone una fuente o rama del Derecho: existen otras igualmente importantes, como el *Executive Law* (Derecho ejecutivo –principalmente, Derecho Administrativo–), con sus reglamentos, o el *Statutory Law* (Derecho estatutario –emanado del Parlamento–) y sus leyes. Tal exaltación del *Case Law* proviene del citado método Langdell y los *casebooks* –tal como ya se ha explicado–. Sin embargo, existe una relación más íntima, más allá de la cuestión de su enseñanza, esto es, se alude al hecho jurídico de que para que se produzca el perfeccionamiento del *Executive Law*, por ejemplo, es necesario que éste sea citado en algún juicio, luego el *Case Law* sirve para dar impulso y difusión a buena parte del *Executive Law*. En definitiva, tal relación es una muestra más del pragmatismo estadounidense. Es por ello que también, por dicho pragmatismo, de la

amplia producción jurisprudencial, solo se termine recordando las sentencias más recientes e impactantes –o sea, en el s. XIX–, aquellas que defendían la intervención del Estado (v.g. contra los mormones y testigos de Jehová, en cuanto vulneradores del *American way of life* –estilo de vida estadounidense–, y en el s. XX justo al contrario –v.g. la jurisprudencia de la secularizante Corte Black–. En consecuencia, para conocer la regulación iuseclesiasticista estadounidense, a continuación, en la Tabla nº 1, se ofrece no solo el exiguo elenco de los actualmente considerados *leading cases* (casos clave, sino que se proporciona el listado más amplio posible.⁶

TABLA Nº 1. Compilación cronológica y sistemática de casos

Caso	Materia
1.- Terrett v. Taylor (13 U.S. 43, 1815)	Propiedad eclesiástica
2.- Town of Pawlet v. Clark (13 U.S. 292, 1815)	Propiedad eclesiástica
3.- Trs. of Dartmouth Coll v. Woodward (17 U.S. 518, 1819)	Centros educativos religiosos
4.- Trs. of Philadelphia Baptist Assoc. v. Hart’s Ex. (17 U.S. 1, 1819)	Legados a caridad
5.- Society for Propagation of the Gospel v. Town of New Heaven (21 U.S. 464, 1823)	Propiedad eclesiástica
6.- Beatty v. Kurtz (27 U.S. 566, 1829)	Propiedad eclesiástica
7.- Worcester v. Georgia (31 U.S. 515, 1832)	Misioneros e indios
8.- Vidal v. Mayor of Philadelphia (43 U.S. 127, 1844)	Legados a caridad
9.- Permoli v. Municipality nº1 (44 U.S. 589, 1845)	LR y federalismo
10.- Hallett v. Collins (51 U.S. 174, 1850)	LR y Derecho de Familia
11.- Gaines v. Relf (53 U.S. 472, 1852)	LR y Derecho de Familia
12.- Goesele v. Bimeler (55 U.S. 589, 1852)	Propiedad eclesiástica
13.- Smith v. Swormstedt (57 U.S. 288, 1853)	Propiedad eclesiástica
14.- Baker v. Nachtrieb (60 U.S. 126, 1856)	Propiedad eclesiástica
15.- Philadelphia, Wilmington and Baltimore R.R. Co. v. Philadelphia & Havre de Grace Steam Towboat Co. (64 U.S. 209, 1859)	Leyes dominicales
16.- Richardson v. Goodard (64 U.S. 28, 1859)	Leyes dominicales

⁶ Se recogen aquí los casos más sobresalientes –y sin embargo, a veces olvidados por no encajar con el discurso dominante en la coyuntura correspondiente–, determinantes de la tendencia interpretativa de las materias relativas a la regulación del factor religioso en los EE.UU., como es la implementación de la libertad y autonomía religiosa (de personas físicas y jurídicas, como las confesiones), así como la tutela de la no discriminación por motivos religiosos (*idem*), y demás cuestiones conexas, responde todo ello a los fundamentos jurídicos y comparativa realizada a la luz del estudio de las siguientes sentencias (o sea los casi trescientos *case studies* de *Case Law*, sistematizados por fecha y temática).

17.- Christ Church Hospital v. Philadelphia (65 U.S. 300, 1861)	Excepciones fiscales
18.- Gaines v. Hennen (65 U.S. 553, 1861)	LR y Derecho de familia
19.- Attorney Gral. v. Federal Street v. Meeting-House (66 U.S. 262, 1862)	Propiedad eclesiástica
20.- Cummings v. Missouri (71 U.S. 277, 1866)	Juramentos y testigos religiosos
21.- Insurance Co. v. Chase (72 U.S. 509, 1867)	Autonomía religiosa
22.- Watson v. Jones (80 U.S. 679, 1871)	Autonomía religiosa
23.- Bouldin v. Alexander (82 U.S. 131, 1872)	Autonomía religiosa
24.- Young v. Godbe (82 U.S. 562, 1873)	Responsabilidad eclesiástica
25.- Reynolds v. U.S. (98 U.S. 145, 1878)	Poligamia
26.- Christian Union v. Yount (101 U.S. 352, 1879)	Propiedad eclesiástica
27.- Kain v. Gibboney (101 U.S. 362, 1879)	Legados a caridad
28.- Miles v. U.S. (103 U.S. 304, 1880)	Poligamia
29.- Missionary Society of M.E. Church V. Dalles City (107 U.S. 336, 1883)	Propiedad eclesiástica
30.- Cannon v. U.S. (116 U.S. 55, 1885)	Poligamia y Derecho canónico
31.- Soon Hing v. Crowley (113 U.S. 703, 1885)	Leyes dominicales
32.- Murphy v. Ramsey (114 U.S. 15, 1885)	Poligamia
33.- Clawson v. U.S. (114 U.S. 477, 1885)	Poligamia y testigos religiosos
34.- Cannon v. U.S. (118 U.S. 355, 1886)	Poligamia y Derecho canónico
35.- Gibbons v. District of Columbia (116 U.S. 404, 1886)	Excepciones fiscales
36.- Snow v. U.S. (118 U.S. 346, 1886)	Poligamia
37.- Gilmer v. Stone (120 U.S. 586, 1887)	Propiedad eclesiástica
38.- In re Snow (120 U.S. 274, 1887)	Poligamia
39.- Speidel v. Henrici (120 U.S. 377, 1887)	Propiedad eclesiástica
40.- Bucher v. Cheshire RR. Co. (125 U.S. 555, 1888)	Leyes dominicales
41.- Ex Parte Hans Nielsen (131 U.S. 176, 1889)	Poligamia y adulterio
42.- Bassett v. U.S. (137 U.S. 496, 1890)	Poligamia y testimonio
43.- Davis v. Beason (133 U.S. 333, 1890)	Poligamia y juramento
44.- Late Corp. of the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. U.S. (136 U.S. 1, 1890)	Propiedad eclesiástica y poligamia
45.- Ball v. U.S. (140 U.S. 118, 1891)	Leyes dominicales
46.- Late Corp. of the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. U.S. (140 U.S. 665, 1891)	Propiedad eclesiástica y poligamia
47.- Rector of Holy Trinity Church v. U.S. (143 U.S. 457, 1892)	Excepciones clericales y trabajo
48.- Catholic Bishop of Nesqually v. Gibbon (158 U.S. 155, 1895)	Propiedad eclesiástica
49.- Hennington v. Georgia (163 U.S. 299, 1896)	Leyes dominicales
50.- Stone v. U.S. (167 U.S. 178, 1897)	Leyes dominicales
51.- Bradfield v. Roberts (175 U.S. 291, 1899)	Beneficios a entes relig. y hospitales

SÁNCHEZ-BAYÓN, ANTONIO (2013): CÓMO SE APRENDE DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y SU JURISPRUDENCIA: LOS OTROS ESTUDIOS DE CASOS MENOS CONOCIDOS

52.- Petit v. Minnesota (177 U.S. 164, 1900)	Leyes dominicales
53.- Schwartz v. Duss (187 U.S. 8, 1902)	Propiedad eclesiástica
54.- Chicago Theological Seminary v. Illinois (188 U.S. 662, 1903)	Excepciones fiscales
55.- Bd. of Educ. of Methodist Episcopal Church v. Illinois (203 U.S. 553, 1906)	Excepciones fiscales
56.- Montana Catholic Missions v. Missoula County (200 U.S. 118, 1906)	Impuestos, Jesuitas e indios
57.- Speer v. Colbert (200 U.S. 130, 1906)	Legados a caridad
58.- Lowrey v. Hawaii (206 U.S. 206, 1907)	Propiedad eclesiástica
59.- Berea College v. Kentucky (211 U.S. 45, 1908)	Centros educativos religiosos.
60.- Ponce v. Roman Catholic Apostolic Church (210 U.S. 296, 1908)	Propiedad eclesiástica
61.- Quick Bear v. Leupp (210 U.S. 50, 1908)	Legados a caridad, indios, católicos
62.- Santos v. Holy Roman Catholic and Apostolic Church (212 U.S. 463, 1909)	Propiedad eclesiástica
63.- Lowrey v. Hawaii (215 U.S. 554, 1910)	Propiedad eclesiástica
64.- Helm v. Zarecor (222 U.S. 32, 1911)	Propiedad eclesiástica
65.- Sharpe v. Bonham (224 U.S. 241, 1912)	Propiedad eclesiástica
66.- Order of St. Benedict v. Steinhauser (234 U.S. 640, 1914)	Comités religiosos y contratos públicos
67.- Crane v. Johnson (242 U.S. 339, 1917)	Excepciones legales para entes y personas religiosas
68.- Arver v. U.S. (245 U.S. 366, 1918)	LR y servicio militar
69.- Shepard v. Barkley (247 U.S. 1, 1918)	Autonomía religiosa y propiedad eclesiástica
70.- Bartels v. Iowa (262 U.S. 404, 1923)	Centros educativos religiosos
71.- Meyer v. Nebraska (262 U.S. 390, 1923)	Centros educativos relig., derechos paternales, idiomas
72.- Hygrade Provision Co. v. Sherman (266 U.S. 497, 1925)	Fraude religioso
73.- Pierce v. Society of Sisters of the Holy Names of Jesus & Mary (268 U.S. 510, 1925)	Centros educativos relig., derechos paternales.
74.- Farrington v. Tokushige (273 U.S. 284, 1927)	Centros educativos relig.
75.- González v. Roman Catholic Archbishop (280 U.S. 1, 1929)	Legales a caridad y autonomía religiosa
76.- U.S. v. Schwimmer (279 U.S. 644, 1929)	LR, pacifismo y concesión de ciudadanía
77.- Cochran v. Louisiana State Bd. of Educ. (281 U.S. 370, 1930)	Beneficios a entes religiosas, Centros educativos religiosos
78.- U.S. v. Macintosh (283 U.S. 605, 1931)	LR, juramento y concesión de ciudadanía
79.- U.S. v. Bland (283 U.S. 636, 1931)	LR y armas
80.- Hamilton v. Regents of Univ. of California (293 U.S. 245, 1934)	LR y servicio militar
81.- Coleman v. City of Griffin (302 U.S. 636, 1937)	Distribución de literatura religiosa y testigos de jehová

82.- Lovell v. City of Griffin (303 U.S. 444, 1938)	Distribución de literatura religiosa y libertad de prensa
83.- Schneider v. State of New Jersey, Town of Irvington (308 U.S. 147, 1939)	Distribución de literatura religiosa
84.- Cantwell v. Connecticut (310 U.S. 296, 1940)	LR, comunicación religiosa y Catorce Enmienda
85.- Minersville Sch. Dist. v. Gobitis (310 U.S. 586, 1940)	LR, comunicación religiosa y saludo a la bandera
86.- Cox v. New Hampshire (312 U.S. 569, 1941)	LR, comunicación religiosa y concentraciones públicas
87.- Chaplinsky v. New Hampshire (315 U.S. 568, 1942)	LR, comunicación religiosa
88.- Jones v. Opelika (316 U.S. 584, 1942)	Distribución de literatura religiosa, actividad comercial
89.- Busey v. Dist. of Columbia (319 U.S. 579, 1943)	Distribución de literatura religiosa
90.- Douglas v. City of Jeannette (319 U.S. 157, 1943)	Distribución de literatura religiosa, impuestos
91.- Jamison v. Texas (318 U.S. 413, 1943)	Distribución de literatura religiosa
92.- Jones v. Opelika (319 U.S. 103, 1943)	Distribución de literatura religiosa
93.- Largent v. Texas (318 U.S. 418, 1943)	Distribución de literatura religiosa
94.- Murdock v. Pennsylvania (319 U.S. 105, 1943)	Distribución de literatura religiosa
95.- Martin v. City of Struthers (319 U.S. 141, 1943)	Distribución de literatura religiosa
96.- Taylor v. Mississippi (319 U.S. 583, 1943)	LR, saludo a la bandera
97.- West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette (319 U.S. 624, 1943)	LR, saludo a la bandera, comunicación religiosa
98.- Falbo v. U.S. (320 U.S. 549, 1944)	LR, servicio militar
99.- Prince v. Massachusetts (321 U.S. 158, 1944)	Distribución de literatura religiosa, derechos paternales
100.- Follett v. Town of McCormick (321 U.S. 573, 1944)	Distribución de literatura religiosa, impuestos
101.- U.S. v. Ballard (322 U.S. 78, 1944)	Autonomía religiosa, jurado, comunicación religiosa, fraude
102.- In re Summers (325 U.S. 561, 1945)	LR, juramento, servicio militar
103.- Chatwin v. U.S. (326 U.S. 455, 1946)	Poligamia, secuestro
104.- Marsh v. Alabama (326 U.S. 501, 1946)	Distribución de literatura religiosa
105.- Tucker v. Texas (326 U.S. 517, 1946)	Distribución de literatura religiosa
106.- Estep v. U.S. (327 U.S. 114, 1946)	LR, servicio militar
107.- Girouard v. U.S. (328 U.S. 61, 1946)	LR, concesión de ciudadanía
108.- Gibson v. U.S. (329 U.S. 338, 1946)	LR, servicio militar
109.- Cleveland v. U.S. (329 U.S. 14, 1946)	Poligamia, secuestro
110.- Everson v. Bd. of Educ. (330 U.S. 1, 1947)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
111.- Cox v. U.S. (332 U.S. 442, 1947)	LR, servicio militar
112.- Musser v. Utah (333 U.S. 95, 1948)	Poligamia, comunicación religiosa
113.- McCollum v. Bd. of Educ. (333 U.S. 203, 1948)	Rezo en colegios públicos

SÁNCHEZ-BAYÓN, ANTONIO (2013): CÓMO SE APRENDE DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y SU JURISPRUDENCIA: LOS OTROS ESTUDIOS DE CASOS MENOS CONOCIDOS

114.- Sata v. New York (334 U.S. 558, 1948)	LR, comunicación religiosa
115.- Bunn v. North Carolina (336 U.S. 942, 1949)	LR, discriminaciones
116.- Corp. of Presiding Bishop of Church of Latter-Day Saints v. City of Poterville (338 U.S. 805, 1949)	Regulación del suelo y especialidad religiosa
117.- Cohnstaedt v. INS (339 U.S. 901)	LR, concesión de ciudadanía
118.- Niemotko v. Maryland (340 U.S. 268, 1951)	LR, uso de espacios públicos y permisos
119.- Kunz v. New York (340 U.S. 290, 1951)	LR, uso de espacios públicos y permisos
120.- Gara v. U.S. (340 U.S. 857, 1950)	LR, servicio militar
121.- Friedman v. New York (341 U.S. 907, 1951)	Leyes dominicales
122.- Donner v. New York (342 U.S. 884, 1951)	Centros educativos religiosos
123.- McKnight v. Bd. of Pub. Educ. (341 U.S. 913, 1951)	LR, discriminación
124.- Doremus v. Bd. of Educ. (342 U.S. 429, 1952)	LR, impuestos, lectura bíblica, colegios
125.- Zorach v. Clauson (343 U.S. 306, 1952)	Rezo en colegios públicos
126.- Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson (343 U.S. 495, 1952)	LR, censura
127.- Heisler v. Bd. of Review (343 U.S. 939, 1952)	LR, leyes dominicales y trabajo
128.- Kedroff v. St. Nicholas Cathedral (344 U.S. 94, 1952)	Autonomía religiosa y disputas internas eclesiasísticas
129.- Fowler v. Rhode Island (345 U.S. 67, 1953)	LR, discriminación, comunidades religiosas
130.- Poulos v. New Hampshire (345 U.S. 395, 1953)	LR, uso de espacios públicos y permisos
131.- U.S. v. Nugent (346 U.S. 1, 1953)	LR, servicio militar
132.- Witmer v. U.S. (348 U.S. 375, 1955)	LR, servicio militar
133.- Sicurella v. U.S. (348 U.S. 385, 1955)	LR, servicio militar
134.- Dickinson v. U.S. (346 U.S. 389, 1953)	LR, servicio militar
135.- Simmons v. U.S. (348 U.S.397, 1955)	LR, servicio militar
136.- Gonzales v. U.S. (348 U.S. 407, 1955)	LR, servicio militar
137.- Heisey v. County of Alameda (352 U.S. 921, 1956)	LR, excepciones fiscales
138.- First Unitarian Church v. County of L.A. (357 U.S. 545, 1958)	LR, juramentos, excep fiscales
139.- Kreshik v. St. Nicholas of Russian of Orthodox Church of North America (363 U.S. 190, 1960)	Autonomía religiosa, disputas internas eclesiasísticas
140.- McGowan v. Maryland (366 U.S. 420, 1961)	Leyes dominicales
141.- Torcaso v. Watkins (367 U.S. 488, 1961)	LR, juramentos, test religioso
142.- Two Guy from Harrison-Allentown, Inc. McGinley (366 U.S. 582, 1961)	Leyes dominicales
143.- Broaunfeld v. Brown (366 U.S. 599, 1961)	Leyes dominicales, LR y judíos
144.- Gallagher v. Crown Kosher Super Mkt. (366 U.S. 617, 1961)	Leyes dominicales, LR y judíos
145.- Gen. Fin. Corp. v. Archetto (369 U.S. 423, 1962)	LR, excepciones fiscales religiosas
146.- Engel v. Vitale (370 U.S. 421, 1962)	Rezo en colegios públicos
147.- Arlan's Dep. Store of Louisville v. Kentucky (371 U.S. 218, 1962)	Leyes dominicales

148.- Sch. Dist. of Abington Township v. Schempp (374 U.S. 203, 1963)	Rezo en colegios públicos
149.- Sherbert v. Verner (374 U.S. 398, 1963)	LR, no compensación por empleo
150.- Chamberlin v. Bd. of Pub. Instruction (377 U.S. 40, 1964)	Rezo en colegios públicos
151.- Cooper v. Pate (378 U.S. 546, 1964)	LR, prisiones, musulmanes
152.- U.S. v. Seeger (380 U.S. 163, 1965)	LR, servicio militar
153.- Bd. of Educ. v. Allen (392 U.S. 236, 1968)	Beneficios a org. relig. centros educativos religiosos
154.- Jehovah's Witnesses v. King County Hosp. (390 U.S. 59, 1968)	LR, cuidados médicos
155.- Flast v. Cohen (392 U.S. 83, 1968)	LR, impuestos, colegios religiosos, activismo judicial
156.- Epperson v. Arkansas (393 U.S. 97, 1968)	LR, evolución, colegios públicos
157.- Oestereich v. Selective Service System (393 U.S. 233, 1968)	LR, servicio militar
158.- Presbyterian Church in the U.S. v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church (393 U.S. 440, 1969)	Autonomía religiosa, disputas internas religiosas
159.- Maryland & Virginia Eldership of Churches of God v. Church of God at Sharpsburg (396 U.S. 367, 1970)	Autonomía religiosa, disputas internas religiosas
160.- Walz v. Tax Comm. (397 U.S. 664, 1970)	LR, excepciones fiscales
161.- Welsh v. U.S. (398 U.S. 333, 1970)	LR, servicio militar
162.- Mulloy v. U.S. (398 U.S. 410, 1970)	LR, servicio militar
163.- U.S. v. Sisson (399 U.S. 267, 1970)	LR, servicio militar
164.- Gillette v. U.S. (401 U.S. 437, 1971)	LR, servicio militar
165.- Dewey v. Reynolds (402 U.S. 689, 1971)	Leyes dominicales y trabajo
166.- Clay v. U.S. (403 U.S. 698, 1971)	LR, servicio militar
167.- Lemon v. Kurtzman (403 U.S. 602, 1971)	Beneficios a org. relig., colegios priv., salarios
168.- Tilton v. Richardson (403 U.S. 672, 1971)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
169.- Coit v. Green (404 U.S. 997, 1971)	LR, excepciones fiscales, raza
170.- Diffenderfer v. Central Baptist Church (404 U.S. 41, 1972)	LR, excepciones fiscales
171.- U.S. v. Echoes National Ministry Christian, Inc. (404 U.S. 561, 1972)	LR, excepciones fiscales
172.- Cruz v. Beto (405 U.S. 319, 1972)	LR y prisiones
173.- Brusca v. Bd. of Educ. (405 U.S. 1050, 1972)	Autonomía religiosa, beneficios a org. religiosos
174.- Wisconsin v. Yoder (406 U.S. 205, 1972)	LR, educación obligatoria, derechos parentales
175.- Essex v. Colman (409 U.S. 808, 1972)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
176.- McClure v. Salvation Army (460 U.S. 896, 1972)	Autonomía religiosa, excepciones al clero

SÁNCHEZ-BAYÓN, ANTONIO (2013): CÓMO SE APRENDE DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y SU JURISPRUDENCIA: LOS OTROS ESTUDIOS DE CASOS MENOS CONOCIDOS

177.- Lemon v. Kurtzman (411 U.S. 192, 1973)	Beneficios a org. relig., centros educativos relig.
178.- Norwood v. Harrison (413 U.S. 455, 1973)	Beneficios a org. relig., centros educativos relig., raza
179.- Levitt v. Committee for Pub. Educ. (413 U.S. 472, 1973)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
180.- Hunt v. McNair (413 U.S. 734, 1973)	Beneficios a org. relig., centros educativos relig., excepciones fiscales
181.- Committee for Pub. Educ. v. Nyquist (413 U.S. 756, 1973)	Beneficios a org. relig., centros educ. relig., deducciones fiscales
182.- Sloan v. Lemon (413 U.S. 825, 1973)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
183.- Grit v. Colman (413 U.S. 901, 1973)	Centros educativos relig., deducciones fiscales
184.- Durhan v. McLeod (413 U.S. 902, 1973)	LR, universidades
185.- Johnson v. Robison (415 U.S. 361, 1974)	Discriminación religiosa, servicio militar
186.- Hernandez v. Veterans' Administration (415 U.S. 391, 1974)	Discriminación religiosa, servicio militar
187.- Wheeler v. Barrera (417 U.S. 7, 1974)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
188.- Griggs v. Pub. Funds for Pub. Schs. (417 U.S. 961, 1974)	Beneficios a org. relig., centros educativos relig.
189.- U.S. v. American Friends Serv. Comm. (419 U.S. 7, 1974)	Impuestos, pacifismo, objeción de conciencia
190.- Luetkemeyer v. Kaufmann (419 U.S. 888, 1974)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
191.- Franchise Tax Bd. v. United Americans for Pub. Schs. (419 U.S. 890, 1974)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
192.- Meek v. Pittenger (421 U.S. 349, 1975)	Beneficios a organismos religiosos
193.- Serbian Eastern Orthodox Diocese for the U.S. & Canada Milivojevich (426 U.S. 696, 1976)	Autonomía religiosa, disputas internas religiosas
194.- Roemer v. Bd. of Pub. Works (426 U.S. 736, 1976)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
195.- Parker Seal Co. v. Cummings (429 U.S. 65, 1976)	descanso dominical y trabajo
196.- United Jewish Orgs. of Williamsburgh, Inc. v. Carey (430 U.S. 144, 1977)	Comités religiosos y votaciones
197.- Wooley v. Maynard (430 U.S. 705, 1977)	LR y símbolos estatales
198.- Trans World Airlines, Inc. v. Hardison (432 U.S. 63, 1977)	Descanso dominical y trabajo
199.- Wolman v. Walter (433 U.S. 229, 1977)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
200.- Parker Seal Co. v. Cummings (433 U.S. 903, 1977)	Descanso dominical y trabajo
201.- New York v. Cathedral Academy (434 U.S. 125, 1977)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
202.- Americans United for Sep. of Church & State v. Blanton (434 U.S. 803, 1977)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos

203.- Pacific Union Conf. of Seventh-day Adventist v. Marshall (434 U.S. 1305, 1977)	LR y salario
204.- McDaniel v. Paty (435 U.S. 618, 1978)	Clero y funcionario
205.- Gen. Council on Fin. & Admin. of United Methodist Church v. Superior Court (439 U.S. 1369, 1978)	Autonomía religiosa
206.- National Labor Relations Bd. v. Catholic Bishop (440 U.S. 490, 1979)	Colegios religiosos y trabajadores
207.- Byrne v. Pub. Funds for Pub. Schs. (442 U.S. 907, 1979)	Beneficios a org. relig., centros educativos relig., impuestos
208.- Sch. Dist. v. Pennsylvania Dept. of Educ. (443 U.S. 90, 1979)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
209.- Jones v. Wolf (443 U.S. 595, 1979)	Autonomía religiosa, disputas internas eclesiásticas
210.- Committee for Pub. Educ. & Religious Liberty v. Reagan (444 U.S. 646, 1980)	Beneficios a org. relig., centros educativos relig.
211.- Trammel v. U.S. (445 U.S. 40, 1980)	Privilegios del clero
212.- Harris v. McRae (448 U.S. 297, 1980)	Aborto y activismo judicial
213.- Stone v. Graham (449 U.S. 39, 1980)	Rezo en colegios públicos
214.- Thomas v. Review Bd. (450 U.S. 707, 1981)	Objeción de conciencia, armamento, salario
215.- St. Martin Evangelical Lutheran Church v. South Dakota (451 U.S. 772, 1981)	Centros educativos relig., trabajadores
216.- Heffron v. International Soc. for Krishna Consciousness, Inc. (452 U.S. 640, 1981)	Distribución de literatura religiosa
217.- Widmar v. Vincent (454 U.S. 263, 1981) v. Americans United (454 U.S. 464, 1982)	Reuniones de grupos religiosos en Universidades públicas
218.- Valley Forge Christian College v. Americans United (454 U.S. 464, 1982)	LR, impuestos y activismo judicial
219.- U.S. v. Lee (455 U.S. 252, 1982)	LR, Seguridad Social, Amish
220.- Treen v. Karen B. (455 U.S. 913, 1982)	Rezo en colegios públicos
221.- Rusk v. Espinosa (456 U.S. 951, 1982)	Autonomía religiosa, discriminación relig.
222.- Larkin v. Gredenl. Den., Inc. (459 U.S. 116, 1982)	Privilegios eclesiásticos, venta de licor
223.- Bob Jones Univ. v. U.S. (461 U.S. 574, 1983)	Univ. relig, discriminación religiosa y racista
224.- Mueller v. Allen (463 U.S. 388, 1983)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
225.- Marsh v. Chambers (463 U.S. 783, 1983)	Capillas y rezos en Parlamento estatal
226.- Grove City Coll. v. Bell (465 U.S. 555, 1984)	Universidad religiosa y ayudas federales
227.- Lynch v. Donnelly (465 U.S. 668, 1984)	Símbolos religiosos y espacios públicos
228.- Board of T.V. of Scarsdale v. McCreary (471 U.S. 83, 1985)	Símbolos religiosos y espacios públicos
229.- Tony & Susan Alamo Foundation v. Secretary of Labor (471 U.S. 290, 1985)	Fundaciones religiosas
230.- Wallace v. Jaffree (472 U.S. 38, 1985)	Rezo y centros educativos públicos

SÁNCHEZ-BAYÓN, ANTONIO (2013): CÓMO SE APRENDE DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y SU JURISPRUDENCIA: LOS OTROS ESTUDIOS DE CASOS MENOS CONOCIDOS

231.- Jensen v. Quaring (472 U.S. 478, 1985)	LR y licencia de conducir
232.- Estate of Thornton v. Caldor, Inc. (472 U.S. 703, 1985)	Trabajo y descanso religioso
233.- Grand Rapids School District v. Ball (473 U.S. 373, 1985)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
234.- Aguilar v. Felton (473 U.S. 402, 1985)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
235.- Witters v. Washington Department of Servs. for the Blind (474 U.S. 481, 1986)	Beneficios a org. relig. centros educat. religiosos
236.- Goldman v. Weinberger (475 U.S. 503, 1986)	LR y servicio militar
237.- Bender v. Williamsport School District (475 U.S. 534, 1986)	LR, educación y activismo judicial
238.- Bowen v. Roy (476 U.S. 693, 1986)	LR y Seguridad Social
239.- U.S. v. Dion (476 U.S. 734, 1986)	LR e indios
240.- Ohio Civil Rights Comm. v. Dayton Christian Schools (477 U.S. 619, 1986)	LR, administración y abstención de jurisdicción
241.- Hobbie v. Unemployment Appeals Comm. (480 U.S. 136, 1987)	Trabajo y descanso religioso
242.- Cooper v. Eugene School District (480 U.S. 942, 1987)	Símbolos religiosos, trabajo, centros educ. pública
243.- Shaare Tefila Congregation v. Cobb. (481 U.S. 615, 1987)	Discriminación religiosa, judíos
244.- O' Lone v. Estate of Shabazz (482 U.S. 342, 1987)	LR, prisiones
245.- Board of Airport Comm. v. Jews for Jesus, Inc (482 U.S. 569, 1987)	Comunicación religiosa., y espacios públicos
246.- Edwards v. Aguillard (482 U.S. 578, 1987)	Creacionismo v. Evolucionismo
247.- Corporation of Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-day Saints v. Amos (483 U.S. 327, 1987)	Discriminación religiosa
248.- Karcher v. May (484 U.S. 72, 1987)	LR y construccionismo judicial
249.- Lyng.v. Northwest Indian Cemetery Protective (485 U.S. 439, 1988)	LR e indios
250.- Employment Div. v. Smith (485 U.S. 660, 1988)	LR, trabajo, indios
251.- U.S. Catholic Conference v. Abortion Rights Mobilization, Inc. (487 U.S. 72, 1988)	LR, católicos y activismo/constructivismo judicial
252.- Bowen v. Kendrick (487 U.S. 589, 1988)	Beneficios a org. relig. constructivismo religioso y judicial
253.- Texas Monthly, Inc. v. Bullock (489 U.S. 1, 1989)	Publicaciones religiosas, excepciones fiscales
254.- Frazee v. Illinois Department of Empl. Security (489 U.S. 829, 1989)	Trabajo y descanso religioso
255.- Hernández v. Commissioner of Internal Revenue (490 U.S. 680, 1989)	LR, donaciones, excepciones fiscales
256.- County of Allegheny v. ACLU (492 U.S. 573, 1989)	Símbolos religiosos, espacios públicos
257.- Jimmy Swaggart Ministries v. Bd. of Equalization (493 U.S. 378, 1990)	Org. religiosas, excepciones fiscales
258.- Employment Div. v. Smith (494 U.S. 872, 1990)	LR e indios
259.- Davis. V. U.S. (495 U.S. 472, 1990)	LR, donaciones, impuestos

260.- Westside Bd. of Educ. v. Mergens (496 U.S. 226, 1990)	Rezo, centros educación pública
261.- EEOC v. Arabian American Oil Co. (499 U.S. 244, 1991)	Discriminación relig., trabajo
262.- Lee v. Weisman (505 U.S. 577, 1992)	Rezo, centros educación pública
263.- International Soc. for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee (505 U.S. 672, 1992)	Literatura relig., espacios públicos
264.- Church of Scientology v. U.S. (506 U.S. 9, 1992)	LR, activismo judicial
265.- Lamb. Chapel Ctr. Moriches Union v. Free School Dist. (508 U.S. 384, 1993)	LR, discriminación relig. centros educativos
266.- Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah (508 U.S. 520, 1993)	LR, santería, sacrificio de animales
267.- Zobrest v. Catalina Foothills School Dist. (509 U.S. 1, 1993)	Beneficios a org. relig., centros educativos religiosos
268.- Bd. of Educ. v. Grumet (512 U.S. 687, 1994)	LR, centros educativos publ., org. relig.
269.- Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group (515 U.S. 557, 1995)	Libertad de conciencia, sexualidad, orden y moral público
270.- Capitol Sq. Review 6 Advisory Bd. v. Pinette (515 U.S. 753, 1995)	Símbolos relig., centros educativos públicos
271.- Rosenberger v. Rector & Visitors (515 U.S. 819, 1995)	Discriminación relig., centros educativos públicos
272.- Agostini v. Felton (521 U.S. 203, 1997)	Beneficios a org. relig., centros educativos públicos
273.- City of Boeme v. Flores (521 U.S. 507, 1997)	LR, RFRA
274.- Boy Scouts of America v. Dale (530 U.S. 640, 2000)	Libertad de conciencia y moral
275.- Troxel v. Granville (530 U.S. 57, 2000)	LR, derechos paternos
276.- Santa Fe Ind. School Dist. v. Doe (530 U.S. 290, 2000)	Rezo, centros educ. religiosos
277.- Mitchell v. Helms (530 U.S. 1296, 2000)	Beneficios a org. relig., centros educ. religiosos
278.- Good News Club v. Milford Cent. School (533 U.S. 98, 2001)	Discriminación relig., centros educ. religiosos
279.- Zelman v. Simmons-Harris (536 U.S. 639, 2002)	Beneficios a org. Relig., centros educ. religiosos
280.- Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc. v. Village of Stratton (536 U.S. 150, 2002)	Literatura religiosa, proselitismo
281.- Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow (542 U.S. 1, 2004)	Rezo, centros educ. relig., saludo a la bandera
282.- Hibbs v. Winn. (542 U.S. 88, 2004)	ONGs, impuestos
283.- Locke v. Davey (540 U.S. 712, 2004)	Discriminación religioso, educación, ayudas
284.- Brown v. Payton (544 U.S. 133, 2005)	LR, derechos del detenido
285.- Cutre v. Wilkinson (544 U.S. 709, 2005)	LR, personas internadas

A propósito se ha cortado el enunciado de casos en el año 2005 (tras la reelección de W. Bush), pues actualmente son más de trescientos cincuenta

grandes casos sobre la materia, ya que la ilustración de las nuevas temáticas –que completan todo ello– se desea abordar en el siguiente epígrafe, donde sí se entra a conocer “los otros estudios de caso” –tal como reza el subtítulo de este estudio–. Entre las muchas lecciones a extraer, una que no se desea dejar pasar y que guarda relación con la amplia producción jurisprudencial –casi olvidada en parte–, es el hecho de que el viejo sistema del estudio de caso de tipo lineal (por criterios cronológicos), no es viable ya –por las razones aducidas–, sino que resulta más conveniente la vía sistemática por áreas (*area cases*), tal como se aclara seguidamente.

III. ÁREAS TEMÁTICAS

Las áreas temáticas elegidas, a modo de red de redes de cuestiones entrelazadas, son de carácter interdisciplinario y de gran complejidad, de ahí que se recurra a un tipo de estudio de caso holístico: se trata de combinar desde la *epojé* y la *mayéutica*, pasando por la analítica política y la crítica cultural, hasta llegar a la polemología social (*problema method*), sin dejar de prestar atención al enfoque prioritario, que es el jurídico (conforme a unos fundamentos de derecho, que guían el resto de la argumentación y evidenciación del caso correspondiente).

1. Estudios domésticos: libertad religiosa y políticas federales

Téngase en cuenta que la religión en los EE.UU. –debido a su concepción más secular– pasa a ser la clave para lograr la salvación a través del mundo, lo que contribuye al impulso de un Estado social de base particular o *social gospel* (evangelismo social –versión protestante de la doctrina social católica–). La idea es que la asistencia social comunitaria la proporcionen asociaciones locales, en su mayoría religiosas. Es por todo ello que buena parte de la regulación sobre la materia es compilada en el Título 42 del *United State Code*, cuyo rótulo es de la *Salud y Bienestar Público*. Así se constata del listado de más de cien actividades que en tal sentido vienen desarrollando el clero, los religiosos, las iglesias y sus entes dependientes, de entre las que se destacan las siguientes (por ser la más populares): a) actividades y servicios (servicios de adopción, orfanatos, centros de acogida de menores, asistencia de madres solteras, programas de apoyo a jubilados, centros de recreo juvenil, centros de recreo de mayores, centros de retiros espirituales, clínicas de salud, servicios de apoyo al inmigrante, fondos de caridad, santuarios, programas de rehabilitación, programas de apoyo psicológico, programas de alimentación a indigentes); b) organizaciones y actividades patrocinadas (escuelas de enfermería, colegios de educación elemental,

institutos de educación secundaria, escuelas bíblicas, seminarios teológicos, universidades, fundaciones de educación, centros de convenciones, cursos de estudio en casa, seminarios públicos, centros de meditación, librerías, archivos, bibliotecas, editoriales (de libros de religión y educación); c) bienes y productos ofrecidos por las iglesias (libros, revistas, documentales, programas de radio, programas de televisión); d) actividades recreativas y sociales (grupos de teatro, clubes de hombres, clubes de mujeres, centros de juventud, centros de mayores/jubilados, campamentos de verano, zonas de picnic/merenderos, parques infantiles, bazares, clubes sociales, clubes de solteros); e) organizaciones afiliadas (granjas, tiendas de objetos religiosos, conventos, monasterios, cementerios, servicios de inspección y certificación de comida (*kosher*), programas de mutuas aseguradoras); etc.

Por tanto, debido al gran peso que tienen las confesiones en la implementación local de las políticas sociales, se entenderá que se hayan elegido los dos siguientes supuestos, pues aunque ambos provengan del Ejecutivo Federal, parecen realizar una lectura de inversión de las interpretaciones clásicas de las cláusulas de la *Primera enmienda* sobre libertad religiosa (*free exercise & (non)establishment*) –causando con ello, no solo cierta discriminación, sino además una creciente brecha en el tan cacareado muro de separación (*wall of separation*)–.

A) ESTUDIO DE CASO 1: ORGANIZACIONES BASADAS EN LA FE (FAITH-BASED & COMMUNITY ORGANIZATIONS / INICIATIVES - FBOs)

a) Consideraciones preliminares

La política social de las Administraciones W. Bush –como ya se mencionara– es heredera del impulso intervencionista federal de los programas iniciados por CLINTON (e.g. *Charitable choice*, *International Religious Freedom Monitoring*, *No child left behind*, etc.)⁷, solo que con un sesgo discursivo

⁷ Como se ha mencionado con anterioridad, los programas de organizaciones basadas en la fe de W. Bush, parten de la *Welfare Reform* (reforma del Estado de bienestar) de las Administraciones Clinton, a través de la *Charitable Choice* (implantada por leyes como *The Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* de 1996, así como, programas del tipo de *Temporary Assistance to Needy Families*, *Community Services Block Grant*, etc.). La diferencia estriba en que, mientras el objetivo inicial de la primera etapa de las políticas públicas de Clinton, se pretendía dotar de fondos públicos a las ONGs –haciendo la competencia excluyente a las iglesias–, con W. Bush, se eliminan las restricciones tradicionales, al acceso a fondos públicos, para las organizaciones de fe con actividades de promoción comunitaria. Vid. DAVIS y HANKINS (1999), EDWARDS (2007).

neoconservador. En términos más específicos, ello aclara la paradoxología manifiesta en torno a las políticas públicas de W. Bush, pues pese a tratarse de un republicano y evangélico converso, sus programas federales de intervención comunitaria, en realidad, son vías de financiación de *Faith-based & Community Organizations / Iniciativas* (organizaciones/iniciativas basadas en la fe y (el servicio a) la comunidad) (FBOs). Con esta denominación eufemística, se está haciendo referencia a las organizaciones e iniciativas religiosas, especialmente, a aquellas variedades surgidas del último despertar religioso (frente a las *well-established*)⁸, y cuyos fieles conforman buena parte de la base electoral de W. Bush. Formuladas las debidas aclaraciones preventivas y contextualizadoras, a continuación, se procede a una breve y expeditiva presentación de las FBOs, abordándose cuestiones como: a) ¿en qué consiste y qué relación se tiene con la *Casa Blanca*?; b) ¿qué regulación le atañe?; c) polémicas y aporías.

b) *Significado y alcance*

FBOs constituye un conjunto de programas de actuación social, calificado por el propio Presidente W. Bush como “una de mis más importantes iniciativas (...) para ensalzar la gran compasión estadounidense, mediante unos EE.UU. con un corazón, un alma, y una conciencia al mismo tiempo”.⁹ Partiendo de la reforma del Estado de bienestar iniciada por Clinton con el conjunto de programas *Charitable choice*, el Presidente W. Bush, recondujo las ayudas previstas, incrementándolas, y donándolas a organizaciones locales basadas en la fe y el servicio comunitario –bajo la excusa de acercar la Administración al ciudadano, sin necesidad de niveles intermedios, evitándose así un excesivo papeleo, el goteo de fondos, etc. Para vertebrar el sistema, el Presidente W. Bush, en el año 2001 nombra como *Director de la Oficina de la Casa Blanca para FBOs* a J. Towey –sustituido en 2006 por J.F. Hein, quién además ocupa el cargo de Vicesecretario del Presidente–, sirviendo de enlace con unos ciento cincuenta programas en curso de otros Departamentos (v.g. Agricultura, Comercio, Educación, Salud y Servicios Sociales, Vivienda y Desarrollo Urbanístico, Justicia, Trabajo, Asuntos de Veteranos, Administración de Pequeños Negocios, etc.), y gestionando la concesión de más de mil programas de ayudas y becas (con un presupuesto de cientos de millones de dólares). Todas estas ayudas están abiertas a la

⁸ Por *faith groups* (grupos de fe), se entienden aquellas variedades religiosa más recientes e informales, surgidas del último despertar religioso en la década del 60'. Dicha terminología se adopta en oposición a las *well-established religious denominations* (confesiones religiosas bien establecidas), que refiere al resto de organizaciones religiosas.

⁹ Cfr. VV.AA. (2001) p. 2.

solicitud de cualquier organización con actividades de promoción social y bienestar general (v.g. caridad, educación, salud, ayuda a minusválidos). No hay fondos exclusivos para las organizaciones basadas en la fe –salvo pequeños programas algo más específicos, como *Compassion Capital Fund* (Fondo de capitales para la compasión)–, sino que todas las ayudas están abiertas a cualquier organización y/o iniciativa con vocación de ayuda a los demás y contribución al bien común. La fiscalización de las ayudas concedidas se realiza a través de un procedimiento de cinco pasos: (1) *Paso 1, Informes financieros*: se exige cumplimentar el *Standard Form 269* (formulario tipo 269), que asegura estar al corriente de los pagos tributarios y de la adecuada situación financiera; (2) *Paso 2, Copatrocinio*: no es un requisito obligatorio para todas las ayudas, pero sí bastante frecuente. Consiste en pedir datos de las otras organizaciones que también contribuyen a financiar el proyecto; (3) *Paso 3, Custodia de documentación*: se pide al receptor de la ayuda, que guarde la documentación presentada, así como las facturas de los gastos, durante un período aproximado de tres años (v.g. si se recibe la ayuda en 2003, hasta 2006, entonces, es necesario guardar la documentación hasta 2009); (4) *Paso 4, Notificación periódica*: mientras se reciba la ayuda, existe el deber de informar periódicamente, en los plazos fijados para cada convocatoria, dando detalle de la evolución del proyecto, con sus gastos, sus resultados, etc; (5) *Paso 5, Auditoría*: por la recepción de los fondos públicos, la Administración se reserva el derecho de auditoría. Normalmente, para fondos inferiores a 500.000 dólares, se suele permitir la auto-auditoría de la organización receptora de la ayuda; para más de 500.000, habitualmente, se solicita a la organización que contrate a un auditor externo; para cuantías mayores, es la propia Administración la que audita.

c) Regulación

Esta es una normativa de desarrollo de rango diverso, ya que comprende desde órdenes o decretos ejecutivos presidenciales, pasando por leyes parlamentarias y reglamentos departamentales o ministeriales, hasta órdenes de agencias autónomas: (1) *Executive Orders* (órdenes o decretos ejecutivos presidenciales) (E.O.): E.O. 13397, para la creación de un nuevo centro para FBOs en el Departamento de Seguridad Nacional (7 de marzo de 2006); E.O. 13280, para exigir una igual protección para FBOs (12 de diciembre de 2002); E.O. 13199, para la creación de la Oficina de la Casa Blanca para FBOs (29 de enero de 2001); E.O. 13198, para la creación de cinco centros para FBOs (29 de enero de 2001); etc.; (2) *Public Acts / Bills* (leyes orgánicas y ordinarias): *Charity Aid, Recovery, and Empowerment Act of 2002* (Ley de ayuda a la caridad, la recuperación y su vinculatoriedad); *Savings for Working Families Act of 2002* (Ley de ahorros para las familias trabajadoras); etc.; (3) *Final Rules* (Reglamentos Departamentales/Ministeriales) (F.R.): a)

F.R. del Departamento de Educación: *Participation in Education Department Programs by Religious Organizations; Providing for Equal Treatment of All Education Program Participants* (Programas de participación en educación por las organizaciones religiosas; dándose un tratamiento igualitario a todos los participantes en los programas de educación) (4 de junio de 2004); b) F.R. del Departamento de Asuntos de Veteranos: *Homeless Providers Grant and Per Diem Program; religious organizations* (Ayudas proporcionadas a los sin techo y programas diarios (de asistencia) (8 de junio de 2004); c) F.R. del Departamento de Agricultura: *Equal opportunity for religious organizations* (igualdad de oportunidades para las organizaciones religiosas) (9 de julio de 2004); etc.

d) *Polémicas*

Resulta de dudosa constitucionalidad el uso que a veces se ha hecho de los fondos concedidos, para actividades próximas al proselitismo (v.g. campañas de salvación de almas y de abstinencia sexual); al mantenimiento religioso (v.g. rezos por el bienestar general); etc. Incluso, se ha llegado a aplicar estos fondos para financiar la contratación de los seguros de responsabilidad civil, para ministros de culto e iglesias. ¿En qué afecta todo esto a la interpretación de las citadas cláusulas de la Primera Enmienda sobre la Libertad Religiosa? ¿Podría haber conflicto con el estudio de caso 2?

B) ESTUDIO DE CASO 2: PROYECTO LIBERTAD PRIMERA/PRINCIPAL (THE FIRST FREEDOM PROJECT)

a) *Consideraciones preliminares*

El 20 de febrero de 2007, el Fiscal General, A. R. Gonzales, pone en conocimiento de los medios de comunicación una de las iniciativas clave de su mandato, como es *The First Freedom Project* (Proyecto Libertad Primera o Principal). En sus propias palabras, consiste en: “una iniciativa para preservar la libertad religiosa, lo que requiere un avanzado compromiso para proteger la más básica libertad para la gente de todo tipo de fe”.

b) *Significado y alcance*

Entre las medidas iniciales a adoptar, en el seno de este proyecto, el Fiscal General priorizó las siguientes: a) La presentación de un informe sobre el impulso para el cumplimiento de leyes protectoras de la libertad religiosa (con la actividad del Ministerio Fiscal, entre los años 2001 y 2006), donde se pone de manifiesto que, pese al empeño mostrado, es necesario dotar de más recursos, lo que conduce a la segunda medida; b) Se propone la constitución

de un Departamento dependiente, cuyo director sería el ayudante del Fiscal General para la *División de Derechos Civiles*; c) Se enuncian una serie de primeras actuaciones complementarias de concienciación, como la celebración de seminarios regionales, la implantación de un servicio de consulta sobre discriminaciones religiosas, etc.; d) Los objetivos: Los temas prioritarios marcados, para dar un impulso “pro-activo” de la libertad religiosa y combatir la discriminación a través de “sinergias”, son: a) la discriminación en la educación; b) la discriminación en el empleo; c) la discriminación en vivienda; d) la discriminación crediticia; e) la discriminación en la asistencia pública; e) Discriminación religiosa en Educación: dentro de la *División de Derechos Civiles*, la *Sección de oportunidades educativas*, en aplicación del *Título IV y IX de la Ley de Derechos Civiles de 1964*, se dedica a promover casos ante los tribunales para evitar discriminaciones en las aulas públicas por razón de raza, color, religión, sexo u origen nacional. Los litigios más habituales, así como sus ejemplos más recientes –de ahí que aun carezcan de las notas de registro de otros casos ya compilados–, son: (1) *Harassment* (acoso): se vigilan casos de acoso religioso, especialmente, de profesores a alumnos (v.g. en *Delaware School District*, en marzo de 2005, hubo que proteger a estudiantes musulmanes de *cuarto grado*); (2) *Student Religion Expressions* (expresiones religiosas estudiantiles): se vigila la discriminación en iniciativas de los propios estudiantes (v.g. un grupo de estudiantes de instituto en Massachusetts fueron suspendidos de clases por entregar caramelos con mensaje religioso), y las patrocinadas por los centros educativos (v.g. un concurso de talentos musicales, en un colegio de New Jersey, censuró una canción por ser cristiana); (3) *Religious dress* (vestimenta religiosa): no cabe discriminación, por ejemplo, por el uso de pañuelo para la cabeza (v.g. *Muskogee Public School District*, fue denunciado por no permitir a una estudiante musulmana asistir a clases con el velo); (4) *Equal access* (acceso en igualdad –de condiciones–): los centros públicos deben permitir a los grupos religiosos desarrollar actividades extraescolares en igualdad de oportunidades (v.g. *Good News Clubs* (agrupaciones de buenas noticias), son asociaciones estudiantiles que realizan actividades benéficas y para la mejora social, pero debido a su cariz religioso, no es reconocida su labor y no se les conceden espacios para sus reuniones, ni financiación, etc.); (5) *Exclusion from Higher Educational Opportunities Based on Belief* (exclusiones por creencias para oportunidades de educación superior): *ídem* (v.g. *Texas Tech University*, un profesor de biología se negaba a hacer cartas de recomendación para Facultades de Medicina si el estudiante no prometía antes creer firmemente en la teoría de la evolución); (6) *Religious Holidays* (festividades religiosas): deben respetarse las festividades, especialmente, si existe autorización paterna (v.g. en Indiana, un chico fue suspendido de clases por faltar varias veces al centro, debido a celebraciones religiosas, y su madre fue demandada por negligencia, por parte de las autoridades locales); f) Discriminación religiosa en el empleo:

igualmente, dentro de la *División de Derechos Civiles*, existe una *Comisión para la igualdad de oportunidades laborales*, que en aplicación del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, se dedica a promover casos ante los tribunales para evitar discriminaciones de trabajadores en instituciones públicas o de centros religiosos a sus trabajadores. Entre los litigios más recientes llevados por la Comisión (en el año fiscal 2005-2006 –muchos de ellos aun en las cortes), destacan dos casos: a) *U.S. v. Los Angeles County Metropolitan Transit Authority*, por exigir en sus formularios de empleo plena disposición de horario, sin tener en cuenta el descanso sabático de los judíos o el dominical de los cristianos, etc.; b) *U.S. v. State of Ohio*, donde su agencia de protección ambiental no empleaba trabajadores que, por motivos religiosos, alegaban objeción de conciencia al pago obligatorio de las tasas sindicales (ya que el sindicato era pro-aborto, pro-matrimonio homosexual, etc.); g) Discriminación religiosa en vivienda: otra entidad, en el seno de la *División de Derechos Civiles*, es la *Sección de Vivienda y Promoción Civil*, en aplicación de la *Fair Housing Act* o Ley de vivienda –competencia compartida con el *Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbanístico*–, que se dedica a promover casos ante los tribunales para evitar discriminaciones religiosas en la obtención de casa. Igualmente, entre los litigios más recientes, llevados por la Sección, destacan tres casos, donde los afectados, bien no pudieron adquirir su vivienda o ésta fue atacada, por razón de su fe y raza, porque se logran indemnizaciones al respecto: a) *U.S. v. Hillman Housing Corporation*, en New York; b) *U.S. v. Altmayer*, en Chicago; c) *U.S. v. San Francisco Housing Authority*, en San Francisco; h) Discriminación religiosa en créditos: la *Sección de Vivienda y Promoción Civil*, también se dedica a dar cumplimiento a la *Equal Credit Opportunity Act* o Ley de igualdad de oportunidades crediticias –competencia compartida con otras agencias, como el *Internal Revenue Service* (servicio de recaudación interna)–, dedicándose a promover casos ante los tribunales para evitar discriminaciones religiosas en la concesión o devolución de créditos (v.g. causas habituales en la práctica son: la denegación del crédito, la incorporación de cláusulas abusivas, etc.)¹⁰; h) Discriminación religiosa en servicios públicos: una vez más, otra tarea de la *Sección de Vivienda y Promoción Civil*, en aplicación del Título II de la Ley de Derechos Civiles de 1964, es velar por el cumplimiento del respeto religioso en servicios públicos, como restaurantes, cines, etc. Uno de los últimos casos llevados por la Sección fue, la discriminación sufrida por un *Sikh*, en un restaurante de Virginia, donde le exigían quitarse el turbante para poder acceder al restaurante; i) Discriminación religiosa en asistencia pública: sin una unidad específica, la *División de Derechos Civiles*, de acuerdo con el Título III

¹⁰ Tras la crisis crediticia-hipotecaria, esta medida del proyecto ha quedado muy difuminada.

de la Ley de derechos civiles de 1964, puede tramitar todo caso relacionado con la falta de igualdad de trato en el acceso a las prestaciones públicas. Un buen caso ilustrativo de la materia, es el de *Blanch Springs* (Texas), donde un bando municipal de 2003, prohibía toda actividad religiosa en los Centros de Recreo de Mayores, no pudiendo los jubilados bendecir la mesa, cantar himnos bíblicos, etc.

c) *Regulación*

Vid. fundamentos de derecho citados en el pto. b).

d) *Polémicas*

Cierto es que corresponde a los poderes públicos promover el libre ejercicio, pero no así una actitud proselitista en materia religiosa. ¿Existen indicios de discrecionalidad o activismo jurídico-administrativo?

2. Estudios foráneos: factor religioso y geopolítica

En la década de 1990, con la Administración Clinton se procede por fin a ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 –uno de los principales convenios de derechos humanos de las Naciones Unidas (ONU), del que los EE.UU. había sido su máximo valedor durante la Guerra Fría, y sin embargo, nunca había incorporado plenamente a su Ordenamiento interno–. De este modo, los EE.UU., pasa a ser un país de pleno derecho y participación en el sistema de la ONU para el reconocimiento, protección y promoción de los derechos humanos. Especialmente destacada es su actuación en la Relatoría de Libertad Religiosa. Sorprendentemente, es la misma Administración Clinton la que empieza a constituir un sistema paralelo, a través de sus embajadas, nutriéndolo de recursos, hasta que de pronto, salta el escándalo sexual, se termina la legislatura y comienza su andadura la Administración W. Bush, que hará un excesivo uso del sistema IRFA –se trata de una reproducción del mismo problema que tuvo lugar con el ámbito doméstico con el sistema FBOs, por ejemplo–.

A) ESTUDIO DE CASO 3: LEY DE LIBERTAD RELIGIOSA INTERNACIONAL (THE INTERNATIONAL RELIGIOUS FREEDOM PROGRAM - IRFA)

a) *Consideraciones preliminares*

Como se viene señalando, con la caída de la URSS y durante buena parte de la década de los 90, en los EE.UU. se barajan diversas opciones legitimadoras de su intervención exterior (v.g. contención del narcotráfico, del

terrorismo, del subdesarrollo y de la inmigración de los Estados fallidos). De entre las mismas, finalmente, llega a destacar la promoción y protección de la libertad religiosa, entendida como un pilar de los derechos humanos y la democracia. Bajo tal argumentario, se revitaliza así un mesianismo que, tras los atentados del 11/S, da lugar a una intensificación de un juego geopolítico de carácter religioso-cultural. Pues bien, del estudio de uno de los primeros instrumentos legitimadores (la *Ley de libertad religiosa internacional* y su sistema operativo), y de la comprensión de la deriva hacia un juego geopolítico netamente religioso-cultural, es de lo que versa este punto, permitiendo la observación de la actual lógica de transnacionalidad del Derecho estadounidense.

b) *Significado y alcance*

Se trata de una ley pública, comparable con las leyes orgánicas de Europa-continental, cuya introducción en el parlamento federal corrió a cargo del Congresista F.R. Wolf¹¹, el 8 de septiembre de 1997, bajo la denominación *Freedom From Religious Persecution Act* (Ley de libertad a causa de la persecución religiosa). El proyecto original de Wolf pretendía la supervisión de la libertad religiosa en el mundo, con el ánimo de proteger a los misioneros estadounidenses, y de paso, a las minorías religiosas. La idea no era tan descabellada, como algunos puristas del corriente Derecho Internacional Público –dicho sea de paso, con menos de sesenta años de vigencia (las Naciones Unidas)– clamaron¹², ya que no se trataba de una ley internacional aprobada por un parlamento nacional, sino más bien era una norma transnacional: los EE.UU., como hiper-potencia planetaria tiene intereses y ciudadanos en todo el mundo, por lo que en consecuencia con dicha lógica

¹¹ Se trata de un político de larga trayectoria, con experiencia en distintos campos, aunque hace tiempo que se centró en relaciones internacionales y derechos humanos: elegido en representación del Estado de Virginia en diez ocasiones (más de veinte años en el cargo), ha repartido su tiempo entre tres áreas políticas, como son Transportes y Telecomunicaciones (perteneciendo a los Subcomités de Comercio y Justicia, el de Estado y Judicatura, etc.), así como Derechos Humanos (sirviendo en la Comisión para la Seguridad y Cooperación en Europa), además de realizar trabajos de campo en Afganistán, China, Etiopía, Sierra Leona y Sudán, acaso, tales destinos pudieron influir en el tono de civilizing sense y self-righteousness de su proyecto de ley, y que tan bien casaban con el sentir de la doctrina Clinton del humanitarismo, además de abrir las puertas a las ansiedades preventivas neoconservadoras.

¹² En la línea discursiva, igualmente, resulta curioso que no se proteste frente a las cláusulas abusivas –independientemente de la pretensión moral subyacente– frente a terceros que impone la Unión Europea en sus intercambios comerciales con otros países, pudiendo rescindir dicha relación discrecionalmente si no se observan aquellas.

puede regularse tal realidad, ahora bien, cuáles son los fines no oficiales que mueven a la constitución de un instrumento así, como su sistema propio, cuando existe otro vigente al que se supone se apoya, como es la figura del relator para la libertad religiosa de Naciones Unidas; todo ello conduce a la aceptación o no del *principio de buena fe*, como vuelve a plantearse más adelante. Con respecto al proceso de tramitación de la IRFA, pese a su premura¹³, fue arduo y laborioso, no tanto en términos sustanciales ya que había una vocación unívoca de los poderes públicos, sino en lo formal, porque los *matices y sellos personales* suponían prestigio y poder potencial de para su interpretación implementadora. En esto, el proyecto pasó por más de una decena de Comités y Subcomités, recibiendo tres enmiendas en la Cámara de Representantes (más dos normas de apoyo para su tramitación), a las que añadir otras tres del Senado, y una última durante la votación final; de tal modo, el 9 de octubre de 1978, el Senado aprobó la norma por abrumadora mayoría (98 votos a favor, 0 en contra, 2 en blanco); dieciocho días más tarde, el Presidente de los EE.UU. la firmó, adquiriendo entonces la condición de ley pública. En cuanto a la estructura de la norma, la IRFA, resulta una norma relativamente larga, si se tiene en cuenta que se trata de un tema concreto y no se está ante una *Omnibus Law* (Ley de acompañamiento) de contenido y alcance variado. La IRFA consta de un preámbulo, siete títulos, dos subtítulos y cuarenta y una secciones. Sobre el contenido *stricto sensu* de IRFA, cabe destacar que pese a su carácter transnacional, efectivamente, los EE.UU. se mantienen dentro del margen de sus intereses, así como de la atención a sus ciudadanos y sus recursos. Su labor de vigilancia corresponde a las embajadas estadounidenses y las sanciones a adoptar siguen afectando a la soberanía de dicho país, porque solo operan sobre las ayudas internacionales que los EE.UU. aprueban en sus presupuestos nacionales –la gran duda, otra vez, es acerca del respeto al *principio de buena fe* y el de *soberanía nacional*–.

c) *Regulación*

IRFA y sus modificaciones.

d) *Polémicas*

Varios son los puntos oscuros. Desde cuestiones procedimentales, como es el hecho de la prescripción y caducidad previstas para el Sistema IRFA (que deberían haber desaparecido buena parte de sus organismos a comienzos

¹³ Un tiempo récord de un año, un mes y un día, gracias a que desde su presentación recibió el *mensaje de urgencia* del *Comité de Reglas*, lo que agilizó considerablemente su tramitación, pues de otro modo se habría demorado años.

de la presente década), hasta otros temas de mayor fondo y calado, como es la legitimidad, validez y eficacia de la transnacionalidad del Derecho estadounidense (¿por qué y cómo pueden los estadounidenses legislar y hacer cumplir su Derecho más allá de sus fronteras?).

A estas áreas temáticas señaladas hay que añadir otra pujante como es la de cuestiones actuales, acerca de la protección de las minorías, la bioética, etc. Es un bloque tipo cajón de sastre de temáticas sobrevenidas, por lo que aquí solo se ofrecen un par de notas introductorias, dejando su estudio para mejor ocasión.

En cuanto a lo de las minorías, es una cuestión peliaguda, pues supone salir del régimen de los derechos generales para todos, para entrar en la justificación de por qué un grupo se merece un trato especial. Ciertamente es que la noción tradicional de democracia es la del *gobierno de la mayoría respetando a las minorías*, sin embargo, bajo tal premisa se esconde una trampa, porque cualquier integrante de la mayoría, en realidad, se halla en desventaja frente a las minorías, que a su vez diluyen sus obligaciones y responsabilidades (como cruz de la cara de los derechos especiales propios) vía la persona moral que representa al grupo. La cuestión es que, para poder otorgar un régimen especial a las minorías, ha de responder el mismo a una exigencia de subsistencia del mismo grupo, y que su existencia suponga una contribución al bien común –en principio, la pluralidad es buena, pero la división y la confrontación no, luego habrá que valorar los fines y medios de dichas minorías: ¿aportan riqueza o generan tensión?–. Sin ánimo de desviarse hacia campos de la Filosofía Político-Jurídica y Moral, se procede a aterrizar la cuestión relativa a por qué sí se protege a unas minorías y no a otras. El estudio de caso que mejor ilustra toda esta problemática es el la guerra del peyote contra la del pollo –o sea, de por qué se favorecen las prácticas religiosas de los indios americanos, aunque ello implique el consumo de drogas, mientras no se aplica el mismo criterio para las prácticas sincréticas de afro-americanos y su sacrificio de animales–.

Con respecto a la bioética, se trata de un campo de por sí en expansión. Comenzó con temas de trasplantes y transfusiones, continuando con la eugenesia (v.g. *síndrome dawn* –comenzando con casos de retraso mental severo hasta ampliarse a malformaciones–), y la castración química (*ídem*), por la contracepción, para extenderse luego a cuestiones como la clonación, la crioestasis, la modificación genética, los bebés a la carta o medicamentos (diseñados para curar a otros familiares), etc. Los problemas relacionados con esta área temática crecen a medida que aumenta la tecnología bio-sanitaria, pues en las fronteras es donde surgen los dilemas ético-morales. El caso es que –por duro que suene–, no le corresponde al jurista determinar lo

que está bien o mal –eso es misión del filósofo especialista en ética y moral–, sino que ha de limitarse a calificar si un supuesto es conforme a Derecho o no. Para ello es necesario que existan unas instituciones con contenido, o sea, con términos y plazos, además de derechos y obligaciones. Ahora bien, lo que sí es clara misión del jurista es denunciar la perversión que se realice del sistema de derecho, bien por la transmutación de los delitos en derechos, la desaparición de los límites (con los términos y plazos, con sus causas eximentes, imputables, agravantes o atenuantes), todo ello fruto de fenómenos anti-jurídicos como el activismo judicial, la ingeniería social político-jurídica, los científicismos político-jurídicos (velos de confusión técnica e ideológica), y otros. En consecuencia, una buena propuesta de estudio de caso sería *Casos Roe & Doe v. W. Bush y su regulación*. Con tanta amalgama, se busca la evidenciación no solo de los dilemas bioéticos de implicaciones biojurídicas, sino también las perversiones que se están acometiendo contra el Ordenamiento, al articularse desde una flagrante anti-juridicidad (v.g. falsas acusaciones, activismo legislativo y judicial).¹⁴

CONCLUSIONES

Como se ha visto, el recurso del estudio de caso para aprender Derecho es muy útil, pues conforme al pragmatismo estadounidense, es posible adquirir las lecciones mediante supuestos más fáciles de recordar que las categorías abstractas que se suelen manejar en otros sistemas educativos. En el ámbito iuseclesiasticista, el estudio de caso ayuda aun más, pues permite una mejor combinación simultánea de Derecho, política y religión, desde una apreciación inductiva, lo que mitiga el impacto de los posibles prejuicios –algo más habitual en las aproximaciones de corte deductivo–.

Ahora bien, hay una cuestión que no se ha podido aclarar debidamente y quizá pueda inducir a error: de los estudios de caso planteados, tal como se han presentado, es posible llegar a pensar que existe una serie de dialécticas: nada más lejos de la realidad. Una vez más, aparece en escena el

¹⁴ Los casos Roe y Doe –seudónimos dados a las supuestas víctimas de violación–, que sirvieran de base para la legalización del aborto en EE.UU., en la década de 1970, están basados en falsedades –en ambos casos se probó con el tiempo que no hubo violaciones de extraños, ni las embarazadas estaban en peligro, si acaso por las presiones de sus abogados, más preocupados en hacer historia y apoyar causas que en el bienestar de sus defendidas–; b) la regulación de W. Bush, tanto como Gobernador como Presidente, ha sido a resultas de casos concretos y recurriéndose habitualmente a vías excepcionales de tramitación, de ahí que luego se hayan usado para otros fines (v.g. *Texas Advanced Directives Act, 1999, Partial Birth Abortion Act, 2003, Unborn Victims of Violence Law, 2004*).

pragmatismo, que ayuda a los estadounidenses a superar sus disonancias cognitivas –o sea, en caso de darse un choque de creencias, éste ha de superarse sin permitirse un colapso del sujeto afecto–. Es por ello que el estadounidense es socializado para integrar, en vez de enfrentar, luego la presentación de posiciones opuestas no le condiciona a prever un enfrentamiento, sino la diversidad de intereses en juego que hay que procurar armonizar, por lo que no hay una única solución, sino tantas como intereses en relación. De este modo, el jurista estadounidense, en vez de aprender de memoria respuestas prefabricadas, combina las posibles hasta dar con la más conveniente en cada momento.

Por tanto, las propuestas aquí planteadas pretenden evidenciar la creciente complejidad social, y la necesidad al respecto de preparar juristas que sepan operar en y con el nuevo Derecho, articulado él mismo como una red de redes regulatorias, donde las esferas sociales vuelven a estar conectadas –incluso en situación de interdependencia solidaria, aunque sin caer en confusiones de épocas pasadas–, donde las soluciones que habría de aprender a ofrecer el estudiante de Derecho, en especial en la disciplina de Derecho Eclesiástico del Estado, tendrían que depender sus calificaciones en gran medida del entrenamiento adquirido en el desarrollo de la capacidad de análisis crítico-creativo y la destreza para argumentar y evidenciar. Para tal fin bien puede ayudar el estudio de caso, sobre todo en su variante de áreas temáticas entrelazadas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AHLSTROM, S. E. (1972): *A religious History of the American people* (New Haven, Yale University Press) 1158 pp.

BELLAH, R.N. (1970): *Beyond beliefs* (New York, Harper & Row) 306 pp.

_____, (1975): *The broken covenant: American Civil Religion in the Time of Trial* (New York, The Seabury Press) 198 pp.

BLAKELY, W. A. (1949): *American State papers and related documents on Freedom in Religion* (Washington D.C., The Religious Liberty Association) 915 pp.

BRUNKOW, R. V. (1983): *Religion and society in North America. An annotated bibliography* (Santa Barbara, ABC-Clio Press) 515 pp.

- BURR, N. R. (1961): *Religion in American life* (Princeton, Princeton University Press) vols. I y II.
- COBB, S. H. (1902): *The rise of religious liberty in America* (New York, MacMillan) 541 pp.
- DAVIS, D. y HANKINS, B. (edits.) (1999): *Welfare reform & Faith-based organizations* (Waco, Baylor University Press) 311 pp.
- DAWSON J. M. (1953): *America's Way of Church, State, and Society* (New York, MacMillan) 189 pp.
- DEMERATH, N. J. (1965) *Social class in American Protestantism* (Chicago, Rand McNally) 410 pp.
- EDWARDS, G. C. (2007): *Governing by campaigning. The politics of the Bush Presidency* (New York, Pearson) 303 pp.
- GALLUP, G., et al. (1989): *The people's religion. American Faith in the 90's* (New York, MacMillan) 278 pp.
- GREELY, A. M. (1972): *The Denominational society. A sociological approach to Religion in America* (Glenview, Scott Foresman & Co.) 266 pp.
- HAMMAR, R. R. (1983): *Pastor, Church & Law* (Springfield, Christian Ministry Resources) 447 pp.
- HOWARD, G. P. (1944): *Religious Liberty in Latin America?* (Philadelphia, Westminster Press) 170 pp.
- BOFF, L. (1986): *Church: charism and power. Liberation theology and the Institutional Church* (Minneapolis, Winston Press) 182 pp.
- HUDSON, W. S. (1973): *Religion in America. An historical account of the development of American religious life* (2° edition, New York, Charles Scribner's Sons) 463 pp.
- HURD, A. E. (1986): *Religion and Church and State: a bibliography selected from the ATLA religion database* (Chicago, American Theological Library Association) 602 pp.
- JAMES, W. (1902): *The Varieties of Religious Experience. A study in Human Natures* (New York, Modern Library) 823 pp.

- KEOGH, D. (1990) *Church and Politics in Latin America* (New York, St. Martin's Press) 430 pp.
- LEGLER, J. (1952): *The Two Sovereignties. A study of the relationship between Church and State* (New York, Philosophical Library) 186 pp.
- LIPPY, C. H. y WILLIAMS, P. W. (1988): *Encyclopedia of the American Religion. Studies of traditions and movements* (New York, Charles Scribner's Sons) 3 vols.
- MANNING, L. F. (1981): *The Law of Church-State Relations in a Nutshell* (St. Paul, West Publishing Co.) 305 pp.
- MALBIN, M. J. (1978): *Religion and politics: the intentions of the authors of the First Amendment* (Washington D.C., American Enterprise Institute) 40 pp.
- MAZUR, E. (1990): *The Americanization of Religious Minorities. Confronting the Constitutional Order* (Baltimore, Johns Hopkins University Press) 196 pp.
- MEAD, F. S., HILL, Samuel y ATWOOD, Craig (1985): *Handbook of Denominations in the United States* (Nashville, Abingdon Press) 397 pp.
- MECHAM, J. LL. (1934): *Church and State in Latin America* (Chapel Hill, University of North Carolina Press (revisado y ampliado 1966)) 465 pp.
- MELTON, J. G. (1989): *The Encyclopedia of American Religions* (Detroit, Gale Research Inc.) 2 vols.
- NOONAN, J. T. y GAFNEY, E. Mc. (2001): *Religious Freedom. History, cases, and other materials on the interaction of religion and Government* (New York, Foundation Press) 998 pp.
- OLMSTEAD, C. E. (1960): *History of Religion in the United States* (Englewood Cliffs, Prentice-Hall) 628 pp.
- PATTNAYAK, S. R. (1984): *Organized religion in the Political transformation of Latin America* (New York, University Press of America) 239 pp.
- PFEFFER, L. (1967): *Church, State and Freedom* (Boston, The Beacon Press) 832 pp.

PIKE, F. B. (1964): *The conflict between Church and State in Latin America* (New York, Alfred A. Knopf Inc.) 239 pp.

SÁNCHEZ-BAYÓN, A. (2008a): *I La Modernidad sin prejuicios. La religión en la vida pública estadounidense: Fundamentos* (Madrid, Delta Publicaciones) 250 pp.

_____, (2008b): *Manual de Sociología Jurídica Estadounidense: del poder, lo sagrado y la libertad en la Modernidad Occidental* (Madrid, Delta Publicaciones) 185 pp.

_____, (2009a): *Manual de Sociología Jurídica Estadounidense: del poder, lo sagrado y la libertad en la Modernidad Occidental* (2ª edición, Madrid, Delta Publicaciones) 185 pp.

_____, (2009b): *II La Modernidad sin prejuicios. La religión en la vida pública estadounidense: Normativa* (Madrid, Delta Publicaciones) 235 pp.

_____, (2009c): *Estudios de cultura político-jurídica* (Madrid, Delta) 263 pp.

_____, (2010): *Estudios de cultura política-jurídica: de la tolerancia a la libertad y su cuarentena actual* (Madrid, Delta Publicaciones) 263 pp.

_____, (2011) *Derecho Eclesiástico Global. Cuestiones y materiales de trabajo para Derecho Eclesiástico y Canónico* (Madrid, Biblioteca Universitaria de CC. Jurídicas, Económicas y Sociales – UCJC/Delta) 253 pp.

_____, (2012a): *Estado y religión de acuerdo con los Estados Unidos de América. Análisis y sistematización del modelo relacional* (Saarbrücken, LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co ./ Editorial Académica Española) 324 pp.

_____, (2012b): *Sistema de Derecho Comparado y Global* (Valencia, Tirant lo Blanch) 161 pp.

SÁNCHEZ-BAYÓN, A., GONZÁLEZ, M. (2009): *Derecho Eclesiástico de las Américas: Fundamentos Socio-Jurídicos y Notas Comparadas* (Madrid, Delta Publicaciones) 190 pp.

_____, (2011): *RIDE. Regulación Iberoamericana de Derecho Eclesiástico* (Madrid, Delta Publicaciones) 393 pp.

SANDOZ, E. (1990): *Government of Laws. Political Theory, Religion, and the American Founding* (Baton Rouge, Louisiana State University Press) 259 pp.

SEWARD, W. (1964): *Religion in American Culture. A sociological interpretation* (Homewood The Dorsey Press, Complement) 538 pp.

SMITH, J. W. y JAMISON, A. L. (1961): *Religion in American Life* (Princeton, Princeton University Press. Complement) 4 vols.

STARK, R. y GLOCK, C. Y. (1970): *American Piety* (Berkeley, University of California Press) 230 pp.

STOKES, A. P. (1950): *Church and State in the United States* (New York, Harper & Row) 3 vols. 660 pp.

SWEET, W. W. (1942): *Religion in Colonial America* (New York, Charles Scribner's Sons) 367 pp.

_____, (1952): *Religion in the development of American culture* (New York, Charles Scribner's Sons) 338 pp.

TYLER, A. F. (1944): *Freedom's Ferment. Phases of American Social History to 1860* (Minneapolis, The University of Minnesota Press) 608 pp.

TUVESON, E. L. (1968) *Redeemer Nation. The Idea of America's Millennial Role* (Chicago, The University of Chicago Press. Complement) 238 pp.

VV.AA. (2001): *Guidance to Faith-based and Community Organizations on Partnering with the Federal Government* (Washington, White House) 22 pp.

WOOD, J., et al (1958): *Church and State in Scripture. History and Constitutional Law* (Waco, Baylor University Press, 1958) 148 pp.

_____, (1961): *Church and State* (Waco, Baylor University Press) 655 pp.

ZOLLMANN, C. (1033): *American Church Law* (St. Paul, West Publishing Co.) 675 pp.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Charity Aid, Recovery, and Empowerment Act, 11 abril 2002 y sus modificaciones posteriores. Disponible en <<http://beta.congress.gov/bill/107th-congress/senate-bill/1924/text>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Equal opportunity for religious organizations Final Rule, 9 julio 2004. Disponible en <http://www.rurdev.usda.gov/SupportDocuments/fbnp_usdaEqualOppforReligiousOrg.070904fedreg.pdf>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Executive Orders 13198, para la creación de cinco centros para FBOs, 29 enero 2001. Disponible en <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2001-01-31/pdf/01-2851.pdf>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Executive Orders 13199, para la creación de la Oficina de la Casa Blanca para FBOs, 29 enero 2001. Disponible en <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2001-01-31/pdf/01-2852.pdf>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Executive Orders 13280, para exigir una igual protección para FBOs, 12 diciembre 2002. Disponible en <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2002-12-16/pdf/02-31832.pdf>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Executive Orders 13397, para la creación de un nuevo centro para FBOs en el Departamento de Seguridad Nacional, 7 marzo 2006. Disponible en <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2006-03-09/pdf/06-2362.pdf>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Freedom from Religious Persecution Act, 1997. Disponible en <<http://beta.congress.gov/105/bills/s772/BILLS-105s772is.pdf>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Homeless Providers Grant and Per Diem Program; religious organizations, Final Rule, 8 junio 2004. Disponible en <http://www.va.gov/orpm/docs/20040608_AL63_VAHomelessProvidersGrant.pdf>, fecha consulta: 16 junio 2012.

International Religious Freedom Act, 1998. Disponible en <www.state.gov/documents/organization/2297.pdf>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Ley de derechos civiles, 1964. Título 42, Cap. 21 *United States Code*. Disponible en <<http://143.231.180.80/>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Naciones Unidas, 16 diciembre 1966.

Partial birth abortion Act, 2003. Disponible en <<https://www.govtrack.us/congress/bills/108/s3>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Participation in Education Department Programs by Religious Organizations; Providing for Equal Treatment of All Education Program Participants, Final Rule, 4 de junio de 2004. Disponible en <<http://www2.ed.gov/legislation/FedRegister/finrule/2004-2/060404a.html>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Personal responsibility and work opportunity reconciliation Act, 1996. Disponible en <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-104publ193/pdf/PLAW-104publ193.pdf>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Savings for Working Families Act, 2002. Disponible en <<http://beta.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/2160>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Texas advanced directives Act, 1999. Chapter 166 of the Texas Health & Safety Code. Disponible en <<http://codes.lp.findlaw.com/txstatutes/HS/2/H/166/B/166.046>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

Unborn victims of violence law, 2004. Title 16, Chapter 90A, sec. 1841 *United States Code*. Disponible en <<http://143.231.180.80/>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

United States Code. Disponible en <<http://143.231.180.80/>>, fecha consulta: 16 junio 2012.

JURISPRUDENCIA CITADA

Ver Tabla nº 1.

EL DERECHO A LA ESTABILIDAD Y A LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

*The right to stability and protection
against the arbitrary dismissal*

HUGO R. GONZÁLEZ ELÍAS*

Pontificia Universidad Católica de Argentina
Paraná, Argentina

RESUMEN: El autor revisa la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) que aborda la siempre problemática tensión existente entre la potestad pública de hacer cesar una vinculación de empleo público en forma incausada frente a la garantía constitucional del empleado público a su mantenimiento. El máximo tribunal argentino ha asegurado al empleado público permanente el derecho a la estabilidad propia y ha reconocido al empleado público transitorio estar comprendido en la protección constitucional contra el despido incausado, asegurándole el derecho a una indemnización en tal sentido. El análisis pretende despejar la evolución dada de los otros aspectos que mantienen criterios anteriores sincronizados adecuadamente aunque, en opinión del autor, no faltará mucho tiempo para que sigan produciéndose novedades ante nuevas precisiones.

* Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica Argentina de Rosario, Especialista en Derecho Procesal y en Derecho Administrativo, Universidad Nacional del Litoral. Profesor de Grado en las materias Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial, Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Paraná - Entre Ríos. <dr_gonzalez@arnet.com.ar>.

Artículo recibido el 3 de septiembre de 2012 y aprobado el 2 de julio de 2013.

PALABRAS CLAVE: Corte Suprema de Justicia Argentina – Administración Pública – recurso extraordinario – jurisprudencia – Ley de contrato de trabajo

ABSTRACT: The author analyzes the doctrine established by the Argentinean Supreme Court of Justice about that always problematic tension between the public legal authorities to dismiss a public employment in discretionary form and the constitutional right to keep that public employment. The Argentinean Court has assured to the permanent public employed the right to the own stability and has recognized to the transitory public employed the same right to protection against the arbitrary dismissal, assuring the right to a compensation in this respect. The analysis tries to make clear the evolution of other aspects that uphold previous criteria adequately synchronized though, in opinion of the author, we will have to wait not much in order that new innovations arrive facing new precisions.

KEY WORDS: Argentinean Supreme Court of Justice – Public Administration – extraordinary resource – jurisprudence – Labour Contract Law

INTRODUCCIÓN

Algunas de las cuestiones más problemáticas que se vienen planteando en la práctica del empleo público en Argentina, han sido abordados en los últimos tiempos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN) con avances significativos en la doctrina que emerge de sus fallos, en relación a dos situaciones inherentes al empleo público de enorme trascendencia enmarcadas en la consideración del derecho del empleado público (sea éste permanente o no) al mantenimiento en su empleo como un verdadero derecho humano.

Como bien señala LISA¹ son bien conocidos los estrechos vínculos que existen entre el trabajo y la eminente dignidad de la persona humana: el trabajo es testimonio de la dignidad del hombre; por lo que la falta de trabajo es el golpe más duro que se pueda dar a la dignidad humana.

¹ LISA (2011) pp. 205 – 218.

Pero antes de comenzar con el desarrollo del trabajo debemos recordar que la jurisprudencia de la CSJN en Argentina, como regla general, ha establecido que los tribunales y jueces de todo el país tienen un “deber moral”² de conformar sus decisiones en casos análogos a los fallos de aquél tribunal.³

Ahora bien, también se ha dicho que los jueces podrán apartarse de la jurisprudencia de la CSJN cuando la misma violenta sus propias convicciones o cuando se controviertan seriamente sus fundamentos, denotando que la misma, en definitiva, no tiene carácter obligatorio para los tribunales inferiores.

Por otra parte, atendiendo al sistema federal de gobierno que adopta la organización política argentina, la jurisprudencia de la CSJN es de obligatoria aplicación en las Cortes o Superiores Tribunales provinciales, los que resuelven sobre cuestiones de derecho público local el cual no ha sido delegado por las provincias a la nación al momento de la organización nacional y por ende, materias tales como la relativa al empleo público son de su exclusiva incumbencia.

Claro está que, aun así, por vía recursiva extraordinaria federal⁴ la CSJN puede “pescar” aquellos casos que, en general, controviertan disposiciones de la constitución federal constituyéndose en el intérprete final del ordenamiento jurídico nacional.

Para poder efectuar el análisis prometido en el título necesitamos echar mano de algunas herramientas que nos permitan distinguir situaciones que –sean o no sustancialmente diferentes– sean tratadas y abordadas de distinta manera por la jurisprudencia de la CSJN.

Partiendo entonces desde este punto, la propia CSJN clasifica en *Romeo con Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (1988)⁵ y *Castelluccio con*

² SAGÜES (1984) p. 163, ha considerado que el “*respeto a los fallos de la CSJN importa no solamente un deber moral sino también un deber institucional, porque el orden de las instituciones reposa sobre la interpretación que hace la Corte de la Constitución*”.

³ CSJN: *Videla con García* (1870, Fallos 9:53), *Bustos y Cía. con Pando* (1871, Fallos 10:294), *Fils con Provincia de Buenos Aires* (1926, Fallos 147:149), *Bolledo y Cía. y otros con Provincia de Buenos Aires* (1938, Fallos 180:297), *Provincia de Córdoba con Cía. Santafecina de Inmuebles y Construcciones* (1950, Fallos 218:227), *Nación Dir. Gral. Impositiva con Oñate y Cía., S.R.L.* (1952, Fallos 224:540), entre muchos otros.

⁴ Artículo 14 de la Ley n° 48 de 1863.

⁵ CSJN, *Romeo con Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (1988, Fallos 311:216).

Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (1999)⁶ como empleados públicos a los de carácter “permanente” y a los “no permanentes” que, a su vez, los subdivide en “contratados” y “temporarios”.⁷

Asimismo nosotros debemos referir a los que (sin que la CSJN los haya calificado como empleados “públicos”, porque no lo son) se relacionan jurídicamente con la Administración pública mediante contratos regidos por el derecho privado, los que analizaremos luego dado que, pese a que en teoría estas contrataciones no deberían ofrecer inconvenientes en cuanto a su régimen jurídico, lo cierto es que en los hechos el deslinde entre las personas contratadas bajo formas regidas por el derecho privado de las que se rigen por contratos sujetos al derecho público resulta más que complejo.⁸

I. EMPLEADO PÚBLICO PERMANENTE

1. La doctrina *Madorrán*

La CSJN en el caso *Madorrán*⁹ reconoció la estabilidad del empleado público permanente en sentido propio fundado ello en el art.14 bis Constitución Nacional (C.N.) (la actora había ingresado al trabajo en el año 1970 y fue despedida en el año 1996), declarando la inconstitucionalidad del Convenio Colectivo que permitía despedirla sin causa justificada y razonable, con el reconocimiento de una indemnización en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (LCT), ordenando la reincorporación de la actora en el cargo que ostentaba.

⁶ CSJN, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Castelluccio con Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires* (1999, C. 567. XXXIV).

⁷ Ley N° 25164 de 1999, art. 9° faculta la contratación de personal por tiempo determinado exclusivamente para la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente, y la Ley N° 11672 de 2005, art. 64, lo autoriza solo para el desarrollo de estudios, proyectos o programas especiales.

⁸ La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *Bongiovanni, A. y S.* (1993) T.135, p. 343, consideró que “suelen ser borrosos los límites que separa, dentro del género de los ‘contratos de la Administración’ las dos especies de ‘contratos comunes’ y ‘contratos públicos’”.

⁹ CSJN, *Madorrán con Administración Nacional de Aduanas* (2007, M. 1488. XXXVI).

Con este precedente la CSJN dio por terminada una discusión que venía reproduciéndose desde hacía mucho tiempo y que tenía repercusión directa en su propia doctrina en el sentido de interpretar –en forma restringida– el art.14 bis de la C.N. considerando que la garantía de la estabilidad amparaba con igual intensidad y modalidad al empleado público respecto del privado que se encontraba, a su vez, resguardado por la garantía de la protección contra el despido incausado, lo cual se traducía en el reconocimiento del derecho a una indemnización en caso de despido sin causa justificada.

Esa interpretación implicaba lisa y llanamente quitarle el sentido de la garantía específicamente prevista en la C.N. a favor del empleado público permanente con el fin de eliminar el riesgo de que su empleo quede sometido a vaivenes políticos que en el siglo XIX fueron caracterizados por el derecho norteamericano como *sistema de los despojos*¹⁰, motivo por el cual, la Corte en el caso *Madorrán*, se expide por la interpretación de la garantía constitucional de la estabilidad del empleado público con la extensión que la reforma constitucional de 1957 específicamente quiso acordarle.¹¹

Se expresó con contundencia que *“los empleados públicos no dejarán de serlo porque pasen a regirse total¹² o parcialmente por el derecho laboral*

¹⁰ Sistema que en el siglo XIX fue prohibido en los Estados Unidos y que partía de considerar que los cargos y empleos públicos eran de propiedad de la facción que ganaba las elecciones tal y como sucedía luego de las guerras en las que los “despojos” (entendidos como armas aprehendidas, caballos, municiones, etc.) eran de propiedad del vencedor. Como nos recuerda COMADIRA (2003) pp.621 y 622, en aquella época, la tensión entre la existencia de una burocracia estable y las exigencias de los políticos triunfantes llevó a considerar al empleo público como un verdadero botín, de modo que, se llegó a decir que *“el mundo parecía dividido en dos clases: quienes iban a California a buscar oro y los que viajaban a Washington a buscar cargos”*.

¹¹ CSJN, *Madorrán con Administración Nacional de Aduanas* (2007, M. 1488. XXXVI), criterio sostenido en el voto del Dr. Zaffaroni según doctrina sentada en el caso CSJN, *Romero Martino con Caja Nacional de Ahorro y Seguro* (1985, Fallos 307:546), voto del Dr. Belluscio al cual remite. Aunque también la encontramos en el caso CSJN, *Enrique con Provincia de Santa Fe* (1965, Fallos 261:334), votos en disidencia de Aberasturi y Zavala Rodríguez.

¹² Lo cual a partir del fallo que analizamos es imposible, ya que regirán siempre las disposiciones constitucionales (art.14 bis) y de nivel constitucional (derechos humanos de los trabajadores amparados por tratados internacionales) que se encuentra por sobre tal derecho.

*privado*¹³ a lo que agregó “*sustituir la reinstalación que pretende el agente que fuera injustamente segregado de su cargo por una indemnización dejaría al empleado público indefenso ante las cesantías en masa que podrían producirse en ocasión de los cambios de gobierno e introduciría una evidente carga sobre la bolsa estatal*”.

Ahora bien, formulemos algunos interrogantes a fin de “testear” la nueva doctrina de la Corte en su cotejo con otros fallos de ineludible importancia para pretender lograr su justo y preciso sentido. Para ello nos situaremos en una ineludible referencia externa del fallo, porque no debemos dejar de considerar que si el criterio sentado en el caso *Madorrán*¹⁴ debería o no ser complementado con el decidido en el caso *Guida*¹⁵ (tengamos en cuenta que este fallo se dictó en un muy problemático año 2000) en donde se precisó que el derecho a la estabilidad del empleado público permanente “*no es absoluto, de allí que pueda prescindirse cuando sus servicios no son necesarios ya sea por economía o por otras causas razonables*” ya que dicho derecho agrega “*no se encuentra por encima del interés general*”, como justificación suficiente que permite admitir la validez de diversas leyes de prescindibilidad de empleados públicos, al precisar que la protección constitucional quedaba satisfecha con una indemnización equitativa cuando, por razones de su exclusiva incumbencia, el Poder Legislativo decide suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo resuelve remover a un empleados sin culpa de éste¹⁶, salvo que encubrieran una medida disciplinaria de cesantía o los montos indemnizatorios afectarían la garantía constitucional.

Por lo pronto en el caso *Guida*¹⁷ parece quedar relegado a ser aplicado exclusivamente en épocas de emergencias públicas –legalmente declaradas–, pero aun así, surge el interrogante si podría seguir siendo convalidada la potestad reconocida en el fallo como propia del Poder Ejecutivo. En nuestro parecer, el reconocimiento del derecho a la estabilidad propia del empleado público y su encasillamiento como *derecho humano* despeja toda incertidumbre al respecto, impidiendo absolutamente el reconocimiento de dicha

¹³ “Echando por tierra” posturas que calificaban como un proceso ineludible el de la *laboralización del empleo público* en Argentina.

¹⁴ CSJN, *Madorrán con Administración Nacional de Aduanas* (2007, M. 1488. XXXVI).

¹⁵ CSJN, *Guida con Poder Ejecutivo Nacional* (2000, G. 304. XXXIII).

¹⁶ *Vid. v.g.* entre otros, doctrina de las sentencias CSJN: *Brasenco* (1966, Fallos 266:159), *Tornese con Nación Argentina* (1968, Fallos 272:99), *Castiñeira con I.N.V.* (1985, Fallos 307:1189).

¹⁷ CSJN, *Guida con Poder Ejecutivo Nacional* (2000, G. 304. XXXIII).

potestad en cabeza del poder administrador, de lo contrario estaríamos retro trayéndonos a épocas de autoritarismo puro.

En segundo lugar –en *Madorrán*¹⁸– no ha variado el criterio que la Corte ha sostenido desde antiguo al considerar que no corresponde el pago de remuneraciones por funciones no desempeñadas durante el período que media entre la separación del agente público dado ilegítimamente de baja y su reincorporación, salvo disposición expresa y específica.¹⁹ Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Baena*²⁰ –que fuera citado por el voto de la mayoría de la Corte– se incluye el rubro correspondiente a los salarios caídos²¹, lo cual podría hacer variar en el futuro dicha postura.

En tercer lugar y por último, para hacer una nueva precisión desde el interior de dicho fallo, la encontramos cuando se expresa que la inconstitucionalidad del art.7 inc. c, declarada en un caso concreto no resulta aplicable sin más a todos los empleados de la Administración pública nacional dado que la solución de cada caso está condicionada por la naturaleza de la vinculación del empleado con la Administración y requiere en consecuencia, el examen de: 1) la forma de incorporación del agente; 2) la normativa aplicable y 3) la conducta desarrollada por las partes durante la vinculación.²²

¹⁸ CSJN, *Madorrán con Administración Nacional de Aduanas* (2007, M. 1488. XXXVI).

¹⁹ Vid. v.g. CSJN: *Maschio con Ferrocarriles Argentinos* (1989, Fallos 312: 1382), *De la Fuente con Banco de la Ciudad de Buenos Aires* (1990, Fallos 313:62), entre otros.

²⁰ CIDH, *Baena y otros vs. Panamá* (2001, Serie C nº 72) pár. 126.

²¹ GONZÁLEZ (2007).

²² CSJN, *Madorrán con Administración Nacional de Aduanas* (2007, M. 1488. XXXVI) considerandos 9° y 10° del voto de Highton de Nolasco y Maqueda.

Figura n° 1. Cuadro sinóptico de síntesis de la postura de la CSJN (doctrina *Madorrán*)

<p>La “solución” de cada caso está condicionada por:</p> <p>“La naturaleza de la vinculación del empleado con la Administración”</p> <p>Es decir: cómo encuadramos el caso en la clasificación al comienzo formulada ¿Qué criterios o pautas utilizamos para dicho encuadre?</p> <p>1º) La forma de incorporación del agente²³</p> <p>2º) La normativa aplicable</p> <p>3º) La conducta desarrollada por las partes durante la vinculación²⁴</p>
--

2. Nuevas consideraciones que surgen de otros fallos recientes en materia de empleo público

La CSJN también ha sentado criterios que enmarcan una consideración más acentuada de los derechos de los empleados públicos, de allí que mencionamos algunos fallos que distinguen una marcada tendencia a ser considerada en todo “caso” a resolver.

En el caso *Schnaiderman*²⁵ el agente había accedido al cargo por medio de un concurso pero aun no había logrado transcurrir el lapso temporal que le permitiera acceder a la estabilidad en el empleo, momento en el cual se lo dejó cesante en su trabajo sin muchas explicaciones. Al resolver la CSJN expresó que “no se puede revocar un nombramiento de un agente sin

²³ CSJN, *Marignac con Consejo Provincial del Menor o Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos* (1987, Fallos 310:2927), exige “acto expreso”. La CSJ Sta. Fe en *Bianco* (A. y S. 179: 450) calificó la relación de empleo público como formal y exige la investidura del agente, citado en Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *Nagel con Comuna de San Jerónimo Norte* (2012, A y S 28:152-161).

²⁴ Verdad material sobre formal. Matiza *Marignac con Consejo Provincial del Menor o Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos* (1987, Fallos 310:2927), principio de buena fe: actos propios y “confianza legítima”.

²⁵ CSJN, *Schnaiderman con Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación* (2008, S. 2488. XLI).

expresar las razones que lo justifican, dicha omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa dispensarlo por haberse ejercido potestades discrecionales (vgr. Razones operativas, de reorganización o reasignación de funcionarios, etc.).

Por su parte en *Silva*²⁶ –siguiendo el mismo razonamiento aplicado en *Schnaiderman*– considera ilegítima la remoción del abogado a cargo del sector jurídico del organismo que fuera asignada en forma transitoria “*hasta la celebración del concurso respectivo*”. En dicho caso, la Administración Pública se “autovincoló” a una condición resolutoria²⁷ que no había sucedido.²⁸ Otra cuestión que también ponderó al decidir fue que el actor cumplía funciones gerenciales (es decir, superiores en la estructura orgánica) lo cual fue considerado por la Corte como un motivo más para que el acto administrativo debiera ser mayormente fundado; al decir, textualmente, que “*la utilización de un simple ‘cliché’ no puede sustituir la explicitación de las razones que la Administración debe y debía invocar para dejar sin efecto una designación transitoria hasta que se sustanciaran los procedimientos reglados, o bien para justificar la variación de las condiciones de idoneidad tenidas en cuenta al momento de la designación o durante el desempeño del cargo ni motivar el acto así dictado. Aceptar la validez y eficacia de este tipo de decisiones administrativas puramente dogmáticas, implicaría retrotraer etapas fenecidas y oscuras en la evolución jurisprudencial en materia de control de la discrecionalidad estatal, donde se aceptó, por ejemplo, el carácter no justiciable de las declaraciones de prescindibilidad por razones de servicio en tanto la medida no comportara la descalificación del agente*”.²⁹

Para terminar en *Ruiz*³⁰, la CSJN reitera el encuadramiento del derecho a la estabilidad en el empleo público como derecho humano al expresar que “*[l]a reinstalación del empleado público en su cargo prevista en el art. 14 bis de la C.N. guarda coherencia con los principios que rigen a las instancias*

²⁶ CSJN, *Silva con EN – Sindicatura General de la Nación* (2011, S. 897. XLV). El agente debió ser indemnizado por el obrar ilegítimo del Estado.

²⁷ Elemento accidental del acto administrativo de designación que cobra “esencialidad” en el caso.

²⁸ Habrá que esperar el impacto que provoca este criterio en los superiores tribunales provinciales, por lo pronto, la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe en el caso *Salami* (1995, A y S 119:267) consideró que expresiones tales como “*hasta se provea en definitiva el cargo por el procedimiento del llamado a concurso*” o “*hasta su designación por concurso*” desnuda, en verdad, lo efímero y precario de una relación al abrigo de la cual no pueden invocarse garantías que la reglamentación no establece.

²⁹ CSJN, *Gobbi con Nación Argentina* (1981, Fallos 303:1323).

³⁰ CSJN, *Ruiz con Dirección General Impositiva* (2007, R. 129. XXXVII. REX).

jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación de los daños irrogados por violaciones de aquellos, reprochables a los Estados”.

II. PERSONAS CONTRATADAS SUJETAS AL RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO

Reiteramos que estas personas no deben calificarse como *empleados públicos* ni tampoco debemos confundirnos con una de sus especies como lo es el *empleado público no permanente contratado*.

En efecto, sobre esta categoría que nosotros sistematizamos la CSJN en *Borda*³¹, *Calvacante de Mirena*³², entre varios más y en *Deutsch*³³ expresó la siguiente doctrina: “*Es preciso distinguir entre los funcionarios cuyos derechos y obligaciones se rigen por el derecho público de aquellas personas contratadas para desempeñar una función referente 1) a tareas propias de su profesión o medio de vivir; 2) no previstas en el cuadro de la administración; 3) ni el presupuesto; 4) sin horario, oficina, jerarquía, ni sueldo*”, lo que constituye una locación de servicios regida por el derecho común, lo que no constituye un obstáculo para ello la falta de manifestación expresa prevista en el art.2 inciso a) de la LCT para que sean –de todas formas– regidas por el derecho laboral.

Esta última consideración fue reiterada en *Zacarías*³⁴: “*Lo dispuesto en el art.2º inc. a) LCT no constituye obstáculo para considerar que la relación se rige por el derecho privado, si no fue examinada la posibilidad de que la suscripción de los contratos y la creación de una relación de subordinación técnica, jurídica y económica como la reconocida en el caso pudo haber constituido en sí misma una de las diversas formas de incluir a los dependientes en el régimen de la citada ley*”.

³¹ CSJN, *Borda con Provincia de Córdoba* (1943, Fallos 195:210).

³² CSJN, *Cavalcante de Mirena con Nación* (1974, Fallos 290:87).

³³ CSJN, *Deutsch con Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (1984, Fallos 306:1236).

³⁴ CSJN, *Zacarías con Caja Nacional de Ahorro y Seguro* (1987, Fallos 310:464).

Es más, en *Rieffolo*³⁵ –citado en *Marignac*³⁶– amplió aun más la base fáctica de este tipo de vinculación regida por el derecho privado entre los particulares y la Administración pública al incluir también a aquellas tareas transitorias que no difieran de las de los empleados permanentes puesto que “*basta la transitoriedad del requerimiento que obligue a reforzar el plantel permanente*”. Postura que ha sido criticada por la doctrina por variadas razones, entre otras, porque la asimilación de tareas sumada a la utilización de estas formas de contratación por la Administración pública, facilitan el uso en fraude laboral en perjuicio de los empleados contratados.

III. EMPLEADO PÚBLICO NO PERMANENTE

1. *Temporario y Contratado sujeto a un Régimen Jurídico Específico*³⁷

La problemática que surge en relación con el personal contratado de parte de los entes públicos merece un breve comentario a la luz del cambio de criterio –en fecha reciente– de la CSJN.

En efecto, compartiendo lo expresado por Bogut³⁸ no existen dudas en cuanto a que la Corte ha escogido cuidadosamente el caso *Ramos*³⁹ para precisar y matizar una nueva doctrina, toda vez que en el caso se presentaban múltiples facetas que permitían escapar de los dogmas instalados en las jurisprudencias anteriores.

La gran novedad dada en *Ramos* es reconocer el derecho a la protección constitucional contra el despido arbitrario previsto para todos los trabajadores (excluyendo a los empleados públicos permanentes) a favor de los empleados

³⁵ CSJN, *Rieffolo* (1987, Fallos 310:195).

³⁶ CSJN, *Marignac con Consejo Provincial del Menor o Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos* (1987, Fallos 310:2927).

³⁷ GALLEGOS (2012) p. 193, los califica como un contrato administrativo *sui generis*. La Procuradora de la Corte –la Dra. Laura Monti– calificó al vínculo contractual como una locación de servicios propio del derecho público regulado por el Decreto N° 4381/1973 que aprueba el Régimen para el Personal de Investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas.

³⁸ BOGUT (2010) pp. 237 – 244.

³⁹ CSJN, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010, R. 354. XLIV. REX). Con nota de CIMINELLI (2010) p. 215. También pueden consultarse IVANEGA (2010A), RODRÍGUEZ (2010), CORREA (2011), IVANEGA (2010B) p. 282, DUARTE (2010) p. 1123.

públicos contratados cuando se reúnen los recaudos que analizaremos seguidamente, lo cual se traduce en el derecho al cobro de una indemnización por despido incausado.

Desde ya advirtamos que en absoluto se le ha reconocido al empleado público contratado derecho a la estabilidad.

La Corte Nacional, en *Ramos*, si bien sentó una nueva doctrina, no lo hizo dejando de lado pautas o criterios o principios ponderados en anteriores fallos sino que los reordenó y sustituyó en el valor de los mismos. Esta distinta ponderación de los principios jurídicos es parte de la evolución del derecho y que ha sido explicitada en su metodología de diferente manera: para Dworkin se debe ponderar el “peso” del principio en cada caso analizado (*dimension of weight*), para Alexy existe una “jerarquía” entre los principios para el intérprete, para Bidart Campos en cada caso se debe hacer “balancear” los principios lo cual les brindará preponderancia uno sobre otro en ese balanceo de los mismos que efectúa el intérprete o por último, el utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos la cual denomina como principios preferidos o superiores (*preferred freedoms*) a una serie de garantías y derechos que se encuentran en un plano superior al del resto de las garantías constitucionales, por ejemplo, la libertad de expresión es una de ellas.

El primer criterio matizado es aquel según el cual el carácter permanente de las tareas asignadas al contratado no importa borrar el título que dio origen a su nombramiento como transitorio, postura adoptada con mayor rigor formal en el caso entrerriano *Marignac*⁴⁰ (recordemos que en este caso el agente contratado solo había trabajado por un año y medio) y que había sido su postura prácticamente invariable en muchos otros precedentes que le siguieron. Sin embargo, el criterio más acorde al principio de realidad –es decir: menos apegado a un formalismo rígido– sostenido en *Ramos*⁴¹ ya había sido sostenido hace tiempo en *Bolardi*⁴² en donde ponderó por sobre lo dispuesto en las normas administrativas “*la naturaleza de la vinculación del actor con la demandada y requiere, en consecuencia, el examen: 1º de la legislación que rige a ésta y 2º de la conducta desarrollada por las partes durante la vinculación, ya que de ambos extremos puede resultar el carácter*

⁴⁰ CSJN: *Marignac con Consejo Provincial del Menor o Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos* (1987, Fallos 310:2927), *Galiano con BND* (1989, Fallos 312:1371), *Vaquero con Ministerio del Interior de la Nación* (2001, V. 223. XXXV).

⁴¹ CSJN, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010, R. 354. XLIV. REX).

⁴² CSJN, *Bolardi con Estado Mayor General del Ejército (Ex Comando en Jefe del Ejército) Instituto Geográfico Militar* (1988, Fallos 311:2799).

del empleo (no en relación a la ‘naturaleza jurídica’ de la vinculación, es decir, si es de empleado público permanente o transitorio, sino si la vinculación se hizo para los fines transitorios y terminó siendo –en realidad– para fines permanentes) cuya terminación motiva el pleito (...) Carece de sustento la alegación de la demandada en el sentido de que se trató de un convenio de duración limitada si la relación laboral se extendió, sin solución de continuidad, durante veintiún años”.

La CSJN al valorar los hechos del caso, ponderó que las tareas que realizaba el actor carecían de la transitoriedad que suponía ese régimen excepcional, al igual que los otros datos probados, y que son propios de quien reviste en un régimen de permanencia, tales como la calificación y evaluación anual, el reconocimiento de la antigüedad en el empleo y los beneficios sociales que se le otorgaban.

En nuestra opinión aquí encontramos el nudo del entuerto: La CSJN – aun luego del fallo *Ramos*⁴³–, mantiene el criterio del *leading case* *Leroux de Emede* que considera, la “*existencia de un régimen específico que reglamenta los derechos de los dependiente (...) y a la disposición del art.2 inc. a) LCT, según la cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la administración pública salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo, no es admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común*”.⁴⁴ Como sostuvimos antes, este sigue siendo el principio general.

Ahora bien, como lo sostuvo en *Bolardi*⁴⁵ y *Ramos*⁴⁶ en base a la prueba de los hechos de la causa contrapuestos con la legislación administrativa vulnerada por la Administración pública en el caso, lo que se ha calificado como verdadero *fraude laboral* cometido por la misma, se debe indemnizar. Si bien la propia CSJN califica como *fraude laboral* (terminología extraída del derecho laboral) no deja de calificar el vicio invalidante de la actividad administrativa en términos administrativistas –en coherencia con el régimen aplicable a la relación entre las partes–, así lo caracteriza como una verdadera *desviación de poder* al utilizar una figura autorizada legalmente para casos excepcionales cuando se entiende que se encubrió una designación permanente.

⁴³ CSJN, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010, R. 354. XLIV. REX).

⁴⁴ CSJN, *Leroux de Emede con MCBA* (1991, Fallos 314:376).

⁴⁵ *Bolardi con Estado Mayor General del Ejército (Ex Comando en Jefe del Ejército) Instituto Geográfico Militar* (1988, Fallos 311:2799).

⁴⁶ CSJN, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010, R. 354. XLIV. REX).

Partiendo de esa ilegitimidad en el accionar estatal es que la CSJN responsabiliza al Estado por accionar ilegítimo en perjuicio de Ramos al incumplir la normativa legal y generar una expectativa de permanencia en el trabajo, con lo cual debe reconocérsele la protección que brinda el artículo 14 bis de la C.N. contra el *despido arbitrario*, sin que por ello –reiteramos– considere que se esté aplicando el derecho laboral. Este criterio es sostenido también por la sala N° 1 de la Cámara Contencioso administrativo de Santa Fe en la causa *Nagel*.⁴⁷

Luego de expuesto el criterio general y el caso *Ramos*⁴⁸ la pregunta que cabe hacernos es ¿ante la violación de la normativa que rige la relación contractual de derecho público entre la Administración pública y el contratado, la relación jurídica “muta” pasando del derecho público al derecho privado o más específicamente laboral? La respuesta a este interrogante ya la hemos formulado: la relación sigue siendo de derecho público.

Ahora bien, ¿qué parámetros utilizamos para calcular la indemnización debida por la actividad ilegítima del Estado en perjuicio de Ramos, es decir, cómo integramos el vacío legal?

La CSJN ha resuelto este interrogante en *Ramos*⁴⁹ cuando dijo que aplicar en el cálculo de la indemnización la LCT (resolviendo de igual forma la pregunta si correspondía o no designarlo en planta permanente) vulneraría el “*principio constitucional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración pública nacional y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima (art.75 inc.8 C.N. y 29 de la ley 24.156)*”, aplicando el artículo 11 de la ley marco del empleo público nacional.

Debemos considerar –como argumento de refuerzo– el criterio que tuvo en cuenta la CIDH en el caso *Baena*⁵⁰ cuando expresó “[e]n cualquier materia, inclusive en la laboral (...), la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos”

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *Nagel con Comuna de San Jerónimo Norte* (2012, A y S 28:152-161).

⁴⁸ CSJN, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010, R. 354. XLIV. REX).

⁴⁹ CSJN, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010, R. 354. XLIV. REX).

⁵⁰ CIDH, *Baena y otros vs. Panamá* (2001, Serie C n° 72).

ya que el trabajador, como lo ha sostenido la CSJN “es un sujeto preferente de tutela constitucional”, entre otros, en los casos *Vizzoti*⁵¹ y *Aquino*⁵².

El segundo punto a considerar tiene que ver con el control de la discrecionalidad del obrar estatal y la comprobación si se incurrió en el vicio de desviación de poder. En verdad se trató de un apartamiento del régimen jurídico aplicable de parte de la Administración pública, sumado a que en la valoración realizada por el tribunal de los hechos se concluyó que la Administración pública había actuado –en la designación de Ramos como contratado– con desviación de poder cuyo objetivo fue encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato transitorio.

Uno de los argumentos centrales que utilizó la CSJN para reconocer el derecho del actor fue la “*legítima expectativa de permanencia laboral*” que el comportamiento del Estado había generado en el mismo. Esta ponderación ya había sido oportunamente advertida por Gordillo como existente en el plano del derecho administrativo internacional.⁵³

Pero aquí es importante de concluir para acotar los efectos del criterio de la CSJN en *Ramos*⁵⁴ a lo decidido y no ir más allá de ello, el vicio es analizado en base a los “hechos” de la causa con lo cual no llegamos ineludiblemente a concluir que el vicio en el fin de la contratación de Ramos haya estado presente al momento mismo del dictado del acto administrativo que aprobara la contratación o que designara transitoriamente del agente.

Es decir que la doctrina del fallo nos advierte que la única forma de considerar válidamente que se ha desvirtuado la designación transitoria o que en definitiva se ha actuado con desviación de poder son los “hechos” de la causa, por ello habrá que probarlos caso por caso.

La pregunta de carácter procesal pero de gran repercusión práctica en cada caso que –ahora– sobrevuela es ¿sobre quién la carga de probar esos hechos determinantes para “correr el velo”, es decir, si reposa solo en el actor o también en la Administración pública?

Para responder a ese interrogante habrá que ver caso por caso pero bien podría considerarse aplicables los principios propios de la prueba dinámica,

⁵¹ CSJN, *Vizzoti con Amsa S.A* (2004, V. 967. XXXVIII).

⁵² CSJN, *Aquino con Cargo Servicios Industriales S.A.* (2004, Fallos 327:3753).

⁵³ GORDILLO (2009) p. 31.

⁵⁴ CSJN, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010, R. 354. XLIV. REX).

por lo pronto, la Administración pública es la que se encuentra siempre en mejor posición para probar, pero no solo por ser “empleadora” (sujeta a obligaciones de correcto registro de su personal en organismos de seguridad social e impositivos) sino porque una de las características más típicas de su manifestación de voluntad se encuentra incardinada por el procedimiento administrativo, el cual es esencialmente formal para la misma, lo cual se funda –principalmente– en dos razones de gran peso en todo sistema republicano de gobierno como el argentino: 1º) el necesario y vital control entre poderes e intrapoder, y 2º) como garantía del control de legalidad a favor de los particulares.

Del análisis de los fallos que la CSJN ha dictado en estos temas, afirmamos que constituiría un grave error de estrategia para el agente que reclame en sede judicial invocando al caso *Ramos*⁵⁵ el no llevar la mayor cantidad de elementos probatorios –e incluso indiciarios– para sostener su postura. También surge claro que el vínculo mantenido en forma continua y prolongada más allá del permitido por las reglamentaciones dictadas constituye un elemento especialmente valorado por la CSJN, como en el referido caso *Ramos* constituyéndose en prueba elocuente de ello los hechos valorados en ese caso, es decir que en un régimen jurídico que permite contrataciones por un lapso temporal máximo de 5 años el vínculo se desarrolló por 21 años.⁵⁶

Lo antes afirmado queda corroborado en *Sánchez*⁵⁷, caso en el cual la Corte entiende que el hecho de que el actor haya realizado tareas típicas de la actividad de la Auditoría General de la Nación no resulta suficiente, por sí solo, para la demostración de la existencia de una desviación de poder para encubrir, mediante la renovación de sucesivos contratos a término, un vínculo de empleo permanente.

La Corte ponderó que el actor no probó el abuso de las formas legales de parte de la Auditoría General demostrando el desvío de poder invocado por Sánchez que habría implicado su contratación transitoria encubriendo una contratación de tipo permanente.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Criterio utilizado por la CSJN también en fecha más reciente en *Cerigliano con Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – Unidad Polivalente de Inspecciones (ex Dirección General de Verificaciones y Control)* (2011, C. 1733. XLII).

⁵⁷ CSJN, *Sánchez con Auditoría General de la Nación* (2010, S. 2225. XLI).

Justamente el caso *Sánchez*⁵⁸ es el que nos confirma que el criterio de la CSJN solo ha variado en la ponderación más acentuada de determinados criterios por sobre otros que no han perdido vigencia.

El tercero se refiere a la aplicación de la doctrina de los actos propios⁵⁹, formulada como la imposibilidad de que el empleado público contratado impugne luego de haberse sometido voluntariamente a ese régimen jurídico⁶⁰, que se viene utilizando en casos como éste desde el precedente *Gil*.⁶¹

Respecto de esta cuestión la CSJN, expresa que en rigor no se está cuestionando el régimen jurídico que disciplina la relación de la cual se sujetó el empleado al ingresar a la función, sino el incumplimiento de los límites temporales en él establecidos y la obligación de responder que ello genera en quien lo viola.

Es que en toda esta problemática la presencia y ahora reconocimiento expreso de parte de la CSJN de los principios jurídicos generales propios de los categorizados como *derechos humanos*, desplaza la aplicación de principios jurídicos de menor jerarquía como lo son los propios –o “sectoriales”– del derecho administrativo aplicables desde la teoría de la invalidez administrativa en los actos administrativos, en donde la presencia de vicios en el acto administrativo involucrado nunca generaría derechos crediticios a favor de quien se benefició con dicho acto administrativo.

Recordamos que el régimen jurídico que autorizaba la contratación en Ramos preveía un límite de cinco años⁶² habiendo trabajado en total veintiún años.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Este criterio es utilizado nuevamente en *Cerigliano con Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – Unidad Polivalente de Inspecciones (ex Dirección General de Verificaciones y Control)* (2011, C. 1733. XLII).

⁶⁰ Recordemos que en CSJN, *Video Club Dreams con Instituto Nacional de Cinematografía* (1995, V. 103. XXV. REX), consideró que no era aplicable la doctrina del sometimiento voluntario a un régimen jurídico (*actos propios*) cuando la actora abonó el impuesto impugnado, ponderando que la conducta desarrollada por la misma tuvo por fin “no quedar marginada del circuito de comercialización de videos”.

⁶¹ CSJN, *Gil con UTN* (1989, Fallos 312:245).

⁶² Se requiere que exista en el ordenamiento jurídico de que se trate alguna ley u ordenanza que establezca un límite temporal (varía entre cuatro a cinco años en general) por el cual se pueda encuadrar bajo el régimen de contratación a un trabajador por tiempo determinado, disposición que en los ordenamientos jurídicos municipales argentinos no

Y finalmente el cuarto es el utilizado en *Rieffolo*⁶³ y *Jasso*⁶⁴ que propugnaba que el mero transcurso del tiempo no puede “mutar” la situación de quien se encontraba en la categoría de contratado.

Aquí, si bien con otras palabras, expresa que el tiempo transcurrido no transforma al personal contratado en permanente, ni justifica la aplicación del derecho laboral, ello no es óbice para reconocerle el derecho a la reparación de los perjuicios que posee en razón del obrar ilícito de la administración.

Respecto del derecho aplicable para determinar el importe de la reparación, siguiendo la tradición pretoriana de la Corte de integrar la norma mediante la técnica de la *analogía juris*, se concluye que de acuerdo al modo en que se desarrolló la relación, el tipo de tareas y las figuras contractuales utilizadas, la intención de las partes no se encontraba dirigida a someter su relación al derecho privado, por lo que la solución se encontró en el derecho público, aplicando analógicamente el artículo 11 de la Ley n° 25.164⁶⁵, que reconoce en el ámbito nacional el derecho a indemnización para los supuestos de despidos causados por reestructuraciones de personal permanente, que no puedan ser reubicados.

es de frecuente regulación. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por ejemplo, se modificó el artículo 39 de la Ley n° 471 de 2011: *“Trabajadores Transitorios: El régimen de contrataciones de trabajadores por tiempo determinado comprende exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o eventual, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente. En ningún caso dicha transitoriedad podrá exceder los cuatro (4) años. El régimen de prestación por servicios de los trabajadores de Gabinete de las Autoridades Superiores, debe ser reglamentado por el Poder Ejecutivo, y sólo comprende funciones de asesoramiento o de asistencia administrativa. Los trabajadores cesan en sus funciones en forma simultánea con la Autoridad cuyo Gabinete integran, y su designación puede ser cancelada en cualquier momento”*.

⁶³ CSJN, *Rieffolo* (1987, Fallos 310:195).

⁶⁴ CSJN, *Jasso y Fragueiro* (1987, Fallos 310:1390).

⁶⁵ Dicho régimen establece que el agente en primer lugar le genera el derecho a ocupar cargos vacantes en caso que ello no implique su ingreso quedará en situación de “disponibilidad”, luego de lo cual y sin que el mismo reingresare al empleo le genera el derecho a una indemnización igual a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, salvo el mejor derecho que le acordare el Convenio Colectivo del Trabajo al cual se encuentre sujeto. En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires esa indemnización se reduce en un 50% (Artículo 58 de la Ley n° 471 de 2011).

A modo de conclusión podemos afirmar que el avance jurisprudencial realizado por la Corte en *Ramos*⁶⁶ ha sido muy importante porque –fundamentalmente– permite en todos los casos sometidos a un régimen jurídico determinado que haya sido violentado por la propia Administración pública en cuanto a la duración de las tareas, pueda ser protegido el empleado público contratado en su derecho humano al trabajo garantizándole una indemnización por despido injustificado.

2. TEMPORARIO Y CONTRATADO NO SUJETO A UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO

Ahora bien, debemos también analizar cuál es la situación de los agentes contratados por la Administración pública sujetos a este tipo de relación jurídica de derecho público que no se encuentren sujetos a un régimen jurídico específico.

En efecto debemos considerar que numéricamente no son pocos los entes y organismos estatales⁶⁷ que contratan personal sin que se encuentren éstos sujetos o incluidos en un régimen jurídico que permita que la justicia pueda controlar si el “caso” es asimilable a *Ramos*⁶⁸ o a *Sánchez*⁶⁹.

Paradójicamente nos encontramos que esa ausencia de un régimen jurídico –según como se analice el caso llevado a juicio–, debería no favorecer a la Administración pública ante la invocación en la causa de la posible comisión de fraude laboral, ya que implicaría –en el plano práctico– un despreciable incentivo para que cada vez más se aleje en su accionar de las formas legales propias del principio de juridicidad que debe presidir sus actos sino que, para colmo, sería la mejor forma de profundizar el accionar ilícito y de abuso frente al trabajador estatal precarizado.

De allí que, en nuestra opinión, en estos casos debería integrarse con la normativa más favorable al trabajador estatal –dado que constituye la protección de un verdadero derecho humano del trabajador como lo hemos visto antes en el criterio de la CSJN y de la CIDH– mediante la técnica de la analogía *juris*.

⁶⁶ CSJN, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010, R. 354. XLIV. REX).

⁶⁷ Situación que puede comprobarse generalizada en municipios o comunas menores, como asimismo en algunas reparticiones centralizadas y descentralizadas nacionales, provinciales y municipales en Argentina.

⁶⁸ CSJN, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010, R. 354. XLIV. REX).

⁶⁹ CSJN, *Sánchez con Auditoría General de la Nación* (2010, S. 2225. XLI).

En la provincia de Santa Fe, por ejemplo, aplican las normas del derecho público provincial (siguiendo a *Ramos*⁷⁰ y *Cerigliano*⁷¹) reconociendo el derecho a una indemnización por el obrar ilegítimo del Estado por incumplimiento de las normas (en el caso la empleada había prestado servicios como personal “jornalizado” por 25 años brindando servicios de limpieza.⁷²

Para finalizar, somos conscientes de que algunos comentarios doctrinales han analizado los casos aquí tratados en forma diversa, apelando –en algunos casos– a formular ideas simples las que –como decía Hariou– “*tienen éxito ya que la simplicidad es la gran tentación de los teóricos*” y de quienes quieren formarse una idea sin la búsqueda de la verdad, mientras que lo cierto es que “*las cosas son complejas y no se llega a la verdad sino respetando esa complejidad*”.⁷³

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALTERINI, Atilio Aníbal (2007): “Respuestas ante las nuevas tecnologías: Sistemas, principios y jueces”, *La Ley* (t. 2007-F n. 232, 3 diciembre 2007) 9 pp.

BOGUT SALCEDO, José Esteban (2010): “Los contratados en la actual jurisprudencia de la Corte o sobre la revisión de la tradicional doctrina convalidante de excesos”, *La Ley* (Suplemento Extraordinario Administrativo 75° aniversario, agosto): pp. 237 – 244

CIMINELLI, Darío (2010): “El fenómeno de los contratados precariamente en la Administración Pública y la voz de la Corte”, *La Ley*. Suplemento Derecho Administrativo (t. 2010-C, mayo): pp. 215 – 222.

COMADIRA, Julio (2003): *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios* (2ª edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot) 842 pp.

⁷⁰ CSJN, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010, R. 354. XLIV. REX).

⁷¹ CSJN, *Cerigliano con Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – Unidad Polivalente de Inspecciones (ex Dirección General de Verificaciones y Control)* (2011, C. 1733. XLII).

⁷² Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *Nagel con Comuna de San Jerónimo Norte* (2012, A y S 28:152-161).

⁷³ HARIOU, M., *Principes de droit public*, París, 1910, p. 60, citado por ALTERINI (2007) p. 7.

- CORREA, José Luis (2011): "Estabilidad del personal contratado o indemnización de daños y perjuicios. Actividad ilegítima del Estado", *Doctrina Judicial* (v. 2011-2): pp. 7 – 22.
- DUARTE, David (2010): "Los casos Sánchez y Ramos en la Corte. El personal contratado en la Administración Pública", *Derecho del Trabajo* (mayo): pp. 1123 y ss.
- GALLEGOS FEDRIANI, PABLO O. (2012): "Los agentes contratados por la Administración pública y la jurisprudencia aplicable", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (n° 405): pp. 191 – 196.
- GORDILLO, Agustín (2009): *Tratado de derecho administrativo* (10ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo) vol. 2.
- GONZÁLEZ SEGURA, Claudia (2007): "Un giro en la jurisprudencia de la Corte Suprema; alcances del fallo Madorrán", *IV Congreso Argentino de Administración Pública. Sociedad, Gobierno y Administración. Construyendo el Estado Nación para el crecimiento y la equidad*, 22 al 24 de agosto 2007. Disponible en <<http://www.asociacionag.org.ar/congreso-de-administracion-publica/cuarto-congreso/paneles-y-ponencias2/>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- IVANEGA, Miriam M. (2010a): "Primeras reflexiones sobre un fallo cauteloso", *La Ley* (t. 2010-B, 14 abril 2010): pp. 659-664.
- _____, (2010b): "DE NUEVO SOBRE EL PERSONAL CONTRATADO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL", *La Ley* (Suplemento Constitucional) (t. 2010-C n. 282): pp. 33 y ss.
- LISA, Federico José: (2011) "El empleo público en la construcción actual de las políticas públicas", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (n° 381): pp. 205 – 228.
- RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (2010): "Los 'contratados' en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia", *La Ley*, 21 abril 2010, (c.c.e. 25792): 6. pp.
- SAGÜÉS, Néstor (1984): *Recurso extraordinario* (Buenos Aires, Ediciones Depalma) Tomo II.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto N° 4381/1973 que aprueba el Régimen para el Personal de Investigación y Desarrollo de las Fuerzas Armadas.

Ley n° 48 que establece la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, promulgada el 14 de septiembre de 1863. Disponible en <http://www.eft.com.ar/legislacion/argentina/nacional/nacional-ley-1863_48.htm>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

Ley n° 471 que establece las relaciones laborales en la administración pública de la ciudad autónoma de Buenos Aires. Disponible en <<http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley471.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

Ley n° 11.672 que establece complemento permanente de presupuesto, aprobada por el Decreto n° 1110/05, 9 septiembre 2005. Disponible en <<http://www.mecon.gov.ar/digesto/leyes/ley11672.htm>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

Ley n° 25.164 que establece marco de regulación de empleo público nacional, promulgada 6 octubre 1999. Disponible en <<http://web.conicet.gov.ar/documents/30440/b331311b-c83c-4b8c-81dc-765edba39568>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744, promulgada 20 septiembre 1974. Disponible en <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anejos/25000-29999/25552/norma.htm>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena y otros vs. Panamá* (2001): sentencia de fondo, reparaciones y costas, 2 febrero 2001, Serie C n° 72. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Videla con García* (1870): 9 abril 1870, Fallos 9:53. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Bustos y Cía. con Pando* (1871): 29 julio 1871, Fallos 10:294. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

-
- _____, *Fils con Provincia de Buenos Aires* (1926): 8 septiembre 1926, Fallos 147:149. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Bolledo y Cía. y otros con Provincia de Buenos Aires* (1938): 2 mayo 1938, Fallos 180:297. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Borda con Provincia de Córdoba* (1943): 2 abril 1943, Fallos 195:210. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Provincia de Córdoba con Cía. Santafecina de Inmuebles y Construcciones* (1950): 2 noviembre 1950, Fallos 218:227. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Nación Dir. Gral. Impositiva con Oñate y Cía., S.R.L.* (1952): 26 noviembre 1952, Fallos 224:540. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Enrique con Provincia de Santa Fe* (1965): 3 mayo 1965, Fallos: 261:334. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Brasesco* (1966): 14 noviembre 1966, Fallos 266:159. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Tornese con Nación Argentina* (1968): 8 noviembre 1968, Fallos 272:99. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Cavalcante de Mirena con Nación* (1974): 22 octubre 1974, Fallos 290:87. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Gobbi con Nación Argentina* (1981): 15 septiembre 1981, Fallos 303:1323. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Deutsch con Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (1984): 4 septiembre 1984, Fallos 306: 1236. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Castiñeira con I.N.V.* (1985): 1 agosto 1985, Fallos 307:1189. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Romero Martino con Caja Nacional de Ahorro y Seguro* (1985): 23 abril 1985, Fallos 307:546. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013. También en *La Ley* (t. 1985-C n. 560).

_____, *Jasso y Fragueiro* (1987): 30 junio 1987, Fallos 310:1390. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Marignac con Consejo Provincial del Menor o Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos* (1987): 29 diciembre de 1987, Fallos 310:2927. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Rieffolo* (1987): 5 febrero 1987, Fallos 310:195. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Zacarías con Caja Nacional de Ahorro y Seguro* (1987): 5 marzo 1987, Fallos 310:464. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Bolardi con Estado Mayor General del Ejército (Ex Comando en Jefe del Ejército) Instituto Geográfico Militar* (1988): 27 diciembre 1988, Fallos 311:2799. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Romeo con Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (1988): 3 marzo 1988, Fallos 311:216. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Galiano con BND* (1989): 22 julio 1989, Fallos 312:1371, Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

-
- _____, *Gil con UTN* (1989): 28 febrero 1989, Fallos 312:245. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Maschio con Ferrocarriles Argentinos* (1989): 24 de agosto de 1989, Fallos 312: 1382. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *De la Fuente con Banco de la Ciudad de Buenos Aires* (1990): 6 febrero 1990, Fallos 313:62. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Leroux de Emede con MCBA* (1991): 30 abril 1991, Fallos 314:376. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Video Club Dreams con Instituto Nacional de Cinematografía* (1995): 6 junio 1995, expediente V. 103. XXV. REX. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=364294>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Castelluccio con Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires* (1999): 29 abril 1999, expediente C. 567. XXXIV. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=467801>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Guida con Poder Ejecutivo Nacional* (2000): 2 junio 2000, G. 304. XXXIII. REX. La Ley 2000-C, 828. Disponible también *online* en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=486598>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.
- _____, *Vaquero con Ministerio del Interior de la Nación* (2001): 23 agosto 2001, expediente V. 223. XXXV. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=507349>>, fecha consulta: 13 mayo 2013.
- _____, *Aquino con Cargo Servicios Industriales S.A.* (2004): 21 septiembre 2004, Fallos 327:3753. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=566760>>, fecha consulta: 29 abril 2013.
- _____, *Vizzoti con Amsa S.A* (2004): 14 septiembre 2004, expediente V. 967. XXXVIII. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/>>

ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=566525>, fecha consulta: 15 mayo 2013.

_____, *Madorrán con Administración Nacional de Aduanas* (2007): 3 mayo 2007, expediente M. 1488. XXXVI. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=625939>>, fecha de consulta: 15 de mayo 2013.

_____, *Ruiz con Dirección General Impositiva* (2007): 15 mayo 2007, expediente R. 129. XXXVII. REX. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=627206>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Schnaiderman con Estado Nacional - Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación* (2008): 8 abril 2008, expediente S. 2488. XLI. RHE. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=641821>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Ramos con Estado Nacional – Ministerio de Defensa* (2010): 6 abril 2010, expediente R. 354. XLIV. REX. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=682332>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Sánchez con Auditoría General de la Nación* (2010): 6 abril 2010, expediente S. 2225. XLI. Disponible en <<http://www.ucc.edu.ar/portalucc/archivos/File/Derecho/I.D.T./Jurisprudencia/CSJN/SanchezFallo.pdf>>, fecha consulta: 15 de mayo 2013.

_____, *Cerigliano con Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – Unidad Polivalente de Inspecciones (ex Dirección General de Verificaciones y Control)* (2011): 19 abril 2011, expediente C. 1733. XLII. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=4629>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

_____, *Silva con EN – Sindicatura General de la Nación* (2011): 27 diciembre 2011, expediente S. 897. XLV. REX. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=11568>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, *Bongiovanni* (1993): 16 abril 1993, A. y S., T. 135, p. 343.

_____, *Salami* (1995): 6 septiembre 1995, A. y S., T. 119, p. 267.

_____, *Nagel con Comuna de San Jerónimo Norte* (2012): 19 abril 2012, sala n° 1 de la Cámara Contencioso administrativo de Santa Fe, A y S 28:152-161. Disponible en <<http://www.justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/esl/Legislacion-y-Jurisprudencia/Jurisprudencia/Jurisprudencia-Destacada/Camara-de-lo-Contencioso-Administrativo-N-1/Ano-2012>>, fecha consulta: 21 mayo 2013.

ENSAYOS

LOS RESULTADOS DECEPCIONANTES DE LA SEXTA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS EN MATERIA DE SEGURIDAD ENERGÉTICA Y CAMBIO CLIMÁTICO

*The disappointing results of the sixth
summit of the Americas in relation
to energetic safety and the climatic
change*

THOMAS ANDREW O'KEEFE*
Stanford University
California, Estados Unidos

RESUMEN: A pesar de la gran oferta de diferentes recursos energéticos que existen en América, sean estos hidrocarburos o fuentes de energía renovable o no tradicionales y la amenaza que representa el cambio climático para los habitantes del hemisferio, los resultados obtenidos en la Cumbre de las Américas que se celebró en Cartagena de la Indias, Colombia, abril del 2012, referidos a la promoción de la seguridad energética y metas concretas para combatir

* Abogado, M.B.A. en Historia, Columbia University, Nueva York, Doctor en Jurisprudencia de Villanova University, Pennsylvania, M. Phil. en Estudios Latinoamericanos (Historia y Economía), Universidad de Oxford, Inglaterra. Profesor en el Programa de Relaciones Internacionales, Universidad de Stanford, California, Presidente de la consultora jurídica y económica Mercosur Consulting Group, Ltda., San Francisco, California. <taokeefe@mercosurconsulting.net>.

Artículo recibido el 11 de julio de 2013 y aprobado el 8 de octubre de 2013.

el cambio climático, fueron poco productivos. Llama la atención la falta de liderazgo demostrado por el gobierno norteamericano, a pesar de haber propuesto una Alianza de Energía y Clima de las Américas (AECA) en la Cumbre anterior celebrada en Trinidad en 2009. El artículo resalta algunos proyectos concretos que se podrían llevar a cabo bajo la AECA si existiera un mayor interés y acciones promotoras llevadas a cabo por los gobiernos más influyentes en el Hemisferio Occidental.

PALABRAS CLAVES: Cumbre de las Américas - Alianza de Energía y Clima de las Américas - cambio climático - seguridad energética

ABSTRACT: In spite of the great offer of different energetic resources that exist in America, be these hydrocarbons or sources or not traditional of renewable energy and the threat that represents the climate change for the inhabitants of the hemisphere, the results obtained in Summit of the Americas that was celebrated in Cartagena of Indias, Colombia, in April, 2012, recounted to the promotion of the energetic safety and concrete goals to attack the climate change were slightly productive. It called the attention the lack of leadership demonstrated by the North American government, despite having proposed an Alliance of Energy and Climate of the Americas (AECA) in the previous Summit that was celebrated in Trinidad in 2009. The article highlights some concrete projects that might be carried out under the AECA if there were major interest and promoting actions carried out by the most influential governments in the Western Hemisphere.

KEY WORDS: Summit of the Americas - Alliance of Energy and Climate of the Americas - climate change - energetic safety

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más urgentes para los países del Hemisferio Occidental ha sido cómo asegurar una provisión estable y confiable de recursos energéticos a costos razonables y que no acarreen deterioro del medio ambiente. Un informe preparado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) de la Naciones Unidas (ONU) destaca que a pesar que Latinoamérica es la región que menos contribuye a las emisiones de gases de efecto invernadero a nivel mundial, ha de ser una de las regiones más

perjudicadas por el cambio climático.¹ Entre otras cosas, se prevé un estrés hídrico grave que afectará la oferta de agua potable y la posibilidad de generar hidroelectricidad. Además se anticipa el alza del mar como resultado del derretimiento de las capas de hielo polares, un acontecimiento que generaría el desplazamiento de un gran porcentaje de la población por la cantidad de tierra perdida a causa de las inundaciones permanentes. En consecuencia, los pequeños países isleños del Caribe serían los más perjudicados. El cambio climático también ocasionará pérdidas significativas en la biodiversidad, en muchas ocasiones irreversibles, algo particularmente grave en una región que incluye a varios de los países con la mayor biodiversidad del planeta.

La energía ha sido un tema de discusión en todas las Cumbres de las Américas que se han celebrado desde su inicio en Miami en 1994. En el Plan de Acción emitido por los mandatarios reunidos en dicha primera Cumbre, se propuso una cooperación hemisférica en el campo de energía como un requerimiento para el desarrollo económico sostenible. Con el mismo fin se propuso establecer una Alianza de Uso Sostenible de la Energía que, entre otras cosas, comprometía a los gobiernos a:²

¹ El informe enfatiza que el conjunto de resultados muestra claramente que hay evidencia sólida acerca de la existencia de efectos económicos significativos en el sector agropecuario asociados al cambio climático para América Latina y el Caribe. Sin embargo, los impactos serán muy heterogéneos entre países y regiones y revelan, además, un comportamiento no lineal. De este modo, algunos países y regiones tendrán beneficios temporales como consecuencia de los aumentos moderados de la temperatura y los cambios en la precipitación, aunque en el largo plazo predominan los efectos negativos. Por ejemplo, un aumento de la temperatura podría inicialmente repercutir positivamente en la productividad agrícola, si no se consideran los potenciales problemas relacionados con la aparición o la difusión de plagas y enfermedades, ni la restricción hídrica a consecuencia del derretimiento de los glaciares. *Vid.*, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2009) p. 28. El mismo informe resalta que a pesar de que las emisiones latinoamericanas de dióxido de carbono con origen en el sector de energía muestran una tendencia ascendente con el aumento de los ingresos per cápita de la población, la mayor parte de las emisiones actuales proviene de la degradación de los suelos, como la deforestación, y no del consumo de energía (algo que también indica una menor dependencia latinoamericana en combustibles fósiles en comparación a otras regiones del mundo). *Ídem.* pp. 36, 37 y 56. Sin embargo, todo esto podría cambiar dramáticamente si una escasez de agua producida por los cambios climáticos redujera el uso de la energía hídrica. Por contraste, el sector de energía representa un 97 por ciento de las emisiones de dióxido de carbono para el Caribe, aunque dichas emisiones son insignificantes a nivel global. *Ídem.*, p. 36.

² *Cfr. Plan de Acción Suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno Asistentes a la Primera Cumbre de las Américas*, Miami, Florida, 9 al 11 de diciembre de 1994.

- i) Formular estrategias nacionales de energía de menor costo que tomen en consideración todas las opciones, incluidas la eficiencia en el uso de la energía, la energía renovable no convencional (solar, eólica, geotérmica, pequeña hidroeléctrica y biomasa) así como recursos de energía convencionales.
- ii) Poner énfasis en la fijación de precios basados en el mercado, que desaliente un desperdicio en el uso de la energía.
- iii) Promover, en cooperación con el sector privado y con las comunidades rurales y aisladas, programas de electrificación rural que tomen en consideración, cuando proceda, la utilización de fuentes de energía renovable, de conformidad con el marco reglamentario nacional.
- iv) Alentar al Banco Mundial y al Banco Inter-Americano de Desarrollo a aumentar, con celeridad y en forma sustancial y como parte de los préstamos para el sector energético, el financiamiento de proyectos que promuevan la eficiencia en el uso de la energía tradicional y de la energía renovable.
- v) Ayudar, utilizando las organizaciones regionales existentes, en la coordinación y cooperación técnica entre los países, incluyendo la identificación y ejecución de proyectos y programas de capacitación e intercambios de personal e información para aumentar la capacidad técnica de los trabajadores en el sector energético; y
- vi) Promover la identificación y ejecución de los proyectos del sector privado que reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero.

Aunque la Alianza del Uso Sostenible de la Energía que se propuso en Miami desapareció rápidamente de la agenda hemisférica, la energía persistió como tema importante de discusión en la Cumbre Especial sobre Desarrollo Sostenible celebrado en Santa Cruz, Bolivia en 1996. Fue en dicha reunión que se estableció un Comité Guía Hemisférico de Energía para promover el desarrollo y el uso energético mediante: i) El incremento de la inversión en el sector energético; ii) La promoción de tecnologías energéticas más limpias en los mercados de energía eléctrica; iii) El aumento de cooperación y habilidad en materia regulatoria; iv) El incremento de la sostenibilidad económica y ambiental del sector petrolero; v) La creación de nuevas oportunidades para el gas natural; vi) Promoción de la eficiencia energética; vii) El desarrollo de

estrategias de electrificación rural; viii) El intercambio de información sobre políticas, programas y proyectos relacionados con el cambio climático.³

Las metas establecidas en Santa Cruz formaron la base intelectual de la Iniciativa Energética Hemisférica que se lanzó con la Segunda Cumbre de las Américas en Santiago de Chile en 1998. Más tarde en la Tercera Cumbre de las Américas de 2001 en Quebec, se hizo referencia a dicha iniciativa, al discutirse las políticas y prácticas necesarias para avanzar hacia la integración regional de los mercados energéticos. Pero cuando los mandatarios se reunieron en Mar del Plata para la Cuarta Cumbre de las Américas en 2005, la Iniciativa Energética Hemisférica había desaparecido de la agenda, corriendo la misma suerte que la antecesora Alianza de Uso Sostenible de la Energía que se había propuesto en Miami, una década atrás.

En vista de la importancia que tiene el sector de hidrocarburos para la economía de Trinidad y Tobago, y el papel que jugaba el país en ese entonces como el mayor proveedor de gas natural licuado (GNL) para muchas naciones del Hemisferio (incluso para los EE.UU.), no es sorprendente que la energía fuese uno de los temas centrales de la Quinta Cumbre de las Américas celebrada en Puerto España en 2009. En dicha Cumbre, se reiteraron los ahora muy conocidos tópicos por parte de los Jefes de los Estados Americanos, en tanto a desarrollar sistemas de energía menos contaminantes, asequibles y sostenibles, además de promover el acceso a la energía y a las tecnologías y prácticas energéticas eficientes. Algo que también marcó la Cumbre en Trinidad fue el resurgimiento del nacionalismo, en cuanto al control de los recursos naturales y el fin del consenso hemisférico que había predominado en cumbres anteriores, a modo de la aceptación incuestionada de políticas económicas de mercado.

La Declaración emitida al finalizar la Cumbre en Trinidad, reafirmó: *“el derecho soberano de cada país a la conservación, desarrollo y uso sostenible de sus propios recursos energéticos”*.

Un mandato dirigido a promover la producción y el uso de los biocombustibles, provocó una larga nota al pie de página por parte del gobierno boliviano, que propuso *“una visión alternativa basada en el vivir bien y en armonía con la naturaleza, para desarrollar políticas públicas que apunten a la promoción de energías alternativas seguras que garanticen la preservación*

³ Vid. Plan de Acción Suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno Asistentes a la Cumbre de las Américas sobre Desarrollo Sostenible, 1996.

del planeta, nuestra madre tierra".⁴ Paradojalmente los Jefes de los Estados Americanos reunidos en Puerto España también discutieron un tema por lo normal muy sensible, cual es la energía nuclear, y propusieron interconectar las diferentes redes de energía a nivel regional. También se comprometieron en adoptar "*medidas adicionales para mejorar e incrementar la recopilación y distribución de datos de mercado sobre petróleo y otras fuentes de energía en todos los países para asegurar el funcionamiento adecuado de los mercados energéticos a nivel regional y mundial*", así también de apoyar "*el desarrollo e implementación de mejores prácticas voluntarias de responsabilidad social empresarial en el sector energético*".⁵

Aunque el cambio climático no es tan destacado en la agenda hemisférica como la energía, las Cumbres de las Américas previas a la de Cartagena han tocado el tema como parte de "asuntos ambientales". Por ejemplo, en la Primera Cumbre de Miami en 1994, los gobiernos americanos se comprometieron en ratificar e iniciar la ejecución de las disposiciones de la Convención Marco de la ONU sobre Cambio Climático que entró en vigor ese mismo año. En 1998, los jefes de estados americanos reunidos en Santiago, se comprometieron en promover la ratificación del Protocolo de Kioto a la Convención Marco de la ONU sobre Cambio Climático, un compromiso que el gobierno norteamericano nunca cumplió, a diferencia de todos los otros países en el hemisferio. Tres años más tarde, los 34 mandatarios americanos reunidos en la Tercera Cumbre de las Américas de Québec, propusieron "*tratar el asunto de cambio climático como una acción prioritaria, trabajando de manera constructiva en los procesos internacionales con el fin de lograr el progreso necesario para asegurar una respuesta racional y efectiva al cambio climático; reconocemos las vulnerabilidades en todos nuestros países, en particular en*

⁴ Declaración de Compromiso de Puerto España de 2009, p. 7, n. 1. Las preocupaciones del gobierno boliviano se basaban en "*que el desarrollo de políticas y de esquemas de cooperación que tengan por objetivo la expansión de los biocombustibles en el Hemisferio Occidental pueden afectar e incidir en la disponibilidad de alimentos y su alza de precios, el incremento de la deforestación, el desplazamiento de población por la demanda de tierras, y por consiguiente, repercutir en el incremento de la crisis alimentaria, afectando directamente a las personas de bajos ingresos, sobre todo a las economías más pobres entre los países en desarrollo*".

⁵ Ídem., p. 8. En términos de desarrollar e implementar las mejores prácticas voluntarias de responsabilidad social empresarial, hay un "*particular énfasis en las iniciativas que tienen por objeto mejorar el diálogo entre el gobierno, la industria, las comunidades locales, los grupos indígenas y las organizaciones no gubernamentales, para facilitar que todos los interesados comprendan, participen y se beneficien mejor de las actividades en el sector de energía*".

*los pequeños Estados insulares en vías de desarrollo y costeros, y la necesidad de apoyar estudios de vulnerabilidad, el desarrollo y la implementación de estrategias de adaptación, el desarrollo de capacidades y la transferencia de tecnología”.*⁶

En 2009 en Puerto España, los Jefes de Estados Americanos reconocieron la necesidad de hacer reducciones profundas en las emisiones de gases de efecto invernadero *“para lograr el objetivo último de la Convención [Marco de la ONU sobre Cambio Climático], respetando sus principios, especialmente aquel que establece que debemos proteger el sistema climático para el beneficio de las presentes y futuras generaciones de la humanidad, sobre la base de la equidad y de acuerdo con nuestras responsabilidades comunes pero diferenciadas y capacidades respectivas”.*⁷

I. LA ALIANZA DE ENERGÍA Y CLIMA DE LAS AMÉRICAS

Dado el enfoque de la Quinta Cumbre de las Américas de 2009 en Puerto España sobre los temas de energía y sostenibilidad, no es sorprendente que el gobierno norteamericano propusiera establecer una Alianza de Energía y Clima de las Américas.⁸ A diferencia de otros proyectos hemisféricos del pasado, donde los EE.UU. tenían la costumbre de dirigir la agenda y esperar que los otros países americanos siguieran sus propuestas con poca discrepancia, la administración del Presidente Obama hizo hincapié en que la AECA era *“voluntario, permitiendo a los gobiernos, las organizaciones inter-americanas, el sector privado, y a la sociedad civil tomar el mando o participar en las*

⁶ *Plan de Acción Para fortalecer la democracia, crear la prosperidad y desarrollar el potencial humano, nuestros Gobiernos, 2001, p. 27.*

⁷ *Declaración de Compromiso de Puerto España de 2009, p. 9.*

⁸ Un comunicado de prensa emitido por la Casa Blanca, *The United States and the 2009 Summit of the Americas: Securing Our Citizens’ Future*, 19 abril 2009, Washington, D.C., Office of the Press Secretary, disponible en: <http://www.whitehouse.gov/the_press_office/The-United-States-and-the-2009-Summit-of-the-Americas-Securing-Our-Citizens-Future/>, fecha consulta: 24 enero 2013, indicaba solo que el Presidente Obama invitó a los países de la región participar en una Alianza de Energía y Clima de las Américas; un marco flexible para promover la seguridad energética y combatir el cambio climático. Se le anima a los países sugerir ideas tangibles para la cooperación, incluyendo la eficiencia energética, la energía renovable, hidrocarburos más limpios, e infraestructura para el sector de energía.

iniciativas que reflejen mejor sus prioridades".⁹ En particular, se exhortó a los gobiernos del hemisferio a trabajar conjuntamente o individualmente, para liderar sus propias iniciativas, financiar actividades, y establecer un ambiente político propicio para animar un desarrollo con menos emisiones de dióxido de carbono. Subsecuentemente los gobiernos también tendrían la libertad para identificar áreas donde podrían contribuir o colaborar de mejor manera, igual que identificar esas áreas donde la asistencia externa fuese necesaria.

Es interesante notar que el entonces Senador Barack Hussein Obama, en su único discurso durante la campaña electoral para la presidencia en 2008, ofreció una visión de lo que sería su política exterior para América Latina y el Caribe, donde propuso establecer una Alianza de Energía y Clima para las Américas. Obama señaló que bajo esta propuesta se permitiría a las industrias norteamericanas que emiten gases de efecto invernadero, compensar una parte de sus emisiones con una inversión en proyectos energéticos menos contaminantes en América Latina y el Caribe. También se comprometió en aumentar las investigaciones para el desarrollo de nuevas tecnologías en carbono limpio, además del desarrollo de nuevos tipos de biocombustibles no basados en alimentos para consumo humano. Finalmente, Obama prometió promover el amplio uso de la energía eólica, solar, y nuclear en todo el Hemisferio Occidental.

Cuando se celebró la Quinta Cumbre en Trinidad en 2009, la palabra "para" había sido sustituida con "de", así se resaltaba que los EE.UU. no jugarían un papel predominante en llevar adelante la Alianza de Energía y Clima de las Américas. El cambio de terminología era consistente con un mensaje que la administración del Presidente Obama quería proyectar en la reunión de Puerto España, es decir que los EE.UU. se estaban reuniendo con socios igualitarios y que *"no existen socios mayores o menores en nuestras relaciones; solo existe la cooperación basada en un respeto mutuo, en intereses comunes, y en valores compartidos"*.¹⁰

⁹ *ECPA-Open Invitation and Flexible Framework*, Washington, D.C., U.S. Department of Energy, disponible en <<http://energy.gov/pi/office-policy-and-international-affairs/initiatives/energy-and-climate-partnership-americas>>, fecha consulta: 24 enero 2013.

¹⁰ *Official Remarks of United States President Barack Obama at the Opening Ceremony of the Fifth Summit of the Americas, 2009*, p. 2. Traducción del autor de: *"There is no senior partner and junior partner in our relations; there is simply engagement based on mutual respect and common interests and shared values"*.

La interpretación cínica acerca el énfasis en este nuevo concepto de "socios igualitarios" es que ocultaba el hecho que el recién elegido Presidente Obama llegó a Puerto España con las manos vacías. Con una economía al borde del colapso y dos guerras altamente

La propuesta para establecer una AECA fue seguida por un Simposio en junio de 2009 en Lima, que contaba con la presencia de los Ministros de Energía de algunos de los países latinoamericanos, y en donde se firmó un acuerdo bilateral entre los representantes de los gobiernos norteamericanos y del Perú para crear un Centro Regional de Eficiencia Energética. Al mismo tiempo los representantes mexicanos ofrecieron financiar un Centro Regional de Energía Eólica en Oaxaca. Por su parte, la delegación norteamericana propuso un Programa de Comunidades de Baja Emisiones de Carbono en donde el Departamento de Energía de los EE.UU. *“se asociaría con países de la región para proveer asistencia técnica y una limitada cantidad de recursos para desarrollar criterios de construcción de edificios y adoptar modernas estrategias de planificación urbana, que incluyen planes para un desarrollo orientado al uso del transporte público, para así conseguir la meta de fomentar comunidades de baja emisiones de carbono”*.¹¹

En los meses posteriores al simposio de Lima, surgieron propuestas adicionales para establecer un Centro de Capacitación sobre Eficiencia Energética en Costa Rica, con el respaldo del Consejo de Defensa de Recursos Naturales en los EE.UU., un Centro para investigar el uso de la biomasa como fuente de energía en Brasil, y otro Centro para investigar el uso de recursos geotérmicos en El Salvador respaldado por el Banco Inter-Americano de Desarrollo (BID) y el Departamento de Energía norteamericano.¹²

costosas, la nueva administración norteamericana no estaba en condiciones de proponer ningún tipo de iniciativa que implicaría una inversión significativa de tiempo y dinero. A pesar de la explicación pragmática por este nuevo tono en las relaciones inter-americanas, la idea de “socios igualitarios” fue bien acogido por países que por años habían sufrido las intervenciones e intromisiones en sus asuntos internos por parte del hegemónico poder del norte. Incluso el Presidente venezolano Hugo Chávez le ofreció a Obama un abrazo efusivo, algo que jamás hubiera sucedido con su antecesor George W. Bush.

¹¹ El énfasis en “una limitada cantidad de dinero” casi asegura que esta propuesta norteamericana terminará como la propuesta de la administración del Presidente Bill Clinton de 1999 para establecer una Alianza de Ciudades Limpias. Dicha iniciativa, limitada a Chile, fracasó por la falta de financiamiento por parte del gobierno norteamericano en una época cuando el gobierno Federal gozaba de un superávit fiscal (algo que, por lejos, no es el caso hoy). *Cfr. Americas Energy Leaders Take Action to Realize Energy and Climate Partnership of the Americas*, Washington, D.C., 16 June 2009, disponible en <<http://energy.gov/articles/americas-energy-leaders-take-action-realize-energy-and-climate-partnership-americas>>, fecha de consulta: 24 enero 2013.

¹² Una lista completa de las diferentes iniciativas y propuestas que surgen bajo la AECA se puede encontrar en el sitio web oficial de dicha iniciativa <<http://www.ecpamericas.org>>, fecha de consulta: 24 enero 2013.

Se celebró la Primera Reunión Ministerial de Energía y Clima de las Américas en Washington, D.C. entre el 15 y 16 de abril de 2010, con la asistencia de representantes de 32 de los 35 gobiernos americanos. En dicha reunión, la delegación norteamericana anunció que la AECA se respaldaría en siete pilares conceptuales (los dos últimos añadidos por la Secretaria de Estado Hillary Clinton a último momento):

- i) Eficiencia Energética (promoción de prácticas óptimas de políticas, a través de la asistencia en el desarrollo de códigos de construcción y otros estándares en los sectores industrial y residencial, así como la capacitación en cuanto a auditorías energéticas);
- ii) Energía Renovable (aceleración del despliegue de energías menos contaminantes por medio del apoyo a proyectos, diálogos acerca de políticas adecuadas, colaboración científica y el establecimiento de una red tecnológica de energía no contaminante);
- iii) Combustibles Fósiles Más Eficientes y Menos Contaminantes (promoción de prácticas óptimas sobre gestión del uso de la tierra y tecnologías de energía no contaminantes, que reduzcan la contaminación convencional y la huella de carbono de los combustibles fósiles);
- iv) Infraestructura Energética (promoción de infraestructuras energéticas modernas, integradas y más resistentes, especialmente en torno a redes eléctricas y gasoductos);
- v) Insuficiencia Energética (abordar la insuficiencia energética urbana y rural, mediante estrategias que promueven el desarrollo urbano sostenible y mejoren el acceso a servicios modernos de energía no contaminantes y tecnologías adecuadas en zonas rurales, que sirvan para mejorar la salud pública y reducir el uso excesivo de leña);
- vi) Uso de la Tierra y la Silvicultura en Forma Sostenible (reducción de las emisiones originadas por causa de la deforestación y degradación forestal, y el fomento de la retención de carbono mediante la conservación y gestión sostenible de los bosques);
- vii) Asistencia para la Adaptación (asistir a los países y a las comunidades vulnerables con estrategias para entender y reducir su vulnerabilidad frente a los impactos del cambio climático).

En la Reunión Ministerial de Washington, D.C. de abril del 2010, el Departamento de Energía norteamericano se comprometió en proveer

asistencia técnica, incluyendo el ofrecimiento de seminarios, a efectos de explorar las posibilidades de construir un sistema de cables submarinos para transmitir electricidad -generada a base de energía renovable- entre los diferentes países caribeños. Ese mismo departamento y el BID también firmaron un acuerdo estableciendo un Centro de Innovación Energética, que permitirá a las dos entidades coordinar los recursos destinados a facilitar proyectos y otras actividades regionales. Dicho Centro ha de servir como un foco para acceder a una línea de crédito anual del BID que actualmente suma unos 1.5 mil millones de dólares estadounidenses destinado a fines energéticos.¹³ Finalmente, el Departamento de Energía norteamericano anunció el establecimiento de una asociación entre el Laboratorio Nacional de Energía en Golden, Colorado, con científicos e ingenieros en Colombia, dedicados a la investigación para identificar, evaluar y promover tecnologías para el uso sostenible de la biomasa en dicho país sudamericano.

En la primera Reunión Ministerial de la AECA, el Departamento de Estado anunció los nombres de tres científicos norteamericanos que servirían como expertos para viajar a los diferentes países americanos, para así compartir sus conocimientos, intercambiar experiencias, y consultar con sus pares regionales acerca del desarrollo y la utilización de energías menos contaminantes, como también discutir un mayor uso de la tierra en forma sostenible, y la adaptación de las sociedades al cambio climático.¹⁴ Por su parte, el Departamento de Agricultura norteamericano fue seleccionado para coordinar cualquier tipo de asistencia técnica entre el gobierno estadounidense y otros países en el hemisferio, para aumentar la producción y el uso de la biomasa como fuente de energía sostenible.

Desde que se celebró la primera Reunión Ministerial de la AECA en Washington, D.C. en abril del 2010, el gobierno de Canadá logró establecer un grupo de trabajo dedicado al petróleo pesado y no convencional, al cual se incorporaron los gobiernos de Brasil, Colombia, los EE.UU., México, y Venezuela. La meta de este grupo de trabajo consiste en facilitar el intercambio de información acerca las mejores prácticas e innovaciones tecnológicas para poder reducir el impacto maligno sobre el ambiente que está asociado

¹³ El BID originalmente esperaba aumentar esta línea de crédito a unos 3 mil millones de dólares estadounidenses por 2012, pero esto nunca sucedió. Es irónico notar que la mayor parte del dinero para esta línea de crédito proviene de países fuera del hemisferio como Japón, Corea del Sur y España.

¹⁴ Infelizmente, este programa no duró mucho tiempo ya que el gobierno norteamericano nunca lo financió adecuadamente. Como consecuencia, los tres científicos perdieron interés y eventualmente se retiraron del programa.

actualmente con la extracción y refinamiento de los denominados crudos pesados.

Entre otras iniciativas de la AECA, México está a cargo de un grupo de trabajo, investigando diferentes maneras de promover la eficiencia energética que incluye a casi todos los países americanos con el fin de facilitar el intercambio de las mejores prácticas y experiencias en esta materia. De esa manera se espera fomentar alianzas a nivel regional que promuevan la eficiencia y la conservación energética. Por su parte, Brasil lidera una iniciativa para construir viviendas económicas por todo Latinoamérica y el Caribe, donde se utilizan materiales sostenibles, que además contribuyen a una reducción de las emisiones de gases con efecto invernadero.

Chile ha utilizado la AECA en forma protagónica para enfrentar varios retos relacionados con la inseguridad energética. Por ejemplo, Chile es la sede regional de un Centro de Energía Renovable que recibe asistencia técnica del Departamento de Energía norteamericano y que ofrece un sitio Web denominado *Información Energética Abierta* para facilitar el intercambio de información acerca los diferentes recursos de energía renovable que existen en toda América. Chile también participa, junto con Argentina, Colombia, EE.UU., Perú y Uruguay, en otra iniciativa de la AECA que busca intercambiar información acerca de cómo explotar mejor las reservas de gas natural provenientes de las rocas de esquisto o *shale*, en forma no dañina para el ambiente. Además, Chile está involucrado en un proyecto con Colombia, Ecuador, EE.UU., Panamá, y Perú, que busca interconectar las redes eléctricas nacionales desde Panamá hasta Chile.

Entre los proyectos concretos que surgen de la AECA, está uno que involucra a la generadora norteamericana Southern Company con una organización no-gubernamental en Colombia que pretende preparar estudiantes secundarios de hogares humildes para futuros trabajos en el sector de energía. El Departamento de Energía norteamericano también está trabajando con el Ministerio de Coordinación de Producción, Empleo y la Competitividad en Colombia, para convertir los desperdicios industriales en valiosos insumos y bienes. Por su parte, la Organización de Estados Americanos (OEA) está a cargo de implementar el Programa de Energía Sostenible para el Caribe, que está financiado principalmente por la Unión Europea con alguna contribución menor del Departamento de Energía norteamericano. Dicho proyecto busca ayudar a los países más pequeños del Caribe y las Bahamas a aumentar la sostenibilidad de sus recursos energéticos al mismo tiempo que se reducen las emisiones de carbono dióxido, gracias a una mayor utilización de energía renovable. La OEA también está implementando otro programa financiado por el Departamento de Energía norteamericano, con el fin de facilitar un

diálogo entre los gobiernos caribeños para encontrar soluciones a largo plazo para desarrollar fuentes de energía sostenibles y proveer la asistencia jurídica y técnica que dichos gobiernos requieren para modernizar su legislación energética. En general, la OEA juega un papel importante en cuanto a la disseminación de información acerca de las diferentes iniciativas de la AECA y promueve alianzas entre los sectores privados y públicos con el fin de facilitar la implementación de dichas iniciativas.

Finalmente, el Cuerpo de Paz norteamericano está a cargo de una iniciativa de la AECA para introducir prácticas de eficiencia energética y tecnologías de energía alternativa -como la utilización de paneles solares a pequeña escala, estufas solares para cocinar, y la construcción de pequeñas turbinas para la energía eólica- en Costa Rica, Guyana, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, la República Dominicana, y Surinam. En Paraguay, el Cuerpo de Paz está entrenando a un grupo de pequeños agricultores en el uso de una máquina que puede generar electricidad además de producir un fertilizante orgánico con los desperdicios agrícolas.

II. LAS OPORTUNIDADES OFRECIDAS POR EL HEMISFERIO OCCIDENTAL

El Hemisferio Occidental goza de abundantes y diversos recursos energéticos, tales como hidrocarburos convencionales, además de fuentes de energía renovables y no tradicionales. Aproximadamente un tercio de las reservas de petróleo, a nivel global, se encuentran en el Hemisferio Occidental.¹⁵ Latinoamérica en sí produce el 14 por ciento de la producción global de petróleo, pero solamente utiliza la mitad para sus necesidades actuales.¹⁶ Latinoamérica y el Caribe juntos consumen una cuarta parte de toda la energía potencial que se encuentra dentro sus territorios.¹⁷ Se espera que con el aumento de la explotación del gas natural, que proviene de rocas de esquisto o *shale* en los E.E.U.U., se ayudará a dicho país a reducir sus

¹⁵ De acuerdo a *Statistical Review of World Energy 2013, British Petroleum* (junio 2012) p. 6. Disponible en: <http://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/statistical-review/statistical_review_of_world_energy_2013.pdf>, fecha consulta: 24 enero 2013.

¹⁶ INSULZA (2008) p. 9.

¹⁷ BARRERA-HERNÁNDEZ *et al* (2012) p. 61. La proporción entre reservas y la producción actual indica que Bolivia, Ecuador, Perú, y Venezuela tienen suficientes recursos de gas natural para unos 130 años.

importaciones de petróleo en forma drástica, e inclusive, permitirá la exportación de GNL a otros países. Grandes formaciones de esquisto -y se supone de gas natural que se puede obtener utilizando las nuevas técnicas de fracturación hidráulica o *hydrofracking*- se encuentran en la República Argentina, Brasil, Canadá, y México. El descubrimiento de enormes reservas de petróleo y de gas natural en el alto mar, dentro de los límites territoriales brasileños y al fondo de varios kilómetros de roca y formaciones de sal, ofrece a Brasil la posibilidad de convertirse en un importante exportador de petróleo a nivel global. Desde 2006, Brasil ya es autosuficiente en cuanto al petróleo.

Si la riqueza de hidrocarburos fuese poca, América del Sur contiene más de un cuarto de todas las reservas de agua fresca en el mundo, algo que le permite a los países del continente aumentar lo que ya es un significativo uso de la energía hídrica, aunque esto podría verse perjudicado por la desaparición de los glaciares Andinos, como consecuencia del cambio climático. Entre los diez mayores consumidores de energía a nivel global, Brasil es el que goza de la matriz energética más limpia, ya que el 85 por ciento de su electricidad viene de recursos hídricos, y una mayoría de todo el consumo de energía en el país, proviene de recursos renovables.¹⁸

Por supuesto no todo el Hemisferio Occidental goza de la misma abundancia y diversidad de recursos energéticos. Por ejemplo, con la excepción de Trinidad y Tobago, la mayoría de los países caribeños requieren importar el petróleo que utilizan para generar la electricidad y sostener sus métodos de transporte. Una situación semejante existe en Centroamérica. Chile, Paraguay y Uruguay son importadores de petróleo en un continente que es un exportador neto de dicho recurso. A pesar de esto, todos los países americanos, sin excepción, tienen la posibilidad de aumentar su uso de la energía renovable, sea en forma solar, eólica, geotermal, y/o utilizando las corrientes generadas por las mareas en el mar.¹⁹ Integrando todos los mer-

¹⁸ Cfr. United States Energy Information Agency, *Brazil Country Analysis Brief*, Washington, D.C., U.S. Department of Energy, 28 febrero 2012, disponible en <<http://www.eia.gov/emeu/cabs/Brazil/pdf.pdf>>, fecha consulta: 24 enero 2013, pp. 1-2 y 7. Como punto de comparación, las fuentes de energía renovable, que incluyen la energía solar, eólica, geotermal, hídrica y la biomasa, generaron solamente un 13 por ciento de la electricidad en los EE.UU. en 2011, mientras que los recursos renovables contribuyeron a un 8 por ciento del consumo de energía total. Una de las explicaciones por el gran uso de los recursos de energía renovables en Brasil es el hecho que hoy en día casi todos los automóviles en el país funcionan con motores *flex fuel* que ofrece la opción al conductor de usar exclusivamente el etanol como combustible.

¹⁹ LEVY (2012).

cados de energía en el Hemisferio Occidental, por una interconexión de la infraestructura física, ofrece la posibilidad de utilizar plenamente todos estos recursos energéticos cuando sean requeridos. Además, un mayor uso de los recursos energéticos renovables contribuiría a una importante reducción en las emisiones de gases de efecto invernadero. Aunque el gas natural que viene del esquisto, por cierto no es un ejemplo de energía renovable, su mayor uso gracias a las grandes reservas que se encuentran en muchos países americanos, podría jugar un importante papel como una fuente de energía de transición hacia un uso mayor de fuentes no-convencionales. A pesar de ser un combustible fósil, el gas natural emite casi la mitad del dióxido de carbono que emite el carbón y solo un 70 por ciento de lo que emite el petróleo, mientras que las emisiones de monóxido de carbono que provienen del gas natural, son la quinta parte de las emisiones que provienen del carbón, y las emisiones de dióxido de azufre y partículas son casi inexistentes.²⁰

Además de estar dotado con una abundancia de diferentes fuentes de recursos energéticos, el Hemisferio Occidental también abarca extensos bosques tropicales que sirven para absorber las emisiones de gases de efecto invernadero. Por ejemplo, se estima que los bosques de la selva Amazónica, guardan 20 veces más carbono que el total emitido cada año por los diferentes tipos de gases de efecto invernadero a nivel global.²¹ Al mismo tiempo, el Hemisferio Occidental también incluye algunos de los países que más emiten gases de efecto invernadero en el mundo, como es el caso de los EE.UU., aunque cedió su posición de mayor emisor a nivel global, dándole paso a China hace solo unos pocos años. Se espera que las emisiones de Canadá, que actualmente solo representan un 10 por ciento de las emisiones de los EE.UU., aumentarán con el desarrollo de sus reservas de petróleo no-convencional de bitumen que se encuentran principalmente en la provincia de Alberta.

El hecho de que el Hemisferio Occidental aglomera los mayores emisores de gases de efecto invernadero en el mundo y al mismo tiempo ofrece una abundancia de fuentes de energía renovable y extensos bosques que sirven como mecanismos naturales para absorber el carbono en la atmósfera, implica que América es un continente privilegiado para implementar un sistema regional de permisos negociables de emisiones (*cap and trade*) propuesto por el entonces Senador Obama de Illinois en 2008. Bajo un sistema de comercio de permisos de emisiones, una empresa norteamericana que emite gases de efecto invernadero puede recibir un crédito para compensar

²⁰ WOLF, Martin, "Prepare for the Golden Age of Gas", *Financial Times*, 22 febrero 2012, p. 9.

²¹ CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION (2009) p. 9.

sus emisiones que exceden el límite legal establecido, con una inversión en un proyecto en Latinoamérica y el Caribe, que genere electricidad en forma menos contaminante, o destine recursos para preservar un bosque tropical latinoamericano como una forma natural de retención de carbono. El hecho de que este tipo de programa estuviera limitado al Hemisferio Occidental, ayudaría a evitar los problemas del Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL), establecido por el Protocolo de Kioto a la Convención Marco de la ONU sobre el Cambio Climático.

III.UN MECANISMO DE DESARROLLO LIMPIO LIMITADO AL HEMISFERIO OCCIDENTAL

Bajo el MDL, administrado por la ONU, los gobiernos de los países desarrollados y sus empresas pueden suscribir acuerdos para cumplir con metas de reducción de gases de efecto invernadero, bajo el Protocolo de Kioto, invirtiendo en proyectos de reducción de emisiones en países menos desarrollados. La empresa que hace este tipo de inversión, obtiene así un crédito que permite exceder el nivel de emisiones legalmente permitido en su país de origen. A muchas empresas les conviene hacer este tipo de inversión en un país menos desarrollado, porque muchas veces los costos son menores que los gastos que incurrirían para obtener la nueva tecnología necesaria para reducir sus propias emisiones en el país de origen. Un ejemplo concreto de este tipo de trueque sería el financiamiento de una represa hidroeléctrica o una central térmica que utiliza el gas natural en un país menos desarrollado y que no se hubiera construido sin el financiamiento extranjero. De esa manera, se evita la construcción de una generadora más contaminante que utilice el carbón, por ejemplo. Aunque originalmente se suponía que el MDL vencería a fines de 2012, se prorrogó la fecha de vencimiento hasta el 2020, cuando se supone el Protocolo de Kioto será reemplazado por un nuevo acuerdo con obligaciones para todos los países socios de la ONU, en cuanto a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.²² Dado que los EE.UU.

²² En la Conferencia acerca del Cambio Climático de la ONU, de diciembre 2011, celebrado en Durban, República de África del Sur, unos 35 países industrializados se comprometieron en extender sus obligaciones bajo el Protocolo de Kioto en cuanto a reducciones de emisiones de carbono y su participación en el MDL hasta 2015, cuando se supone que se firmará un nuevo acuerdo para reemplazar el Protocolo de Kioto. En la reunión acerca del Cambio Climático de la ONU que se celebró en Doha, Qatar a principios de diciembre de 2012, se acordó extender la fecha de vencimiento del MDL hasta fines de 2020, pero Rusia, Japón, y Nueva Zelandia retiraron su participación en el MDL.

nunca ratificó el Protocolo de Kioto y que Canadá no aceptó la extensión del MDL más allá del 2012, un nuevo programa parecido al MDL, que se limita a los países del Hemisferio Occidental, podría servir como un acuerdo alternativo hasta la entrada en vigencia de un nuevo acuerdo multilateral.

Una ventaja importante que un MDL limitado al Hemisferio Occidental ofrece sobre el mecanismo actual, administrado por la ONU, es su menor susceptibilidad al tipo de fraude que flagela el programa multilateral vigente.²³ Esto se debe no solamente por el hecho que involucraría a menos países que el programa multilateral -y así mismo facilitaría un mejor monitoreo para evitar prácticas fraudulentas- pero también porque existen una variedad de instituciones en el Hemisferio para administrar con mayor eficiencia un MDL limitado a las naciones americanas. Por ejemplo, la Corporación Andina de Fomento (CAF) ya administra un mercado de créditos de carbono en Latinoamérica, que registra y emite certificados de reducción de emisiones en el sector de transporte. La CAF también ha firmado acuerdos para la compra y venta de créditos de carbono con entidades públicas y privadas, que han contribuido a un mayor uso de energía renovable, en nuevos proyectos que pretenden absorber el carbono con una mayor reforestación de bosques tropicales y un aumento en la producción de biocombustibles. Aunque la CAF no goza de suficientes recursos y capital humano para administrar un MDL, que abarcaría todo el hemisferio, este trabajo de vigilancia e implementación de proyectos podría ser compartido con otras instituciones regionales confiables. Es decir, la tarea de la CAF podría estar limitada a los países Andinos (incluyendo a Chile), mientras que se podría encargar un papel semejante al Banco Centroamericano de Integración Económica en Centroamérica, al Banco de Desarrollo de Norteamérica para los países del TLCAN, y al Banco de Desarrollo del Caribe para las naciones de dicha región. En el caso de los países del Mercosur, la institución correspondiente podría ser el Fondo para el Desarrollo de la Cuenca de la Plata o Fonplata.

²³ WARA y VÍCTOR (2008) p. 11: *“Una investigación hecha por dos profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford en California en 2008 encontró que una gran cantidad de los créditos generados por el MDL no representaban una verdadera reducción en las emisiones de gases de efecto invernadero a nivel global ya que muchas de las inversiones fueron en proyectos que se hubieran hecho sin el financiamiento extranjero y muchas veces, inclusive, a menos costo. Aún más grave, los investigadores de Stanford encontraron evidencia que el MDL incentivaba a los países en vías de desarrollo en aumentar sus emisiones para así atraer inversiones por parte de gobiernos o empresas en países desarrollados desesperados para obtener créditos de carbono”*. Esto fue el caso en particular de un gas refrigerante conocido como HFC-23.

Un MDL limitado al Hemisferio Occidental también podría neutralizar el rechazo actual de Brasil -celosa de proteger su soberanía y siempre vigilante en contra cualquier intento de internacionalizar a la Amazonia- al permitir proyectos dirigidos a la preservación o reforestación de la selva amazónica a cambio de créditos de carbono. La actitud brasileña de no participar en el MDL actual, administrado por la ONU, representa un serio obstáculo para mitigar los efectos del cambio climático, ya que el 65 por ciento de la selva amazónica se encuentra en territorio brasileño.²⁴ Es probable que este rechazo por parte del gobierno brasileño a proyectos en la selva amazónica para obtener créditos de carbono, pueda mitigarse con un MDL limitado al Hemisferio Occidental firmado en marzo del 2010. Según este Memorando, los dos países se comprometen en cooperar para reducir las emisiones que resultan de la deforestación y la degradación de los bosques, conforme al programa de la ONU llamado *REDD-plus*.²⁵ Además, las metas de *REDD-plus* son compatibles con el ya mencionado sexto pilar de la AECA, en cuanto al

²⁴ CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION (2009) p. 7. Es interesante resaltar que la mayor parte de las emisiones de carbono de Brasil son el resultado de los incendios masivos que destruyen sus bosques tropicales, una práctica que por sí solo no contribuye a nuevas emisiones de gases de efecto invernadero porque los árboles eliminan el carbono de la atmósfera en forma natural. Cuando los árboles son quemados se devuelve dicho carbono a la atmósfera.

RICHTER (2010) pp. 68 y 69: *“Las plantas obtienen el carbono que precisan para su crecimiento del dióxido de carbono en la atmósfera y lo devuelven cuando son quemados, un proceso que no resulta en un aumento neto de gases de efecto invernadero siempre que no se usaron fertilizantes u otras tecnologías agrícolas modernas”*. El verdadero problema con una masiva quemadura de los árboles tropicales son las cenizas que contribuyen formar un hollín en la atmósfera que atrapa los rayos solares o no deja penetrar los rayos a la superficie, además de destruir un secuestrador natural de dióxido de carbono.

²⁵ El programa de la ONU para Reducir Emisiones de la Deforestación y la Degradación de los Bosques o REDD representa un esfuerzo para establecer un valor económico en cuanto a las reservas de carbono que se encuentran almacenados en forma natural dentro los árboles de los bosques, ofreciendo así incentivos financieros a los países en vías de desarrollo para reducir sus emisiones que provienen de la destrucción de los bosques y para que inviertan en una forma de desarrollo sostenible que implica un menor uso de carbono. REDD-plus resalta el papel que juega la conservación, el manejo sostenible de los bosques, y el aumento de las reservas de carbono en los bosques como una manera de generar ingresos para los países en vías de desarrollo bajo un nuevo acuerdo multilateral acerca cambio climático que reemplazaría el Protocolo de Kioto en 2015. En la Conferencia de la ONU sobre Cambio Climático de diciembre 2011 que se celebró en Durban, República de África del Sur, se llegó a un acuerdo sobre los criterios que se deben utilizar para financiar proyectos que surgen bajo el paraguas de *REDD-plus*.

“uso de la tierra y la silvicultura en forma sostenible”, que pretende reducir las emisiones originadas por causa de la deforestación y la degradación forestal, y la retención de carbono mediante la conservación y gestión sostenible de los bosques.

Un MDL limitado al Hemisferio Occidental también ayudaría en liberar a los países pequeños del Caribe de su alta dependencia en el petróleo importado, que contribuye a que sean de los países en el planeta con la más elevada deuda externa *per cápita*.²⁶ El Caribe goza de una amplitud de fuentes de energía renovable para generar electricidad, como por ejemplo, las mareas producidas por las corrientes del océano, además de la energía solar, eólica y geotermal. El problema es el pequeño tamaño de los mercados de cada país, lo cual significa que no existen economías de escala que hagan una inversión rentable dentro un plazo razonable. Pero para una generadora de electricidad en Canadá y los EE.UU., que busca créditos de carbono, este tipo de inversión puede ser atractivo si así evita hacer una inversión mucho más costosa a nivel interno, para cumplir con sus metas de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

IV. LOS RETOS PARA ESTABLECER UNA VERDADERA Y EFECTIVA AECA

La posibilidad de garantizar un acceso irrestricto a los recursos energéticos del Hemisferio Occidental, particularmente a los hidrocarburos, se complica por las limitaciones constitucionales o legales vigentes en algunos países del Hemisferio que imponen trabas a la participación de extranjeros o las empresas privadas en sus respectivos sectores de energía. Esta es la situación en México, donde el Estado es dueño de todos los hidrocarburos que se encuentran en el subsuelo y goza de un monopolio en cuanto a la extracción y el transporte del petróleo. En muchos casos, el resultado de este tipo de política nacionalista, ha incidido en una disminución en la producción de petróleo, ya que las empresas estatales no tienen suficiente capital (principalmente porque las ganancias son destinadas a otros fines, ajenos de la industria) o carecen de la tecnología o personal calificado para explorar y explotar nuevas reservas. La falta de un consenso, con respecto a la participación de la inversión extranjera o privada, fue evidente en la Sexta Cumbre de las Américas en Cartagena, cuando la Presidenta Argentina, Cristina Fernández

²⁶ BRYAN (2007) p. 381. Aproximadamente el 93 por ciento del consumo de energía en el Caribe se base en petróleo, mientras que solo un 4 por ciento se obtiene de los recursos renovables.

de Kirchner, se retiró temprano para regresar a Buenos Aires y anunciar la nacionalización de 51 por ciento del paquete accionario de Repsol-YPF. Este tipo de comportamiento no es atractivo para la realización de inversiones en el sector de energía por parte de empresas privadas, sean de capital nacional o extranjera, y crean obstáculos para la integración de los mercados de energía a nivel regional y hemisférico.

Otras complicaciones existen en cuanto a cualquier intento de interconectar las diferentes redes nacionales de electricidad. Toda la infraestructura transfronteriza de electricidad y de gaseoductos que existe hoy en Sudamérica, es el resultado de intercambios de energía *ad hoc*, sin una legislación o visión a largo plazo que apoye una cooperación y un desarrollo de redes que sean sostenibles y confiables.²⁷ Esto permite explicar por qué Colombia -considerado un importante generador de electricidad para la región Andina- exportó aproximadamente 1077 horas gigavatio de electricidad para Ecuador y 282 horas gigavatio para Venezuela en 2009, de una producción total de 57,618 horas gigavatio. Esta suma es considerablemente menor de la cantidad de electricidad exportada desde Argentina para Chile y Uruguay durante el mismo año, a pesar de los reconocidos problemas de abastecimiento Argentino en materia de energía²⁸. Aunque Centroamérica, representativo de un caso de interconexión eléctrica con una visión regional de largo plazo, también presenta deficiencias en cuanto a la cantidad de intercambio transfronterizo de electricidad y su alta dependencia en los hidrocarburos para generar tal electricidad.

Durante los años 90 el Banco Inter-Americano de Desarrollo o BID, financió la interconexión de las redes eléctricas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, de esa manera mejorando considerablemente el servicio de electricidad y reduciendo, de ese modo, las tarifas para los consumidores. En consecuencia, se estableció el Mercado Eléctrico Regional (MER) con la entrada en vigencia en enero de 1999 del Tratado Marco sobre el Mercado de Electricidad Centroamericano. El Tratado Marco y dos protocolos posteriores, abrieron los mercados de los seis países centroamericanos a las empresas privadas, para generar y transmitir la electricidad. Se establecieron dos instituciones supranacionales que vigilarían el nuevo mercado eléctrico regional y que tenían el poder de comprometer a los gobiernos nacionales con nuevas leyes y regulaciones que predominarían

²⁷ De acuerdo a BARRERA-HERNÁNDEZ *et al.* (2012) p. 63, en general, el desarrollo de las interconexiones existentes respondieron a iniciativas entre gobiernos para compras puntuales de electricidad o de gas natural.

²⁸ COMISIÓN DE INTEGRACIÓN ENERGÉTICA REGIONAL (2011) p. 15.

sobre la legislación nacional. Las dos instituciones supranacionales establecidas fueron la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIE) y la Ente Operador Regional (EOR).

La CRIE está a cargo de asegurar que los gobiernos nacionales estén al día con los compromisos que asumieron bajo el Tratado Marco de 1999 y otras obligaciones jurídicas posteriores. Por su parte, la EOR está a cargo de operar las interconexiones transfronterizas de electricidad y dirigir los excesivos flujos de energía a los países o regiones donde hay una deficiencia.

Un aspecto importante del Tratado Marco de 1999, es que autorizó la creación de una nueva empresa completamente estatal o mixta (capital público y privado) para construir y operar una línea de transmisión eléctrica de unos 1800 kilómetros desde la frontera entre Guatemala y México (para así facilitar una interconexión transfronteriza con la red eléctrica de México) hasta Panamá. Esta línea se conoce como el Sistema de Interconexión Eléctrica para los Países de América Central (Siepac). Se comenzó a construir el Siepac en 2007 y se esperaba que entrara en operación a fines de 2013 (después de innumerables atrasos en el término de los trabajos de construcción).

A pesar de tener un marco institucional dotado con poderes supranacionales, el intercambio de electricidad entre los países centroamericanos hasta la fecha ha sido relativamente insignificante. Esto responde al temor de muchos de los gobiernos en permitir contratos de venta de electricidad a largo plazo y así arriesgar una posible escasez de energía para abastecer la demanda local en caso de un acontecimiento inesperado. Esta preocupación puede cambiar con la plena implementación del Siepac y un abastecimiento de electricidad más confiable.

Otro aspecto preocupante acerca el mercado centroamericano de electricidad, es su alta dependencia en los combustibles fósiles para generar la electricidad, y lo que esto implica para los esfuerzos destinados a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Este fenómeno se atribuye a las privatizaciones del sector eléctrico en Centroamérica, durante los años 90, cuando se buscaba promover la inversión privada con el fin de lograr una mayor eficiencia y la incorporación de nueva tecnología al sector. Lamentablemente, el sector privado prefirió invertir en proyectos de generación de electricidad que utilizaban los combustibles fósiles (en vez de

generadoras a base de energía renovable), porque los costos de instalación eran más económicos y se lograba obtener ganancias en un menor plazo.²⁹

En cuanto al tema de cambio climático, el gran impedimento que existe actualmente para establecer un MDL limitado al Hemisferio Occidental, es la falta de una legislación Federal en los EE.UU. para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, lo que facilitaría la creación de un sistema de comercio de permisos de emisiones de carbono.

Hasta la fecha, ningún gobierno o grupo de países americanos, han asumido un papel de liderazgo ni se han comprometido en proveer suficiente capital para lograr la seguridad energética y reducir significativamente las emisiones de gases de efecto invernadero. La falta de liderazgo por parte de los EE.UU. es particularmente preocupante. En los tres años y medio después que la AECA fue oficialmente inaugurada, el gobierno norteamericano ha destinado menos de 150 millones de dólares estadounidenses para financiar proyectos en todo el hemisferio. Si el cambio climático realmente representa una grave amenaza para el planeta, como muchos científicos lo piensan, esta suma no evitará una catástrofe global. Como ejemplo de contraste, el gobierno norteamericano ha gastado aproximadamente 4.4 trillones de dólares estadounidenses, en la última década, para las guerras en Irak y Afganistán.³⁰ Entonces, si la economía más rica en América no puede comprometerse seriamente para financiar las iniciativas de la AECA, con menos razón se puede esperar que otros países en el hemisferio lo hagan.

²⁹ La inversión inicial de capital que se requiere para construir una planta térmica de generación eléctrica utilizando a combustibles fósiles varía entre la mitad hasta dos tercios de la inversión requerida para construir un represa hídrica de potencia equivalente. *Vid.* CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION (2009) p. 10. Otra crítica importante que se hace en contra SIEPAC es que solo tiene una capacidad de transmisión de 300 megavatios, poco significativo en un sistema que tiene una capacidad instalada total de 10.000 megavatios.

³⁰ Esta suma elaborado por un equipo académico, incluye los costos totales de las guerras en Irak y Afganistán desde sus comienzos hasta fines de 2011, y agregan los costos médicos de los veteranos norteamericanos que han vuelto a su país con heridas físicas y/o psíquicas. Por su parte, la Oficina del Congreso Para el Presupuesto de los EE. UU. (*v.g., Congressional Budget Office*), en un pronunciamiento a principios de 2012, ofreció una estimación de solo 1.5 trillones de dólares estadounidenses como los costos totales de las guerras en Irak y Afganistan. *Vid.* BRINKLEY (2012) p. 1.

V. LA SEXTA CUMBRE DE LAS AMÉRICAS

El enfoque de la Sexta Cumbre de las Américas que se celebró en Cartagena en abril de 2012, fue la interconexión de la infraestructura física en el Hemisferio Occidental. En su discurso de bienvenida, el presidente colombiano Juan Manuel Santos, resaltó que para lograr dicha meta: *“esto implica trabajar, con el apoyo de las entidades multilaterales, para desarrollar programas y proyectos de infraestructura física y de interconexión eléctrica que conecten e integren a las Américas”*.³¹

Como crítica a los políticos norteamericanos, que aun niegan la contribución del ser humano al cambio climático, actitud que ha contribuido a una falta de legislación en los EE.UU. a nivel Federal, de modo de responder adecuadamente al fenómeno, el Presidente Santos también enfatizó que *“[n]adie puede negar la realidad del cambio climático y la urgencia de que nos preparemos para enfrentarlo y mitigar sus efectos”*.

Uno de los mandatos derivados de la Cumbre en Cartagena es el de *“[p]romover y/u optimizar la interconexión eléctrica y fomentar el desarrollo de generación de energías renovables en las Américas”*³². En vista de los resultados mínimos de previos intentos para establecer interconexiones eléctricas transfronterizas en América Latina, es difícil comprender por qué los Jefes de Estado Americanos reunidos en Cartagena, dieron tanta importancia al tema (aunque si se lograra, el país anfitrión de la Sexta Cumbre sería la más beneficiada). El tipo de interconexión eléctrica que se pretende desde Panamá hasta Chile implicaría un gran esfuerzo y un gasto de dinero masivo, además de la necesidad de hacer cambios en la legislación de cada país para garantizar un nivel de armonización que facilite la compra y venta transfronteriza de electricidad. Si eso no fuera poco, no está claro cuáles serían las fuentes para generar la electricidad que se transmitiría por esta línea continental. Se supone que una fuente importante serían las represas colombianas, pero esto podría complicarse por la amenaza que presenta el cambio climático a los glaciares andinos y la escasez hídrica. Tal vez será más factible lograr alentar la transferencia de nuevas tecnologías energéticas, así como el intercambio de las mejores prácticas que contribuyan a un mayor provecho de dichas tecnologías.

³¹ *Palabras del Presidente José Manuel Santos en la Instalación de la VI Cumbre de las Américas*, 2012, p. 7.

³² *Mandatos Derivados de la Sexta Cumbre de las Américas*, 2012, p. 1.

Es sorprendente que no se mencionó en Cartagena, a pesar de haber sido incorporado a mandatos que surgieron de todas las previas Cumbres, el tema de la conservación de la energía y la eficiencia energética. Como varios estudios científicos lo demuestran, la eficiencia energética es la manera más económica y fácil para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. A corto plazo la eficiencia y la conservación, pueden contribuir a una mayor reducción de emisiones de carbono, que el uso en conjunto de la energía solar y eólica, en vista de las limitaciones tecnológicas que el uso de estas dos fuentes de energía renovables presentan en la actualidad. La Agencia de Energía Internacional ha estimado que una mayor eficiencia puede reducir por lo menos dos tercios de las emisiones actuales de gases de efecto invernadero, mientras que el Instituto McKinsey Global, estima que solo la eficiencia energética ayudaría a llegar a la mitad de la meta sugerida por muchos científicos como lo mínimo para evitar los efectos catastróficos del cambio climático.³³

Parece increíble que el único mandato que fue emitido en la Cumbre de Cartagena que hace alguna referencia al cambio climático, fuera uno de “reducción y manejo de los desastres naturales”, que reclama a los gobiernos americanos *“trabajar con las instituciones financieras sub-regionales, regionales e internacionales con miras a mejorar los mecanismos de financiación para la adaptación al cambio climático”*.³⁴

CONCLUSIONES

Indudablemente lo más llamativo de la Sexta Cumbre de las Américas que se celebró en Cartagena, fue la ausencia de liderazgo demostrado por los EE.UU. y la falta de propuestas realistas para lograr la seguridad energética y combatir el cambio climático. En su discurso oficial a los Jefes de Estados reunidos en Cartagena, el Presidente Obama solo mencionó superficialmente

³³ Dicha meta es una concentración de gases de efecto invernadero en la atmósfera de menos de 550 partes por un millón. *Vid.* artículo “The Elusive Megawatt”, en *The Economist*, 10 mayo 2008, disponible en <<http://www.economist.com/node/11326549>>, fecha consulta: 14 octubre 2013, p. 78. La Agencia para la Protección del Ambiente (EPA) de los EE.UU. atribuye el 33 por ciento de las emisiones norteamericanas de gases de efecto invernadero al sector de transporte y otro 38 al sector de construcción de viviendas y edificios. RICHTER (2010) p. 97. Esto explica porque la eficiencia energética puede tener un impacto tan significativo en cuanto a la reducción de las emisiones norteamericanas, en particular.

³⁴ *Mandatos Derivados de la Sexta Cumbre de las Américas*, 2012, p. 4.

su deseo de incentivar alianzas para fomentar el uso de la energía limpia y enfrentar el cambio climático. El hecho que nunca se mencionó la AECA en Cartagena fue algo insólito en vista que el gobierno norteamericano había presentado dicha iniciativa como su propuesta oficial para cumplir con los mandatos en cuanto a energía y cambio climático que surgieron de la Quinta Cumbre de 2009 en Trinidad.³⁵

Esa falta de liderazgo por parte de los EE.UU. no sería tan grave si una organización como la Unión Sudamericana de Naciones o Unasur, asumiera un papel protagónico en cuanto al tema de la seguridad energética y el cambio climático. A pesar que Unasur ha dado importancia a los dos temas en su agenda oficial de trabajo, poco se ha avanzado en cuanto a iniciativas concretas para facilitar la integración de los mercados de energía, en la promoción de la conservación y la eficiencia energética, o en responder adecuadamente a las amenazas presentadas por el cambio climático. Por ejemplo, existen las mismas diferencias políticas e ideológicas entre los gobiernos sudamericanos, que también han impedido una mayor integración de los mercados de energía a nivel hemisférico.

Nuestro planeta no puede esperar para que la Casa Blanca busque el momento político más idóneo para implementar una legislación que resultará en reducciones significantes a las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de las industrias y los consumidores norteamericanos. La administración Obama no debe esperar hasta que haya un nuevo acuerdo internacional que reemplace al Protocolo de Kioto o haya logrado convencer a una mayoría de los senadores y diputados Republicanos (y unos cuantos del partido Demócrata), para actuar y de esa manera evitar una catástrofe, que una amplia mayoría de la comunidad científica pronostica ocurrirá si no se hace algo para desacelerar las emisiones de gases de efecto invernadero. Un asunto que el gobierno de los EE.UU. puede hacer inmediatamente es subir el perfil de la AECA y financiar adecuadamente los proyectos propuestos bajo dicha iniciativa. Una AECA revitalizada debiera enfocar sus esfuerzos en aumentar la eficiencia energética y asegurar la conservación de recursos de energía, ya que esto producirá los mayores resultados tangibles a corto plazo e incurrirá en una menor resistencia política interna o por parte de otros gobiernos en el hemisferio. El gobierno Federal de los EE.UU., también

³⁵ Vid., *Informe del Gobierno de los EE.UU. Sobre la Implementación de los Mandatos Emancipados de la Quinta Cumbre de las Américas*, Organización de Estados Americanos-Grupo de Revisión de la Implementación de Cumbres, OEA/Ser.E, GRIC/INNA/2/10, 27 mayo 2010, disponible en <http://www.summit-americas.org/nat_rep/2010/USA_Sp.pdf>, fecha consulta: 24 enero 2013, p. 8.

puede facilitar acuerdos entre los Estados norteamericanos y otros países o subdivisiones políticas dentro de esos países para así establecer un sistema de comercio de permisos de emisiones de gases de efecto invernadero. El Estado de California ya está a punto de inaugurar un programa de este tipo con algunas provincias de Canadá, y está explorando la posibilidad de hacer lo mismo con otros Estados en Brasil y México. Finalmente, bajo el paraguas de una AECA revitalizada, se podría incentivar alianzas entre entidades públicas y universidades por toda América, con el fin de desarrollar nuevas tecnologías energéticas y para combatir el cambio climático. Estas tecnologías quedarían en el ámbito público, para así facilitar su rápida y amplia diseminación y uso en toda América.

El Hemisferio Occidental ofrece un abanico de fuentes de energía para abastecer todas sus necesidades. Este hemisferio, también ofrece oportunidades para comenzar a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en forma significativa. Lo que falta es el liderazgo y un compromiso financiero para convertir todo aquello en algo real. Si los países americanos pueden trabajar en conjunto para convertir la promesa de la AECA en algo concreto, esto podría servir como un prototipo de desarrollo y cooperación para todo el resto del planeta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila, ROOGENKAMP, Martha M., ZILLMAN, Donald N., y DEL GUAYO, Iñigo (coordinadores) (2012): "South American Energy Integration: Mission Possible?", *Energy Networks and the Law: Innovative Solutions in Changing Market* (Oxford, Oxford University Press), pp. 61 - 77.

BRINKLEY, Joel (2012) "Iraq Outlook Looks Dim After U.S. Troop Pullout: Some Predict Another Brutal Dictatorship", *Político*, 27 de febrero de 2012, pp. 1 y 10.

BRYAN, Anthony T. (2007): "Trinidad and Tobago", *Energy in the Western Hemisphere: Benefits and Impediments* (Washington, D.C.: The Center for Strategic and International Studies Press) pp. 366 - 404.

CENTRE FOR INTERNATIONAL GOVERNANCE INNOVATION (2009): *Blueprint for a Sustainable Energy Partnership for the Americas* (Warterloo, ON.: CIGI) 16 p.

Disponible en <http://www.cigionline.org/sites/default/files/Blueprint%20web_0.pdf>, fecha consulta: 24 enero 2013.

COMISIÓN DE INTEGRACIÓN ENERGÉTICA REGIONAL (2011): *Síntesis Informativa Energética de los Países de la CIER: Información del Sector Energético en Países de América del Sur, América Central y El Caribe, Datos del Año 2009* (Montevideo, CIER) 28 p. Disponible en <<http://www.cier.org.uy/d06-sie/index.htm>>, fecha consulta: 24 enero 2013.

INSULZA, José (2008): “Energy and Development in South America”, *Energy and Development in South America: Conflict and Cooperation* (Washington, D.C.: Woodrow Wilson International Center for Scholars), pp. 9 - 12.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2009): *Economía del Cambio Climático en América Latina y el Caribe: Síntesis 2009* (Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe) 73 pp. Disponible en <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/38128/Sintesis-Economia_cambio_climatico-WEB.pdf>, fecha consulta: 24 enero 2013.

RICHTER, Burton (2010): *Beyond Mirrors and Smoke: Climate Change and Energy in the 21st Century* (New York, Cambridge University Press) 226 pp.

WARA, Michael y VICTOR, David G. (2008): *A Realistic Policy on International Carbon Offsets* (Stanford, Program on Energy and Sustainable Development, Stanford University) 24 p. Disponible en <http://iis-db.stanford.edu/pubs/22157/WP74_final_final.pdf>, fecha consulta: 24 enero 2013.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Declaración de Compromiso de Puerto España, Quinta Cumbre de las Américas, Puerto España, Trinidad y Tobago, 19 de abril de 2009. Disponible en <http://www.summit-americas.org/V_Summit/decl_comm_pos_sp.pdf>, fecha consulta: 24 enero 2013.

Mandatos Derivados de la Sexta Cumbre de las Américas, Cartagena de Indias, Colombia, OEA/Ser.E CA-VI/doc.6/12 Rev.2, 23 mayo 2012. Disponible en <http://www.summit-americas.org/SIRG/2012/041412/mandates_sc_es.pdf>, fecha consulta: 24 enero 2013.

Official Remarks of United States President Barack Obama at the Opening Ceremony of the Fifth Summit of the Americas, Fifth Summit of the Americas, Port of Spain, Trinidad & Tobago, April 17-19, 2009 OEA/Ser.E, CA-V/doc.2/09. Disponible en <http://www.summit-americas.org/V_Summit/remarks_usa_en.pdf>, fecha consulta: 24 enero 2013.

Palabras del Presidente José Manuel Santos en la Instalación de la VI Cumbre de las Américas, 14 de abril de 2012, Cartagena de Indias, Colombia,. Disponible en <http://www.summit-Americas.org/SIRG/2012/041412/statement_santos_inaugural_es.pdf>, fecha consulta: 24 enero 2013.

Plan de Acción Para fortalecer la democracia, crear la prosperidad y desarrollar el potencial humano, nuestros Gobiernos, III Cumbre de Las Américas, Quebec, Canadá, 20 al 22 de abril de 2001. Disponible en <http://www.summit-americas.org/iii_summit/iii_summit_poa_sp.pdf>, fecha consulta: 24 enero 2013.

Plan de Acción Suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno Asistentes a la Cumbre de las Américas sobre Desarrollo Sostenible, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 7 al 8 de diciembre de 1996. Disponible en <http://www.summit-americas.org/summit_sd/summit_sd_poa_sp.pdf>, fecha de consulta: 24 enero 2013.

Plan de Acción Suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno Asistentes a la Primera Cumbre de las Américas, Miami, Florida, 9 al 11 de diciembre de 1994. Disponible en <http://www.summit-americas.org/i_summit/i_summit_poa_sp.pdf>, fecha de consulta: 24 enero 2013.

NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DEFICIENTE FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*Notes about liability of the State by
the deficient functioning of the justice
administration*

CRISTIÁN MONTERO CARTES*
Universidad de Concepción
Concepción, Chile

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es abordar el tema de la responsabilidad del Estado-Juez, desde una perspectiva diversa a la que tradicionalmente se ha analizado. En efecto, el autor estudia la eventual generación de perjuicios o daños a los justiciables derivados de los actos administrativos del poder judicial, con el consecuente surgimiento de responsabilidad patrimonial del Estado. Para ello, se incorpora, en términos genéricos, el concepto, hasta ahora desconocido en nuestro medio, de la figura de *anormal funcionamiento de la administración de justicia*, como título de imputación de responsabilidad y su posible tratamiento en el ordenamiento jurídico chileno.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad del Estado - administración de justicia - Estado-Juez

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Posgraduado en Derecho Administrativo General, Universidad de Concepción.<crcmontero@gmail.com>.

Artículo recibido el 8 de octubre 2012 y aprobado el 25 de agosto de 2013.

ABSTRACT: The aim of this paper is to expose the liability of the State Justice from a different perspective than that from which it has been traditionally analyzed. In effect, the author examines the eventual generation of hurts or damages to the litigants deriving from the administrative acts of the Judiciary, with the consequent arising of financial liability of the State. In order to do that, in generic terms, it incorporates the concept, unknown until now in our law, of justice administration abnormal functioning, as a cause of imposition of liability and its possible treatment in the Chilean legal system.

KEY WORDS: Liability of the State - justice administration - State Justice

I. PODER JUDICIAL O SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ¿HACIA UN CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO?

La tradicional doctrina sobre la función que ejercen los jueces, que la limita a la mera aplicación e interpretación de la ley de una manera más o menos razonablemente predecible, es efectiva en el mismo grado que incompleta. De la misma manera, afirmar que la función de los arquitectos es dibujar planos, de la policía detener delincuentes o de los médicos recetar productos farmacéuticos lo es.

En sentido amplio, todos los funcionarios públicos, carabineros, notarios, conservadores de bienes raíces, oficiales del registro civil, etc., se encargan, en último término, de aplicar e interpretar la ley. El problema, a nuestro juicio, no radica en determinar la naturaleza de la función judicial ni el alcance ni contenido de ésta. Parece de suyo obvio que la labor de los jueces excede con creces dichas limitaciones. La cuestión es, entonces, visualizar que la ripiosa labor de aplicación e interpretación de la ley es un trabajo intelectual que con gran dificultad y esfuerzo, es ni con todo una pequeña parte de la tarea de los magistrados. Por el contrario, la labor administrativa que desempeñan los jueces acapara y distrae gran parte de su tiempo: ya sea distribuyendo los recursos del tribunal, la planta física o el equipo material, la organización de las causas y la atención de justiciables y abogados, entre otras, han sido y -lo que es peor aun- siguen sobre los hombros de los jueces, del mismo modo que un gerente de una empresa o un administrativo general.

Pero, lamentablemente, como se ha afirmado, *“los jueces no están calificados ni entrenados para administrar organizaciones o recursos. El resultado ha sido que, hasta hace muy poco tiempo, los jueces se desatendían por*

*completo del problema, ignorándolo; o distraían de las preocupaciones para los que han sido, y para las que han sido elegidos con las más altas calificaciones, mucho más tiempo del prudente dedicándolo a tareas de administración o economía doméstica".*¹

En base a estas apreciaciones, algunos autores extranjeros han considerado que el ejercicio de la función judicial constituye un servicio público en sentido lato.²

Sin embargo, tal posición ha sido rechazada por un importante sector de la doctrina, tanto nacional como extranjera, al considerarse que le son inaplicables algunas notas características de aquel, como la posibilidad de que el servicio público pueda ser gestionado por entidades particulares ajenas a la función pública o a la inexistencia de verdaderas potestades administrativas, a pesar de encontrarse en la actividad judicial, aquellos caracteres de continuidad, de regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad típicos del servicio público.³

Por tal motivo, afirmar que la función judicial es una especie de servicio público -postulado predominante durante la vigencia de la concepción francesa tradicional, hoy prácticamente olvidada-, haciéndola equivalente a la prestación de un órgano de la administración del Estado, es confundir la notable diferencia que radica en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Así las cosas, la responsabilidad estatal derivada de resolución de conflictos de carácter jurídico, no pueden ni debe ser estimada como una especie extraíble del género como consecuencia de la prestación del servicio público.

Con todo, lo anterior no significa, como se pondrá de relieve más adelante, afirmar que no puedan aplicarse algunos conceptos, instituciones e incluso algunos preceptos de la función administrativa al ámbito judicial.

En efecto, si bien compartimos aquella postura que rechaza la concepción del Poder Judicial como servicio público, no es menos cierto que el poder judicial tiene un aspecto orgánico, tiene una estructura y, en ese sentido, ejerce funciones netamente administrativas, prestando servicios de

¹ MACLEAN (1997).

² GODED (1983).

³ REYES (1987) p. 11.

administración de justicia⁴ en que se requiere un conjunto adecuado de recursos materiales y humanos para alcanzar sus fines. En este ámbito, burocrático judicial es donde emerge y se erige, como título de imputación de responsabilidad, el anormal funcionamiento de la administración de justicia.

II. ANORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: CONCEPTO, ÁMBITO Y CONTENIDO

1. Antecedentes previos

Como ya lo hemos indicado, el poder judicial tiene un aspecto orgánico, tiene una estructura y, en ese sentido, presta servicios de administración de justicia en que se requiere un conjunto adecuado de recursos materiales y humanos para alcanzar sus fines. En este ámbito, burocrático judicial es donde emerge y se erige, como título de imputación de responsabilidad, el anormal funcionamiento de la administración de justicia.

⁴ Piénsese tan solo en las nuevas formas orgánicas de los nuevos tribunales que han sido implantados dentro de la estructura del poder judicial. Así, por ejemplo, el párrafo 5° del Código Orgánico de Tribunales referido a la *“la organización administrativa de los juzgados de garantía y de los tribunales orales en lo penal”*, en su artículo 25 indica que: *“Los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal se organizarán en unidades administrativas para el cumplimiento eficaz y eficiente de las siguientes funciones: 1. Sala, que consistirá en la organización y asistencia a la realización de las audiencias. 2. Atención de público, destinada a otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurra al juzgado o tribunal, especialmente a la víctima, al defensor y al imputado, recibir la información que éstos entreguen y manejar la correspondencia del juzgado o tribunal. 3. Servicios, que reunirá las labores de soporte técnico de la red computacional del juzgado o tribunal, de contabilidad y de apoyo a la actividad administrativa del juzgado o tribunal, y la coordinación y abastecimiento de todas las necesidades físicas y materiales para la realización de las audiencias. 4. Administración de causas, que consistirá en desarrollar toda la labor relativa al manejo de causas y registros del proceso penal en el juzgado o tribunal, incluidas las relativas al manejo de las fechas y salas para las audiencias; al archivo judicial básico, al ingreso y al número de rol de las causas nuevas; a la primera audiencia judicial de los detenidos; a la actualización diaria de la base de datos que contenga las causas del juzgado o tribunal, y a las estadísticas básicas del juzgado o tribunal. 5. Apoyo a testigos y peritos, destinada a brindar adecuada y rápida atención, información y orientación a los testigos y peritos citados a declarar en el transcurso de un juicio oral. Esta función existirá solamente en los tribunales orales en lo penal”*.

En efecto, la doctrina comparada⁵ distingue dentro de la responsabilidad del Estado-Juez diferentes fuentes a través de las cuales se puede hacer efectivo el Derecho de Indemnización, es decir, títulos de imputación de responsabilidad. Así, por un lado, encontramos los *errores judiciales* y, por otro, el *anormal funcionamiento de la administración de justicia*. Dentro del primero, por su parte, se observan lo que llamaremos *errores judiciales penales* y *errores judiciales civiles*, entendiéndose este último en su sentido amplio, en oposición a penal, incluyéndose, por tanto, no solo por yerros civiles propiamente, sino también los laborales, comerciales, tributarios etc.

A nuestro juicio, cuando se habla del tema de la responsabilidad del Estado-Juez, debe necesariamente procederse a una distinción que determine el alcance y extensión entre uno y otro concepto.

Pues bien, ocurre que en Chile tanto la doctrina como la Jurisprudencia, en general,⁶ parecen no hacerse cargo de esta distinción previa, haciendo simplemente sinónimo de responsabilidad del Estado Juez, solo los yerros judiciales de índole penal, limitando de entrada, el tratamiento del instituto, al radicar en un solo precepto -artículo 19 n° 7 letra i) de la Constitución Política de la República-, la regulación total e íntegra del derecho de indemnización, otorgándole a ésta un carácter excluyente de cualquier otro título de imputación que no sea penal. Desde luego aquí radica, justamente, el error.

En nuestro concepto, entendemos, a la inversa de la mayoría de la doctrina, que el precepto Constitucional citado solo trata un título de responsabilidad específico, los *errores judiciales penales*, que regula expresamente, dejando entregada a las reglas generales de la responsabilidad de Derecho Público, los otros títulos de imputación de responsabilidad, tales como los *errores judiciales civiles* o el *anormal funcionamiento de la administración de justicia*. Por tal motivo, frente a un yerro judicial de carácter civil o deficiencias administrativas del poder judicial,⁷ el ordenamiento jurídico no puede

⁵ En este sentido véase, entre otros, GUZMÁN (1994) pp. 151 y siguientes, SANTIAGO (1989) p. 50.

⁶ GARCÍA (1997) p. 224, HERNÁNDEZ (1999) pp. 473 y siguientes.

⁷ Así, por ejemplo, se ha reconocido en la jurisprudencia argentina, Corte Suprema de la Justicia de la Nación, *Etcheverry y otros con Provincia de Buenos Aires* (1986, fallos n° 308:2494): “El levantamiento de las medidas cautelares ‘al sólo efecto de escriturar’ sólo se concibe en caso de subasta pública del inmueble, y con citación de los jueces que la hubieran decretado, pues entonces los embargos se trasladan al saldo de precio (art. 588 del Cód. Procesal), más no cuando se condena a escriturar una venta privada, caso en el cual sólo es posible previa audiencia de los interesados y decisión tomada preservando

soslayar tal situación, haciendo caso omiso de los fundamentos que hacen al Estado responsable, debiendo, sin duda alguna, imputar a éste la calidad de deudor de la obligación de resarcir.⁸

Al igual que el concepto de error judicial, el funcionamiento anormal de la administración de justicia, según lo ha entendido tanto la doctrina⁹ como la jurisprudencia comparada¹⁰, es indeterminado.

Ésta figura como título de imputación de responsabilidad del Estado nace en el sistema español, como una característica específica, siendo desconocido en la mayor parte de ordenamientos jurídicos comparados. Nuestro país, en plena concordancia con la mayoría, tampoco ha consultado esta hipótesis de reparación, siendo casi desconocida en el medio nacional.¹¹

La definición de lo que es un funcionamiento anormal ha de hacerse, en buena lógica, por sustracción, de forma negativa: es funcionamiento anormal todo aquél que no pueda ser calificado de normal. Y en este punto aparecen dos dificultades: la primera, precisar qué puede ser considerado como normal desde el punto de vista jurídico-positivo; y segunda, establecer un límite

las garantías del debido proceso, con posibilidad para ellos de hacer valer las defensas que tuvieren y decisión sobre el mejor derecho de embargantes o compradores". Así, "compromete la responsabilidad del Estado, la conducta del juez que autorizó el levantamiento de medidas cautelares, y suscribió los respectivos exhortas, sin tener en cuenta los alcances de la sentencia dictada por su antecesor en el cargo y las normas procesales aplicables; al haber hecho posible la venta de los inmuebles cautelados, se impidió a los actores hacer valer sus derechos derivados de una sentencia dictada en un juicio de colación".

⁸ En el mismo sentido, el Soto Kloss (1996) pp. 314 y 315: "*Pero los servicios judiciales y la administración de justicia, pueden producir daños y provocar perjuicios no sólo en la pesquisa y castigo de delitos, sino también en materia civil, incluyendo en este término todo lo que no es penal, esto es civil, comercial, laboral, tributario, menores, e incluso administrativo... También suele ser raramente admitida la obligación del Estado a reparar los daños provocados en esta actividad jurisdiccional*".

⁹ ACOSTA (2005) p. 109.

¹⁰ Vid. v.g. Tribunal Supremo español, *José Carlos contra Ministerio de Justicia* (1993, STS 7581/1993) fundamento de derecho, tercero: "*El concepto de anormalidad en el funcionamiento de la Administración constituye un concepto jurídico indeterminado que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concretas concurrentes en el supuesto enjuiciado*".

¹¹ En Chile, véase tan solo RONDINI (2008) p. 134 y SOTO KLOSS (1996) p. 315.

preciso entre la normalidad y la anormalidad en el funcionamiento. Hacia aquella tarea, en general, dedicaremos las siguientes páginas.

2. Normalidad y anormalidad. Dolo y culpa: precisión terminológica

Como premisa básica podemos indicar que tanto un acto lícito como un ilícito pueden generar perjuicios; sin embargo, la diferencia radica en que en el segundo caso, se ha incurrido en culpa en la actuación, infringiendo el precepto respectivo. En base a ello algún autor ha pretendido distinguir en funcionamiento normal del anormal con este solo elemento; la ilicitud en la actuación del agente público, ya sea juez o auxiliar de la administración de justicia.

En principio, podemos acoger la idea de que la anormalidad consistirá en la infracción a una norma jurídica atinente al proceso, ya de carácter procesal¹² o de una norma de las actividades de índole estrictamente administrativas necesarias para la correcta tramitación de los procesos, a fin de que éstos avancen.¹³ Empero, afirmar que el anormal funcionamiento se refiere tan solo a lo ilegal, resulta errado, pues aun cuando sea lo más frecuente¹⁴ no es la única hipótesis. En rigor, un funcionamiento anormal no exige siempre una ilegalidad ni el incumplimiento de una norma, tal sería, por ejemplo, el caso de la actividad material de la administración como la traba equivocada recaída sobre un auto, en que se incurrió en error al digitar su patente.¹⁵ Por tal motivo, discrepamos con Soto Kloss, quizás uno de los pocos autores chilenos que se ha referido al tema, quien limita los casos de anormal

¹² MONTERO (1988) p. 130, concluye que el funcionamiento anormal ha de suponer una infracción de la norma procesal. Sin embargo, lo inverso no resulta admisible, pues no todo incumplimiento de la norma procesal constituye funcionamiento anormal de la Administración de Justicia a los efectos indemnizatorios. Por tanto, el funcionamiento anormal supone una ilegalidad procesal para este autor.

¹³ JIMÉNEZ (1991) p. 136.

¹⁴ Equivocado es identificar lo normal con lo frecuente. De lo contrario, se cae en el común pensamiento de que la anormalidad, a fuerza de reiterarse, deje de ser considerada un mal y pase a ser tolerado.

¹⁵ SOLCHAGA (1983) p. 2545, observa a este respecto que no cabe confundir la anormalidad con la ilegalidad formal: *“En primer lugar, porque puede producirse funcionamiento anormal del servicio sin ilegalidad. En segundo lugar, porque existen supuestos de ilegalidad en el ejercicio del poder público que no generan acción de responsabilidad, por inexistencia de resultado lesivo o por falta de nexo causal. Además, no toda ilegalidad genera de forma automática responsabilidad, aunque es un elemento que, cuando concurre, sirve para reforzar o facilitar la calificación de anormalidad del funcionamiento del servicio”*.

funcionamiento, al emplear la fórmula *ilícitos del servicio judicial*¹⁶, cayendo en la confusión de hacer sinónimo ilicitud con el anormal funcionamiento, olvidando los casos de deficiencia en la actividad material, como un error en la digitación de una patente municipal y, aun más, contradiciéndose el mismo autor, al sostener que dentro de la ilicitud quedarían comprendidos los casos de daños causados por el poder judicial en su actividad material.

Por otra parte, debe advertirse desde ya que no basta una irregularidad procesal o administrativa referida al proceso, pues aun cuando pueda configurarse el título de imputación -funcionamiento anormal-, necesariamente deberán concurrir, para efectos del derecho a la indemnización, los demás requisitos que la hacen procedente, en especial el daño antijurídico.

Otro punto ha destacarse es la idea de anormalidad como sinónimo de culpabilidad, de imputación de responsabilidad por la negligencia del agente público.

En este sentido, Martín Rebolledo, subraya que *“una primera aproximación al concepto de funcionamiento anormal apela a la idea de culpa, pues todos los daños que tienen como origen la negligencia, ignorancia o dolo penal del juez se traducen, en última instancia, en un funcionamiento anormal de la administración de justicia. Es cierto- agrega- que la disconformidad con el ordenamiento jurídico de la actuación del funcionario es una prueba de que el funcionamiento del órgano ha sido anormal, pues supone una infracción del obligado principio de legalidad que prescribe la normal actuación administrativa”*.¹⁷ Sin embargo, agrega el autor que, no se puede descartar que se produzca un funcionamiento anormal de la administración de justicia sin que concurra o se pueda probar la culpa de los agentes judiciales.

Desde este prisma, no cabe identificar el funcionamiento anormal con la existencia de dolo o culpa en la conducta del agente del daño. Como ya lo hemos precisado, el concepto de funcionamiento anormal está objetivado, construyéndose independientemente del factor subjetivo. En otras palabras, el problema no puede hacerse depender de la idea subjetiva de imputación, esto, dolo o culpa; el sistema de imputación de responsabilidad del Estado, se centra y pone el énfasis en la existencia de un daño antijurídico, que no hay obligación jurídica de soportar, pero ni el dolo ni la culpa del juez o auxiliar de la administración de justicia, son requisitos necesarios para configurar un funcionamiento anormal.

¹⁶ SOTO KLOSS (1996) p. 316.

¹⁷ MARTÍN (1983) p. 58.

Si concurre dolo o culpa, tal dato solo será útil para determinar la extensión de la reparación y, como lo afirmamos al referirnos al error judicial, para un posible ejercicio de la acción de repetición del Estado en contra del agente, a fin de hacer efectiva la responsabilidad personal de éste.¹⁸

Finalmente, resulta que *a priori* es muy difícil dar una fórmula precisa de qué debe entenderse por anormal funcionamiento de la administración de justicia, al ser un concepto indeterminado, siendo menester entregar su precisión a la concreción de jurisprudencia según estándares y niveles medios y normales de prestación del servicio de justicia en cada momento y en cada ordenamiento jurídico, lo cual supone variabilidad en la estimación de dicha anormalidad.

De lo contrario, se caería en el absurdo de comparar sistemas y órdenes jurídicos tan diversos como el inglés y el chileno, sin las naturales diferenciaciones entre uno y otro, ya sea de recursos, o bien sea de personal etc. Como afirma Martin Rebolledo, *“puede mantener de hecho situaciones consideradas inaceptables como ejemplo de funcionamiento medio de un servicio o contribuir, por el contrario, a su perfeccionamiento directo o indirecto colocando los llamados ‘standards’ medios de normalidad en unos niveles de altura y calidad en relación con otros servicios semejantes que actúen en la vida social del país”*.¹⁹

3. Funcionamiento normal o anormal

Algunos autores han indicado que no solo se deben indemnizar los supuestos de funcionamiento anormal sino también, normal funcionamiento normal de la administración de justicia. En tal sentido, Reyes Monterreal ha indicado que tanto en uno como en otro supuesto -normal o anormal funcionamiento-, la responsabilidad del Estado es de raíz objetiva, tornándose

¹⁸ En el mismo sentido SOLCHAGA (1983) p. 2.545, observa que si concurre un comportamiento doloso o culposo por parte del agente, será exigible de éste la correspondiente responsabilidad, sea en vía principal en favor del perjudicado, sea en vía de regreso, a favor del ente público que ha resarcido en primer término el daño; pero esta responsabilidad personal, que podrá a lo sumo ser tenida en cuenta a la hora de apreciar la extensión de la reparación exigible. No es un elemento determinante de la anormalidad del servicio, que puede perfectamente concurrir aunque no se pueda apreciar culpa ni negligencia alguna en el agente. De esta manera, la anormalidad del servicio se configura con total independencia de todo comportamiento subjetivo, constituyendo el elemento objetivo que origina la responsabilidad del Estado.

¹⁹ MARTÍN (1983) pp. 160 y 161.

irrelevante para su determinación la conducta del agente, ante la necesidad de que el Estado deba responder por el riesgo producido como consecuencia de la gestión del servicio.²⁰

Por otro parte, como manifiesta Solchaga Loetegui, la objetividad tiene como virtud el prescindir de las características de la actuación del causante para dar prioridad a la restitución del patrimonio del perjudicado.²¹ En el mismo sentido, Hernández y otros señalan que no puede excluirse de raíz la indemnización por funcionamiento normal de la administración de justicia, dada la variedad de situaciones que pueden producirse en la práctica, de las que pone otros tantos ejemplos. Estas situaciones no se pueden atribuir a un funcionamiento defectuoso de la administración de justicia sino, en todo caso, a los defectos de la regulación procesal.²²

Nosotros discrepamos con tales postulados. En efecto, si bien en un principio las premisas anteriores parecen, en una primera lectura, del todo plausibles, en rigor estimamos que previamente debe procederse a una clarificación.

A nuestro juicio, el concepto de *anormal funcionamiento* como título de imputación está objetivado, debiendo el Estado Responder, independientemente de la culpa o dolo del agente. Por otra parte, como ya hemos visto, la anormalidad no se identifica ni puede hacerse depender de la ilegalidad de la actuación, pues hay supuestos en que no es necesaria su ocurrencia para que proceda la reparación. Sin embargo, una cosa muy distinta es que el *normal funcionamiento* sea resarcible. En tal supuesto, faltaría uno de los elementos de la responsabilidad del Estado; el título de imputación, a menos que se considere la *normalidad* como uno de éstos. Pero tal hipótesis, se caería, pues los daños que provengan del funcionamiento normal carecen de un elemento esencial; su antijuridicidad. Esta no radica tan solo en el perjuicio al justiciable, se requiere algo más; esto es, que la persona no tenga la obligación jurídica de soportarlo. Pues bien, esto ocurre precisamente en este caso, en que se trata de una simple molestia o carga general de la vida individual y colectiva, de las que nadie puede estar liberado.

En el mismo sentido, Martín Rebolledo ha sostenido que *“admitir como causa de imputación de responsabilidad del Estado el normal funcionamiento de la administración de justicia se opone a la propia esencia de ésta dado que, si no existe un error judicial o un funcionamiento anormal, los eventuales*

²⁰ REYES (1987) p. 15.

²¹ SOLCHAGA (1983) pp. 2547 - 2549.

²² HERNÁNDEZ *et al.* (1994) pp. 49 - 54.

*daños no han de reputarse antijurídicos, pues son daños que el perjudicado tiene la obligación de soportar porque obedecen a la correcta aplicación de una norma jurídica válida. Según esta tesis, el único funcionamiento normal que da derecho al resarcimiento está incluido en el concepto de error judicial”.*²³

4. Concepto

Así las cosas, podemos indicar que son básicamente tres las hipótesis de funcionamiento anormal de la administración de justicia: que funcione mal (culpa *in committendo*); que no funcione (culpa *in ommittendo*); o que funcione defectuosamente (falta de diligencia funcional, de la que es ejemplo notable el retraso indebido).²⁴ En otros términos, *el funcionamiento anormal de la administración de justicia, siguiendo una corriente orgánica u objetiva, tendrá lugar cada vez que la administración de justicia funcione mal; no funcione; o bien funcione deficientemente, como es el caso de la justicia tardía.*

En cualquier caso, como ha señalado Leguina, *“el criterio de la culpa o de la ilegalidad se materializa objetivamente en el funcionamiento del servicio público en cuanto tal con independencia de toda conducta ilícita de las personas físicas concretas”*. La responsabilidad del Estado se basa por tanto en la *culpabilidad objetiva del servicio*.²⁵

III. ÁMBITO DEL FUNCIONAMIENTO ANORMAL

Autores como Acosta Gallo indican que *“el funcionamiento anormal de la administración de justicia ha de entenderse exclusivamente referido a la actuación de los Jueces y Magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues el funcionamiento del servicio público de la justicia en su vertiente no jurisdiccional está sujeto al régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado”*.²⁶

Por nuestra parte, adscribiéndonos a la postura objetiva o material, según la cual el poder judicial también puede ejercer función administrativa, estimamos, por el contrario, que el anormal funcionamiento de la administración de justicia comprende tanto la actividad jurisdiccional, en estricto sentido,

²³ MARTÍN (1983) pp. 166 - 168.

²⁴ Ídem., p. 139.

²⁵ LEGUINA (1980) p. 32.

²⁶ ACOSTA (2005) p. 188.

cuanto su actividad no jurisdiccional o administrativa, pues *“la última se encuentra subordinada y en función de la primera, de modo que un funcionamiento defectuoso a este nivel necesariamente repercutirá en el ámbito jurisdiccional y, por lo mismo, no cabe hacer la escisión señalada”*.²⁷

En este sentido, podemos señalar que el anormal funcionamiento de la administración de justicia es un título único de responsabilidad del Estado-Juez, que comprende tanto el error judicial como el anormal funcionamiento, pero se diferencian solo para efectos de determinar la distinta normativa y, por tanto, el también diferente régimen de responsabilidad aplicable.

Las actuaciones que pueden dar lugar a funcionamiento anormal de la administración de justicia, pueden ser realizadas tanto por los jueces y magistrados, como también por los funcionarios auxiliares de la administración de justicia.

En cuanto a los jueces y magistrados, el funcionamiento anormal no está dentro de sus resoluciones, sino que, por el contrario, en su actividad *in procedendo y no in judicando*, es decir, fuera de sus resoluciones, en acciones u omisiones²⁸, procesales o no, necesarias para emitir un juicio determinado. Tal sería el ejemplo, de la no práctica de alguna diligencia prescrita por las leyes.

Respecto de los auxiliares de la administración de justicia, el ejercicio de las actividades que despliegan no da lugar a errores judiciales, pero sí funcionamiento anormal, pudiendo éste radicarse tanto en la actividad procesal, como en el cumplimiento de la actividad administrativa.

Por otra parte, el funcionamiento anormal puede resultar en cualquier fase del procedimiento, ya sea declarativa, ejecutiva o bien cautelar y en todos los tipos de jurisdicción, sea penal, civil, comercial, tributaria, laboral etc.²⁹

Finamente, como ya lo hemos indicado, la hipótesis de anormal funcionamiento se extiende tanto a los casos de mal funcionamiento, como a los

²⁷ RONDINI (2008) p. 135.

²⁸ Consta la doctrina que esta constituye una diferencia con respecto del error judicial, porque en éste no proceden omisiones. El error judicial requiere un juicio y ello supone siempre una actividad que se despliega. Por lo tanto, la ausencia de juicio o resolución, implicara funcionamiento anormal y no error judicial.

²⁹ GUZMÁN (1994) p. 184.

de falta de funcionamiento y defectuoso funcionamiento. En todo caso, lo destaca la doctrina³⁰, cuantitativamente, los supuestos más usuales son los de funcionamiento defectuoso, en especial la hipótesis de retraso, o dilaciones indebidas, configurándose así, el supuesto típico de anormal funcionamiento de la administración de justicia.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido tal criterio, indicando que “[p]or otro lado, el argumento ofrecido por el órgano jurisdiccional sobre el motivo de la suspensión del periodo probatorio, que hacer referencia al volumen de trabajo existente, carece de relevancia para apreciar la lesión del derecho fundamental invocado. Como reiteradamente ha declarado este Tribunal, las dilaciones indebidas que sean consecuencia de deficiencias estructurales pueden exonerar a los titulares de los órganos jurisdiccionales de la responsabilidad personal por los retrasos con que sus decisiones se produzcan, pero ello no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos como inexistentes. De modo que el deber judicial constitucionalmente impuesto de garantizar la libertad, la justicia y seguridad con la rapidez que permite la duración normal de los procesos lleva implícita la dotación a los órganos judiciales de los necesarios medios personales y materiales, ya que el principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales impide restringir el alcance y contenido del derecho fundamental examinado con base en distinciones sobre el origen de las dilaciones que el propio art. 24.2 no establece”.³¹

³⁰ En este sentido véase, MONTERO (1988) p. 132, GUZMÁN (1994) p. 185 y MARTÍN (1983) p. 159.

³¹ Tribunal Constitucional español, *Recurso de amparo interpuesto por la Empresa Fabril de Máquinas Eléctricas, S.A.* (1993, n° 197), en un recurso de amparo por las dilaciones indebidas en un juicio ejecutivo. Recogen esta doctrina muchas otras sentencias, entre las que destaca Tribunal Constitucional español, *Recurso de amparo promovido por Endiso* (1995, n° 7), que estimó la vulneración del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas ante una providencia de la Audiencia Provincial de Alicante que señalaba para la vista de un recurso de apelación una fecha posterior en más de dos años y declaró que “ni siquiera una hipotética sobrecarga de recursos en el órgano judicial podría explicar la demora de a vista a fecha tan remota, tanto más injustificable si se tiene en cuenta que ya había concluido toda la fase de tramitación previa a dicho acto”, citada por ACOSTA (2005) p. 222.

IV. SUPUESTOS. ALGUNOS CRITERIOS ORIENTATIVOS

Más que dar una fórmula genérica para delimitar el anormal funcionamiento de la administración de justicia, concepto de suyo indeterminado, para ser más lógico, recurriendo al derecho comparado, bástenos por ahora indicar las hipótesis de reparación que aquel cubre.

1. *Ilegalidades*

Tratándose de los jueces nos referimos a su actividad no decisoria, porque la valoración de los hechos y la aplicación del derecho se enmarca dentro del error judicial. En tanto, respecto de los auxiliares de la administración de justicia, se refiere a toda su actividad administrativa o procesal que incide en el proceso de una u otra manera. Normalmente, al tratar la ilegalidad, se cita el caso de un funcionario que procede a sustraer dinero o joyas depositadas en el juzgado, cometiendo el delito de apropiación indebida.

En este punto tocaremos brevemente un tema que a nuestro juicio requiere especial relevancia: la filtración indebida de datos o información respecto de personas relacionada, directa o indirectamente, con un procedimiento judicial.

Ello en la medida de que tales informaciones no deberían trascender a la opinión pública y, en el evento de que ello ocurra, se causa un perjuicio. En particular, nos referimos al caso de testigos que prestan su declaración en el proceso penal, en calidad de protegidos, por la calidad de su testimonio y por el peligro que ello conlleva, piénsese en el caso de que fuera objeto de amenazas de muerte sobre él o su familia.

2. *Defectos en la custodia*

Guzmán Fluja cita el caso de la omisión de los deberes de vigilancia, con falta de medidas de precaución necesarias para la conservación de dinero, joyas u objetos depositados en el órgano jurisdiccional, o el agravio de expedientes o documentos aportados al proceso.

Esta hipótesis es de general ocurrencia. El caso típico es aquel en que en el proceso de formación de la causa, se pierde ésta o algún escrito en ella incorporada, y ello ocurre precisamente en los tribunales de justicia. Tratándose de receptores, en la actualidad, en general, las instrucciones son precisas, solo se pueden sacar fotocopias para notificar a las partes, pero en ningún caso el expediente puede ser sacado de tribunales. Incluso, una de las excepciones para sacar las carpetas con los escritos es que deba ser llevado

al Conservador de Bienes Raíces, donde el receptor debe entregar el expediente y la custodia queda bajo el conservador. La pérdida de expedientes no es una práctica nueva y quien lo realiza busca retrasar la resolución de una causa para tener más tiempo, que en algunos casos puede hacer la diferencia entre perder o ganar un juicio. Al contravenir las normas sobre el particular, y si de ello se sigue perjuicio, generado anormal funcionamiento es de toda lógica que los justiciables deban ser indemnizados por los eventuales daños infringidos a su patrimonio.

El problema es que cuesta mucho armar un expediente. El daño que se hace a la Justicia y a las partes involucradas en un proceso, es muy grande. Y pese al intento por reconstituir la carpeta con los expedientes, jamás será lo óptimo o igual al que había.³²

3. Falta de coordinación

La hipótesis de reembolso se encuentra regulada expresamente en el artículo 528 del Código de Procedimiento Civil. Pues bien, es perfectamente posible que sobre un mismo bien se traben dos embargos en juzgados distintos, y por el avance en la tramitación, en uno de ellos se decreta, en primer lugar, la ejecución forzada, al existir derechos independientes de los acreedores, causando eventualmente perjuicios a uno de los justiciables, producto de la falta de coordinación o el deficiente funcionamiento de la administración de justicia: por ejemplo, un juez, sin tener conocimiento del embargo ya trabado sobre el bien, autoriza la ejecución, lesionando los derechos del otro acreedor; o bien, se permite la ejecución, por desconocimiento de la preferencia, en la prelación de créditos, tiene un acreedor. En estos casos, se vislumbra claramente, un anormal funcionamiento en la administración de justicia, el cual repercute a la postre en daños y perjuicios para el justiciable.

4. Errores materiales

Se refiere a los supuestos de anomalías no imputables a errores judiciales en la actividad de ejecución, tales como iniciar anticipadamente la etapa de apremio, no publicidad suficiente, no recepción de la consignación del postor; o bien errores materiales de comunicación, tal como citación para un día distinto aquel en que tenía que celebrarse el juicio, realizando un innecesario emplazamiento, entre otras.

³² Las sanciones, de llegar a aplicarse alguna, son las establecidas en el Código Orgánico de Tribunales o algunas sanciones menores que se aplican cuando el daño causado por sacar un expediente sin respetar las normas.

V. RESPONSABILIDAD POR ANORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN CHILE. NUESTRA POSICIÓN

En su oportunidad al tratar el error judicial, como título de imputación de responsabilidad del Estado³³, afirmamos que no es óbice para obligar a éste a reparar los perjuicios causados a los justiciables la inexistencia de una norma expresa que impute responsabilidad en forma específica a un órgano determinado. Pues bien, si allí la doctrina se pronunciaba en sentido contrario al nuestro, restringiendo el resarcimiento tan solo al ámbito penal, aquí simplemente ni siquiera existe literatura que sobre el particular se haya pronunciado, siendo, en general, un concepto desconocido en nuestro medio.³⁴

Ahora bien, en base a estas premisas, surge como consecuencia lógica, preguntar lo siguiente: en Chile, ¿está el Estado obligado a indemnizar los perjuicios causados por el anormal funcionamiento de la administración de justicia?

A nuestro juicio, no solo es posible, sino más bien, es una exigencia que deriva del concepto propio de Estado de Derecho, la responsabilidad de éste y, como efecto, la obligación de indemnizar a los justiciables, todo ello en base a los siguientes argumentos, sumados a los genéricos ya indicados en otra oportunidad:³⁵

- i) El Poder judicial tiene un aspecto orgánico, tiene una estructura y, en ese sentido, presta un servicio de administración de justicia³⁶ en que se

³³ MONTERO (2009) pp. 156 y siguientes.

³⁴ En Chile solo se han acogido escuetamente la responsabilidad del Estado por las deficiencias en la administración de justicia, SOTO KLOSS (1996) p. 315 y RONDINI (2008) p. 134.

³⁵ Sobre el particular, MONTERO (2009) capítulo II, nº 10.

³⁶ Refiriéndose al servicio de Administración de Justicia, que presta el poder judicial, REIRIZ (1969) p. 73 entiende “*que —aun en la posición material u objetiva en que nos colocamos— los actos del proceso de la función judicial (aunque no tengan el carácter definitivo de las sentencias) son siempre actos propios del Poder Judicial y no actividad administrativa de los órganos judiciales. Los órganos judiciales realizan función administrativa cuando nombran o remueven a su personal, contratan suministros de muebles, libros y útiles, compran o alquilan personal, contratan suministros de muebles, libros y útiles, compran o alquilan inmuebles para los juzgados, etc. En cambio, todos los actos vinculados al proceso (principal o incidental) y que tienden a que se decida, con fuerza de verdad legal, una controversia entre partes, por medio de un órgano imparcial e independiente son de sustancia jurisdiccional. Y ello aunque su aplicación no esté a cargo de magistrados, sino*

requiere un conjunto adecuado de recursos materiales y humanos para alcanzar sus fines. En este ámbito, burocrático judicial, es donde emerge y se erige, como título de imputación de responsabilidad, el anormal funcionamiento de la administración de justicia.³⁷ Desde esta perspectiva, por tanto, a nuestro juicio, es perfectamente aplicable al campo judicial ciertos conceptos, instituciones e incluso algunos preceptos de la vereda de la administración del Estado. En este sentido, el título es único, pero la normativa aplicable es distinta, como veremos en el punto siguiente, según si exista o no, norma directamente aplicable.

- ii) El Derecho Público tiene sus propios conceptos y su propio lenguaje. Por tanto, al tratar un tema de suyo importante, como lo es la responsabilidad del Estado, tópico propio de nuestra disciplina, es menester aplicar primeramente los preceptos de Derecho Público, que son los adecuados según la naturaleza de la función y el objetivo de las funciones estatales.
- iii) Así, la responsabilidad del Estado por las deficiencias en el sistema de administración de Justicia, no están reguladas expresamente, salvo la figura de las dilaciones indebidas o mora judicial dentro del concepto de anormal funcionamiento³⁸, debemos recurrir a las normas generales de Derecho Público que imputan responsabilidad al fisco por sus actos administrativos.

de funcionarios que constituyen 'auxiliares de la justicia', sean estos secretarios de juzgados, oficiales de justicia, agentes fiscales, etc. De todos modos, se trate de actos judiciales o administrativos, no modificaría la situación: El Estado debe responder por los daños que se cause con tales actos procesales, cuando los mismos sean ilícitos. Los principios para fundar la responsabilidad no podrían diferir".

³⁷ Si bien no expresamente, SOTO KLOSS (1996) p. 315: "*Pero no solo en estas actividades de los órganos judiciales se pueden originar y se reproducen daño; no sólo a través de resoluciones judiciales (actividad jurídica) los servicios de administración de justicia de una República o de un Estado causan perjuicios y dañan. También lo hacen en su actividad material: piénsese, v gr., en su actividad de policía judicial, de custodia de documentos, de depósitos de dineros, valores, joyas, bienes muebles en general, pérdidas de expedientes, demoras en la tramitación de las misma de los procesos, lentitudes injustificadas en la expedición de trámites, diligencias e incluso resoluciones, actuaciones enteramente abusivas de órganos judiciales, aprovechamiento ilícito de consignaciones o depósitos de dineros hechos en determinados procesos, declaraciones a la prensa que revistan el carácter de dañosas para la honra de las personas".*

³⁸ MONTERO (2009) p. 239 y siguientes.

- iv) En subsidio, solo cuando no existan tales normas debe recurrirse a los preceptos de Derecho privado, en la medida que éstas sean compatibles con la naturaleza de aquellas.
- v) En concreto, los servicios públicos que forman parte de la Administración del Estado, están sujetos al régimen general de responsabilidad del Estado-Administrador, conforme a los artículos 6, 7 y 38 de la Constitución; 4 y 42 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado n° 18.575, criterio compartido por la unanimidad de la doctrina. Este sistema, sin embargo, presenta un grave problema, pues el artículo 21 de Ley de Bases excluye de la aplicación de las disposiciones del Título II, -dentro del cual se encuentra ubicado el artículo 42 citado- a diversos órganos de la Administración, tales como: Contraloría General de la República, Banco Central, Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, Gobiernos Regionales, Municipalidades, Consejo Nacional de Televisión y las Empresas Públicas creadas por ley. Estos órganos se rigen por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado, según corresponda, a menos que exista una norma que expresamente regule su responsabilidad, como ocurriría con las municipalidades.³⁹ Pues bien, aquellos servicios públicos que no forman parte del régimen general de responsabilidad ni tampoco tienen un estatuto propio, ¿Qué normativa se les aplica? Tal sería, por ejemplo, el caso de las Fuerzas Armadas y Carabineros, excluidos por el artículo 21 de la Ley de Bases.
- vi) Sobre el particular existen dos posturas. Primero, la sustentada entre otros, por Pierry⁴⁰, Sanhueza⁴¹ y Corral⁴², y seguida por alguna jurisprudencia⁴³, indica que a las Fuerzas Armadas y Carabineros debe aplicárseles, en definitiva, el mismo sistema de responsabilidad que al resto de la Administración; esto es, el de la falta de servicio, y que la mejor manera de hacerlo es a partir del artículo 2.314 y 2.329 del Código Civil,

³⁹ Ley N° 18.695 de 2013, artículo 141: *“Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio. No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*.

⁴⁰ PIERRY (1995) pp. 17 y siguientes.

⁴¹ SANHUEZA (2005) p. 159.

⁴² CORRAL (2003) p. 307.

⁴³ Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Cornejo con Fisco* (1988, rol n° 824-85); Corte Suprema, *Gómez y otro con Fica y Fisco* (1999, rol n° 2600-1998); Corte de Apelaciones de Santiago, *Santibáñez con Fisco* (2002, rol n° 6999-2009).

aplicado esta vez al Estado como responsable por el hecho propio, sin necesidad de probar culpa o dolo del funcionario. En segundo lugar, encontramos autores que niegan absolutamente la aplicación de la legislación civil, argumentando que la ley está configurada para regular relaciones particulares entre sí, estructurando la responsabilidad sobre fundamentos básicamente subjetivos (dolo o culpa), y sobre fundamentos de hecho propio y de hecho ajeno, lo cual se aviene poco, o mejor dicho, no se aviene en absoluto con una relación jurídica en que una de las partes es el propio Estado, bajo sus aspectos de Administración.⁴⁴ Por nuestra parte, adscribiéndonos a la primera postura, estimando que el poder judicial, en su calidad de Administración de Justicia⁴⁵, que ejerce también funciones administrativas, debe quedar sujeto al sistema de responsabilidad aplicable a tales servicios, en atención a la fusión que desarrolla, que comparte la naturaleza Administrativa. En este sentido, entendemos que la aplicación de las normas públicas debe hacerse, no ya en atención al órgano respectivo, sino más bien, y siendo más preciso, en relación a la función que, a la sazón, al desplegar su actividad, expresa el órgano del Estado. De esta manera, es perfectamente posible, como ya lo hemos puesto de relieve, que el poder judicial dicte actos materialmente administrativos, e incluso actos legislativos como los autoacordados.

- vii) Por tal motivo, frente a defectos, deficiencias o fallas del poder judicial en su ámbito netamente administrativo, debe aplicarse el régimen de responsabilidad de los órganos del Estado Administrador que no tienen un estatuto propio. Es decir, aplicando únicamente el artículo 38 de la Constitución Política y consagrándose en el artículo 4º de la Ley de Bases, pues ambas normas son aplicables a la Administración Pública en sentido amplio⁴⁶, además de aplicar supletoriamente las normas del

⁴⁴ SOTO KLOSS (1976) p. 7.

⁴⁵ Como ya lo hemos destacado, el Capítulo VIII de la Constitución de 1833 se denominaba *De la Administración de Justicia*, expresión más moderna y correcta, que el lenguaje ya lentamente abandonado por la mayor parte de la doctrina, que emplea nuestra carta actual Capítulo VI llamado *Poder Judicial*.

⁴⁶ Nuestra postura se reafirma si consideramos que, en doctrina, se discute la interpretación de la exclusión que efectúa el artículo 21 de la Ley de Bases; o bien si tan solo se normas de organización o bien todos los aspectos, inclusive los de la responsabilidad. Se reafirma, pues el servicio de Administración de Justicia, no está excluido de tal ley, superando dicha discusión, siendo aplicable el artículo 4 y 38 ya mencionados, tomando la Administración del Estado en sentido lato.

Código Civil, en lo que en Derecho corresponda, tales como los artículos 2.320 y 2.322.

Por tal motivo, compartimos la opinión de Rondini, para quien *“el servicio público de justicia, como servicio público, queda sujeto a las normas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil, estimándose que el contenido subjetivo exigido por dicho cuerpo se satisface con el criterio de falta de servicio”*.⁴⁷

En este sentido, como ya lo hemos manifestado, compartimos el criterio de Leguina Villa, según el cual *“el criterio de la culpa o de la ilegalidad se materializa objetivamente en el funcionamiento del servicio público en cuanto tal con independencia de toda conducta ilícita de las personas físicas concretas”*. La responsabilidad del Estado se basa por tanto en la *culpabilidad objetiva del servicio*.⁴⁸

Por tanto, el funcionamiento anormal de la administración de justicia, siguiendo una corriente orgánica u objetiva, tendrá lugar cada vez que la administración de justicia funcione mal; no funcione; o bien funcione deficientemente, como es el caso de la justicia tardía.

VI. EL ANORMAL FUNCIONAMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

La jurisprudencia no se ha pronunciado sobre este tema en específico, limitándose a analizar la responsabilidad del Estado-Juez en relación al precepto constitucional correspondiente. Empero, indirectamente, sin utilizar el concepto de *anormal funcionamiento de la administración de justicia*, es posible vislumbrar en un fallo de la Corte Suprema en que se ha acogido parte de nuestro planteamiento. Se trata de un caso por delito de giro doloso de cheques, en que el girador pagó el título de crédito respectivo y se sobreseyó definitivamente el proceso penal, pero el problema está en que nunca se despacharon las contraórdenes de detención, cuestión que derivó en la posterior detención del girador.

El actor basó su demanda de indemnización de perjuicios contra el Estado, en los artículos 4º de la Ley de Bases y en los artículos 2.320 y 2.322 del Código Civil. En primera instancia, el juez de letras de Antofagasta se

⁴⁷ RONDINI (2008) p.145.

⁴⁸ LEGUILLA (1980) p. 32.

fundó en los artículos 38 de la Constitución y 4° de la Ley de Bases para pronunciar sentencia. Posteriormente, dicho fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones. Ante ello, el recurrente dedujo recurso de casación en contra de la sentencia de segunda instancia, afirmando que no se habrían observado las normas de forma ni fondo que establecían el único caso de responsabilidad del Estado-Juez en Chile, esto es, el artículo 19 n° 7 letra i) de la Ley Fundamental, pues no se trata de una sentencia definitiva ni un auto de procesamiento, ni tampoco ha sido declarado previamente por la Corte Suprema como injustificadamente errónea o arbitraria.

Pues bien, la Corte Suprema, aplicando el correcto criterio, rechazó el recurso, y afirmó que *“(...) la situación de hecho que motivó la presentación de la demanda y su acogimiento es de muy diversa naturaleza (al error judicial), y consistió simplemente en la omisión del despacho de las contraórdenes de aprehensión en un proceso por el delito de giro doloso de cheques seguido en contra de la actora, luego que ésta pagara los documentos y se dictara sobreseimiento definitivo en la causa, esto es, se trata simplemente de una negligencia administrativa”*.⁴⁹

⁴⁹ Agrega la Corte Suprema, *Rojas con Fisco* (2000, rol n°1157-2000) considerando 5° - 9°: *“5°) Que, en efecto, los presupuestos del artículo 19 N° 7 letra i) de la Constitución no se dan ni pueden darse, puesto que no se ha alegado la existencia de un procesamiento o condena injustificadamente erróneo o arbitrario. Por el contrario, la circunstancia de que se informe por la demandante en autos, el hecho de que fueron pagados los documentos que motivaron el auto de procesamiento que en algún momento le afectó, indica que se trató de un procedimiento legalmente correcto; 6°) Que, por lo anterior, el presente proceso no podía tener como fundamento la norma constitucional dada por infringida por el recurrente de casación y, por ello, la demanda se basó en la norma general de responsabilidad establecida en el artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, que dispone que “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado” y en los preceptos 2320 y 2322 del Código Civil; 7°) Que, por su parte, la sentencia de primera instancia, confirmada sin modificaciones por la de segunda, acogió la demanda presentada basándose en los artículos 38 de la Constitución Política de la República y 4° de la Ley Orgánica señalada en el anterior considerando, sin acudir a la norma estimada vulnerada por el recurrente; 8°) Que, por lo precedentemente consignado, no ha podido darse la infracción denunciada por el recurrente de casación, por haberse aplicado en la especie un procedimiento diverso del establecido en la norma señalada como vulnerada, habiendo, por otro lado, el mismo recurrente reconocido en su recurso, expresamente, la existencia de la situación de hecho antes referida y del daño producido por la privación de libertad que afectó a la actora, los que constituyen hechos*

De esta manera, nuestro máximo Tribunal, al afirmar acertadamente que se *“trata simplemente de negligencia Administrativa”*, ha reconocido expresamente dos cuestiones de trascendental importancia. Primero, que el poder judicial puede ocasionar daños mediante actos u omisiones de una forma distinta al error judicial, imputables a una actividad distinta a la Jurisdiccional, reafirmando la tesis materialista u objetiva, según la cual el poder judicial puede también desplegar funciones administrativas y dentro de éste ámbito los perjuicios que irroge no se imputan al error judicial sino a través del un título de responsabilidad de más común ocurrencia y extensión, como el anormal funcionamiento de la administración de justicia, aun cuando no utilice en su resolución esta expresión. Y, en segundo lugar, se admite la posibilidad de reconocer la responsabilidad del Estado-Juez fuera del precepto Constitucional, esto es, del artículo 19 n° 7, letra i), de la Ley Fundamental, invocando los artículos 38 de la Constitución y 4° de la Ley de Bases Generales, en aquellos casos que se trate de negligencias administrativas imputables al órgano jurisdiccional, abriendo de esta manera una válvula de escape alternativa para las víctimas de perjuicios de aquel, sin que sea necesario, además, proceder a la declaración de injustificadamente errónea o arbitraria del acto o resolución culpable, que ha limitado tanto el resarcimiento de las víctimas de las lesiones antijurídicas que ocasiona el sistema.

Por otra parte, se constata que en un voto disidente en sentencia de la Corte Suprema, de fecha 17 de diciembre de 2008, en referencia a las dilaciones indebidas –supuesto por antonomasia de anormal funcionamiento–, se acoge por primera vez este título de imputación de responsabilidad del Estado-Juez. En efecto, el ministro Dolmestch afirma que:

“1°. Que a su juicio, no es efectivo que la extrema duración del proceso no permita activar un procedimiento destinado a obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados a las víctimas de tal dilación indebida.

En efecto, si bien una tal hipótesis no es reconducible al restringido sistema de reparación del error judicial regulado en el artículo 19, N° 7°, literal i) de la Carta Fundamental, no es menos cierto que el Derecho

de la causa, sentados en la sentencia de autos; 9°) Que, por lo anteriormente expuesto, el recurso de casación en el fondo deducido no puede prosperar y debe ser desechado. De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fs.281, en contra de la sentencia de seis de marzo del año en curso, escrita a fs.277 y complementada por la de trece del mismo mes, escrita a fs.279”.

Internacional Convencional de los Derechos Humanos ha venido a ampliar el alcance del instituto resarcitorio, para comprender en él situaciones como el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente (artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por decreto supremo N° 873 (relaciones exteriores), publicado en el Diario Oficial de 05.01.1991 y a ser juzgada sin dilaciones indebidas (artículo 14.3 c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por decreto supremo N° 773 (Relaciones Exteriores), publicado el 29.04.1989.

- 2°. Que las dilaciones indebidas, lamentablemente más comunes de lo que sería dable desear, especialmente en el ámbito de la jurisdicción penal, representan una forma de funcionamiento indebido o anormal de la administración de justicia, asimilable a la falta de servicio, criterio generalmente aceptado como base de imputación de responsabilidad del Estado Administrador, en aquellos supuestos en que el servicio público no funciona o lo hace en forma imperfecta o tardía, en relación con el estándar exigible a un órgano del Estado moderno, en condiciones normales de funcionamiento.
- 3°. (...) En ese escenario, no es aventurado señalar que la extensión desmesurada de un proceso penal, iniciado ante la jurisdicción militar en 1984 y prolongado en su tramitación por más de dos décadas, representa ciertamente una hipótesis de funcionamiento anormal del servicio de la administración de justicia, cualesquiera fueren las circunstancias que pudieren aducirse para explicar esa enorme tardanza, que contradice la letra y el espíritu de la aludida Convención".⁵⁰

Con una simple lectura, este voto disidente nos parece de particular relevancia en tres sentidos. En primer término, constituye la primera manifestación expresa, aunque tímidamente, de que en Chile se acoge el anormal funcionamiento de administración de justicia -como título de imputación de responsabilidad-, lo que permite que luego, de forma lenta y progresiva, pueda posteriormente la jurisprudencia depurar y precisar el correcto entendimiento de la responsabilidad del Estado-Juez. En un segundo lugar, como también ya lo habíamos indicado, la forma de hacer efectiva el título indemnizatorio, dependerá de si existe o no, normativa aplicable expresamente al supuesto específico. Así, como en este caso se trata de un supuesto dilación

⁵⁰ Corte Suprema, *Zalaquett y otros con Fisco* (2008, rol n° 6190-2007) considerandos 1° - 3° del voto disidente del ministro Dolmestch.

indebida, en que se afecta el derecho a un plazo razonable, se recurre directamente a las normas de derecho convencional internacional ya indicadas, incorporadas en el derecho interno por la vía del inciso 2º del artículo 5º de la Carta Fundamental, como lo constata el propio fallo. En cambio, si se tratara de una hipótesis distinta a la dilación indebida, de anormal funcionamiento, es menester aplicar el artículo 38 de la Constitución y el 4 de la Ley General de Bases Generales de la Administración y, en su caso, supletoriamente, las normas del Código Civil, como ya lo hemos manifestado. Y, finalmente, destacar que el fallo acoge nuestra propuesta de que el funcionamiento anormal de la administración de justicia, siguiendo una corriente orgánica u objetiva, tendrá lugar cada vez que la administración de justicia funcione mal; no funcione; o bien funcione deficientemente, como es el caso de la justicia tardía.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA, Pablo (2005): *La responsabilidad del Estado-Juez: Error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia* (Madrid, Editorial Montecorvo) 252 pp.
- CORRAL, Hernán (2003): *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 423 pp.
- GARCÍA, Hernán (1997): *La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Indemnización por Error Judicial* (Santiago, Editorial Conosur) 469 pp.
- GODED, Manuel (1983): "La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia", AA.VV., *Jornadas de Estudio sobre el Poder Judicial* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales) vol. I, pp. 311 - 351.
- GUZMÁN, Vicente (1994): *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia* (Valencia, Tirant Lo Blanch) 404 pp.
- HERNÁNDEZ, Domingo (1999): "Error judicial: Ensayo de interpretación constitucional", *Ius et Praxis* (vol. 5 nº 1): pp. 461 – 472.
- HERNÁNDEZ, Valeriano, AZPEITIA, Gamazo, VILLALVILLA, Muñoz y GONZÁLEZ León (1994): *El error judicial: procedimiento para su declaración e indemnización* (Madrid, Civitas) 385 pp.

- JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, A. (1991): *La Responsabilidad del Estado por el normal funcionamiento de la administración de justicia* (Impredisur, Granada) 206 pp.
- LEGUINA, Jesús (1980): “La responsabilidad del Estado y de las entidades públicas regionales o locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos”, *Revista de Administración Pública* (n° 92): pp. 7 – 44.
- MACLEAN, Roberto (1997): “Réquiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la Administración de Justicia”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Tomo XCIV): pp. 333 – 357.
- MARTÍN, Luis (1983): *Jueces y responsabilidad del Estado. El artículo 121 de la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 216 pp.
- MONTERO, Juan (1988): *Responsabilidad civil del Juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial* (Madrid, Tecnos) 210 pp.
- MONTERO, Cristián (2009): *De la Responsabilidad Patrimonial del Estado por el Funcionamiento de la Administración de Justicia* (Concepción, Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción) 310 pp.
- PIERRY, Pedro (1995): “Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Tomo XCII n° 2) sección Derecho.
- REIRIZ, María (1969): *Responsabilidad del Estado* (Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires) 191 pp.
- REYES, José (1987): *La Responsabilidad del Estado por Error y Anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia* (Madrid, Colex) 124 pp.
- RONDINI, Patricio (2008): *Responsabilidad Patrimonial del Estado Juez en Chile*, (Santiago, LexisNexis) 155 pp.
- SANHUEZA, Ricardo (2005): *Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador Chileno* (Santiago, Lexis Nexis) 311 pp.
- SANTIAGO, Guido (1989): *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal Funcionamiento de la Administración de Justicia* (Buenos Aires, Ediciones Depalma) 175 pp.

SOLCHAGA, Jesús (1983): “La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”, AA.VV., *Jornadas de Estudio sobre el Poder Judicial* (Madrid, Instituto de Estudios Fiscales) vol. III, pp. 2.515 – 2.586.

SOTO KLOSS, Eduardo (1976): “La Responsabilidad del Estado Administrador, Un Principio General de Derecho Público Chileno”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (Tomo LXXIII, 1ª Parte): pp. 35 – 42.

_____, (1996): *II Derecho Administrativo, Bases Fundamentales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 480 pp.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil. Última versión, junio 2013. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la Ley n° N°4.808, sobre Registro Civil, de la Ley n° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley n° 16.618, de menores, de la Ley n° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley n° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

Ley n° 18.575 que establece la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Diario Oficial, 16 febrero 2011.

Ley n° 18.695 que establece la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Diario Oficial, 27 abril 2013.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Santiago, *Santibáñez con Fisco* (2002): 16 diciembre 2002, rol n° 6999-2009, *Gaceta Jurídica* n° 270, 2002, pp. 96 - 101.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Cornejo con Fisco* (1988): 28 noviembre 1988, rol n° 824-85, *Gaceta Jurídica* n° 101, pp. 48 - 50.

Corte Suprema, *Gómez y otro con Fica y Fisco* (1999): 27 abril 1999, rol n° 2600-1998, *Gaceta Jurídica* n° 226, pp. 56 - 63.

Corte Suprema, *Rojas con Fisco* (2000): 16 agosto 2000, rol n°1157-2000, *Westlaw* CL/JUR/103/2000.

Corte Suprema, *Zalaquett y otros con Fisco* (2008): 17 diciembre 2008, rol n° 6190-2007, considerandos 2° y 3° del voto disidente del ministro Dolmestch.

Corte Suprema de la Justicia de la Nación (Argentina), *Etcheverry y otros con Provincia de Buenos Aires* (1986): 16 diciembre 1986, Fallos 308:2494.

Tribunal Constitucional español, *Recurso de amparo interpuesto por la Empresa Fabril de Máquinas Eléctricas, S.A.* (1993): 14 junio 1993, sentencia n° 197, disponible en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2326>>, fecha consulta: 20 agosto 2013.

_____, *Recurso de amparo promovido por Endiso, S.A.* (1995): 10 enero 1995, sentencia n° 7, disponible en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2861>>, fecha consulta: 20 agosto 2013.

Tribunal Supremo español, *Jose Carlos contra Ministerio de Justicia* (1993): Sala de lo Contencioso-administrativo, STS 7581/1993, 11 de noviembre de 1993, disponible en <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3067695&links=ANORMAL%20FUNCIONAMIENTO%20JUSTICIA&optimize=20031025&publicinterface=true>>, fecha consulta: 20 agosto 2013.

¿PREPARADOS PARA EL E-GOVERNMENT?

CONSIDERACIONES EN TORNO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

*Are we prepared for the
E-Government?*

*Considerations regarding the online
administrative procedure*

JUAN GUILLERMO ABARCA MONTERO*
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

RESUMEN: En los albores del siglo XXI, una Administración al servicio de los ciudadanos debe proponerse la utilización de herramientas propias de la era de la información para la concreción de sus fines, en pos del desarrollo y bienestar de las personas. Este trabajo se propone reflexionar en torno a la problemática que puede observarse en el desarrollo de un procedimiento administrativo electrónico, y a las cuestiones a considerar en su implementación. De ser bien ideada esta institución jurídica por la Administración, puede contribuir de manera significativa a la concreción de varios de los principios que inspiran a nuestro Derecho Administrativo.

* Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. <jgabarca@uc.cl>

Artículo recibido el 16 de mayo de 2012 y aprobado el 25 de agosto de 2013.

PALABRAS CLAVE: procedimiento administrativo electrónico - *E-Government* - derechos fundamentales

ABSTRACT: In the twenty-first Century, an Administration that serves citizen should propose the use of tools of the information age for the realization of its goals, in pursuit of development and welfare of people. This paper intends to reflect on the problems that can be observed in the development of an online administrative procedure, and the issues to be considered in its implementation. If this legal institution is well implemented by the Administration, it can contribute significantly to the achievement of several principles underlying our Administrative Law.

KEY WORDS: online administrative procedure - *E-Government* - fundamental rights

INTRODUCCIÓN

El Derecho administrativo en el siglo XXI¹ debe estar empapado de una serie de principios que permitan el mayor desarrollo de las capacidades individuales de los ciudadanos, sin entorpecer sus vidas con cuestiones tan significativas como el tiempo que deben utilizar para relacionarse con la Administración. Junto al principio de legalidad, de responsabilidad administrativa, de transparencia y de protección a los derechos fundamentales, en la última década han surgido temáticas interesantes dentro de la disciplina respecto a la forma en que se desenvuelve la Administración Pública en la llamada sociedad de la información. Es aquí donde se inserta el tema de estudio del presente trabajo, pues en una sociedad tan digitalizada como la nuestra, los organismos públicos deben plantearse la necesidad de recurrir a los medios tecnológicos, tanto para relacionarse con los ciudadanos, como para obtener las mismas ventajas que han conseguido las personas y las empresas en el uso de las llamadas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

Nuestro gobierno, atento al fenómeno del uso de las TIC, ha tomado iniciativas como el recientemente lanzado portal web llamado *www.chileatiende.cl*, una red de servicios del Estado que reúne 9 servicios públicos (que se irán incrementando) y que busca, al entregar la atención de diversas instituciones en un solo lugar, hacer más eficiente la relación del Estado

¹ Véase RODRÍGUEZ-ARANA (2009).

con las personas, y disminuir el tiempo que éstas utilizan para acceder a la Administración. Al decir del Presidente Sebastián Piñera: “*el corazón, la esencia y la filosofía de este programa es poner las cosas donde deben estar: es el Estado el que está al servicio de las personas, y no las personas al servicio del Estado*”.²

La utilización de las herramientas electrónicas en el procedimiento administrativo pueden contribuir de varias maneras a mejorar la gestión y desempeño de la Administración. Es así como el profesor Soto Kloss, al analizar en un primer momento las contribuciones y debilidades de la Ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo, encuentra un interesante aporte de la misma –siempre que llegue a ser realidad en términos generales, y no como excepción- el hecho de que permita el acceso permanente por el interesado a los procedimientos, incluso por vía electrónica.³

Tras casi 10 años de la aparición de la Ley n° 19.880 que *Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado*, y frente al desarrollo de iniciativas como las herramientas vía *web* que le ofrece el Servicio de Impuestos Internos a los contribuyentes, el portal *Chilecompra* o el recientemente aparecido *Chileatiende*, me parece de la mayor importancia analizar la institución del procedimiento administrativo electrónico (PAE) en nuestro sistema.

Así, el objetivo del presente trabajo es analizar el PAE en nuestro sistema, a la luz de nuestra legislación, buscando determinar si está desarrollado de manera suficiente para la implementación de un verdadero *E-Government* (gobierno electrónico) que permita dar acceso a los ciudadanos a la mayoría de los servicios públicos a través de medios informáticos. Se revisará el concepto que define este tipo de procedimiento, sus ventajas y desventajas en relación a la protección de los derechos fundamentales y sus aspectos relevantes, buscando presentar un esquema del mismo.

I. CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

El procedimiento administrativo electrónico hace referencia a todas aquellas disposiciones normativas que permiten el uso, exclusivo o alternativo, de

² En *Publímetro*, martes 10 de enero de 2012, p. 6, noticia titulada “Piñera lanza red de multiservicios”.

³ SOTO (2003) p. 88.

medios tecnológicos en la satisfacción de todo el conjunto de actos y etapas previas a la adopción de decisiones finales de la Administración Pública; en la producción, publicación y notificación del acto administrativo; y en el ejercicio y trámite de recursos.⁴

Al idear este concepto, se concibe la posibilidad de que la serie de diligencias que configuran el procedimiento administrativo sean efectuadas mediante el empleo de las TIC. El uso de éstas se entiende en razón de la forma en que han comenzado a formar parte de la cotidianidad de los ciudadanos en múltiples ámbitos de su vida.

El uso de las TIC ha generado el importante concepto de gobierno electrónico, relacionado directamente con la gestión pública y participación ciudadana, el cual se ha venido constituyendo como un elemento posible y factible para la modernización del Estado y el reforzamiento de la democracia.⁵ GRANADOS aporta su definición de *E-Government* como el uso de las TIC (por el gobierno) para modernizar el Estado⁶, y en todas las definiciones de esta forma de gobernanza se destaca la importancia de los aspectos organizacionales necesarios para implementar el gobierno electrónico.

Con la incorporación de las TIC a la relación jurídico-administrativa, se supera la exclusividad del papel *ad solemnitatem* como soporte documental para obtener documentos sin papel (*paper-less*)⁷, situación que el legislador en varios sistemas entiende como una oportunidad para simplificar el procedimiento en pos de la eficiencia del mismo.

II. NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

En el contexto de una sociedad o cultura de la información, los individuos han optado por comunicarse a través de medios electrónicos. Por lo tanto, una Administración al servicio de los ciudadanos debe interactuar de la misma forma en que ellos lo hacen con sus pares. Así, nace la necesidad de que la Administración desarrolle un gobierno electrónico, para lo cual un

⁴ QUINTERO (2011) p. 4.

⁵ CENDRÓS *et al* (2004) p. 134.

⁶ GRANADOS (2002) p. 2.

⁷ BAUZÁ (2002) p. 4.

aporte fundamental desde el área jurídica es el desarrollo de un procedimiento administrativo electrónico.

La posibilidad de implementar el uso de las TIC en el procedimiento administrativo y en el proceso contencioso administrativo, se presenta como una necesidad de contar con un Derecho Administrativo electrónico; como una orientación particular a esta rama del Derecho público surgida a partir de la simbiosis entre Derecho informático⁸, uso de medios tecnológicos y Derecho administrativo.⁹

Como la sociedad de la información se caracteriza por la utilización de herramientas tecnológicas, es necesario generar un lenguaje jurídico especializado en estas herramientas. Una Administración a la altura de los tiempos en que actúa tiene que acompañar y promover en beneficio de los ciudadanos el uso de las comunicaciones electrónicas. Muchas veces, la barrera que sigue distanciando al ciudadano de cualquier administración, y en especial la Administración del Estado, no es otra que la barrera que levanta el tiempo y el espacio: el tiempo que hay que dedicar a la relación con aquélla para la realización de muchos trámites de la vida diaria que empiezan a veces por la necesidad de una primera información que exige un desplazamiento hacia una oficina pública. Esas primeras barreras en las relaciones con la Administración –la distancia a la que hay que desplazarse y el tiempo que es preciso dedicar– hoy día no tienen razón de ser.¹⁰

Por lo demás, el expediente informático, al decir del profesor Ortega, hace posible el cumplimiento de tres principios de la Ley de procedimiento: el de celeridad en la tramitación, el de normalización y el de acceso y conocimiento por el ciudadano del estado de tramitación del expediente.¹¹ La misma idea recoge nuestra Contraloría (CGR) al señalar que *“los principios de celeridad, economía procesal, no formalización, eficiencia y eficacia, previstos en la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, armonizan con la incorporación de tecnologías de la información y comunicación en la*

⁸ El concepto de Derecho Informático fue introducido en la enseñanza del Derecho por el profesor Wilhelm Steinmüller, en 1970, en la Universidad de Ratisbona en Alemania. Véase SAARENPÄÄ (2005) p. 16.

⁹ QUINTERO (2011) p. 3.

¹⁰ Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 11/2007 (España), de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

¹¹ ORTEGA (1993) p. 216, a su vez citado por BAUZÁ (2002) p. 24.

*función de los organismos públicos, en la medida que se dé cumplimiento a las disposiciones que regulen los procedimientos respectivos”.*¹²

Es dable considerar, entonces, que la implementación de un procedimiento administrativo electrónico aporta a la concreción de los principios de:

- i) Celeridad: es uno de los principios generales que se ha formulado en forma expresa en todas las leyes de procedimiento administrativo a nivel latinoamericano.¹³ Si el procedimiento es un asunto de la Administración, es decir, si la Administración es la responsable del procedimiento, el principio consecuencial establecido en garantía de los particulares, es que debe ser desarrollado con la mayor rapidez y celeridad posible.¹⁴
- ii) Economía procesal: el principio de la eficacia, conlleva también a la necesidad de racionalizar la actividad administrativa, originando además, otros principios como el de la simplicidad (normalización o uniformación) y de economía procedimental, que se menciona en la generalidad de las leyes de procedimiento, como las leyes argentina, hondureña, venezolana, uruguaya y mexicana, y conlleva a la necesidad de que los asuntos se decidan administrativamente con celeridad, en la forma más rápida posible, economizando lapsos y el menor costo posible.¹⁵ El principio está ampliamente tratado en nuestra Ley de procedimiento administrativo en su artículo 9.
- iii) No formalización: el procedimiento administrativo, se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo. Por ello, en definitiva, el procedimiento administrativo se identifica con el conjunto de formas y formalidades establecidas para guiar la acción de la Administración con miras a la obtención de ese resultado y como garantía de las personas contra las arbitrariedades de los funcionarios. Dado el principio de economía y celeridad, la prescripción de formas no puede entorpecer la acción administrativa. Por ello, el principio de eficacia conlleva al principio del informalismo.¹⁶

¹² CGR, Dictamen N° 29.845 de 2010.

¹³ BREWER-CARÍAS (2009) pp. 188 y 189.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ídem.*, pp. 180-183.

¹⁶ *Ídem.*, pp. 183 y 184.

- iv) Eficacia: puede decirse que este principio se incluye expresamente en todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina. Así, todos los sistemas continentales privilegian en el procedimiento administrativo el logro de su finalidad, para lo cual deben removerse todos los obstáculos formales y dilaciones innecesarias; debiendo prevalecer dicho logro sobre los formalismos siempre que no incidan en su validez ni disminuyan las garantías de los ciudadanos.¹⁷

Junto con las amplias ventajas que ofrece instar a un procedimiento administrativo electrónico, también surgen desventajas que no pueden obviarse.

Ante la necesidad de adecuar la legislación vigente a un procedimiento de naturaleza informática, lo primero que surge en el ámbito jurídico es una reticencia por parte de los juristas frente a los procesos informáticos.¹⁸ A esto se suma una serie de necesidades en los aspectos organizacionales¹⁹, que afectarán inevitablemente al ciudadano. La posibilidad de desarrollar proyectos de gobierno electrónico exige una gran claridad respecto a cómo se va abordar la estructura del aparato que conforma al organismo público. No solo se trata de un asunto de infraestructura informática que puede solventarse con la incorporación de presupuesto, sino que se deberán analizar las capacidades de la institución pública para favorecer la automatización de sus procedimientos desde el punto de vista del capital humano. Mientras las generaciones más jóvenes o “nativos digitales”, como se les suele llamar, han utilizado las herramientas computacionales a la par con las de soporte papel, quienes llevan tiempo como funcionarios públicos podrían necesitar de una capacitación adicional profunda en temas computacionales a nivel usuario, sin contar con todos los aspectos de programación que requieren el aporte de especialistas. En relación a lo anterior, y esta vez desde el punto de vista del ciudadano, aparece el problema de la llamada brecha digital (*digital divide*).

Las discrepancias en la conectividad a Internet basada en el ingreso de los jefes de hogar, la raza, la residencia y el tipo de familia son un problema conocido como la “brecha digital”.²⁰ Lo preocupante, y de mayor relevancia al momento de establecer un procedimiento electrónico, es que aquellos segmentos de la población sin conexión a internet son aquellos que dependen

¹⁷ *Ídem.*, pp. 176-178.

¹⁸ BAUZÁ (2002) p. 5.

¹⁹ CENDRÓS *et al* (2004) pp. 142 y ss.

²⁰ KLIMA (2003) p. 4.

de los programas sociales del gobierno²¹ y, por tanto, quiénes más recurrirán a la Administración para sacar su proyecto de vida adelante.

Por último, y muy relacionado con el tema de la brecha digital, está el hecho de si un procedimiento administrativo electrónico garantiza de la misma forma que el procedimiento tradicional la protección de las garantías fundamentales del ciudadano.

III. RECORRIDO NORMATIVO

1. A nivel nacional

Resulta imposible afirmar que existe a nivel nacional una normativa en materia de gobierno electrónico. No obstante, hay diferentes cuerpos normativos que tratan el tema del procedimiento administrativo electrónico con mayor o menor profundidad. Al menos, es posible sostener que hay una propuesta laxa a nivel legal respecto de este tipo de procedimiento. No hay una norma supletoria que rijan el accionar en materias electrónicas de la Administración, pues la Ley N° 19.880, que tiene este carácter suplente en materia de procedimientos, solo abre la puerta a la posibilidad de implementación de un PAE, pero no detalla su contenido, como se verá.

A continuación se ofrece una reseña de las normas orientadas a diferentes materias en las que se considera el uso de herramientas tecnológicas en el ejercicio de la Administración Pública y sus relaciones con las personas:

- i) Ley N° 19.880, que *Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado*. En su artículo 18, luego de definir el procedimiento administrativo, señala que todo procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, escrito o electrónico. Señala, además, que deberá llevarse un registro actualizado, escrito o electrónico, al que tendrán acceso permanente los interesados, en que consten las actuaciones de la Administración. Más importante es el artículo 19, referente a la utilización de los medios electrónicos, que señala: "*El procedimiento administrativo podrá realizarse a través de técnicas y medios electrónicos. Los órganos de la administración procurarán proveerse de los medios compatibles para ello, ajustándose al procedimiento regulado por las leyes*". Como vemos, la

²¹ Ídem., pp. 4 y 5.

- ley reconoce el procedimiento administrativo electrónico, pero en una suerte de afán por el desarrollo de ulterior reglamentación. Al ser una ley supletoria, se desentiende de varias características que es necesario definir al momento de establecer un procedimiento de este tipo, y se limita a señalar que los órganos en su actuar informático deberán ajustarse al procedimiento regulado por las leyes.
- ii) Ley N° 19.799, sobre *Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma*. Se trata de una ley bastante importante para la eventual implementación de un procedimiento electrónico de carácter general, por cuanto se compromete dando definiciones y estableciendo la validez de los documentos suscritos por medios electrónicos. Primero, define documento electrónico como toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos, y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior. Asimismo, y respecto de la validez de este tipo de documentos, señala que los suscritos por medio de firma electrónica serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte papel.
 - iii) Decreto N° 181, de 2002, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, aprueba el *Reglamento de la Ley n° 19.799*. Respecto del actuar de la Administración, interesante resulta su artículo 39 que señala que los actos administrativos formalizados por medio de documentos electrónicos y que consten en decretos o resoluciones, en acuerdo de órganos colegiados, así como la celebración de contratos, la emisión de cualquier otro documento que exprese la voluntad de un órgano o servicio público de la Administración del Estado en ejercicio de sus potestades legales y, en general, todo documento que revista la naturaleza de instrumento público o aquellos que deban producir los efectos jurídicos de éstos, deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada, esto es, aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.
 - iv) Decreto N° 77, de 2004, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que *Aprueba Norma Técnica Sobre Eficiencia de las Comunicaciones Electrónicas entre órganos de la Administración del Estado y entre éstos y los ciudadanos*, establece las reglas y requisitos que deben cumplir las comunicaciones entre esas entidades públicas y los particulares.

- v) Ley N° 20.285, de 2008, *Sobre Acceso a la Información Pública*, en su definiciones preliminares se hace cargo del significado de “sitios electrónicos”, entendidos como sinónimo de “sitios web”, reconociéndole a estos dispositivos la capacidad y la utilidad de transmitir información. En razón de esta definición, la ley utiliza los sitios electrónicos como una forma de mantener a disposición del público la información relevante y actualizada que deben informar los servicios públicos (art. 6 y 7, entre otros). Empero, también reconoce la posibilidad de efectuar los procedimientos administrativos de relevancia en la transparencia de la información pública, a través de medios electrónicos. Así, el artículo 12 se hace cargo de la tramitación del procedimiento administrativo electrónico, señalando “*la solicitud de acceso a la información será formulada por escrito o por sitios electrónicos (...)*”. Más aun, esta ley da un paso más allá en la configuración de un PAE, al también tratar el asunto de las notificaciones: “*el peticionario podrá expresar en la solicitud, su voluntad de ser notificado mediante comunicación electrónica para todas las actuaciones y resoluciones del procedimiento administrativo de acceso a la información, indicando para ello, bajo su responsabilidad, una dirección de correo electrónico habilitada.*”
- vi) La Ley N° 19.886, de *Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, constituye uno de los más significativos esfuerzos por incorporar el uso de medios electrónicos en el seno de la Administración. El artículo 18 de la ley, establece que los organismos públicos regidos por ese cuerpo normativo deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la ley, utilizando –en los términos que dicha norma indica– solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública. Más significativo aun es el inciso final del mismo artículo, por cuanto no hace optativo el uso de los medios electrónicos “*los organismos públicos regidos por esa ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los mencionados sistemas*”. El reglamento de la misma ley (aprobado por Decreto N° 250 de 2004, del Ministerio de Hacienda), solo excepcionalmente permite efectuar los procesos de compra y recepción de las ofertas fuera del referido sistema.
- vii) La Ley N° 19.628, *Sobre Protección de la Vida Privada*, viene a regular la protección de datos de carácter personal, y el tratamiento de aquellos datos almacenados en registros o bancos de datos de organismos públicos o de particulares. Cuenta con una serie de definiciones referentes al tráfico de datos, establece una serie de derechos para los titulares de los

- datos, trata la utilización de los datos personales relativos a las obligaciones financieras, bancarias o comerciales y el tratamiento de los datos por los organismos públicos. Es interesante el artículo 5° que permite el establecimiento de un procedimiento automatizado de transmisión de los datos, siempre que se cautelen los derechos de los titulares y la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes.
- viii) La Ley n° 20.500, *Sobre Participación Ciudadana en la Gestión Pública*, reconoce la utilidad de los medios electrónicos, esencialmente, en la publicación de contenidos. Así, el artículo 70, por ejemplo, señala que las modalidades de participación que promueva cada órgano de la Administración del Estado, deberán publicarse a través de medios electrónicos. No regula, eso sí, una plataforma informática a la que puedan acceder las personas que buscan una más activa participación ciudadana.
- ix) Por último, la Ley n° 20.494 de 2011, que *Agiliza el Trámite Para el Inicio de Actividades de Nuevas Empresas*, dispone en su artículo 4° que el Diario Oficial debe habilitar en su sitio web una sección donde se efectúen las publicaciones que, según las leyes, deben realizarse en el Diario Oficial, para la constitución, modificación y disolución de personas jurídicas de derecho privado. Este constituye un gran avance en materia de gobierno electrónico, pues digitaliza un medio oficial de notificaciones, en favor de los agentes económicos que utilizan el servicio. Además, es interesante el hecho de que establece la gratuidad para los efectos de consulta e impresión de las publicaciones, además de fijar una exención de pago para las publicaciones que requieran realizar pequeñas y medianas empresas; demostrando que el establecimiento de una plataforma digital abarata los costos de este tipo de diligencias.

2. En el Derecho comparado

En el Derecho comparado hay varios esfuerzos por establecer un PAE. Se considera necesario referencia a aquellos que tienen un desarrollo mayor al nuestro, ya sea porque han promulgado leyes que establecen un régimen específico para la Administración electrónica o porque están en vías de hacerlo:

- i) *España*: La Ley 11/2007 de *Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos* otorga a los ciudadanos la posibilidad de escoger en cualquier momento el modo de comunicarse con las administraciones públicas sea por medios electrónicos o no, salvo en los casos en que una ley establezca el uso obligatorio de un medio no electrónico. Tanto la

solicitud como el consentimiento por medios electrónicos se consideran válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y, además, se identifique de modo fehaciente al remitente y al destinatario de las mismas, por ello, cada Administración debe publicar en el Diario Oficial y en la sede electrónica correspondiente los medios electrónicos que pueden utilizar los ciudadanos en cada caso para comunicarse con ellas.

- ii) *Estados Unidos*:²² Mediante la promulgación de la *E-Government Act* de 2002, el congreso prometió mejorar la comprensión tecnológica de las agencias federales y poner más formularios y archivos a disposición de los usuarios de manera online. El gobierno federal había sido más lento que la industria privada en capitalizar los beneficios del E-Commerce. Para mejorar la presencia a nivel web del gobierno federal, la administración de George W. Bush introdujo un punto de acceso único al gobierno federal: FirstGov.gov. El presidente Bush caracterizó FirstGov como la “puerta de entrada” al gobierno federal. La ley tiene la intención de aumentar la administración y promoción de los servicios de gobierno y procedimiento electrónico. También estableció un gerente de información (Chief Information Officer) que encabeza una nueva oficina de gobierno electrónico, dentro de la oficina de administración y presupuesto. La norma incluyó un número limitado de provisiones referentes a la denominada brecha digital.

²² Cfr. KLIMA (2003) pp. 1-3, GEDID (2011) pp. 697-699 y 703-704. Es necesario tener presente el aporte de la *Model State Administrative Procedure Act* de 2010 (Ley modelo sobre procedimiento administrativo estatal). Se revisó la Ley modelo sobre procedimiento estatal de 1981. Los eventos ocurridos desde 1980 fueron imposibles de prever para los legisladores de ese entonces; uno de los más importantes fue la creación y explosivo crecimiento de la Internet y el desarrollo del computador personal. Para adecuar la ley a la actualidad se incluye una totalidad de nuevos materiales sobre procedimientos electrónicos e Internet. La nueva ley comprende que, dentro de los usos que se le puede dar al computador personal, está la posibilidad de notificación a los individuos o al público en general, el mantenimiento de base de datos disponibles para el público, o la posibilidad de presentar documentos o archivos a las agencias. La nueva Ley define varios dispositivos y prácticas electrónicas en su artículo I, y emplea aquellos dispositivos a través del acto administrativo. Muchas de las provisiones referentes a los medios electrónicos utilizados por la MSAPA han sido influenciados por el uso que ya le daban las agencias estatales y federales.

- iii) *Colombia*:²³ El nuevo Código Contencioso contiene un esquema de procedimiento administrativo electrónico. En materia de gobierno electrónico, la normativa jurídica colombiana es reciente, y comienza con el Decreto n° 2.150 de 1995, que abrió la posibilidad para la utilización de sistemas electrónicos para el archivo y transmisión de datos entre las entidades públicas y los particulares. La evolución continuó con una serie de normas sobre la reglamentación general del uso de mensajes de datos y su fuerza probatoria (Ley n° 527 de 1999), sobre emisión de certificados y firma electrónica (Decreto n° 1.774 de 2000), sobre Estrategia de Gobierno en Línea (Directiva Presidencial n° 2 de 2000), contratación por medios electrónicos (Decreto n° 2.170 de 2002), notificación por medios electrónicos (Ley n° 734 de 2002), sistema electrónico para la contratación pública (Ley n° 1.150 de 2007), hasta el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo (Ley n° 1.437 de 2011) que contiene disposiciones que evidencian la intención de sus autores de darle plena aplicación a las TIC en las etapas de formación de la voluntad de la Administración pública.
- iv) *Uruguay*:²⁴ Con fecha 10 de marzo de 1998 se aprobó la Ley sobre procedimientos administrativos electrónicos, mediante Decreto n° 65, que contiene la regulación del uso y aplicación de medios informáticos para el ejercicio de las competencias de la Administración Pública.

IV. ESQUEMA PARA UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

Si la intención de la Administración del Estado es implementar un verdadero procedimiento administrativo electrónico que asegure la eficacia y celeridad de la actuación del aparato público, acompañado de las mismas (o mejores) garantías que ofrece el procedimiento administrativo tradicional, se hace necesario que el legislador desarrolle un esquema para el procedimiento que demuestre la intención de darle plena aplicación a las TIC en las etapas previas a la formación del acto administrativo.

Este esfuerzo ha sido realizado recientemente en sistemas comparados como el colombiano, donde la Ley N° 1437 de 2011, que crea el *Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*,

²³ QUINTERO (2011) pp. 4-6.

²⁴ MOYA (2003) p. 77.

elabora un esquema de lo electrónico aplicable al procedimiento, contenido en la primera parte del Código.

Al analizar el esquema electrónico en Colombia, Quintero entiende que este se puede subdividir en dos grandes temas que, al confrontarlos con la realidad imperante en nuestro medio, permitirán evaluar el estado de nuestro propio procedimiento administrativo electrónico y, a su vez, aportar material para una ulterior propuesta de desarrollo de este tipo de procedimiento en Chile. Los dos grandes temas tratados en el Código colombiano, según Quintero, son i) los principios aplicables por la Administración para el desarrollo de un *E-Government* y ii) la utilización de los medios electrónicos en el procedimiento administrativo propiamente tal.

1. Principios aplicables por la Administración

Es fundamental entender que el procedimiento administrativo electrónico no es diferente al procedimiento tradicional definido en el artículo 18 de nuestra Ley n° 19.880.²⁵ No se trata que la forma electrónica del procedimiento le otorgue una naturaleza *sui generis*, sino que lo que cambia en el actuar del *E-Government* es que el soporte en que consta la sucesión de actos trámites es ahora digital. Por lo tanto, no hay un problema sustantivo para la aplicación de este tipo de procedimiento (al menos desde el punto de vista jurídico, otro tema es el aspecto organizacional), sino que lo que ocurre es que en esta sede se suscita un problema de forma. Tal como señala Bauzá al analizar el artículo 55 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* española, Ley 30/1992, y extrapolable a nuestra actual Ley de procedimiento basada en la norma ibérica, se desprende el predominio de la forma escrita en los actos administrativos.²⁶ No obstante lo anterior, a mi entender, la forma electrónica de un documento no se opone a la forma escrita, sino que solo se trata de una forma diferente de contener la escritura. Si bien la *Real Academia Española de la Lengua* define *escrito* como un adjetivo en atención a ciertas características materiales como “manchas” o “rayas”, al definirlo como sustantivo señala el concepto de “documento”.²⁷ Pues bien, al documento electrónico

²⁵ Artículo 18. “Definición. El procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”.

²⁶ BAUZÁ (2002) p. 3.

²⁷ De acuerdo a la 22ª versión de su Diccionario, disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=escrito>>, fecha de consulta: 25 abril 2013, “escrito, ta: (Del part. irreg. de escribir; lat. scriptus). 1. adj. Que tiene manchas o rayas que semejan letras o rasgos de pluma.

–pese a ser escrito– lo que le ocurre es que durante su transmisibilidad carece de corpus documental y su esencia ya no se concibe como una mancha en un papel, sino por impulsos electrónicos en secuencia de bits.²⁸ Por esta razón, creo que la misma escritura existe en soporte papel que en soporte magnético.²⁹ Entendiendo esto, me parece que el artículo 4° de nuestra Ley de procedimientos administrativos es perfectamente aplicable para la clase de procedimiento en estudio. Los principios señalados por el articulado: escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, etc., no se oponen a la utilización de los medios electrónicos. Es más, tal como he señalado más arriba, un procedimiento administrativo electrónico colabora en la conclusión de varios de estos principios. Así también parece entenderlo el autor de la Ley N° 19.880, pues en el artículo 19, al referirse a la “utilización de medios electrónicos”, desarrolla una norma muy general en torno al *ciberprocedimiento*, entendiendo la necesidad de que la Administración se proveyese de los “medios compatibles” para realizar los procedimientos administrativos a través de técnicas y medios electrónicos. De alguna forma, avizora la necesidad de desarrollo posterior que deberá tener el PAE para poder adecuar la Administración al siglo XXI.³⁰ Me parece, eso sí, y tal como lo señalan Aguirreazkuenaga y Chinchilla, que la naturaleza meramente general de estas normas es una constatación de que estas carecen de virtualidad práctica si no son debidamente desarrolladas en normas posteriores.³¹

Por último, en un Estado de Derecho como el nuestro, en que la propia Constitución en su artículo 1° inciso 4°³² ordena la actividad finalizada³³ de

2. *m. Carta, documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso.* 3. *m. Obra o composición científica o literaria (...)*”.

²⁸ BAUZÁ (2002) p. 3.

²⁹ En este mismo sentido, VILORIA (2001), a su vez citado por BAUZÁ (2002) p. 137.

³⁰ Es interesante que, debido a la naturaleza supletoria de la ley en comento, el legislador señala que la Administración al proveerse de los medios para la utilización de un PAE, se “*ajustará al procedimiento regulado por las leyes*”. Así, parece entender que cada órgano deberá ajustar su actuar electrónico a lo que señalen sus propias leyes reguladoras del procedimiento.

³¹ AGUIRREAZKUENAGA y CHINCHILLA (2001) p. 37, a su vez citado por BAUZÁ (2002) p. 132.

³² Artículo 1° inciso 4°: “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”.

³³ Sobre esta perspectiva finalista del Derecho Administrativo, véase SOTO (2009) pp. 243 y ss.

la Administración a un noble objeto, el cual es lograr crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece, la implementación de un procedimiento administrativo electrónico no puede contravenir preceptos como la dignidad humana, la transparencia o el debido proceso, entre otros.³⁴

2. Utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo

En este apartado se tratan tres aspectos relevantes en los procedimientos administrativos electrónicos, a saber:³⁵ i) el documento administrativo electrónico; ii) la notificación por medios electrónicos; y iii) la presentación de recursos por medios electrónicos.

El análisis de estos aspectos será útil para indagar si nuestro sistema los aborda de manera adecuada para el pleno ejercicio de los derechos de las personas, y para determinar las características que debe tener un PAE a la hora de implementarse definitivamente.

³⁴ QUINTERO (2011) p. 9.

³⁵ Estos tres aspectos son relevantes en cuanto se refieren a la posibilidad de contacto entre la Administración y los ciudadanos. En España, la Ley de Administración Electrónica dedica el Título I de su Capítulo III a los registros, las comunicaciones y las notificaciones electrónicas. Sin duda, el tema del registro electrónico debe ser desarrollado de forma exhaustiva, pues soluciona parte importante de la problemática aquí expuesta, razón por la cual considero que requiere de una investigación posterior.

Un registro electrónico es un tipo de registro administrativo, esto es, un órgano administrativo (puesto que sus funciones tienen efectos jurídicos frente a terceros) cuya función principal se resume en la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones. GAMERO y VALERO (2008) p. 371.

Hay varias cuestiones a considerar al momento de crear un registro electrónico: cómo se integra dentro de la Administración Pública, sus funciones y competencias, la dotación necesaria para su funcionamiento, pero además, una serie de cuestiones técnicas (tipos de documentos admitidos, qué información se debe visualizar en el registro, el manejo de las fechas y horas de recepción de los documentos, la forma en que se expide un recibo de recepción, el cómputo de los plazos, etc.) que surgen al analizar la operatoria de las comunicaciones efectuadas a través de Internet. Una buena exposición en torno al tema de los registros electrónicos la hace la profesora María Dolores Rego Blanco, en GAMERO y VALERO (2008) pp. 371-390.

A) *EL DOCUMENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO*

Tal como se señaló anteriormente, no se debe identificar documento con un único soporte. El documento puede serlo tanto si se encuentra sobre un papel o sobre cualquier otro soporte apto según su naturaleza³⁶, entre ellos, el soporte magnético o cualquier otro de los utilizados por la informática.

Cuando hablamos de documentos electrónicos, nos referimos a los documentos generados por medios electrónicos, o que son transmitidos o transcritos por medios electrónicos.³⁷ Permitir la incorporación del documento electrónico al quehacer de la Administración tiene la ventaja de posibilitar la creación de un expediente electrónico para las diligencias, permitiendo que el volumen de información que producen los órganos de la Administración sea manejable. Además, el sistema papel que se ha transformado en el sustento de nuestro sistema procedimental, tanto judicial como administrativo, tiene un elevado costo económico.³⁸ La informática permite, como es sabido, el manejo de grandes volúmenes de información, superando al papel por cuanto:³⁹ el papel exige un manejo físico, por lo que tiende a deteriorarse, los expedientes en papel ocupan un creciente volumen de espacio físico, la recuperación de la información en los expedientes de papel es dificultosa y la duplicación de la información en los expedientes de papel es incómoda y costosa. Así, la implementación de un expediente electrónico generaría una sensible economía, tanto procesal como de recursos en el servicio de la Administración Pública. El reemplazo del soporte papel, determina: la disminución en costos y en necesidad de espacio físico; la agilidad en las comunicaciones con los interesados, con la implementación de cédulas de notificación por vía electrónica; la disminución de la necesidad de infraestructura, y la disminución considerable en los tiempos de comunicación, tanto respecto de los ciudadanos como en relación a las comunicaciones intraestado (ya sea por la remisión de antecedentes del expediente electrónico por vía electrónica o por la incorporación de la notificación electrónica).⁴⁰

La contracara a las ventajas mencionadas está dada por al menos tres dificultades que nacen como consecuencia de la utilización del documento electrónico.

³⁶ DÁVARA (1993) p. 455.

³⁷ *Ídem.*, p. 457.

³⁸ MOYA (2003) p. 78.

³⁹ HESS (2000), a su vez citado en MOYA (2003) p. 79.

⁴⁰ MOYA (2003) pp. 79 y 80.

La primera dificultad está dada por la necesidad de que se necesitará siempre un artefacto, una herramienta tecnológica que permita acceder a la información. Como se ha mencionado, uno de los elementos que en mayor medida frena el proceso de informatización de la sociedad son las llamadas brechas digitales, que no son más que una manifestación de las inequidades sociales en el contexto tecnológico.⁴¹

Una segunda dificultad está dada porque, producto de la rapidez con la que avanza la tecnología, la Administración deberá optar por un formato que homologue y estandarice la mantención de documentos electrónicos y que les permita usar los expedientes electrónicos luego de un plazo largo.

La última dificultad, está dada por la idea enquistada ya en la era de la información respecto de que es fácil duplicar o alterar los registros electrónicos, o sea, el problema de la falsedad documental. La utilización de los medios electrónicos que las administraciones públicas ponen a disposición de los ciudadanos agilizan los procedimientos administrativos, en cuanto a los tiempos y los medios para realizarlos, pero se pierde un “filtro” en el control del contenido de los documentos aportados en los procedimientos administrativos que era ejercido por los funcionarios públicos y que ahora queda en manos de la responsabilidad y ética de los ciudadanos, de tal forma que si se produce una situación de falsedad documental, no se puede detectar en el momento de la presentación de la documentación, sino en una de las fases finales del procedimiento administrativo con las consecuencias o daños que esto puede causar.⁴² Ahora bien, el problema de la autenticación del documento electrónico surge de la duda y el desconocimiento. La duda, producto de la posibilidad de manipulación de los contenidos de los documentos que se encuentran en soportes informáticos o que han sido generados por estos medios, con lo que puede aparentar inseguridad respecto a su originalidad o autenticidad. Esta duda proviene en muchas ocasiones del desconocimiento de la informática, porque de la misma manera que ofrece muchas posibilidades de manipulación, también ofrece otras de aseguramiento de la autenticidad de los contenidos.⁴³ Si bien, la mala fe que lleva a la falsedad puede darse en un documento en papel o en un documento electrónico, tal como señala Dávara, lo que se olvida es que precisamente las posibilidades de protección de la información por medios tecnológicos son mayores y más seguras que las que se ofrecen por los medios que tradicionalmente empleamos y, si basamos la fe en el reconocimiento y adverbación por quien corresponda,

⁴¹ *Ídem.*, p. 87.

⁴² ZAPATERO (2011) pp. 336 y 337.

⁴³ DÁVARA (1993) p. 466.

esto también se puede realizar con respecto al documento informático.⁴⁴ La autenticidad que con tanto celo atribuimos a los denominados documentos públicos celebrados ante notario, es más endeble que la que puede proporcionar una compleja técnica informática en el manejo de datos. Podemos afirmar, por tanto, que la firma electrónica, con múltiples garantías, ofrece la misma o mayor fiabilidad que la manuscrita.

El problema de la firma que conlleva, en muchos casos, la autenticación del documento, puede ser, sin duda, el caballo de batalla para la total aceptación a efectos probatorios de este tipo de documento. Las nuevas tecnologías de la información, unidas a otras técnicas, ya antiguas, como la criptografía, pueden proporcionar una fiabilidad al documento, muy superior a la que pudiere proporcionar la firma manuscrita.⁴⁵ En este sentido, un gran avance en la incorporación de las TIC, tanto a nivel comercial como de gestión pública fue el surgimiento de la Ley de Firma Electrónica, ya mencionada, que otorga un nivel de seguridad y certeza a este tipo de documentos. La firma en los documentos electrónicos se lleva a cabo mediante la codificación o cifrado de los mensajes mediante las técnicas criptográficas, inicialmente concebidas para garantizar la confidencialidad de los documentos y de que su texto no había sufrido manipulación.⁴⁶ Dos son fundamentalmente los sistemas de codificación: el simétrico o de clave única y el asimétrico o de par de claves, una pública y otra privada.⁴⁷ A mayor abundamiento, y si lo que se busca es autenticar documentos públicos, se puede sofisticar aun más el sistema hacia un notario público electrónico, quien garantizará que la clave corresponde a un determinado titular y solo a él. Esta función que la lleva a cabo una tercera parte de confianza (*trusted third party*, TTP) –también denominada notaría electrónica o testigo electrónico– actúa en calidad de prestador de servicios de certificación que emite un certificado en el que acredita que un clave pública pertenece a una persona y que se encuentra vigente.⁴⁸ No obstante, para la mayoría de los trámites bastaría con la utilización de un par de claves. Tal como ya están acostumbrados muchos usuarios del comercio electrónico, en el caso de operaciones que se realizan por medio de las tarjetas de crédito o de débito o de las operaciones electrónicas en

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ *Ídem.*, p. 473.

⁴⁶ BAUZÁ (2002) p. 25.

⁴⁷ Si bien, el aspecto técnico del cifrado y codificación es de la mayor importancia, por cuanto sobre éste se construye la base de confianza necesaria para que opere el sistema, su temática se aleja de la intención de este trabajo. No obstante, el asunto aparece bien detallado en *Ídem.*, pp. 26 y ss.

⁴⁸ *Ídem.*, pp. 28 y 29.

las transferencias bancarias, el ciudadano, tal como el titular de una cuenta corriente, puede crear una clave secreta que le permita acceder a todos los trámites de la Administración, y esta última puede proporcionarle una segunda clave en la forma de una tarjeta de coordenadas (como los sistemas que utilizan hoy algunos bancos), a la que deberá recurrir cada vez que necesite hacer una presentación o solicitar un documento auténtico por parte de la Administración. Si bien esto podría tener un costo para el ciudadano, este sería inicial y de poca monta, en atención a lo que ahorraría posteriormente en la utilización de papel o de transporte cada vez que requiriera acudir a un organismo público. Otra medida aun más sofisticada, pero que habría que incorporar de manera progresiva es el desarrollo de una tarjeta de identificación nacional (nuestra cédula de identidad) electrónica; un DNI electrónico, como se le ha llamado en España. Me parece eso sí, que estamos todavía alejados de esta tecnología, pues se requeriría que el interesado tuviera a su disposición el aparato que le permitiera leer la tarjeta, o la ubicación a nivel nacional de varios puntos de atención al usuario (nada diferente a lo que se pretende con iniciativas como *Chileatiende*).

En materia de eficacia, es preciso reconocer que la regulación de la firma electrónica no supone en modo alguno una alteración de las normas generales que rigen el procedimiento administrativo sino la introducción de un nuevo medio de comunicación.⁴⁹

B) LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

La notificación electrónica es otro de los aspectos importantes en la incorporación de las TIC a la Administración del Estado, puesto que tiene incontables beneficios respecto a la celeridad significativa por sobre los medios convencionales y al bajo costo al momento de realizar la diligencia. No obstante, el análisis de la viabilidad en la implementación de un sistema de notificación electrónica tanto respecto de los interesados como intraestado se debe detener en varios requisitos para garantizar el valor de la misma.⁵⁰

Una primera cuestión que surge es la necesidad de establecer un domicilio electrónico al inicio de la gestión. Acá se pueden dar dos modalidades. Por una parte, el interesado puede entregar una dirección electrónica donde la Administración le hará llegar las notificaciones, consciente de que la vigencia de su casilla es de su propia carga, y de que el órgano público se exime de responsabilidad en caso de que ésta haya caducado o no tenga suficiente

⁴⁹ BOLÁS (2000) p. 35, a su vez citado por BAUZÁ (2002) p. 35.

⁵⁰ Véase MOYA (2003) p. 87.

espacio de almacenamiento para recibir los documentos. Otra, que podría ser utilizada en trámites de alta relevancia, es el ya mencionado sistema de notario electrónico o de fedatarios judiciales⁵¹, que son entidades o personas jurídicas que, autorizadas conforme a la ley, son facultadas para emitir certificados con relación a las firmas electrónicas de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a la seguridad de las comunicaciones basadas en las firmas electrónicas. Así, estas entidades en cuestiones de alta relevancia pública, podrían encargarse de servir de sede electrónica para determinados ciudadanos, con la dificultad, eso sí, de que esto se tornaría oneroso ya sea para el interesado o para el Estado.

Una segunda cuestión importante respecto a las notificaciones se refiere al denominado *acuse de recibo*. Si la notificación se practica por un medio electrónico, informático y telemático, habrá que arbitrar un mecanismo de constancia de recepción. Tanto para el caso en que el interesado haya indicado una dirección electrónica como para el supuesto en que sencillamente no acceda a su equipo informático y a su servidor de correo electrónico, –en ambos casos la Administración desconoce si el interesado ha recibido o no la notificación– se plantea la duda de si la Administración deberá entender practicada la notificación o si, por el contrario, deberá intentar la práctica de la notificación por otro medio si en un plazo prudente el interesado o su representante no llevan a cabo actuaciones que permitan suponer la efectiva notificación.⁵² La solución a este problema pasa por utilizar las funciones de los servidores de correo electrónico que permiten determinar la fecha y hora en que el destinatario del *email* accede a la información o establecer una fórmula en que, una vez que exista constancia de que la información ha sido dispuesta al interesado, un plazo lo obligue a acceder al contenido de la obligación, operando de lo contrario el rechazo de la misma.⁵³ Para un sistema efectivo de notificación electrónica se deberá también: determinar en forma previa cuáles serán las partes a las que se notificará, se deberá especificar por cuenta de quién corren los gastos de la notificación, determinar las formas a través de las cuales se puede dejar constancia de la notificación y, por último, resolver la información que debe comprender la notificación electrónica.

⁵¹ Véase DÍAZ (2008) pp. 131-138.

⁵² BAUZÁ (2002) p. 225 y 226.

⁵³ Una modalidad así contempla el artículo 28 de la Ley de Administración Electrónica española, Ley 11/2007, coordinado con el artículo 59.4 de la Ley 30/1992 de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Al respecto, véase GAMERO y VALERO (2008) pp. 395 y ss.

Un sistema frágil de notificación electrónica puede generar violaciones potenciales a los derechos fundamentales, en especial al del debido proceso, pero desde un punto de vista jurídico, tiene una ventaja indudable que consiste en la desaparición de la conflictividad que ha provocado la distinción entre órgano que resuelve y como tal, notifica, y el agente que practica la notificación⁵⁴, además, de las ventajas de celeridad y bajo costo ya mencionadas.

C) EL EJERCICIO DE RECURSOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

El diseño de un PAE debe, necesariamente, establecer la posibilidad de instaurar los recursos contra los actos administrativos utilizando medios electrónicos. Así, por ejemplo, la reciente Ley colombiana n° 1.437 de 2011, que crea el *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, en su artículo 77 permite presentar los recursos en contra de los actos administrativos por medios electrónicos, siempre que cumplan con los requisitos generales para la presentación de recursos.⁵⁵

Algunos de los conflictos que deberán resolverse respecto a la presentación de recursos por esta vía son: la forma de contar los plazos, pues se deberá definir el momento desde que corren los plazos, además de determinar los días y horas hábiles, sin contar el problema técnico de homologar la hora de servidores ubicados en diferentes partes del mundo; la forma en que se tiene

⁵⁴ BAUZÁ (2002) p. 185.

⁵⁵ Artículo 77: *“Requisitos. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos. Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos: 1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido. 2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad. 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer. 4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio. / Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses. / Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente. / Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber”.*

acceso y se conforma el expediente; el tratamiento de los anexos, especialmente la situación de las piezas que no pueden ser digitalizadas.⁵⁶

V. EL USO DE LA INTERNET EN CHILE⁵⁷

Es imposible concebir un PAE de aplicación general en el seno de una sociedad carente de herramientas tecnológicas, y del *know how* necesario para el uso de estas herramientas.

Quizá la brecha más grande en la implementación de esta nueva forma de concebir la Administración esté dada por los problemas relacionados con la inexistencia de un acceso universal a la red y por la falta de alfabetización digital en un sector importante de nuestra población.

Los estudios *World Internet Project* (WIP) y el *Business and Information Technology* (BIT), realizados en conjunto por la Cámara de Comercio de Santiago y las facultades de Comunicaciones, Sociología e Ingeniería de la Universidad Católica, con el apoyo de la Secretaría de Desarrollo Digital del Ministerio de Economía, revelaron datos importantes respecto del crecimiento de usuarios de Internet y del *E-Commerce* en Chile.

Los internautas del país ya alcanzan al 41% de la población y usan Internet de forma activa por 3,6 horas diarias. De la población que usa Internet, el 94% de los usuarios utiliza el correo electrónico y ya un 85% usa *Facebook*.

Respecto del uso de la red en el comercio, el estudio BIT, que explora el uso de las TIC en las grandes empresas, reveló, a partir de una encuesta realizada entre 180 compañías, que el 27% usa Internet como canal de venta y el 33% tiene publicidad *online*. Además, el 40% de las facturas que se emiten en Chile son electrónicas.

Si bien, las cifras demuestran que hay un avance en el país hacia una madurez tecnológica, el estudio reveló que hay importantes desafíos como inculcar en los usuarios de las redes sociales que la Internet es, a su vez, una importante herramienta de participación política y productiva. También, el hecho de que solo el 13% de las grandes empresas participe en las redes

⁵⁶ Véase MOYA (2003) pp. 84 y 85.

⁵⁷ Cfr. OBSERVATORIO DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES (2010).

sociales, demuestra que hay una reticencia por ciertos sectores respecto de la imagen y la información que se puede proyectar a través de la red. Otro dato relevante es que más del 60% de las empresas estiman que hay más personas trabajando desde sus casas usando TIC, y que hay mayor uso de herramientas colaborativas y de teleconferencias.

Un punto que me interesa destacar, es que pese a que el estudio de la penetración de la Internet en Chile refleja que menos del 50% de la población es usuaria de la red, esto no debe obstar a la implementación de un PAE. Si bien, el radicalizar la solución optando por un *E-Government* de aplicación inmediata traería consigo graves injusticias respecto de aquellos que no pudieran acudir a la Administración por este medio, la solución no es retrasar la llegada de este tipo de procedimiento en todos los órganos del Estado, sino propender la alfabetización digital y el acceso universal a la red. Las desigualdad es un lastre con el que convive nuestra sociedad en todos los ámbitos, y el que se genera al momento de evaluar el uso de la Internet es solo una más de sus manifestaciones. Con el fin de evitar que el establecimiento de un PAE aumente las inequidades presentes en nuestra población, deberán, por mucho tiempo, coexistir sistemas paralelos de procedimiento administrativo sustentados en expedientes escritos y electrónicos.⁵⁸

No obstante los instrumentos legales pueden propender a la incorporación de las TIC en el gobierno en favor del ciudadano, debe considerarse, también, el factor organizacional previo a la automatización en las instituciones de gobierno.⁵⁹ Los expertos en administración y políticas públicas deberán evaluar que los aspectos organizacionales intergubernamentales sean claros y eficientes en razón de poder aprovechar al máximo las ventajas que traerá consigo la implementación de un PAE. Así, por ejemplo, no imagino la verdadera utilidad que puede ofrecer el desarrollo de un sistema de presentación de recursos por la vía electrónica en una municipalidad, si luego el funcionario municipal debe generar un expediente impreso con las presentaciones realizadas por los vecinos.

En relación al aspecto organizacional Cendrós *et al.*⁶⁰ asumen como factores a considerar en el desarrollo de un gobierno electrónico los siguientes: manuales de organización y métodos con una orientación hacia el *E-Government*, niveles salariales para captar talento informático, coordinación institucional, continuidad administrativa, proyectos de modernización a

⁵⁸ Véase MOYA (2003) pp. 87 y 88.

⁵⁹ Véase CENDRÓS (2004) pp. 142 y 143.

⁶⁰ *Ídem.*, p.143.

mediano y largo plazo para implementar el *E-Government*, iniciativas institucionales y voluntad política de los líderes hacia el gobierno electrónico. La idea es, por supuesto, que si no se tratan los aspectos organizacionales, solo se apuntará a una automatización aparente de las oficinas, restándole importancia al capital humano e intelectual, lo que trasuntará en la mera compra de equipos sofisticados, sin una lógica institucional que busque mejorar la experiencia del usuario y de los funcionarios de la Administración Pública.

VI. ¿PREPARADOS PARA EL *E-GOVERNMENT*?

Teniendo en cuenta lo ya expuesto, es momento de preguntarse si en el estado actual de las cosas estamos o no preparados como país para el establecimiento de un procedimiento administrativo electrónico de carácter general que cubra todo el ámbito de acción de la Administración Pública, considerando un entramado legislativo que lo promueva, autorice y legitime; una institucionalidad⁶¹ preparada para su implantación desde el punto de vista organizacional; y una cultura digital que permita a todos los ciudadanos el uso de este tipo de procedimiento con plena protección a sus garantías fundamentales.

Desde un punto de vista jurídico, me parece que la legislación actual se hace insuficiente. La Ley N° 19.880, supletoria en materia de procedimiento administrativo, si bien en cuatro de sus artículos (5, 18, 19 y 59) hace referencia a los medios electrónicos en su tramitación, da a entender que este articulado abre las puertas a la implementación del PAE, pero no lo pormenoriza de manera adecuada, evidenciando una laxitud al configurar la posibilidad o necesidad de que las administraciones públicas incorporen la informática a su actividad.⁶² El desarrollo posterior que le han dado leyes más recientes a varios elementos en pos de un procedimiento administrativo electrónico tampoco cubre todas las aristas que deben considerarse en su implementación,

⁶¹ GASCÓ (2009) pp. 49 y ss., considera fundamental la variable institucional en el desarrollo de iniciativas de Gobierno Electrónico, entendiendo que la evolución de la incorporación de las TIC al sector público es paralela a las transformaciones de la Administración en el marco de los procesos de reforma del Estado.

⁶² Similar reflexión efectúa VALERO (1994) p. 9, al referirse al artículo 45 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al señalar que las Administraciones están “compelidas a ‘impulsar’ dicho proceso, sin que pueda encontrarse una mayor concreción legal respecto de la intensidad cuantitativa y/o cualitativa de esa genérica previsión”.

aristas que tampoco ha cubierto la jurisprudencia⁶³ que, escasa, sólo se ha referido a algunos temas relativos a este tipo de procedimiento como son el principio de la equivalencia de soportes (papel/electrónico), la imposibilidad de efectuar notificaciones electrónicas en ciertos procedimientos o la necesidad de que los antecedentes entregados por un medio óptico posean las mismas características de autenticidad e inviolabilidad de un documento escrito.

Si bien, Leyes posteriores como la N° 19.886 y, en especial, la N° 19.799 complementan la intención de legislador de formular un procedimiento

⁶³ La jurisprudencia administrativa emanada de la CGR ha cubierto alguno de los aspectos relevantes de este procedimiento. Por ejemplo, ha establecido la existencia del principio de equivalencia de los soportes, en virtud del cual considera que un sitio o página de Internet es un archivo idóneo para contener en formato digital información de diversa naturaleza, tanto escrita como audiovisual. Así, no habría inconveniente en que ciertos procedimientos administrativos se puedan realizar en su totalidad por medios electrónicos, pero siempre manteniendo la posibilidad de recurrir al sistema tradicional, a fin de garantizar que los interesados puedan hacer sus solicitudes y acompañar antecedentes en soporte papel. Por otro lado, se establece que no hay inconveniente en formalizar un acto administrativo a través de un medio electrónico, siempre que se verifique el nivel de resguardo y seguridad que garantice la integridad y disponibilidad de la información, como asimismo, la autenticidad de la firma de la autoridad que suscribe los antecedentes. Respecto de esta última, debe ser firma electrónica avanzada, pues ésta constituye una exigencia cuando se trata de la suscripción de instrumentos públicos. LARA y HELFMANN (2011) pp. 64 y 65. Véase también, respecto de los medios electrónicos y la equivalencia de soportes los Dictámenes de la CGR N° 51.028 de 2010, N° 36.764 de 2008 (“(...) *la jurisprudencia de esta Entidad de Control ha reconocido el principio de equivalencia de soportes, al sostener que una página web, en cuanto documento electrónico, es un archivo computacional de hipertexto y multimedia apto para contener en formato digital información de diversa naturaleza, tanto escrita como audiovisual, accesible a través de Internet (...)*”) y N° 12.723 de 2005. Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que, sin perjuicio de que algunas de las actuaciones puedan ser realizadas de manera electrónica, la notificación en tanto se trate de actos con efectos individuales, deberá ser realizada en forma escrita y mediante carta certificada dirigida al domicilio del interesado. Por otro lado, se ha señalado que cuando se trata de antecedentes entregados por un medio óptico, resulta necesario que éste posea las mismas características de autenticidad e inviolabilidad de un documento escrito, por lo que previamente debe verificarse el nivel de resguardo y seguridad que garantice la integridad y disponibilidad de la información, como, asimismo, la autenticidad de la firma de la autoridad que suscribe los antecedentes, de lo contrario carecería el CD u otro medio electrónico de valor por no garantizar técnicamente tales aspectos. LARA y HELFMANN (2011) p. 205. Al respecto, véanse los Dictámenes n° 38.121 de 2007 y 12.723 de 2005.

moderno que incorpore el avance de la tecnología informática, no solo permitiendo la existencia de un procedimiento administrativo electrónico, sino creando instrumentos que permitan efectivamente su desarrollo –como la firma electrónica o un portal de contratación–, me parece que sin la formulación de una ley que establezca un PAE de aplicación general, y que regule el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, nuestro escenario legal se hace insuficiente como para afirmar que estamos preparados para un *E-Government*, especialmente porque la normativa actual reconoce un derecho a los ciudadanos para relacionarse con la Administración por medios electrónicos, pero no obliga, sino que sólo promueve, el desarrollo informático de la Administración central o local.

Respecto a la cultura digital de nuestra población, estadísticas como las mencionadas sobre la penetración de la Internet también representan un obstáculo para el *E-Government*. El acceso a Internet en nuestro país, a cargo de la empresa privada en su totalidad, es reconocido como costoso y deficiente desde el punto de vista técnico, sin contar, que hay localidades en que no existe aún las instalaciones para enlazar a la Red.

Desde un punto de vista organizacional, aparecen varios problemas en el mismo sentido anterior, como son la obsolescencia de la infraestructura tecnológica (computadores, impresoras, software, redes, conectividad y otros), ya que en la gran mayoría de las instituciones gubernamentales chilenas y en los establecimientos educacionales no hay ni una política ni un presupuesto suficiente para la renovación de los equipos.⁶⁴ No existe una política nacional de capacitación de los profesionales y técnicos de la Administración en esta materia. También se mantienen problemas relacionados con el uso y actualización de los sitios *web*, ya que hay sitios con actualizaciones anuales; la gran mayoría de ellos son solo informativos y carecen de sistemas de consulta y de comunicación ciudadana (un dato bastante ilustrativo al respecto es que menos del 15% de los municipios tienen una *web* servible a los ciudadanos).⁶⁵ Además, a los funcionarios, en vez de instruirlos en una política abierta y adecuada de los sistemas computacionales, se opta en la mayoría de los servicios por sistemas de restricción de sitios *web* y filtros a las redes sociales y otros. Por último, quizás uno de los aspectos más ejemplarizadores del atraso tecnológico en nuestra Administración es la carencia de una política de gobierno respecto al uso de los software libre.⁶⁶ En Chile

⁶⁴ PEÑAFIEL (2009).

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ VALERO (2008) pp. 47 y ss., señala –opinión que compartimos– que *resulta inadmisibile que el acceso telemático a las oficinas administrativas virtuales solo pueda realizarse a*

solo se utilizan herramientas bajo licencia que son caras, que favorecen a la monopolización en el desarrollo de software, y que no son necesariamente más eficientes y mejores.

Lo recién expuesto permite afirmar que en el estado actual no estamos preparados para un *E-Government*, lo que se demuestra con la escasez de ejemplos de ciudades y gobiernos digitales con acceso a ellos por parte de la ciudadanía. Esto no es lo mismo que afirmar que no estamos preparados para iniciar, de forma definitiva, un proceso de implementación del *E-Government*. Debemos concebir al procedimiento administrativo electrónico como resultado de un proceso⁶⁷ en el cual se superen las dificultades que trae aparejadas. Así parece entenderlo el gobierno en sus últimas iniciativas como son las de implementar la firma electrónica para todo tipo de trámites y de desarrollar una plataforma electrónica para que los trámites municipales, como el pago de las patentes, se realicen vía Internet,⁶⁸ estableciendo, poco a poco, formas de gobierno digital.

través de un determinado sistema operativo o aplicación informática por cuanto, de facto, se estaría beneficiando desde el sector público a una concreta opción comercial a costa de la libertad de elección de los usuarios aun cuando su instalación y utilización resulte gratuita [...]. Me parece que el uso de este tipo de software tiene como consecuencia un mayor desarrollo del software en general, pues la mayoría de los grandes avances en plataformas informáticas comienzan desde la iniciativa individual de jóvenes desarrolladores que ponen sus herramientas al servicio de las personas de manera gratuita. Véase también, al respecto, GAMERO y VALERO (2008) pp. 96-99 y 215-218, sobre el “principio de neutralidad tecnológica” y sobre “el polémico derecho a elegir las aplicaciones o sistemas para la relación electrónica con la Administración”.

⁶⁷ MOYA (2003) p. 88.

⁶⁸ Al respecto, noticia titulada “Gobierno apunta a implementar firma electrónica para todo tipo de trámites” en *La Tercera*, martes 28 de febrero de 2012, p. 23, señala que el Ministerio de Economía trabaja en afinar los detalles del proyecto que masificará la firma electrónica y que pretenden ingresar a tramitación legislativa antes del 21 de mayo. La iniciativa busca que todos los documentos se puedan firmar a través de una plataforma electrónica, agilizando así los tiempos en los trámites. Se apunta a que todos los documentos puedan ser firmados por este sistema en un determinado plazo, abaratando los costos y actualizando los estándares tecnológicos para el uso de la firma electrónica. El proyecto busca perfeccionar vacíos o imperfecciones de la ley actual, incluido el hacer más expedita la certificación de firmas electrónica avanzadas por los órganos del Estado, reforzar el rol fiscalizador y normativo de la Entidad Acreditadora del Ministerio. Avanzar en la implementación de la firma electrónica es una política pública que quiere ejecutar el gobierno para que todos los chilenos, una vez cumplidos los 18 años de edad, cuenten

VII. HACIA LA CONCRECIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO⁶⁹

A mi entender, la implementación de un procedimiento administrativo electrónico general para los diversos organismos de la Administración supone la promulgación de una ley que suponga dar el paso del *podrán* por el *deberán*.⁷⁰ Esto supone que lo que la actual Ley n° 19.880 configura como una posibilidad, la nueva ley lo debe convertir en una obligación para la Administración, señalando que los organismos públicos deberán utilizar las tecnologías de la información de acuerdo a su articulado.

Me parece necesaria la promulgación de una legislación específica y supletoria en materia de gobierno electrónico que permita dar acceso a los ciudadanos a los servicios públicos a través de medios informáticos, por medio de los cuales puedan ejercer con plenitud sus derechos en cualquier procedimiento y actividad que sea de competencia de la Administración del Estado. Si no contamos con un articulado único para la Administración general, me temo que el gobierno electrónico llegará de manera desigual a los organismos públicos en razón de sus capacidades presupuestarias y de la iniciativa de sus funcionarios, provocándose inequidades en el propio seno de la Administración. Esto, sin contar, que dejar el tratamiento del procedimiento electrónico al articulado de leyes reguladoras de cuestiones específicas o de organismos en particular, provocará problemas de coordinación entre las oficinas públicas, lo cual redundará en una carencia de seguridad jurídica en desmedro del ciudadano, cuestión que no sería nueva en nuestro Derecho Administrativo, acostumbrado a estas asimetrías en materias tan importantes como el llamado contencioso administrativo.

Una ley de procedimiento administrativo electrónico deberá reconocer el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración Pública por medios electrónicos y regular los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa en las relaciones entre los órganos del Estado, así como en las relaciones de los ciudadanos con éstos, con la finalidad de garantizar sus derechos. Deberá, además formular un PAE común que le dé validez y eficacia a la actividad administrativa

con una firma electrónica entregada por el Estado. Que los trámites se puedan hacer por Internet apunta a acelerar el ritmo de la creación de empresas y del emprendimiento.

⁶⁹ SANJUÁN (2010) pp. 18-21 y la Ley española de procedimiento administrativo electrónico 11/2007.

⁷⁰ *Ídem.*, p. 19.

en condiciones de seguridad jurídica al momento de utilizar el procedimiento informático.

Una ley de este tipo deberá contener una serie de principios básicos como, por ejemplo:

- i) *Respeto de los derechos*: en especial referente al tratamiento de la protección de datos en relación al honor de los ciudadanos y la intimidad personal y familiar.
- ii) *Igualdad*: la ley deberá concebir al PAE como un proceso que deberá ir sorteando obstáculos de gestión interna de los organismos, la creación de servicios, hasta la formulación del procedimiento mismo. En este proceso deberá abordar cuestiones respecto a la relación con la Administración por medios no electrónicos, buscando proteger las garantías fundamentales de aquellos que sufren actualmente los efectos de la brecha digital.
- iii) *Accesibilidad*: en la misma senda de lo anterior, se deberá incorporar las características necesarias para aquellos colectivos que lo requieran (pienso en las dificultades de acceso informático que tienen aquellos que viven con una discapacidad visual, por ejemplo).
- iv) *Neutralidad tecnológica y adaptabilidad*: con creación de fórmulas para mantener las plataformas tecnológicas utilizadas a través del tiempo, y permitiendo a los ciudadanos elegir entre las alternativas tecnológicas que ellos deseen (en el formato de archivos utilizados, por ejemplo), promoviendo el uso de software libre y los estándares abiertos.
- v) *Cooperación entre los organismos públicos*: para esto, la ley deberá contener cuestiones relativas al aspecto organizacional de la implementación de un PAE, que permitan disminuir las asimetrías en la respuesta que dan las diferentes reparticiones públicas a las demandas ciudadanas.
- vi) *Otros principios* de los que deberá hacerse cargo ya son abordados por la Ley de procedimiento n° 19.880, y solo deberán adaptarse al fenómeno informático cuando corresponda (legalidad, proporcionalidad, simplificación, no formalización, transparencia, publicidad, gratuidad, etc.).

Habiéndose hecho cargo de los principios, la ley deberá continuar articulando una serie de derechos para el ciudadano, tanto generales (conocer el estado de la tramitación del procedimiento, obtener copia de las presentaciones, ser tratado con respeto, etc.) como relativos a los medios electrónicos

(a elegir el canal de comunicación con la Administración, a no aportar documentos que ya obren en poder de los organismos públicos, a obtener los medios de identificación electrónica necesarios, etc.) y relativos al acceso a los servicios (como los medios y condiciones de acceso a los registros y a las bases de datos, las vías de reclamación y recursos, etc.).

Luego, la ley deberá definir los canales o medios de difusión de los contenidos y servicios, incluyendo el presencial, telefónico, el electrónico propiamente tal y otros que existan o puedan existir en el futuro (a través de los dispositivos móviles, por ejemplo). No basta en esta parte con la sola definición de los canales, sino que se deberá optar por la formulación de un régimen jurídico de la Administración electrónica, definiendo una serie de conceptos transversales al PAE (documento electrónico, firma electrónica, sede electrónica para el organismo, boletines electrónicos, etc.). La necesidad de la definición de esta serie de conceptos pasa por una cuestión de seguridad jurídica, teniendo en mente los problemas a los que se podrían ver expuesto tanto la Administración como los ciudadanos en el manejo de diferentes formatos de documentos, por ejemplo.

También, se da la oportunidad para regular la creación de los registros electrónicos para la recepción y remisión de las solicitudes ciudadanas y para resolver cuestiones polémicas como el tratamiento de las notificaciones en este formato o el cómputo de los plazos en esta forma de procedimiento, junto con propender a solucionar cuestiones fundamentales en este tipo de procedimiento como es el desarrollo de modelos normalizados de documentos electrónicos.⁷¹

Por último, y quizás lo más importante, sería una buena instancia para fijarle un plazo a la Administración Pública para que los ciudadanos puedan ejercer en plenitud sus derechos por medios electrónicos, lo cual supondría, a su vez, tomar una serie de medidas de adaptación de la Administración en términos de tecnología y capital humano, y un diseño de cooperación y desarrollo en materia de sistemas y aplicaciones entre los organismos, además de la implementación de una red virtual de atención al ciudadano.

⁷¹ La normalización de los documentos se refiere a la aceptación de lenguajes para lograr el entendimiento entre los agentes, adaptación que deberá hacerse extensiva a la realidad técnica y material de los documentos administrativos en formato electrónico. Véase BAUZÁ (2002) pp. 77 y ss.

CONCLUSIONES

Un Derecho administrativo que se adapte al siglo XXI supone reconocer la manera en que los ciudadanos interactúan entre sí con el propósito de recurrir a las mismas herramientas en el diseño de sus procedimientos. Así lo reconoce la Ley n° 19.880 *sobre procedimiento administrativo*, que en uno de sus principales aportes abre las puertas a la implementación del procedimiento administrativo electrónico en Chile.

El proceso de modernización del Estado supone el uso de las TIC por parte de la Administración, fenómeno que se conoce como *E-Government*, y que tiene como objetivo aprovechar las herramientas tecnológicas para promover la consecución de varios de los principios inspiradores de nuestra Administración en pos de mejorar la calidad de vida de las personas.

A nivel nacional no existe una legislación sólida que regule un procedimiento administrativo electrónico de aplicación general para los organismos públicos, pero sí hay una serie de leyes que reconocen el fenómeno y regulan aspectos específicos del mismo. A nivel internacional, en cambio, podemos encontrar ejemplos de una regulación única y bien sustentada en lo que se refiere a este tipo de procedimiento, que se hace cargo del acceso electrónico de los ciudadanos a los trámites ante los organismos públicos, así como del actuar informático en las relaciones intraestado.

Si lo que se pretende a nivel nacional es implementar un verdadero procedimiento administrativo electrónico que asegure tanto la eficacia y celeridad en la actuación del aparato público, como la plena protección a los derechos de los ciudadanos, se debe diseñar un esquema que sistematice este tipo de procedimiento, estableciendo varios principios que regulen las actuaciones electrónicas de la Administración, y que se haga cargo de varios aspectos relevantes en un procedimiento de estas características, como son el uso del documento electrónico, las notificaciones electrónicas, la interposición de recurso en materia electrónica, etc.

Factores como la penetración del uso de la Internet en Chile, la carencia de los recursos informáticos con los que cuentan nuestros organismos estatales, y la insuficiencia legislativa al momento de tratar los aspectos relevantes de un procedimiento administrativo electrónico, me permiten afirmar que tal como están las cosas no estamos preparados para un *E-Government* en nuestro país que permita dar acceso a los ciudadanos a la mayoría de los servicios públicos a través de medios informáticos. No obstante, es una buena oportunidad para adoptar las medidas que vengan a ponerle un plazo a la Administración para que los ciudadanos puedan ejercer con plenitud sus

derechos por medios electrónicos en cualquier actividad y procedimiento que sea de competencia de la Administración del Estado, cuestión que parece entender el gobierno si consideramos las últimas iniciativas adoptadas en esta materia.

El establecimiento de un procedimiento administrativo electrónico definitivo, que nos permita afirmar que en Chile existe un *E-Government*, debe programarse a través de un diseño legislativo serio, que abarque no solo los aspectos jurídicos que deben considerarse en un procedimiento de este tipo, sino que también cubra las particularidades de nuestra cultura digital y los aspectos organizacionales que se deben adoptar en el tema del gobierno electrónico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGIRREAZKUENAGA, Iñiqui y CHINCHILLA, M. Carmen (2001): "El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbitos de las Administraciones Públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo* (n° 109): pp. 35 – 60.
- BAUZÁ MARTORELL, Felio José (2002): *Procedimiento administrativo electrónico* (Granada, Editorial Comares) 325 pp.
- BOLÁS Alfonso, Juan (2000): "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", *Revista Jurídica del Notariado* (n° 36): pp. 31 – 64.
- BREWER-CARÍAS, Allan (2009): "*Principios generales del procedimiento administrativo: hacia un Estado continental*", MACHADO ARIAS, Juan Pedro (coord.), *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina* (México D.F., Konrad-Adenauer-Stiftung), pp. 163 – 199.
- CENDRÓS G., Jesús, DURANTE, Carlos y FERMÍN, José (2004): "Factores estratégicos para desarrollar el gobierno electrónico en las alcaldías de Venezuela", *Opción* (vol. 20 n° 45): pp. 132 – 152.
- DÁVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel (1993): "El documento electrónico en la vigente ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común", *Revista de Administración Pública* (n° 131): pp. 455 – 491.

DÍAZ GARCÍA, Alexander (2008): "Las notificaciones electrónicas judiciales en Colombia. El notario electrónico (firmado electrónicamente)", *Enl@ce: Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento* (vol. 5 n° 2): pp. 131 – 138.

GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (coordinadores) (2008): *La Ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos* (Navarra, Thomson / Aranzadi) 566 pp.

GASCÓ, Mila (2009): "El papel de las instituciones en el desarrollo del Gobierno Electrónico en América Latina: algunas reflexiones", *Revista Chilena de Administración Pública* (n° 14): pp. 37 – 59.

GEDID, John (2011): "Modernizing agency practice: The 2010 Model State Administrative Procedure Act", *Widener Law Journal* (n° 20): pp. 697 – 706.

GRANADOS, Ignacio (2002): "Utopías y realidades del gobierno electrónico en España. Mapa descriptivo", *Cultura & Política @ Ciberespacio, 1er Congreso Online del Observatorio para la CiberSociedad, Comunicaciones – Grupo 8, Democracia y participación ciudadana en la sociedad interconectada*, 16 p.. Disponible en <[http://aragonparticipa.aragon.es/attachments/231_Utopias%20y%20realidades%20del%20Gobierno%20electr%C3%B3nico%20en%20Espa%C3%B1a.%20Mapa%20descriptivo.%20\(Ignacio%20Mart%C3%ADn%20Granados\).pdf](http://aragonparticipa.aragon.es/attachments/231_Utopias%20y%20realidades%20del%20Gobierno%20electr%C3%B3nico%20en%20Espa%C3%B1a.%20Mapa%20descriptivo.%20(Ignacio%20Mart%C3%ADn%20Granados).pdf)>, fecha de consulta: 25 mayo 2013.

Hess A., Christian (2000): "Hacia el Procedimiento Electrónico Administrativo y Judicial", *Ponencia al VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Lima, Perú. Disponible en <<http://hess-cr.blogspot.com/2000/01/hacia-el-procedimiento-electrnico.html>>, fecha de consulta: 7 febrero 2012.

KLIMA, Jaime (2003): "The E-Government act: promoting E-Quality or exaggerating the digital divide?", *Duke L. & Tech. Rev.* (n° 9) 8 pp. Disponible en <<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2003dltr0009.html>>, fecha de consulta: 4 febrero 2012.

LARA Arroyo, José Luis y HELFMANN Martini, Carolina (2011): *Repertorio Ley de Procedimiento Administrativo. Jurisprudencia, Comentarios, Concordancias e Historia de la Ley* (Santiago, AbeledoPerrot / LegalPublishing Chile) 1194 pp.

- MOYA García, Rodrigo (2003): "El procedimiento administrativo electrónico en Chile", *Revista Chilena de Derecho Informático* (n° 3): pp. 77 – 93.
- OBSERVATORIO DE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES (2010): *Estudios WIP y BIT sobre uso de Internet en Chile revelan crecimiento de usuarios y de E-Comercio*. Disponible en <<http://www.observatoriotic.gob.cl/estudios-wip-y-bit-sobre-uso-de-internet-en-chile-revelan-crecimiento-de-usuarios-y-de-e-comercio>>, fecha de consulta: 7 abril 2011.
- ORTEGA, Luis (1993): "Nuevas tecnologías y procedimiento administrativo", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha* (n° 18 Ejemplar dedicado a: Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común): pp. 211 – 218.
- PEÑAFIEL Reyes, Juan (2009): "¿Y la administración pública chilena cómo está en tecnologías?", *Blog CIAPE: educación y tecnología*. Disponible en <<http://www.ciape.org/blog/?p=112>>, fecha de consulta: 7 abril 2011.
- QUINTERO NAVAS, Gustavo (2011): "Procedimiento administrativo electrónico: aportes de la ley 1437 de 2011", *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* (n° 5): pp. 1 – 13.
- RODRÍGUEZ-ARANA Muñoz, Jaime (2009): "El derecho administrativo en el siglo XXI", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (AFDUDC)* (n° 13): pp. 627 – 643.
- SAARENPÄÄ, Ahti (2005): "Gestión y Administración Pública electrónica. Aspectos de la planificación jurídica en una sociedad en red", *Revista Chilena de Derecho Informático* (n° 7): pp. 15 – 25.
- SANJUÁN GARCÍA, Pablo (2010): "La E-Administración: ¿es común el procedimiento administrativo electrónico?", *Lex Nova: La revista* (N° 59): pp. 18 – 21.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2003): "La Ley N° 19.880 sobre Procedimientos Administrativos ¿"Aleluya" o "Miserere"?", AA.VV., *Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos* (Santiago, Academia de Derecho Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás) 234 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (Santiago, AbeledoPerrot / LegalPublishing Chile) 788 pp.

VALERO TORRIJOS, Julián (2004): *El régimen jurídico de la E-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo* (Granada, Editorial Comares) 224 pp.

VILORIA MÉNDEZ, M. (2001): "Mensajes de datos y la prueba de los negocios, actos y hechos con relevancia jurídica soportados en formato electrónico", *REDI Revista Electrónica de Derecho Informático* (nº 36). Disponible en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/redi-29/issue_nbr/%23336>, fecha de consulta: 4 febrero 2012.

ZAPATERO LOURINHO, Angélica Sara (2011): "Cotejo y compulsas de los documentos, responsabilidades asumidas por los ciudadanos en la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos", *VIII Seminario Hispano-Mexicano de Biblioteconomía y Documentación*, 21-25 de marzo de 2011, Facultad de Ciencias de la Documentación-Universidad Complutense de Madrid, pp. 327 – 338. Disponible en <<http://eprints.ucm.es/13389>>, fecha de consulta: 4 febrero 2012.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Contencioso Administrativo (Colombia), 2 julio 2012. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_contencioso_administrativo.html>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Colombia), creado por Ley nº 1437, *Diario Oficial* (nº 47.956), 18 enero 2011. Disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

Constitución Política de la República de Chile de 1980 actualizada con reforma del año 2005, Decreto 100 Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.

Decreto 65/98 (Uruguay), sobre procedimientos administrativos electrónicos, *Diario Oficial*, 10 marzo 1998. Disponible en <http://www.armada.mil.uy/pdf/dirme_pdf/decretos_pdf/d-65-98-10-03-1998-reglamentase-la-implementacion-de-medios-electronicos-de-transmision-almacenamiento-y-manejo-de-documentos-en-la-administracion-publica.pdf>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

- Decreto n° 77 (Chile), sobre eficiencia de las comunicaciones electrónicas entre órganos de la Administración del Estado y entre estos y los ciudadanos. *Diario Oficial*, 23 diciembre 2004.
- Decreto n° 181 (Chile), aprueba reglamento de la ley 19.799 sobre documentos electrónicos, firma electrónica y la certificación de dicha firma. *Diario Oficial*, 17 agosto 2002.
- Decreto n° 250 (Chile), aprueba el reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, *Diario Oficial*, 24 septiembre 2004.
- Decreto n° 1.774 (Colombia), por el cual se reglamenta la Ley n° 537 del 1 de diciembre de 1999, *Diario Oficial* (n° 44.160), 14 septiembre 2000. Disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6052>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.
- Decreto n° 2.150 (Colombia), por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, *Diario Oficial* (n° 42.137), 5 diciembre 1995. Disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1208>>, fecha de consulta: 11 de mayo 2013.
- Decreto n° 2.170 (Colombia), por el cual se reglamenta la Ley 80/1993, se modifica el Decreto 855/1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527/1999, *Diario Oficial* (n° 44952), 3 octubre 2002. Disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5798>>, fecha de consulta: 11 de mayo 2013.
- Directiva Presidencial n° 2 de 2000 (Colombia), sobre estrategia de Gobierno en línea. Disponible en <<http://www.mintic.gov.co/index.php/docs-normatividad?pid=697&sid=769:02>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.
- E-Government Act 2002*, (Estados Unidos), to enhance the management and promotion of electronic Government services and processes by establishing a Federal Chief Information Officer within the Office of Management and Budget, 17 diciembre. Disponible en <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ347/pdf/PLAW-107publ347.pdf>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.
- Ley 11/2007 (España), de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, *Boletín Oficial del Estado*, 23 junio 2007. Disponible en <http://www.ugr.es/~ustea/Auxiliar_2011_archivos/Bloque%20I%20

Normativa%20general/Tema3_Ley_11-2007.PDF>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

Ley 30/1992 (España), de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, *Boletín Oficial del Estado* (n° 285), 27 noviembre 1992. Disponible en <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-26318>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

Ley n° 527 (Colombia), por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, *Diario Oficial* (n° 43.673), 21 agosto 1999. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1999/ley_0527_1999.html>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

Ley n° 734 (Colombia), por la cual se expide el Código Disciplinario Único, *Diario Oficial* (n° 44.699), 5 febrero 2002. Disponible en <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4589>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

Ley n° 1.150 (Colombia), por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, *Diario Oficial* (n° 46.691), 16 julio 2007. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/m/m_norma.jsp?i=25678>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

Ley n° 19.628 (Chile), sobre protección de la vida privada. *Diario Oficial*, 28 agosto 1999.

Ley n° 19.799 (Chile), sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. *Diario Oficial*, 12 abril 2002.

Ley n° 19.880 (Chile), establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

Ley n° 19.886 (Chile), de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. *Diario Oficial*, 30 julio 2003.

Ley n° 20.285 (Chile), sobre acceso a la información pública. *Diario Oficial*, 20 agosto 2008.

Ley n° 20.494(Chile), agiliza trámites para el inicio de actividades de nuevas empresas. *Diario Oficial*, 27 enero 2011.

Ley n° 20.500 (Chile), sobre participación ciudadana en la gestión pública. *Diario Oficial*, 16 febrero 2011.

Model State Administrative Procedure Act 2010, 15 octubre, (Ley modelo sobre procedimiento administrativo estatal), Uniform Law Commission (also known as National Conference of Commissioners on Uniform State Laws). Disponible en <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/state%20administrative%20procedure/msapa_final_10.pdf>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

JURISPRUDENCIA CITADA

Contraloría General de la República, *sobre acto administrativo, propuesta de antecedentes por cd rom* (2005): 11 marzo 2005, dictamen n° 12.723. Disponible en <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=614F580736519987842571BD004BB1BC>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

_____, *sobre procedencia de efectuar notificaciones por medios electrónicos en los concursos de alta dirección pública* (2007): 22 agosto 2007, dictamen n° 38.121. Disponible en <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri%5Cboletinjurisprudencia.nsf/DetalleDictamenBoletin?OpenForm&UNID=2D7AD6C3BFBB7D7484257341006AB5BA>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

_____, *sobre trámites vía electrónica firma digital Serviu* (2008): 6 agosto 2008, dictamen n° 36.764. Disponible en <<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FormImpresionDictamen?OpenForm&UNID=FC9E669F6806A6FF842574A2004FA297>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

_____, *sobre procedencia de emisión electrónica de permisos de circulación* (2010): 7 junio 2010, dictamen n° 29.845. Disponible en <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri%5Cboletinjurisprudencia.nsf/DetalleDictamenBoletin?OpenForm&UNID=6034959EBF5859D48425773D0068A2C7>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

_____, *desestima solicitud de reconsideración de la jurisprudencia administrativa relativa a las publicaciones en diarios electrónicos* (2010): 1 septiembre 2010, dictamen n° 51.028. Disponible en <<http://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri%5Cboletinjurisprudencia.nsf/DetalleDictamenBoletin?OpenForm&UNID=8D680B16D7AFDF4E8425779A0056D93B>>, fecha de consulta: 11 mayo 2013.

COMENTARIO CRÍTICO AL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Critical comment on the project of civil procedural code

JORGE DANILO CORREA SELAMÉ*

Universidad Bernardo O'Higgins

Santiago, Chile

RESUMEN: El Poder Ejecutivo ha remitido al Congreso Nacional, para su estudio, un Proyecto de Código Procesal Civil que remplace al Código actual vigente desde 1903. La iniciativa presenta diversos ejes, tales como, la desjudicialización de determinadas materias, el establecimiento de la oralidad y del principio de la inmediación. No obstante lo necesaria de la reforma, trataremos de demostrar la inconveniencia de consagrar legalmente ciertos mecanismos procesales tales como asignar un rol preponderante a los jueces, alterar la regla natural de la carga de la prueba, permitir, casi sin posibilidades de oposición, la ejecución provisional de determinadas sentencias y, principalmente, consagrar un sistema recursivo confuso e ilusorio al mezclar la apelación con la casación en la forma y proporcionar a la Corte Suprema grandes facultades para decidir si un asunto debe o no ser conocido por ella por la vía de un recurso extraordinario.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento civil – oralidad – carga de la prueba – principio de inmediación – ejecución provisional

ABSTRACT: The Executive has sent to the National Congress, for its study, a Project of Civil Procedural Code that replaces the current

* Abogado, Magister en Criminología, Profesor de Derecho Procesal, Universidad Bernardo O'Higgins. <correalex@live.cl>.

Artículo recibido el 5 de abril de 2013 y aprobado el 13 de agosto 2013.

in force since 1903. The initiative presents diverse axes, such as, the dejudicialization of certain subjects, the establishment of the orality and the principle of immediacy. However the necessary character of the reform, we will try to demonstrate the inconvenience of establishing certain procedural mechanisms such as a the giving of a preponderant role to the judges, to alter the natural rule of burden of proof, to allow, almost without possibilities of opposition, the provisory execution of certain decisions and, principally, to dedicate a confused and illusory recursive system because of the mixing appeal with cassation in the form and having given the Supreme Court great powers to decide if a matter has to be adjudicated by her via an extraordinary resource.

KEY WORDS: Civil Procedural - orality - alteration of the burden of proof - principle of immediacy - provisory execution

INTRODUCCIÓN

Como es de público conocimiento, en la actualidad se discute en sede legislativa, el proyecto de Código Procesal Civil impulsado por el Poder Ejecutivo. Si bien es un hecho irrefutable que una reforma procesal civil resulta absolutamente indispensable con la finalidad de adecuar los procedimientos a los tiempos actuales, trataremos de demostrar que en la forma en que ella aparece propuesta merece diversos reparos, los que expondré a continuación.¹

I. TERMINOLOGÍA

Un primer aspecto que llama la atención en el Proyecto, es el uso de la terminología procesal, pues a pesar de pretenderse establecer una legislación moderna, es lamentable que se utilicen distintos conceptos que en Derecho Procesal tienen un significado diferente optándose *“por utilizar indistintamente y como términos sinónimos, los vocablos ‘acción’ y ‘pretensión’; ‘juicio’; ‘proceso’; ‘objeto del proceso’ y ‘procedimiento’; entre otras, manteniendo diversidades expresivas para iguales realidades o fenómenos jurídicos y siempre con*

¹ Ver VARGAS (2007).

*la finalidad que la nueva regulación responda a los problemas y necesidades reales de los justiciables”.*²

La realidad actual indica que esta confusión ha sido fuente generadora de problemas. A título ejemplar, como el Código de Procedimiento Civil denomina *juicio* al *procedimiento* ejecutivo, cuando la ley estableció el abandono del procedimiento especial para los procedimientos ejecutivos (art. 153, inciso 2º), muchos jueces estimaron que esta institución solamente era aplicable al llamado *juicio ejecutivo* del Libro III y no a los procedimientos ejecutivos especiales, como efectivamente les es aplicable.

II. ROL DEL JUEZ

No obstante que el proceso judicial civil, además de servir a las partes para obtener que se determinen sus derechos y se solucionen sus conflictos, sirve también al Estado para mantener el orden jurídico y la paz social, puesto que a través del proceso judicial los conflictos se solucionan pacíficamente y porque los particulares saben de antemano que disponen de este mecanismo para lograr que se solucionen los conflictos en que eventualmente puedan verse envueltos, ese interés público dice relación con que el proceso judicial es el medio que proporciona el Estado para resolver los conflictos, es decir, como mecanismo de solución de las controversias, lo que no significa que el juez civil deba tener facultades que ni siquiera en el proceso penal posee, como pretende establecerse en el Proyecto.³

En este orden de ideas, las normas del Proyecto referentes a la prueba, atentan en contra de la garantía constitucional del debido proceso legal, pues, con el rol que pretende asignarse al juez, lisa y llanamente, deja de ser un juez imparcial, a pesar que la Constitución Política de la República, en el inciso sexto del N° 3 de su artículo 19, señala: *“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.*⁴

² Mensaje n° 004-360 de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que establece el nuevo Código procesal civil, 12 marzo 2012, boletín n° 8197-07, p. 29. Cfr. DEVIS (1966) pp. 46 – 66.

³ Ver ALVARADO (1989).

⁴ Ver ALVARADO (2003).

El gran jurista Eduardo Juan Couture fue el primero en señalar que *“las Constituciones del siglo XX han considerado, con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora”*.⁵

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 1987, señala que *“todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea”*.⁶ Recogiendo este espíritu, Chile ha suscrito tratados internacionales, que en virtud del inciso 2º del artículo 5 de la Carta Fundamental, se entienden incorporados a su texto, a saber:

- i) El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, publicado en el Diario Oficial en 1989, el cual en su artículo 14 N° 1 preceptúa que: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*.
- ii) La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, publicado en el Diario Oficial en 1991, en su artículo 8, numeral 1, dispone: *“1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.

Pues bien, atentan contra la imparcialidad, el inciso 2º del artículo 288 del Proyecto en análisis y los artículos 289, 290, 342 parte final, 345 y 350 inciso 2º, ya que el sentenciador no debe tener la facultad de ordenar determinadas pruebas, pues, deja de ser imparcial.⁷

⁵ COUTURE (1958) p. 151.

⁶ Tribunal Constitucional, *artículo 8º de la Constitución* (1987, rol n° 46) considerando 10º. Caso destacado en el Repertorio de VALENZUELA (1989).

⁷ Artículo 288: *“Iniciativa probatoria. Las partes podrán ofrecer los medios de prueba de que dispongan y solicitar al juez que ordene, además, la generación u obtención de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas sino de un órgano o servicio público,*

de terceras personas o de la contraparte, tales como documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado.

Hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290”.

Artículo 289: “Prueba no ofrecida oportunamente. A petición de alguna de las partes el tribunal, después de escuchar a la contraria, podrá ordenar la recepción de pruebas que aquella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber podido ni debido conocer su existencia sino hasta ese momento y siempre que el juez considere que resultan esenciales para la resolución del asunto”.

Artículo 290: “Contraprueba. Excepcionalmente, si con ocasión de la rendición de una prueba determinante se suscitare alguna cuestión relacionada con su autenticidad, veracidad, integridad o validez, que no hubiere sido posible prever con anterioridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad”.

Artículo 342: “Producción de la prueba. La prueba se rendirá de acuerdo al orden que fijen las partes. En caso de no existir acuerdo, se rendirá primero la del demandante y luego la del demandado. Al final, se rendirá la prueba que pudiere ordenar el juez conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 288”.

Artículo 345: “Facultades del tribunal en relación con el interrogatorio de testigos, peritos y partes. Una vez interrogado por los litigantes, el juez podrá efectuar preguntas al testigo o perito, así como a las partes que declaren, con la finalidad de pedir aclaraciones, precisiones o adiciones a sus respuestas.

El juez podrá reducir el número de testigos de cada parte, e incluso prescindir de la prueba testimonial cuando sus declaraciones pudieren constituir manifiesta reiteración sobre hechos suficientemente esclarecidos en la audiencia de juicio, por éste u otros medios de prueba.

Cuando los testigos, peritos o las partes incurran en graves contradicciones en sus declaraciones, el tribunal de oficio o a instancia de parte, podrá disponer que se sometan a un careo respecto del punto específico en que se hubiere suscitado la discrepancia. Dicha medida deberá solicitarse y disponerse antes de la conclusión de la audiencia, disponiendo la urgente citación de los respectivos deponentes si no se encontraren en el tribunal”.

Artículo 350: “Formulación de conclusiones. Una vez rendida la prueba en la audiencia de juicio, el demandante y luego el demandado, formularán, verbalmente dentro del tiempo razonable que en función de la complejidad del asunto y del tiempo empleado en la rendición de las pruebas les indique el tribunal, las observaciones que les merezca la prueba rendida, así como sus conclusiones, de un modo preciso y concreto, con derecho a replicar respecto de las conclusiones argumentadas por las demás.

En la actualidad, las llamadas medidas para mejor resolver han sido cuestionadas, precisamente, por que con su dictación el juez puede perder su imparcialidad.⁸

Mientras que las facultades del juez en la audiencia preliminar, en orden a determinar la prueba a rendir y sobre la exclusión de pruebas, son suficientes para resguardar en carácter público del proceso judicial.⁹

III. CARGA DE LA PRUEBA

El Proyecto pretende alterar la regla natural que consiste en que debe probar sus afirmaciones aquel que las efectúa, salvo excepciones legales, al incorporar en el inciso 2º del artículo 294, una norma corregida de la denominada *teoría de la carga dinámica de la prueba*, la cual, al decir de los estudiosos, no es una teoría moderna, sino que, tuvo como manifestación más antigua el año 1823 siendo expuesta por el inglés Jeremías Bentham.¹⁰

La disposición propuesta señala: *“El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder”*.

En efecto, autores extranjeros han dicho que la formulación de esta teoría es la siguiente: *“Sobre la adecuada ponderación de las circunstancias del caso, las cargas probatorias deben desplazarse de actor a demandado, o viceversa, según correspondiere, y ello en función de cuál de las partes se encontrare en mejores condiciones (técnicas, profesionales o fácticas) de suministrar la prueba, con absoluta independencia de su posición en el proceso y de la naturaleza de los hechos que aleguen”*.¹¹

Si a juicio del juez hubiere puntos no suficientemente esclarecidos, podrá ordenar a las partes que los aclaren”.

⁸ Ver GARRONE (1993) p. 512.

⁹ Ver SUPERTI (1998).

¹⁰ Ver SILVA (1963) Tomo I.

¹¹ Ver ARAZI (1998) pp. 104 - 107.

En virtud de lo anterior, la carga probatoria *“no estaría determinada apriorísticamente y en forma abstracta y genérica por la ley, sino que sería determinada por el tribunal a posteriori y en cada proceso concreto; no sería estática sino dinámica, yendo y viniendo según cuál sea la parte que esté en mejores condiciones de aportar los medios probatorios”*.¹²

En primer término, tal teoría viola el sagrado principio de imparcialidad de los jueces y, por ende, es contrario a la Constitución Política de la República y a los tratados internacionales, específicamente, al art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; al art. 14 n° 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al art. 8 n° 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En segundo término, se vulnera la imparcialidad del juez por cuanto, si bien el proceso judicial en último término afecta a la sociedad toda, son las partes las primeras interesadas, ya que todo lo patrimonial a ellas les concierne y por ende a quienes corresponde aportar los medios de prueba. La intervención del órgano jurisdiccional con la finalidad de acreditar las afirmaciones de los litigantes, necesariamente, conlleva a un prejuizgamiento pues, como anota el Proyecto, el juez podrá distribuir la carga de la prueba *“conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas”* para lo cual, antes de la sentencia, el juzgador deberá emitir un pronunciamiento sobre la materia. Sin ir más lejos, pensemos en el cuestionamiento que se efectúa a las denominadas medidas para mejor resolver.

Por lo demás, un demandante medianamente diligente, si arrastra a juicio al demandado, es por cuanto posee los antecedentes suficientes en apoyo de sus pretensiones y si no los tiene, al igual que el demandado que puede carecer de los mismos, debe encontrarse facultado para requerir la exhibición de instrumentos contemplando la ley las consecuencias procesales en caso de negativa.

La norma propuesta confunde la carga de la prueba con la circunstancia que algunos medios de prueba se encuentren en poder de la otra parte o de terceros, para lo cual los Códigos extranjeros, y nuestro Código, establecen los mecanismos para incorporarlos con las consecuencias que se producen en caso de negativa.

¹² MORELLO (1991) p. 13.

La disposición en comento tiene un marcado sesgo inquisitivo en orden a lograr establecer una supuesta verdad a toda costa y, como suele suceder, siempre en perjuicio del más débil.

En síntesis, estimamos suficiente, en materia de prueba, las facultades que se confieren al juez en la audiencia preparatoria.¹³

IV. DOCUMENTOS FUNDANTES DE LA DEMANDA

El Proyecto, al igual que antaño, impone al actor la carga de acompañar con su demanda toda la prueba documental que se intente hacer valer (art. 254); que indique en la demanda el nombre, profesión u oficio y domicilio de los testigos y de los peritos que presentará a declarar en juicio y los hechos sobre los cuales recaerá cada una de sus deposiciones (art. 255) concluyendo con una consecuencia procesal, que denomina sanción, en el artículo 256.¹⁴

¹³ STIPANICIC y VALENTÍN (1999) p. 490.

¹⁴ Artículo 254: *“Acompañamiento de prueba documental con la demanda. El actor deberá acompañar con su demanda, en conformidad a la ley, toda la prueba documental de que se intente valer, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 276.*

Si no se dispusiera de alguno de esos documentos, deberá reseñar su contenido, indicar con precisión el lugar en que se encuentra o persona que los detentare y solicitar las medidas pertinentes para su incorporación al proceso, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 308, a más tardar en la audiencia preliminar, única oportunidad en la que podrá impugnarse el documento agregado.

Los documentos acompañados serán incorporados al registro desmaterializado y conservados en conformidad a lo dispuesto en el título IX, capítulo 4º, del Libro Primero”.

Artículo 255: *“Ofrecimiento de prueba testimonial, pericial y de otros medios probatorios. El actor deberá con precisión indicar en la demanda todos los medios de prueba de que se valdrá, incluyendo el nombre, profesión u oficio, cédula de identidad, si se supiere, y domicilio de los testigos y de los peritos que presentará a declarar en juicio, solicitando su diligenciamiento, si correspondiere. Señalará, asimismo, con claridad y precisión los hechos sobre los cuales recaerán las declaraciones de testigos y peritos e indicará, pormenorizadamente, los que se acreditarán con los restantes medios, de modo que el tribunal pueda ejercer las facultades que le confiere el artículo 292.*

Asimismo, el actor podrá solicitar en la demanda la práctica de prueba anticipada que estime necesaria, señalando las razones que justifican dicha solicitud en conformidad a lo establecido en el artículo 287, y manifestar si hará uso de la facultad que le confieren los artículos 331 y 332, pidiendo su diligenciamiento”.

Frente al demandado, también se le impone la carga de acompañar a su contestación todos los medios de prueba de que se intente hacer valer (art. 273).¹⁵

Tales cargas a las partes, en primer lugar, atentan contra sus derechos a defensa, lo que se trata de mitigar con las normas del artículo 276 del Proyecto, pero, esta norma constituye una facultad de los jueces. La experiencia demuestra que, generalmente, cuando los jueces poseen facultades a favor de las partes, lisa y llanamente, no las utilizan.¹⁶

Artículo 256: “Sanción a la falta de ofrecimiento oportuno de prueba. No se podrá ofrecer ni producir prueba alguna fuera de las oportunidades previstas en la ley”.

¹⁵ Artículo 273: “Acompañamiento de prueba documental y ofrecimiento de las otras pruebas en la contestación. El demandado deberá acompañar a su contestación, en conformidad a la ley, toda la prueba documental de que se intente valer, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 276.

Si no dispusiera de alguno de esos documentos, deberá reseñar su contenido e indicar con precisión el lugar en que se encuentra o persona que los detentare, solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 308, a más tardar en la audiencia preliminar, única oportunidad en la que podrá impugnar el documento agregado.

Los documentos acompañados serán incorporados al registro desmaterializado y conservados en conformidad a lo dispuesto en el título IX, capítulo 4°, del Libro Primero.

Asimismo, deberá con precisión indicar en la contestación todos los restantes medios de prueba de que se valdrá, incluyendo el nombre, profesión u oficio, cédula de identidad, si se supiere, y domicilio de los testigos y de los peritos que presentará a declarar en juicio y solicitar su diligenciamiento si corresponde. Señalará, del mismo modo, con claridad y precisión, los hechos sobre los cuales recaerán las declaraciones de dichos testigos y peritos e indicará, pormenorizadamente, los que se acreditarán con los restantes medios, de modo que el tribunal pueda ejercer las facultades que le confiere el artículo 292.

El demandado podrá solicitar en la contestación de la demanda la práctica de prueba anticipada que estime necesaria, señalando las razones que justifican dicha solicitud en conformidad a lo establecido en el artículo 287, y manifestar si hará uso de la facultad que le confieren los artículos 331 y 332, pidiendo su diligenciamiento.

El demandado no podrá producir ni ofrecer medio de prueba alguno fuera de las oportunidades previstas en la ley”.

¹⁶ Artículo 276: “Alegaciones complementarias, alegación de hechos nuevos o desconocidos y ampliación de prueba. Las partes no podrán alterar el contenido de la demanda, la contestación y, en su caso, la reconvenición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 257.

Con todo, en la audiencia preliminar, podrán efectuar las alegaciones que estimen procedentes en relación con lo expuesto por la contraria a efectos de aclarar o modificar las

En segundo lugar y frente al demandante, la norma atenta en contra de la garantía constitucional de igualdad ante la ley pues el demandado conocerá de antemano la prueba de la parte contraria.

Por último, uno de los objetivos de la Audiencia Preliminar es que las partes “muestren” sus pruebas, abriéndose debate en esa oportunidad respecto de las mismas, o sea, en una misma oportunidad para ambos, como ocurre en los demás procedimientos que consagra la ley.

Con esta finalidad, los numerales 7 y 8 del artículo 280 del Proyecto consagran la existencia de convenciones probatorias y las facultades del juez para determinar las pruebas a rendir al tenor de las propuestas de las partes.

Las anteriores deben ser, exclusivamente, las facultades de los jueces en materia probatoria, considerándose, además, que el artículo 280 N° 10 permite la exclusión de pruebas.

V. EJECUCIÓN PROVISIONAL

El Proyecto contempla la posibilidad de ejecución provisional de determinadas sentencias aunque existan recursos pendientes en contra de ellas,

pretensiones o defensas formuladas pero sin que puedan alterar sustancialmente las que sean objeto principal del pleito, en cuyo caso, serán rechazadas de plano. En todo caso, el tribunal deberá conceder siempre a la contraparte, la oportunidad para ejercer sus facultades de contradicción y prueba correspondientes.

Del mismo modo, si con posterioridad a la notificación de la demanda o después de la contestación a la misma o de la reconvención, en su caso, ocurriese algún hecho nuevo de relevancia para fundamentar las pretensiones o defensas de las partes y la decisión sobre el asunto controvertido, o hubiese llegado noticia de un hecho relevante para la decisión que la parte no haya podido ni debido conocer con anterioridad, las partes podrán alegarlo durante el curso del proceso por escrito o a más tardar en la audiencia preliminar, ofreciendo la prueba necesaria para acreditarlo.

En este último caso, el tribunal podrá rechazar de plano la solicitud cuando no se justifique que el hecho no se pudo alegar en la oportunidad procesal prevista por la ley o se trate de un hecho que carezca de relevancia para la decisión del asunto controvertido.

Tratándose de hechos nuevos expuestos por el demandado al contestar la demanda principal o la reconvencional, en su caso, el demandante podrá, en la audiencia preliminar, acompañar aquellos documentos y ofrecer los demás medios de prueba complementarios cuyo interés o relevancia se ponga de manifiesto a consecuencia de las afirmaciones o alegaciones efectuadas por el demandado en su contestación”.

es decir, consagra de forma mayoritaria la existencia de las denominadas sentencias que causan ejecutoria (art. 234).¹⁷

Si bien es cierto que resulta loable que frente a determinadas resoluciones ello sea así, el Proyecto contempla demasiada amplitud sobre la materia, y las causales de oposición del artículo 238, son prácticamente impracticables.¹⁸

La consagración de la posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios en caso que se haya ejecutado una sentencia que posteriormente resulte revocada por la Corte, no desvirtúa lo anterior, por cuanto resultará paradójico que, a pesar de resultar ganancioso, se imponga a la parte la carga de iniciar otro procedimiento para obtener la indemnización de perjuicios, sin dejar de considerar que ésta, en muchas situaciones, puede igualmente no reparar los perjuicios causados con la ejecución provisional (art. 241).¹⁹

¹⁷ Artículo 234: *“Ejecución provisional. Las sentencias definitivas de condena, una vez notificadas a todas las partes, podrán ser cumplidas provisionalmente conforme a las disposiciones siguientes”.*

¹⁸ Artículo 238: *“Demanda de oposición a la ejecución provisional. La demanda de oposición a la ejecución provisional podrá fundarse, únicamente, en las siguientes causales:*

1. En que la sentencia no admite ejecución provisional.

2. En que fuere imposible o muy difícil restablecer la situación al estado anterior a la ejecución provisional en caso que la sentencia de condena a una obligación de hacer, no hacer o de mera entrega de una especie o cuerpo cierto fuere revocada.

Si no concurriere la imposibilidad alegada, el juez podrá ordenar al que hubiere solicitado el cumplimiento, que rinda caución suficiente para garantizar el pago de los perjuicios en caso de revocarse la sentencia.

La caución deberá constituirse en la forma prevista en los artículos 175 y 176.

Si la sentencia fuese de condena a dar una cantidad de dinero, el ejecutado sólo podrá oponerse a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio, cuando dichas actuaciones puedan ocasionar una situación difícil de restaurar o de compensar.

Al formular esta demanda de oposición a medidas ejecutivas concretas, el ejecutado deberá indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone.

3. En una o más de las causales de oposición previstas en el procedimiento ejecutivo regulado en este Código, siempre que ellas consten en un antecedente escrito y se sustenten en hechos acaecidos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que se pretende ejecutar”.

¹⁹ Artículo 241: *“Término de la ejecución provisional, derecho a la devolución y la indemnización por daños y perjuicios. Si la sentencia ejecutada provisionalmente fuere revocada, modificada o anulada, se dejará sin efecto la ejecución, debiendo retrotraerse el proceso al estado anterior a ésta. Con todo, si la revocación, modificación o anulación fueren*

Por otra parte, la posibilidad de obtener orden de no innovar, resulta ser ilusoria pues las Cortes de Apelaciones, en la inmensa mayoría de los casos, las deniegan prejuzgando que aquel que la pide solamente busca dilatar el procedimiento, como ocurre en la actualidad.

Ninguna duda puede caber, entonces, que la ejecución provisional puede acarrear perjuicios irreparables a quien, en definitiva, resultó ser vencedor.

parciales, el juez regulará prudencialmente los términos en que el proceso deba volver al estado anterior.

Quien hubiere solicitado la ejecución provisional deberá proceder a la devolución de lo percibido, en su caso, y estará obligado a compensar los perjuicios ocasionados al ejecutado con motivo de la ejecución, según las reglas siguientes:

1. Si el pronunciamiento provisionalmente ejecutado fuere de condena al pago de dinero y se revocara, modificara o anulara totalmente, el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, así como reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado. Si la revocación, modificación o anulación de la sentencia fuese parcial, sólo se devolverá la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la que resulte de la confirmación parcial, con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, desde el momento de la percepción y hasta la devolución efectiva. En ambos casos, procederá el pago de interés corriente para operaciones de crédito de dinero no reajustables.

2. Si la resolución revocada, modificada o anulada, hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, bajo el mismo título con que se hubiere poseído o tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios causados.

Si la sentencia revocada, modificada o anulada contuviese condena a una obligación de hacer y ésta hubiere sido realizada, se podrá pedir que se deshaga lo hecho, de ser ello posible, y, en todo caso, que se indemnicen los daños y perjuicios causados.

3. El tribunal que hubiese decretado la ejecución provisional deberá dictar todas las resoluciones que sean pertinentes para los efectos de dar cumplimiento a las medidas de restitución contemplada en los números precedentes.

El ejecutado podrá hacer valer el derecho de indemnización por daños y perjuicios a que se refieren los numerales anteriores en el proceso en el cual se pronunció la sentencia cuya ejecución provisional se dejare sin efecto total o parcialmente, en el plazo y de acuerdo al procedimiento establecido en el inciso penúltimo del artículo 177". Cfr. PINEIRO y VILLADIEGO (2005) p. 23.

Es de lamentar que aparezca detrás de esta idea, el “fantasma” de la infalibilidad de los jueces de primer grado, quedando en desmedro las garantías de los litigantes frente al poder de la sentencia.

Por último, de ninguna manera resulta atendible que, por esta vía, se pretenda “disuadir” a los potenciales recurrentes para “descongestionar” el sistema.

Resultaría mucho más atendible que la ley ampliara los casos en que el recurso se concede en el solo efecto devolutivo.

VI. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN

1. Asistencia letrada

El Capítulo respectivo parte con el artículo 422 que señala que el procedimiento de ejecución comenzará mediante una solicitud que, sin necesidad de representación letrada, presentará el interesado al oficial de ejecución.²⁰

En primer término, en cuanto a la prescindencia de asistencia letrada, solamente cabe repetir lo dicho en el Mensaje de S.E. la entonces Presidenta de la República, con el que inició un Proyecto de Ley que introdujo modificaciones a la Ley n° 19.968, que creó los Tribunales de Familia, de 17 de agosto, 2006, Cuenta en Sesión 66, Legislatura 354. Ahí se dijo:

“En la búsqueda de una efectiva defensa en juicio y de permitir el adecuado uso y desarrollo de las herramientas procesales que la Ley de Tribunales de Familia establece, el presente proyecto introduce, como una de sus más trascendentales modificaciones, la inversión de las reglas de comparecencia, estableciendo la obligación de hacerlo con asistencia letrada, salvo que el juez exceptúe de dicha obligación, expresamente y por motivos fundados.

²⁰ Artículo 422: *“De la ejecución. El procedimiento de ejecución comenzará mediante una solicitud que, sin necesidad de representación letrada, presentará el interesado al oficial de ejecución.*

El oficial de ejecución deberá pronunciarse sobre la solicitud de ejecución dentro del término de cinco días contados desde su presentación. El incumplimiento de este deber podrá ser reclamado ante el juez competente, quien se pronunciará de plano con los antecedentes que le presente el ejecutante”.

Si bien es cierto que este tipo de comparecencia formó parte importante de las ideas fundantes del nuevo sistema, inspirado en la idea de una justicia más accesible al ciudadano común, en su expresión práctica ha producido inconvenientes tanto en la eficiente defensa de los derechos de los recurrentes, como en la gestión de los tribunales y, el desarrollo del procedimiento.

Sin una asistencia letrada, lejos de alcanzarse un acceso de calidad a la justicia, se permite que un gran número de problemas sin relevancia jurídica alguna, o fuera de la competencia de estos juzgados, integren su agenda sin haber pasado por filtro jurídico alguno.

Asimismo, el natural desconocimiento por parte de los litigantes de aspectos tan trascendentales como la proposición de sus pretensiones, la determinación del objeto del juicio, el establecimiento de los hechos a ser probados, el uso de herramientas procesales como la exclusión de pruebas y las convenciones probatorias, imposibilitan un desarrollo adecuado de sus demandas obligando a asumir a los propios jueces una labor asesora, más aun ante la realidad de un procedimiento que se vuelca a favor de un demandado que comparece con la asesoría experta de un abogado, lo que obviamente dificulta el ejercicio de la función jurisdiccional bajo la necesaria imparcialidad.

Así, dado el tiempo y los recursos invertidos en la rectificación de situaciones producidas a consecuencia del carácter lego de las partes, la búsqueda constante de los mayores niveles de imparcialidad de los jueces y, sobretodo, el aseguramiento de un debido acceso a la justicia, el proyecto de ley altera la regla mencionada estableciendo la obligación de comparecencia con asesoría letrada en los procedimientos que se desarrollen ante los tribunales de familia”.

Respecto del citado artículo 422, e ignorándose si el oficial de ejecución deberá ser o no abogado, se producirán los mismos problemas que el legislador corrigió tratándose de los procedimientos de familia.

2. Inconstitucionalidad

Por otra parte, estimo que las modificaciones propuestas en materia de ejecución, son absolutamente inconstitucionales.

Primeramente, cabe señalar que artículo 76 de la Constitución Política de la República, y que el artículo 1º del Código Orgánico de Tribunales reitera, la “*facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y*

de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

A su turno el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966; suscrito por Chile en esa misma fecha y publicado en el *Diario Oficial* de 29 de abril de 1989, en su artículo 14 N° 1 preceptúa que “[t]oda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”; y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*, adoptado en el año 1969, publicado en el *Diario Oficial* de 5 de enero de 1991, en su artículo 8, numeral 1, dispone: “1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

El Proyecto, no obstante, entrega el conocimiento del momento jurisdiccional de la ejecución, a personeros denominados *oficiales de ejecución*, en circunstancias que la discusión acerca de si la ejecución es o no jurisdiccional, es de antigua data.

Así, el Proyecto estima que la ejecución es un *trámite administrativo*, en circunstancias que constituye un momento jurisdiccional. Otros, que sostienen que la ejecución no es jurisdiccional sino que es una manifestación pública del derecho de propiedad, olvidan que la propiedad discutida solamente puede hacerse efectiva ante los tribunales, o sea, a través de la jurisdicción, pues la propiedad del acreedor, como es un crédito, afecta los bienes, es decir, a la propiedad, del deudor. Y el que sea pública, implica que se ejerza por medio de la jurisdicción.

Estimo que la solución no es crear otro organismo burocrático, sino que, si los juzgados civiles serán de composición de jueces múltiple pero ejerciendo la jurisdicción unipersonalmente, podría perfectamente asignarse a algunos jueces del tribunal, en forma exclusiva, el conocimiento y fallo de las ejecuciones mediante una unidad de ejecuciones. Con ello, se obviaría el problema de tener que efectuar una reforma constitucional.

Otra solución, si el legislador así lo estima, es crear Juzgados de Ejecución, considerando la experiencia exitosa de los denominados Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional.

3. Procedimiento

El Proyecto propone un procedimiento de carácter inquisitivo, persecutorio del deudor y que, atendidas sus normas, parece presumir la mala fe.

A) CAUSALES DE OPOSICIÓN

Se restringen en exceso y se eliminan aquellas causales que permiten una defensa. A título ejemplar:

- a) *Se elimina la nulidad de la obligación como excepción;*
- b) *Desaparece la excepción de falta de requisitos del título; y*
- c) *Los instrumentos privados mercantiles deben cumplir con el pago de impuestos o carecen de mérito ejecutivo, de acuerdo a la ley. No se advierte la forma de oponerse a la ejecución en estos casos, descartando que ello sea una cuestión procesal a las que alude el artículo 433.²¹*

²¹ Artículo 433: *“Requisitos de la demanda de oposición a la ejecución. La demanda de oposición a la ejecución sólo podrá fundarse en una o más de las causales previstas en el artículo siguiente, las que se deducirán todas en el mismo escrito.*

El ejecutado indicará con precisión la o las causales que invoca y los hechos en que las funda, deberá acompañar toda la prueba documental que le sirva de sustento y en su caso, invocará la que conste en poder del oficial de ejecución, requiriendo su remisión al tribunal. Asimismo, ofrecerá los demás medios de prueba de que piense valerse en los términos establecidos en los artículos 254 y 255.

En la misma demanda y para ser resueltas en la sentencia definitiva antes que las causales de oposición, el ejecutado deberá señalar todas las cuestiones procesales que pudieren afectar la eficacia del procedimiento o de determinados actos procesales, en los términos previstos en el Capítulo 7º, del Título IX del Libro Primero de este Código. Éstas se tramitarán conjuntamente con las causales de oposición y sin suspender el procedimiento

En todo lo no previsto en este artículo se aplicarán los requisitos de la demanda establecidos en el artículo 253 de este Código.

La demanda de oposición deberá ser notificada por cédula al ejecutante”.

B) MANIFESTACIÓN DE BIENES DEL EJECUTADO

Esta disposición raya en el abuso.

- a) *Se obliga al deudor a declarar en contra de sí mismo (art. 444);*
- b) *Se otorgan facultades investigativas al oficial de ejecución y la decisión de resolver acerca de la suficiencia de los bienes, en circunstancias que ni siquiera a los jueces se le han otorgado (art. 444);*
- c) *Se pretende entorpecer la libre circulación de los bienes antes de la demanda, pues el numeral 2 del artículo 446 impone efectuar una relación detallada de las enajenaciones a título oneroso del deudor dentro de los dos últimos años contados desde la notificación de la decisión de ejecución. Es decir, el deudor deberá “adivinar” que se adoptará tal decisión para no prescindir de sus bienes aun cuando lo haya efectuado, precisamente, para solucionar sus deudas (art. 446).²²*

²² Artículo 444: “Manifestación de bienes del ejecutado. Una vez notificado de la decisión de ejecución el deudor, para los efectos del embargo, tiene la obligación de declarar bajo juramento ante el oficial de ejecución en forma completa y veraz los bienes suficientes de su patrimonio en el orden previsto en el artículo 458 para satisfacer el monto de la ejecución y sus costas.

En el evento que el ejecutado no fuere habido, se negare a formular la declaración o señalare bienes insuficientes, el oficial de ejecución procederá a trabar el embargo sobre los bienes del ejecutado siguiendo igualmente el orden previsto el artículo 458 y sin perjuicio de realizar las diligencias de investigación referidas en el artículo 447 que estime necesarias. La calificación de la suficiencia de los bienes será determinada por el oficial de ejecución”.

Artículo 446: “Contenido de la declaración jurada del ejecutado. La declaración jurada deberá contener:

1. *Una relación detallada de bienes suficientes para la satisfacción completa del crédito ejecutado y las costas, acompañando los comprobantes, certificados, títulos y demás antecedentes que sirvan para singularizarlos.*

2. *Una relación detallada de las enajenaciones a título oneroso del deudor, efectuadas a una persona con vínculo de parentesco hasta el cuarto grado o a personas jurídicas relacionadas o que formen parte del mismo grupo empresarial, dentro de los últimos dos años contados desde la notificación de la decisión de ejecución.*

3. *Una relación detallada de las disposiciones a título gratuito efectuadas por el deudor en los últimos cuatro años antes de la notificación de la decisión de ejecución a menos que sean de escaso valor aceptado por la costumbre.*

VII. SISTEMA RECURSIVO

1. Ausencia de relación

Por de pronto, el artículo 369 del Proyecto dispone que la *“audiencia se iniciará con el anuncio de la vista del recurso, tras el cual, sin mediar relación, se otorgará la palabra a él o los recurrentes para que efectúen una exposición de los fundamentos del recurso, así como de las peticiones concretas que en él hubieren formulado. Luego se otorgará la palabra a los recurridos”*.

Pues bien, como el Proyecto dispone en su artículo 382, que el recurso de apelación deberá interponerse por escrito, sucederá lo que ocurre con los recursos penales: las Cortes de Apelaciones llaman privadamente a los relatores, los que son denominados en las actas simplemente como ministros de fe, para que les narren el contenido de los recursos y, posteriormente, cuando escuchan a los abogados, otorgan tiempos irrisorios para hacer valer los fundamentos, todo ello, pues ya conocen lo que se debatirá.

Si se pretende que no exista relación, dada la oralidad, y ya que se exige que el recurso sea escrito, únicamente el recurrente debería señalar las causales en que se basa, las cuales explicaría, en sus alegaciones, a las Cortes.

4. Deberá el ejecutado acompañar copia de sus liquidaciones de remuneraciones, de la declaración de impuesto a la renta de los dos últimos años y de las boletas de honorarios emitidas durante el año en curso y demás antecedentes que sirvan para determinar su patrimonio y capacidad económica.

En caso que el ejecutado no efectúe oportunamente la declaración jurada de bienes, incluya en ella bienes de terceros, omita bienes susceptibles de embargo o no dé a conocer las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren, el juez podrá imponer sanciones conminatorias de hasta veinte Unidades Tributarias Mensuales, las que serán en beneficio del ejecutante.

Para fijar la cuantía de las sanciones, se tendrá en cuenta el monto adeudado, la resistencia a la presentación, oportuna, completa y veraz de la declaración de bienes y la capacidad económica del ejecutado, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto el apremio económico en atención a su ulterior conducta y a las alegaciones que pudiere efectuar para justificarse.

Estas sanciones podrán repetirse todas las veces que sea necesarias bajo los apercibimientos antes señalados.

Se conformará una nómina pública con el nombre de aquellos ejecutados que hayan sido sancionados por incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en este artículo”.

2. Naturaleza del recurso de apelación

Luego, el denominado recurso de apelación, no es tal, y contradice lo que se conoce como instancia o grado jurisdiccional. El artículo 379 mezcla la naturaleza del recurso de apelación con aquellos que son propios de la actual casación en la forma.²³

En efecto, la apelación es por esencia un recurso que se concede a la parte agraviada con una resolución del juez inferior para reclamar de ella y obtener su revocación por el tribunal superior. Implica una revisión de los hechos y el derecho del debate en el que se decide con lo ya actuado.

Si el Proyecto busca agilizar el conocimiento de las apelaciones, basta con que se establezca la prohibición de rendir nuevas pruebas en segundo grado, como ocurre en materia laboral, además de la norma del artículo 365 referida a la falta de comparecencia del recurrente.

3. Recurso de nulidad

Consecuencialmente, el inciso 2° del artículo 379 y las causales del artículo 381 y la disposición del artículo 394, deben ser propias del establecimiento de un recurso de nulidad, entendiendo que éste tiene por finalidad corregir errores de procedimiento para obtener su reparación.

4. Solicitud de hecho

Por otra parte, como el Proyecto usa indistintamente los términos procesales, según se dijo, comete el error de denominar a la solicitud de hecho, como “recurso”, en circunstancias que, desde hace mucho, la doctrina se

²³ Artículo 379: “Objeto del recurso. El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo, que enmiende o revoque conforme a derecho la resolución del inferior, total o parcialmente, con base precisa en las pretensiones, excepciones o defensas formuladas en su caso, ante el tribunal inferior.

Podrá alegarse además, o bien exclusivamente, la infracción a normas que consagren derechos o garantías procesales cometidas en primer grado jurisdiccional, para obtener la invalidación del juicio y de la resolución respectiva o solamente de ésta, y ello por las causales específicas señaladas en este Título. En este último caso el recurrente expresará en capítulos separados los motivos que justifiquen la enmienda o revocación, de aquellos que justifiquen la invalidación del juicio y de la resolución respectiva o sólo de esta. Con todo, la pretensión de enmienda o revocación, sólo se podrá hacer valer en subsidio de la de invalidación”.

encuentra conteste en que no es tal. Ni siquiera nuestro antiguo Código de Procedimiento Civil consagra tal solicitud como recurso.

5. Recurso extraordinario

El artículo 409 del Proyecto consagra lo que se conoce como certiorari, es decir, la facultad para “cerciorarse”.²⁴

En efecto, el artículo 409 dispone que:

“Corte Suprema determinará avocarse al conocimiento del asunto cuando la mayoría de los miembros de la sala respectiva estime que concurre un interés general que haga necesaria su intervención.

Solo podrá estimarse que concurre un interés general para avocarse al conocimiento del asunto en los siguientes casos:

- a) Cuando se hubiere infringido en forma esencial, en la sentencia o en el procedimiento del cual ella emanare, un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y*
- b) En caso que considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar, una doctrina jurisprudencial”.*

Tales facultades constituyen una clara denegación de justicia y se prestan para la arbitrariedad, bastando anotar lo que sucede con la mayoría de los recursos de nulidad en materia penal, en los cuales, correspondiendo su conocimiento a la Corte Suprema en atención a la causal, ésta los devuelve a la Corte de Apelaciones respectiva para que se pronuncie sobre su admisibilidad y, eventualmente, conozca de ellos.

Otro tanto sucede con las peticiones de conocimiento del recurso de casación en el fondo por el Tribunal Pleno en atención a existir jurisprudencia diversa: invariablemente la petición es denegada.

Si se trata de otorgarle a la Corte Suprema su verdadero papel y limitar la cantidad de causas que lleguen a ella, existen otros mecanismos como, por ejemplo, la cuantía o la materia.

²⁴ Ver EGÜES (1993).

A mayor abundamiento, la norma propuesta requeriría una reforma constitucional, pues se opone al principio de la inexcusabilidad, consagrado en el artículo 76 inciso 2° de la Constitución Política y al artículo 19 n° 3 de ella que garantiza a todas las personas “*la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos*”.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional, en el año 1995, al pronunciarse sobre facultades análogas respecto del recurso de casación en el fondo, declaró inconstitucionales disposiciones semejantes.²⁵

Una reflexión final cabe consignar en este momento. La idea parece ser ir cada día cercenando más y más las facultades de la Corte Suprema y la posibilidad, por ende, que esta conozca los recursos de las partes pues, en cada reforma, la actuación del Alto Tribunal se torna más lejana y a veces imposible. Si ello es así, no se justifica la mantención del número de ministros que tiene esa Corte, salvo, por razones políticas claro está.

En estas materias, algunos pensadores pretenden que nuestra legislación imite a los sistemas anglosajones y hasta les ponen nombres en inglés a determinadas instituciones procesales. Creo que olvidan que la forma del Estado y la organización de los tribunales de naciones de esa cultura, difiere sustancialmente de la nuestra.

CONCLUSIONES

Si bien resulta indispensable reformar el sistema procesal civil vigente, ninguna duda puede caber que el Proyecto, en la forma propuesta, debe ser corregido.

La práctica ha demostrado que no resulta atendible trasplantar instituciones o mecanismos procesales tomados de legislaciones de otros países cuando ellas alteran todo nuestro sistema legal y que, por lo demás, en sus respectivos países no han tenido el éxito que era dable de esperar.

De pretenderse lo contrario, no cabe referirse, en consecuencia, a *reforma procesal civil*, sino que, a *reforma al sistema de justicia civil*, lo que debe

²⁵ Ver Tribunal Constitucional, *proyecto de ley sobre composición, organización y atribuciones de la Corte Suprema y modificaciones a los recursos de queja y de casación* (1995, rol n° 205).

partir con la modificación de la Constitución Política de la República e incluir una gran reforma a nuestro antiguo Código Civil y a otros cuerpos legales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAZI, Roland (1998): *La Prueba en el Proceso Civil* (Buenos Aires, Ediciones La Rocca) 145 pp.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (1989): *Introducción al estudio del Derecho Procesal Primera Parte* (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni) 310 pp.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2003): *El debido proceso de la garantía constitucional* (Rosario, Editorial Zeus SRL) 309 pp.

COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Tercera Edición, Buenos Aires, Roque Depalma Editor) 151 pp.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, (Madrid, Aguilar) 722 pp.

EGÜES, Alberto J. (1993): "El certiorari argentino", *La Ley* (1993-C, 661), 12 pp.

GARRONE, José Alberto (1993): *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot* (2ª edición ampliada, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot) III Tomos.

MORELLO, Augusto (1991): *La prueba. Modernas tendencias* (La Plata, Editorial Platense) 273 pp.

PINEIRO, Carolina y VILLADIEGO, Carolina (2005): *La reforma a la justicia civil en España. Documento de Discusión elaborado en el contexto del Seminario Interamericano "Claves para una reforma a la justicia civil"* (Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas) 23 pp.

SILVA MELERO, Valentín (1963): *La Prueba Procesal* (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) II Tomos.

STIPANICIC, Emma, y VALENTÍN, Gabriel (1999): "La carga de la prueba en el proceso laboral", AA.VV., *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria) 626 pp.

SUPERTI, Héctor C. (1998): *Derecho Procesal Penal, temas conflictivos* (Santa Fe, Editorial Juris) 603 pp.

VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio (1989): *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (11 de Marzo de 1981, 10 de Marzo de 1989)* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 45 pp.

VARGAS, Juan Enrique (editor) (2007): *Nueva Justicia Civil para Latinoamérica: Aportes para la Reforma* (Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas) 162 pp.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Orgánico de Tribunales de 1943 y sus posteriores modificaciones, Ley n° 7.421, última modificación de 28 marzo 2013.

Constitución Política de la República de 1980 y sus posteriores modificaciones, Decreto n° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, *Diario Oficial* 22 septiembre 2005.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), adoptado en el año 1969, *Diario Oficial* de 5 de enero de 1991.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966; suscrito por Chile en esa misma fecha y publicado en el *Diario Oficial* de 29 de abril de 1989.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional, *Requerimiento formulado por el ministro del interior, en virtud del artículo 82 de la Constitución, para que se declare la responsabilidad del señor Clodomiro Almeyda Medina por infracción al artículo 8° de la Constitución* (1987): 21 diciembre 1987, rol n° 47. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=46-87>>, fecha consulta: 13 junio 2013.

_____, *Control de constitucionalidad respecto del proyecto de ley sobre composición, organización y atribuciones de la Corte Suprema y*

modificaciones a los recursos de queja y de casación (1995): 1 febrero 1995, rol n° 205. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=205-95>>, fecha consulta: 13 junio 2013.

ANÁLISIS DE LAS CARACTERÍSTICAS MÁS RELEVANTES DEL ESTADO DE NECESIDAD ESTABLECIDO POR LA LEY 20.480

*Analysis regarding the more relevant
characteristics of the necessity in the
law 20.480*

VÍCTOR MANUEL VIDAL MOYA*
Universidad Bernardo O'Higgins
Santiago, Chile

RESUMEN: En el presente artículo, el autor ofrece una revisión de las características más relevantes de la nueva causal de estado de necesidad introducida en Chile por la Ley n° 20.480 y su incorporación dogmática a la teoría del delito. Se entregan algunos antecedentes respecto de su origen y se exponen fundamentos que permiten explicar el carácter doble de su naturaleza jurídica: causal de justificación o causal de exculpación, dependiendo del análisis comparativo entre el mal causado y mal evitado. En el trabajo se revisan los requisitos impuestos por el legislador para su aplicación, la interpretación que puede otorgárseles y los problemas que se advierten en su formulación.

PALABRAS CLAVE: Estado de necesidad - causal de justificación - causal de exculpación

ABSTRACT: In this paper, the author offers a review of the most relevant features of the new legal excuse of necessity, introduced

* Abogado. Candidato a Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile. Fiscal Adjunto Fiscalía Centro Norte. Profesor de Derecho Penal Universidad Bernardo O'Higgins y Pontificia Universidad Católica de Chile. <vvidal@minpublico.cl>

Artículo recibido el 2 de octubre de 2012 y aprobado el 30 de septiembre de 2013.

in Chile by Law n° 20.480, and its dogmatic incorporation into criminal law theory. The author presents some antecedents about its origin, and exposes some reasons that explain the double role of its legal nature: justification or exculpation, depending on comparative analysis between the harm caused and the harm avoided. In this essay are reviewed the conditions imposed by the legislator for its application, possible interpretations of these conditions, and the problems that can be noticed in the formulation of the same conditions.

KEY WORDS: Necessity - legal justification - legal exculpation

INTRODUCCIÓN

La Ley n° 20.480¹ de 18 de diciembre de 2010, en materia de teoría del delito, introdujo una de las más importantes modificaciones de los últimos años: utilizando el numeral 11 del artículo 10, derogado el año 1953 y primitivamente ocupado por una eximente de responsabilidad establecida en favor del marido que atentaba contra su mujer y cómplice con motivo del adulterio flagrante², se incorporó una eximente de responsabilidad penal fundada en el estado de necesidad, de naturaleza muy discutible.

Transcurrido más de un año desde su promulgación, considerando la jurisprudencia casi inexistente³ y la escasa literatura que se haga cargo de un examen de la causal, se hace necesario explorar un análisis que permita

¹ Artículo 1°: “*Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código PenalCódigo Penal: 1) Agregase en el artículo 10, el siguiente número 11: El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurran las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviere o pudiese estar en conocimiento del que actúa*”.

² Ley n° 11.183 de 1953.

³ Tribunal de Juicio Oral de Puente Alto, *Ministerio Público contra Karina del Carmen Sepúlveda Cisternas* (2013, rol único de causa 1101060685-5), único fallo de connotación pública existente a la fecha de edición en que se aplica la eximente en estudio.

establecer el modo en que se incorpora dogmáticamente en el estudio de teoría del delito y su correcta interpretación.

Al revisar la historia de la ley que introduce esta causal y en especial la moción parlamentaria de la Cámara de Diputados que le da origen⁴, se advierte inmediatamente su contexto: la difusión en los medios de comunicación de delitos de gran connotación pública, en especial los cometidos contra la mujer. Lo expuesto motivó a que durante la tramitación de la ley se elaboraran distintos proyectos que además de tipificar el femicidio, disponían otras modificaciones legales tendientes a agravar la responsabilidad de quienes cometen actos ilícitos dentro del contexto intrafamiliar, en ese contexto se introduce esta causal eximente de responsabilidad penal. Dentro de la discusión parlamentaria se buscó promover la exculpación de la mujer que atenta contra quien ejerce sobre ella violencia, proponiendo distintas modificaciones al miedo insuperable y fuerza irresistible, con el objeto de ampliar su ámbito de aplicación. Durante la tramitación, la Cámara de Diputados propuso agregar al final del numeral 9 del artículo 10 del Código penal la expresión final: “o bajo la amenaza de un mal grave e inminente”, luego el Senado rechazó la modificación, enmienda que no fue acogida en la Cámara de Diputados en el tercer trámite constitucional.⁵ Fue en definitiva en el seno de la comisión mixta donde el profesor Enrique Cury formula la redacción original de la causal objeto de estudio⁶, la cual salvo la introducción de la circunstancia 3ª que se agregaría más tarde, mantuvo en buena medida el formato inicial propuesto.

⁴ Incluye los motivos que le dieron origen. Historia de la Ley n° 20.480, pp. 4-6, disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/27994/1/HL20480.pdf>>, fecha consulta: 25 septiembre 2013.

⁵ Ídem., pp. 441 y ss.

⁶ Sobre el particular, el profesor Enrique Cury en primer término señaló que comprendía la posición adoptada por el Senado debido a que, en su opinión, la norma propuesta por la Cámara de Diputados no se encuentra técnicamente bien construida en términos que permita cubrir la situación de no exigibilidad de otra conducta por parte de las mujeres maltratadas que, posteriormente, son victimarias. Señaló que la idea que se intentó plasmar por la Cámara proviene de una norma contenida en el Código penal alemán, y señaló que una disposición similar se encuentra contenida en el artículo 54 del Código penal italiano. Indicó que entiende que el propósito o idea que originó la propuesta de la Honorable Cámara de Diputados es el de ampliar el concepto de estado de necesidad exculpante, que establece, con muchas limitaciones, la causal séptima del artículo 10 del Código penal, objetivo que, estimó, no está adecuadamente plasmado en el texto que dicha Cámara aprobó, y propuso, en su remplazo, introducir una nueva causal undécima en el citado artículo décimo del Código penal. *Cfr. Ídem.*, pp. 448 y ss.

Más allá de que la historia del establecimiento de la causal permita conocer la voluntad del legislador al momento de su forjamiento, no caben dudas de que se trata de una eximente de responsabilidad penal que excede con creces el contexto en que se aprobó, incluso abarcando situaciones que probablemente nunca se previeron durante los meses de su tramitación como ley, algunas de ellas se exponen en el presente trabajo.

I. ESTADO DE NECESIDAD Y SU DOBLE NATURALEZA JURÍDICA

Establecida la afectación de un bien jurídico por medio de una conducta típica y frente a la existencia de normas permisivas, es necesario examinar otras circunstancias. Así sucede en los casos en que se presenta una colisión de intereses o deberes.

De la formulación de la disposición que se introduce al Código punitivo nacional, se advierte que se trata de un caso de estado de necesidad: la referencia "*al que obra para evitar un mal grave*" provocando otro mal, no deja dudas sobre la presencia de colisión de intereses o colisión de deberes, muy distinta a la que nace de una agresión ilegítima que da origen a la legítima defensa.⁷ Se trata de un estado de peligro para intereses que solo pueden evitarse mediante lesión de legítimos intereses ajenos.

En algunos casos la lesión de intereses ajenos es permitida por el ordenamiento jurídico, en tales eventos enfrentamos situaciones de estado de necesidad justificante. En otras oportunidades, la lesión de intereses ajenos no es permitida pero, resulta no reprochable en razón de la existencia de circunstancias que limitan la libertad del autor, en tales casos enfrentamos situaciones de estado de necesidad exculpante.

El primer problema de interpretación que plantea la norma, subyace en la determinación de si estamos frente a una causal de exculpación o alguna que revista un carácter doble, justificante y exculpante. La discusión sobre este punto no es nueva en Derecho comparado, en España al tenor del artículo 20 numeral 5 del Código del ramo, que consagra una formulación de estado de necesidad semejante al objeto de estudio, en el sentido que

⁷ Un resumen del desarrollo del fundamento del estado necesidad en Alemania, a propósito del estudio del estado de necesidad justificante encontramos en STRATENWERT (2005) pp. 243 y ss.

permite evitar males mayores y equivalentes⁸, se mantienen distintas posiciones. Existen autores que señalan que estamos solo frente a una exculpante, otros que se trataría de una causal justificante y exculpante e incluso existen quienes plantean que se trata solo de una causal de justificación.⁹ En Alemania la diferenciación entre estado de necesidad justificante y exculpante se presenta con menor impacto atendida la diferenciación normativa con que se expresa uno y otro en las secciones 34 y 35 de su Código penal.¹⁰ En Chile ya se ha dado inicio a distintas opiniones entre juristas.¹¹

Existen razones para estimar que estamos frente a una causal de exculpación: la historia de su establecimiento, la subsistencia de la clásica justificante de estado de necesidad prevista en el artículo 10 numeral 7, el requisito de exigibilidad de su circunstancia 4ª y la referencia a males causados para evitar otros de carácter equivalente o superior, así lo pueden hacer parecer.

A pesar de lo expresado, existen otros argumentos para estimar que estamos frente a una causal eximente de doble naturaleza, conforme a lo que se planteará, subyace en esta eximente una causal de exculpación y una causal de justificación de responsabilidad penal.

En primer término, la historia fidedigna del establecimiento de la ley, permitiría inferir el origen exculpante de la causal, ya que su propio autor material le otorgó esa denominación al proponerla a la comisión mixta del Congreso.¹² A pesar de lo señalado, en ningún momento en la historia de la

⁸ Artículo 20: “*Están exentos de responsabilidad criminal: 5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*”.

⁹ Una síntesis de las distintas teorías expuestas en España y Alemania. En opinión de BUSTOS (2007) pp. 581 y ss.

¹⁰ ROXIN (1997) pp. 895 y ss.

¹¹ Así, en opinión de SANTIBÁÑEZ y VARGAS (2011) pp. 200 y ss., representan los supuestos bajo los cuales estiman que se trata de una causal y justificación y causal de exculpación. Mientras que Jaime COUSO (Cfr. COUSO *et al.* (2011) pp. 234 y ss.) cuestiona el tratamiento separado de la causal 7 y 11 del artículo 10, y Héctor HERNÁNDEZ (ídem., pp. 270 y ss.) explica que se trata exclusivamente de una causal exculpante y expone razones fundamentadas de lo que expresa.

¹² Historia de la Ley n° 20.480, pp. 448 y 452, disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/27994/1/HL20480.pdf>>, fecha

ley se advierte rechazo a su aplicación como justificante a algunos de los supuestos que puedan presentarse, dicha discusión jamás fue abordada en el seno de la comisión en que se debatió. Además, debemos considerar que éste es solo uno de distintos parámetros a observar en un proceso hermenéutico y de ninguna manera un elemento autosuficiente¹³, de ser entendido como el único parámetro, la causal solo encontraría aplicación en situaciones de violencia contra la mujer atendido el claro contexto de la Ley n° 20.480, sin embargo, muy por el contrario, parece no controversial exponer que estamos frente a una cláusula general de estado de necesidad. De esta manera, el sentido y alcance de la norma parece no quedar sujeto a este solo parámetro.

En segundo lugar, la subsistencia de causal clásica de estado de necesidad tampoco determina que la nueva causal exprese únicamente una formulación exculpante. El estado de necesidad tradicional subsiste para casos tan marginales que algunos autores ya abogan por el tratamiento unitario del estado de necesidad justificante del numeral 7 y algunos supuestos del numeral 11.¹⁴ Se comparta esa opinión o no, la discutible existencia de una causal de justificación que permite atender únicamente contra la propiedad, no representa un obstáculo para aceptar otras, en la medida de que se sostenga en los mismos fundamentos justificantes.

En tercer término, el establecimiento de la circunstancia 4ª, que alude expresamente inexigibilidad del sacrificio, tampoco determina que se esté únicamente frente a una exculpante. Es posible otorgar distintas interpretaciones al requisito, como situaciones de exigencia de soportar el mal a determinadas personas o bajo determinados supuestos, tema común al estado de necesidad justificante y exculpante o inclusive, suponiendo que se quiera ver solo la exigencia de inexigibilidad de otra conducta propia de la exculpación, simplemente podrá predicarse que quien obra justificadamente cumple el requisito en la generalidad de los casos, por cuando el ordenamiento no exigirá el sacrificio a quien obra lícitamente evitando males mayores que los causados, correspondiendo la circunstancia 4ª una restricción únicamente aplicable a las situaciones en que la causal opera como exculpación. La inclusión de requisitos de discutible aplicación o poco comunes a la naturaleza de la causal no son determinantes en la definición de su esencia, son más bien propios a la naturaleza doble que mantiene la eximente. A mayor abundamiento, también se advierten requisitos más familiarizados con justificantes,

consulta: 25 septiembre 2013.

¹³ Cfr. CURY (2005) p. 196.

¹⁴ Cfr. COUSO *et al.* (2011) pp. 234 y ss.

como lo son la circunstancia 2ª de subsidiaridad y no por eso se predicará que la naturaleza de la causal corresponde a una causal de justificación de modo exclusivo.

En cuarto lugar, tan importante o de mayor significado que los razonamientos anteriores, resulta ser que no es posible obviar que el ordenamiento jurídico justifica, estimando como no contrarias a derecho, aquellas conductas en que se causa un mal para evitar un mal de mayor entidad, fundado en el principio del interés preponderante¹⁵, esto quiere decir que frente a un interés existe otro de mayor valor que justifica la conducta. Respecto de aquellas conductas que importan males causados para evitar otros males de igual o menor entidad, el ordenamiento las reprueba, calificándolas como antijurídicas, solo las exculpa en la medida de que exista una voluntad afectada por condiciones tales que no sean exigibles a los ciudadanos obrar de otra manera ajustada a derecho.¹⁶ En este orden de ideas, la eximente en estudio ofrece una causal de justificación para quien evite un mal mayor que el causado y una causal de exculpación para los otros casos.

A mayor abundamiento, tampoco resulta posible pasar por alto la infracción al principio de igualdad de tratamiento jurídico que se daría a situaciones análogas. La ausencia de antijuricidad que se observa en el tratamiento de la causal clásica de estado de necesidad del artículo 10 numeral 7 es la misma que se presenta en algunas hipótesis del numeral 11, si en ambos casos se causa un mal menor para evitar un mal mayor, no es equitativo que se otorgue un tratamiento distinto en uno y otro caso.

Por último, no es justo que simplemente se exculpe a quien por naturaleza ha realizado una conducta justificada por el ordenamiento jurídico. Bajo ambos parámetros se eximirá de responsabilidad, pero diferenciar si se aplica únicamente como exculpante o como justificante y exculpante, dependiendo de los males en tensión, conlleva importantes efectos dogmáticos y prácticos. Así sucede en materia de participación, respecto de un autor que obra bajo el amparo de la causal, de estimarse que solamente opera como causal de exculpación, los partícipes del hecho serán penalmente responsables, en cambio, si se estima que atendida la naturaleza del mal que se trata de evitar estamos frente a una conducta justificada, deviene la absoluta y correspondiente

¹⁵ NÁQUIRA (1998) p. 255. Fundamenta la causal de estado de necesidad justificante en el interés preponderante.

¹⁶ En sentido semejante, al tratar la no exigibilidad de una conducta ajustada a derecho, NÁQUIRA (1998) pp. 412 y ss.

impunidad de quien colabora en una conducta lícita.¹⁷ También sucede en materia de legítima defensa, una conducta que se ejecuta en virtud de un estado de necesidad justificante no configura agresión ilegítima, a diferencia de la que deriva de un estado de necesidad exculpante.¹⁸ Lo mismo sucede en materia de responsabilidad civil, la que en principio solo deriva de un hecho ilícito, en razón de ello, quien actúa justificado está en una situación enteramente distinta de quien actúa exculpado.¹⁹

En definitiva, si el mal causado es menor que el que se evita, estamos frente a una causal de justificación, conducta típica no prohibida por el derecho. Si el mal causado es igual o mayor al que se evita, estamos frente a una causal de exculpación, conducta típica y prohibida por el derecho, no exigible al sujeto.

II. ANÁLISIS DE ASPECTOS DE EXTENSIÓN DE LA CAUSAL

1. Bienes jurídicos susceptibles de protección

Como causal de justificación, en relación a la causal tradicional del artículo 10 numeral 7, la nueva disposición restringe los bienes jurídicos susceptibles de protección, ya que no admite protección de bienes jurídicos de carácter colectivo y tratándose de los personales, solo a aquellos casos que se vean enfrentados a un mal calificado de *grave*.²⁰ No se entiende derogada la causal de justificación preexistente, que admite protección de los bienes jurídicos en la forma referida. La causal tradicional no es totalmente contenida por la nueva norma.

Como causal de exculpación, al referirse únicamente a bienes o derechos propios o de un tercero, restringe los bienes jurídicos susceptibles de protección en relación a las clásicas causales de inexigibilidad previstas en el artículo 10 numeral 9, ya que las causales de miedo insuperable y fuerza irresistible no admiten ningún límite legal en este punto.

¹⁷ CURY (2005) pp. 641 y ss.

¹⁸ ROXIN (1997) p. 897.

¹⁹ *Cfr.* BUSTOS (2007) pp. 756 y ss.

²⁰ Sobre la amplitud de los derechos y bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos por la causal preexistente de estado de necesidad justificante, NÁQUIRA (1998) p. 255.

2. Bienes jurídicos susceptibles de afectación

Como estado de necesidad justificante, la justificación ya no se limita a la afectación de la propiedad, sino que a cualquier bien jurídico. El único límite que existe es el que mantiene conforme a su naturaleza justificante: el mal causado no ha de ser igual o superior al mal que se trata de evitar, en caso de resultar así, solo puede operar como causal de exculpación. Aun cuando resulta pacífico que la ponderación de los males que amenazan los bienes jurídicos no corresponde simplemente a una valoración abstracta de los bienes en tensión, el examen del bien jurídico afectado es un parámetro determinante para apreciar dichos límites.

Como exculpante fundada en la inexigibilidad, no presenta novedades a las causales de miedo insuperable o fuerza irresistible, que no registraban limitación en este punto. La única restricción opera en la valoración de los males, ya que en ningún caso el mal causado ha de ser sustancialmente superior al evitado. Sobre este último parámetro, las clásicas causales de inexigibilidad clásicas se presentan más amplias, sin restricción legal de que el mal causado no deba ser sustancialmente superior al evitado.

III. ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS LEGALES DE LA CAUSAL DE ESTADO DE NECESIDAD

1. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar

Por “mal” debemos entender cualquier menoscabo jurídico, el que puede provenir de la naturaleza, el hombre o las cosas²¹, en esta parte no existen diferencias o innovaciones en relación a la causal de justificación preexistente.

Sobre la admisión de la justificante en aquellos casos en que el mal es causado por el propio sujeto, comparto la opinión de que la justificación no es admisible si la situación de necesidad es causada intencionalmente por el autor, ahora con mayor sustento legal gracias a la inclusión de la circunstancia 4ª que admite interpretación en este sentido, como se expondrá.

Respecto del uso de los términos “actualidad” o “inminencia” del mal que se trata de evitar, en principio parece no innovar a la exigencia análoga del estado de necesidad justificante clásico, entendiéndose por tal la

²¹ ROXIN (1997) p. 903.

afectación de un bien jurídico o amenaza de un mal sobre un bien jurídico de manera muy próxima. Constituyen un mal inminente aquellas situaciones de peligro permanente, en que se presenta una situación de riesgo susceptible de convertirse en daño que se extiende en el tiempo.²²

Es importante destacar la utilización de la expresión “actualidad” en vez de “realidad”, usada por el tradicional estado de necesidad justificante. Aun cuando no haya sido objeto de discusión al momento de su establecimiento, de esta diferencia es posible interpretar que la causal, en su dimensión exculpante, puede comprender la concurrencia de males imaginarios o aparentes. Entenderlo de un modo distinto importa desconocer el fundamento de la inexigibilidad: mal formación de la voluntad por circunstancias excepcionales que afectan la motivación o libertad. La inexigibilidad está presente tratándose de males imaginarios o aparentes si un sujeto los vive como reales. Como causal de justificación no resulta aprovechable esta sustitución, ya que el juicio de antijuricidad demanda realidad, las posibles situaciones de error solo inciden en la culpabilidad del sujeto.

2. Que no sea sustancialmente superior que el causado para evitarlo

Resulta pacífico que la ponderación lo es sobre los males que amenazan los bienes jurídicos y no los bienes jurídicos en sí.²³ Se impone un límite objetivo a los males causados, no de carácter intrínseco, sino relativo al mal que se pretende evitar. La evaluación no tan solo se vincula a la jerarquía de bienes jurídicos afectados, sino que ha de considerar otros factores importantes como lo son la intensidad de la afectación, grado de proximidad del peligro del mal y magnitud del daño con que se amenaza al titular del bien jurídico.²⁴ La determinación es objetiva y concreta.

La restricción como estado de necesidad justificante o exculpante no la provoca el texto, sino que se sitúa dentro del marco dogmático, en los casos en que se ejecuta un mal menor que el evitado, estamos frente a la causal de justificación, en los casos en que se ejecuta un mal igual o superior (no sustancial) que el evitado, configura la causal de exculpación.

El límite que se impone en la expresión “*que no sea sustancialmente superior al evitado*”, restringe objetivamente la causal en su aspecto exculpante. En el caso de que el mal causado sea sustancialmente superior al evitado, aún

²² Citando expresamente al “*tirano familiar*” entre otros ejemplos, ROXIN (1997) p. 903.

²³ En este sentido y a propósito del estado de necesidad justificante, NÁQUIRA (1998) p. 256.

²⁴ Con matices, ZAFFARONI *et al.* (2002) p.635.

podrían operar las causales tradicionales de inexigibilidad, que no registran restricción legal en tal sentido.

3. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo

Representa el carácter subsidiario del estado de necesidad. Como causal de justificación, se restringe de la misma manera que lo hace el estado de necesidad del numeral 7°. En general ha de entenderse como la exigencia de que no exista otro medio que permita lograr el objetivo de evitar un mal con menor costo para los bienes jurídicos afectados, conforme al criterio hombre medio razonable y prudente, en la situación concreta en que se encontraba.²⁵

Como justificante, la restricción parece adecuada para invocar la licitud a la conducta, en cambio como exculpante, atendida a que su fundamento es la inexigibilidad, no debería contener una exigencia de subsidiaridad, la exigibilidad puede estar ausente inclusive en casos en que no se ha optado por el medio practicable menos perjudicial. Una exigencia distinta pero, equiparable en su objetividad, existe en la causal de cumplimiento de órdenes antijurídicas, en que nuestra legislación exige la representación de la orden. Una restricción de ese tipo se explica en el carácter objetivo de la exculpante, por cuanto sólo supone, sin necesidad de que realmente ocurra, una alteración importante de las circunstancias que motivan la voluntad. Si al estado de necesidad exculpante se le exige la concurrencia real de la malformación de la voluntad motivada por las circunstancias concomitantes, no se hacen necesarias restricciones de este tipo.

La exigencia de subsidiaridad representa un obstáculo tal que dificulta la aplicación de la eximente, inclusive para aquellos casos que avalaron su establecimiento. Así sucede frente al peligro permanente que representa la actuación del “tirano del hogar”, difícilmente podrá dar cumplimiento al requisito si el autor hubiera podido repeler el peligro mediante solicitud de ayuda a la autoridad pública o abandonando el hogar común (salvo situaciones extremas en que ello resultare ineficaz). En esto se diferencia del miedo insuperable y fuerza irresistible y nuevamente deja en evidencia la escasa necesidad de la inclusión de esta nueva causal como exculpante, atendido el amplio campo de disculpa que ofrecen las causales tradicionales del artículo 11 numeral 9 del Código penal chileno.

²⁵ En este sentido y a propósito del estado de necesidad justificante, NÁQUIRA (1998) p. 258.

4. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa

Es posible otorgar aplicación a este último requisito en la discusión de si se admite o no justificación o exculpación para aquellos casos en que la situación de necesidad es causada por el autor. Resulta exigible el sacrificio del bien amenazado a quien provoca la situación de necesidad intencionalmente, ya que no estarían presentes los fundamentos que justifican la causal, solo se busca una lesión de bienes jurídicos buscando la impunidad. Más discutible puede parecer exigir el sacrificio para aquellos casos de mera causación intencional del mal (que es distinto a provocar la situación de necesidad) o la causación negligente de la situación de necesidad o del mal.²⁶ El estado de necesidad justificante preexistente del numeral 7º no tiene límites legales sobre este punto, sin embargo la doctrina ya planteaba la misma discusión sin apoyo normativo positivo.²⁷

También resulta susceptible de ser aplicada esta circunstancia en función de la clásica exigencia de obligación de mayores umbrales de resistencia a determinados individuos conforme a las funciones sociales que cumplen, común a las tradicionales causales de inexigibilidad, en ese sentido, su inclusión positiva no aparecería significativa, solo importaría nuevamente la expresión de una discusión dogmática relativamente pacífica.

Sin perjuicio de las situaciones de particular exigencia referidas anteriormente, es posible ofrecer una interpretación más general aun. Atendido a que se requiere que el sacrificio del bien amenazado no pueda ser razonablemente exigido, solo sería susceptible de favorecerse por esta causal aquel sujeto en quien concurre efectivamente una alteración del contexto que perturbe significativamente su voluntad o libertad, de manera tal que el sacrificio no le sea exigible como demanda la norma, por el contrario, el sacrificio del bien amenazado le será razonablemente exigible si no existe alteración significativa del contexto situacional normal. Para los casos en que el estado de necesidad opera como justificante el ordenamiento no exige sacrificio o resistencia a quien obra lícitamente para evitar un mal mayor, motivo por el cual el requisito sería genéricamente cumplido por quien causa un mal menor que el evitado.

²⁶ Se extiende latamente sobre el punto ROXIN (1997) p. 915.

²⁷ A propósito, NÁQUIRA (1998) p. 257.

Hasta antes del examen de esta circunstancia solo se habían tratado elementos objetivos de la exculpante: actualidad o inminencia de un mal, que el mal causado no sea sustancialmente superior al mal que se trata de evitar y exigencia de subsidiaridad. Con este numeral el legislador demanda la presencia real de la alteración del contexto que altere significativamente la voluntad del sujeto. Ha de efectuarse un real juicio de exigibilidad, inclusive otorga la calificación del juicio: *“que el sacrificio del bien amenazado no pueda ser razonablemente exigido”*. Entendido así, este requisito se aleja al estado de necesidad de las causales de exculpación objetivas: cumplimiento de órdenes antijurídicas y encubrimiento de parientes, y se vincula nuevamente con aquellas causales que requieren acreditar una verdadera situación de inexigibilidad: *miedo insuperable* y *fuerza irresistible*.

IV. SUJETO A QUIEN SE EXIGE ESTAR EN SITUACIÓN DE INEXIGIBILIDAD

Una explicación aparte merece el análisis del sujeto a quien se exige estar en situación de inexigibilidad. Se advierte del texto que el sujeto favorecido por la causal de estado de necesidad puede ser quien aparta el mal de sí o un tercero que lo aparta de otro.

En aquellos casos en que el sujeto favorecido por la causal es quien aparta el mal de sí provocando otro, no representa controversias, donde se aprecian verdaderas dificultades interpretativas es al momento de tratar la hipótesis del tercero que aparta el mal de otro. Esta segunda hipótesis admite al menos dos interpretaciones diferentes:

- i) Más acorde con su redacción literal, ha de entenderse que la causal incluye al tercero que no sufre una alteración significativa de su voluntad por causa del contexto situacional anormal, que quita el mal de quien sufre una situación de inexigibilidad o de quien sufre el mal. Parece confirmar lo anterior la exigencia de conocimiento real o potencial por parte del tercero de la situación de inexigibilidad que afecta al expuesto a la situación de necesidad. Una situación de este tipo, aleja al tercero del ámbito de la exculpación por razón de inexigibilidad ¿cuál es la razón por la cual se exime de responsabilidad a este tercero? Si consideramos que el tercero no sufre ninguna situación de inexigibilidad, concluiríamos que se le otorga por medio de esta causal una verdadera excusa legal absolutoria. Distinto sería el caso de si al tercero se le exigiera estar en situación de inexigibilidad por su vínculo con el afectado, como se desprende de las causales tradicionales de miedo insuperable y fuerza irresistible.

- ii) Más acorde con una interpretación restrictiva y correctiva, ha de entenderse que la norma se refiere a la situación de exigibilidad que debe afectar al tercero que obra a favor de otro. Solo una interpretación de este carácter permitiría situar la actuación del autor dentro del marco de la exculpación por inexigibilidad. Por otra parte, una interpretación efectuada de este modo puede parecer más acorde con la redacción entregada por el párrafo 35 del Código Penal alemán, que el originario redactor supuestamente tuvo a la vista al momento de la formulación de la causal²⁸, en orden a la exigencia de vínculo entre el tercero que obra y el afectado por el mal.

Desafortunadamente la ambigua redacción, sumada a las expresiones *“siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”* hace parecer forzada una interpretación que promueva exigir al tercero estar en situación de verdadera inexigibilidad y tan sólo exigible tal situación al sujeto en cuyo favor el tercero actúa. Lo expuesto genera el efecto indeseado de permitir la posible exculpación de situaciones frente a las cuales aún no existe consenso social de efectuarlo”.²⁹

CONCLUSIONES

Se observa del examen de la causal eximente que es posible apreciar un doble carácter, con las siguientes observaciones:

Como justificante mantiene el mismo fundamento que el estado de necesidad tradicional, el que mantiene aplicación residual, otorgando protección a bienes jurídicos no personales y tratándose de bienes personales, a afectaciones “no graves”. Por otra parte, la creación de una causal de justificación que permite afectar bienes distintos a la propiedad constituye un avance enorme frente a causaciones de males para evitar otros de mayor envergadura que difícilmente encontraban sustento en otras justificantes.

Es en su dimensión exculpante donde se aprecian los mayores cuestionamientos. En primer lugar la entrabada redacción de la circunstancia cuarta

²⁸ Historia de la Ley n° 20.480, p. 448, disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/27994/1/HL20480.pdf>>, fecha consulta: 25 septiembre 2013.

²⁹ Casos de vigilante nocturno o tercero que provoca aborto terapéutico, bajo hipótesis en que el contexto situacional del tercero que actúa no se vea afectado gravemente.

impide una determinación exacta de su alcance, en caso de que se interprete cubierto el tercero que obra sin estar condicionado por una situación de inexigibilidad, no queda claro su fundamento. En segundo lugar aparece con innecesarias restricciones, haciéndola parecer poco aprovechable como causal de inexigibilidad frente a otras más amplias como la fuerza irresistible o miedo insuperable. En parte el problema proviene de la redacción común compartida con la causal de estado de necesidad justificante, la que demanda límites importantes propios de una conducta justificada y lícita. Así sucede con la exigencia de subsidiaridad y la gravedad del mal que se trata de evitar. Las correctas restricciones de la causal de justificación constituyen un límite poco recomendable para una causal de estado de necesidad exculpante que aparece como innecesariamente restringido frente a las causales de inexigibilidad tradicionales. Una buena alternativa para evitar este dilema hubiese sido la elaboración de causales de estado de necesidad diferenciadas, con una justificante basada en la ponderación de intereses y una exculpante fundada en la inexigibilidad, con mejoras tales que permitieran la supresión del estado de necesidad tradicional preexistente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BUSTOS, Juan (2007): *Obras Completas Derecho Penal Parte General* (2ª edición, Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago) II Tomos.
- COUSO, Jaime, HERNÁNDEZ, Héctor, MERA FIGUEROA, Jorge y CILLERO BRUÑOL, Miguel (2011): *Código Penal Comentado, Parte General* (Santiago, Legal Publishing) 766 pp.
- CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal, Parte General* (7ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) 812 pp.
- NÁQUIRA, Jaime (1998): *Derecho Penal, Teoría del Delito* (Santiago, Editorial MacGraw-Hill) 480 pp.
- SANTIBÁÑEZ, María Elena y VARGAS, Tatiana (2011): "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas", *Revista Chilena de Derecho* (vol. 38 n° 1): pp. 193 – 207.
- STRATENWERT, Gunter (2005): *Derecho Penal, Parte General* (Traducc. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, 4ª edición, Buenos Aires, Hammurabi) 568 pp.

ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal, Parte General* (Traducc. y notas por Diego-Manuel Luzón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas) 1071 pp.

ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro (2002): *Derecho penal, Parte General* (2ª edición, Buenos Aires, Editorial EDIAR) 1083 pp.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Penal (alemán) de 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Traducc. Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 199. Disponible en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf>, fecha de consulta: 25 septiembre 2013.

Código Penal (chileno) de 1874 y sus posteriores modificaciones. Última versión de 20 de agosto de 2013. Disponible en <<http://bcn.cl/1g4v2>>, fecha de consulta: 25 septiembre 2013.

Código Penal (español), Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. *Boletín Oficial del Estado* n° 281, 24 noviembre 1995. Entrada en vigor: 24 mayo 1996. Disponible en <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>>, fecha de consulta: 25 septiembre 2013.

Ley N° 11.183, introduce las modificaciones que indican en el Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, 10 junio 1953.

Ley N° 20.480, modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el “femicidio”, aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio. *Diario Oficial*, 18 diciembre 2010.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal de Juicio Oral de Puente Alto, *Ministerio Público con Karina del Carmen Sepúlveda Cisternas* (2013): 21 junio 2013, rol único de causa 1101060685-5 (sentencia definitiva absolutoria). Disponible en <<http://es.scribd.com/doc/153978361/Tribunal-Oral-en-Lo-Penal-de-Puente-Alto-21-de-Junio-de-2013>>, fecha de consulta: 25 septiembre 2013.

CRÓNICAS

LAS NORMAS VOLUNTARIAS SA8.000 E ISO 26.000 SOBRE RESPONSABILIDAD SOCIAL Y SU IMPORTANCIA ANTE LA DEBILIDAD DEL DERECHO

*The voluntary norms SA8000 and ISO
26.000 about Social Responsibility
and their importance in relation to the
weakness of Law*

CLARA MARÍA MINAVERRY*
Universidad de Buenos Aires
Buenos Aires, Argentina

TERESA ADELA GALLY**
Universidad Nacional de Luján
Luján, Argentina

RESUMEN: Las normas SA8000 e ISO 26.000 se ocupan de la protección de las condiciones laborales de los empleados y del respeto a los derechos básicos del hombre.

* Abogada, Magíster en Derecho Ambiental y Doctoranda en Derecho, Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICET). Investigadora adscripta del Instituto de investigaciones jurídicas y sociales Ambrosio Lucas Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, y docente del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Luján.<clara.minaverry@gmail.com>.

** Ingeniera Agrónoma, Especialista en Calidad, Profesora de grado y posgrado del Departamento de Tecnología, Universidad Nacional de Luján y de la Universidad Tecnológica Nacional. <gallymin@coopenetlujan.com.ar>.

Artículo recibido el 20 de agosto de 2012 y aprobado el 24 de julio de 2013.

La norma ISO 26.000 además se ocupa de los ámbitos sociales, económicos y ambientales (desarrollo sustentable). A través de tres fases metodológicas (exploratoria, descriptiva y analítica) se pudo cumplir con el objetivo principal del presente trabajo, que fue realizar un análisis comparativo de los aspectos y de la evolución de ambas normas voluntarias (ISO 26.000 y SA8.000). A continuación, una vez obtenida esta información se establecieron fortalezas y debilidades de ambas normativas. Sin embargo, debido a que el Derecho con su principio de "obligatoriedad" en sus normas se encuentra relativamente ausente en las algunas cuestiones vinculadas con la ética, resulta clave darle un lugar primordial a las normas voluntarias que lo complementan.

El papel del Derecho internacional resulta clave en el análisis de esta cuestión, debido a que muchas veces no es tenido en cuenta por los juristas o jueces que propugnan fuertemente por diversos derechos básicos del hombre que se vinculan directamente con la responsabilidad social.

PALABRAS CLAVE: Derecho – responsabilidad social – ética

ABSTRACT: SA 8.000 and ISO 26.000 norms treat on the protection of labor conditions and on the fulfillment of men's basic rights. ISO 26.000 also verses on social, economic and environmental areas (Sustainable Development). Three methodological stages (exploratory, descriptive and analytic) were used to achieve the main aim of this paper, which was to compare the main features and the evolution of both voluntary laws (ISO 26.000 and SA8000). Then, with this information, we could show their strengths and weaknesses. Notwithstanding, due to the fact that mandatory legal norms are absent regarding the fulfillment of some ethical duties, these voluntary norms should also be taken into account in order to complement Law. International Law is very important in the analysis of these issues, due to the fact that it is not generally applied by jurists and/or judges, and this discipline enforces several men's basic rights which are part of Social Responsibility's objectives.

KEY WORDS: Law – social responsibility – ethics

INTRODUCCIÓN

La *responsabilidad social* implica el compromiso continuo de una organización de comportarse de manera ética, y de colaborar con el desarrollo

económico de la comunidad, mejorando la calidad de vida de los trabajadores y de sus familias.

Ciertos autores se refieren a la misma disciplina, pero con la denominación de *responsabilidad social corporativa*, sin considerar su aplicación al sector público. En este caso, la definen como el compromiso voluntario de las empresas en el desarrollo de la sociedad y la preservación del medio ambiente, desde su composición social y un comportamiento responsable hacia las personas y grupos sociales con quienes interactúan.¹ Asimismo la misma intenta asegurar que la organización cumpla cabalmente con sus valores (que deben establecerlos y exponerlos públicamente en la organización), para que los mismos puedan ser aplicados a todos los actores sociales.

La norma SA8.000 hasta hace poco tiempo fue la única normativa internacional existente en relación con la temática de la responsabilidad social, pero debido a su importancia mundial en noviembre de 2010 se publicó la norma ISO 26.000. La norma SA8.000 fue publicada en 1999 y actualizada en 2004 y 2008, tiene como objetivo principal lograr mediante su aplicación en toda clase de organizaciones, una calidad óptima en las condiciones laborales. Ésta fue creada por *Responsabilidad Social Internacional (Social Accountability International, SAI)*, la cual es una organización sin fines de lucro dedicada al desarrollo, la implementación y el control de normas sobre responsabilidad social. El sistema de la SA8.000 ha sido diseñado según un sistema de normas ya establecidas como la ISO 9.001 (que especifica los requisitos para que un sistema de gestión de calidad pueda aplicarse a una organización) e ISO 14.001 (vinculada con la gestión ambiental).

Por su parte, la norma ISO 26.000 fue publicada en el mes de noviembre de 2010, y comparte algunos aspectos con la SA8.000, pero a su vez también cubre en su totalidad a los tres ámbitos en los que se concentra el *desarrollo sostenible* (ambiental, social y económico).² Así, las materias que cubre la misma son muy amplias y son las siguientes: Gobernanza organizacional, derechos humanos, prácticas laborales, prácticas justas de operación, asuntos de consumidores, participación activa y desarrollo de la comunidad, medioambiente.

Ambas normas apuntan a lograr que el desempeño de una organización sea evaluado desde un aspecto más integral, debido al reconocimiento del deber de asegurar ecosistemas sustentables, equidad social y una buena

¹ MÉNDEZ (2005) p. 146.

² MINAVERRY *et al.* (2012) p. 1.

gobernanza de las organizaciones. Apuntan a satisfacer todas las necesidades de los denominados grupos de interés en este ámbito, a saber, fundamentalmente los siguientes: consumidores, gobierno, industria, trabajadores, ONG's, SSRO (servicios, apoyo, investigación y otros). De esta manera se intentó lograr una representación equilibrada de la sociedad. Sin embargo, cabe destacar que la norma SA8000 posee un alcance más limitado, ya que se refiere principalmente a asuntos laborales.

En Argentina, existen escasas normas obligatorias (que serán descritas más adelante) que centren su atención en el respeto de las cuestiones éticas, y además existen lagunas jurídicas respecto de la existencia de mecanismos de control de las actuaciones públicas. A su vez, en relación con la protección del medioambiente existe un evidente y nuevo desarrollo normativo y jurisprudencial, el cual data de la Reforma constitucional de 1994 con la introducción del artículo 41, el cual incorporó por primera vez a la *cuestión ambiental*.³ Por tanto, resulta interesante tener en cuenta que las normas voluntarias sobre responsabilidad social (que son aplicables tanto a los ámbitos públicos como privados), deben servir para cubrir las lagunas jurídicas mencionadas y además para complementar a la normativa vigente en cada Estado.

1. Metodología

La metodología utilizada se dividió en tres fases que se describen a continuación:

- i) *Exploratoria*: Se recopilaron instrumentos internacionales, doctrina, normativa (obligatoria, voluntaria, nacional e internacional) vinculada con la temática de la Responsabilidad Social, cuadros y estadísticas sobre el nivel de aplicación de las normas.

³ Constitucional Nacional de la República Argentina, artículo 41: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. / Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. / Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”*.

ii) *Descriptiva*: La información recogida en la etapa anterior fue clasificada y categorizada para facilitar su análisis posterior.

iii) *Analítica*: El análisis de los documentos obtenidos en la fase exploratoria fundamentalmente ha permitido detectar las características principales de ambas normas voluntarias, para de esa manera ponderar su importancia y su mejor forma de aplicación.

En este aspecto, una de las dificultades más importantes que se han registrado en la elaboración de este trabajo fue que justamente, se cuenta con escasas fuentes doctrinarias y normativa obligatoria vinculada con la responsabilidad social.

Esta disciplina es considerada como “nueva”, ya que se ha iniciado alrededor de hace 10 ó 15 años, pero ha tenido su mayor desarrollo práctico a partir de la aparición de la norma ISO 26.000 a finales de 2010.

A continuación se presenta un breve marco teórico para luego poder avanzar sobre los objetivos e hipótesis del presente trabajo, que posibilitan la obtención de resultados y de conclusiones finales.

I. MARCO TEÓRICO

La doctrina mayoritaria⁴ menciona tres etapas cronológicas vinculadas a la responsabilidad social, siendo que actualmente nos encontramos transitando la última de éstas.

La primera fue denominada *narcisista*, en la cual la organización tenía únicamente como objetivo la obtención de beneficios económicos y cumplir con el pago de sus impuestos. Ésta fue representada por el economicismo liberal y por las teorías neoclásicas que consideraban a la empresa como una institución económica que solo tiene responsabilidades económicas, trasladando todo otro tipo de responsabilidad a la acción del libre mercado al suponer que la responsabilidad social sería asumida por éste o incorporada a él.⁵

⁴ GUIDI (2006) p. 2, GUEDEZ (2008) pp. 114 y 115, KLIKSBERG (2010) pp. 2 - 4, MINAVERRY (2011) pp. 1- 5.

⁵ GUIDI (2006) p. 2.

La segunda etapa fue la *filantrópica*, la cual se basó en la aparición de fundaciones y organizaciones sin fines de lucro, las cuales realizaban actos de caridad aislados sin obtener ninguna contraprestación directa a cambio. Sin embargo, el origen de la discusión sobre la responsabilidad social está ligado al profundo llamado de atención que significó el Informe Brundtland (1987)⁶, y dicho término fue utilizado por el Secretario General de las Naciones Unidas durante el Foro Económico Mundial de 1999.⁷

La tercera etapa se denominó como de la *responsabilidad social*, en este caso se produce la integración voluntaria de la organización en las cuestiones sociales y ambientales.⁸ Ésta no fue considerada como una “moda pasajera”, sino que justamente se impone en las acciones de los diversos actores sociales.⁹ Sin embargo, no existe consenso entre los autores respecto del ámbito de la responsabilidad social y hacia donde sus instrumentos van dirigidos; algunos creen que abarca algunos aspectos económicos, sociales y medioambientales en conjunto; otros, se ciñen solo a alguno de ellos. Además, no todos los instrumentos de responsabilidad social alcanzan a los mismos destinatarios, los hay generales, aplicables a cualquier empresa; pero también dirigidos a sectores industriales y de actividad específicos.¹⁰

La tendencia internacional que ha comenzado hace aproximadamente treinta años, con la aparición de algunos instrumentos y que fueron la base del posterior dictado de las dos normas voluntarias analizadas, se funda en las tres generaciones de derechos humanos, comenzando con la primera a través de la publicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, donde aparecieron los derechos civiles y políticos. Luego, los de segunda generación fueron los derechos económicos, sociales y culturales. Y por último, los de tercera generación fueron los derechos colectivos y del medio ambiente.

En el ámbito empresarial no existe una norma similar a las dos analizadas aquí (ISO 26.000 y SA8.000), en el sentido de que existen instrumentos internacionales que tratan estos temas pero de manera aislada y no integrada.

⁶ El concepto de *desarrollo sostenible* fue definido por la Comisión Brundtland, Nuestro futuro común en 1987, como el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras de satisfacer las suyas.

⁷ GUIDI (2006) p. 1.

⁸ GUEDEZ (2008) p. 2 y 3.

⁹ KLIKSBERG (2010) p. 2 - 5.

¹⁰ PÉREZ (2005) p. 1.

Sin embargo, además resultan obligatorios para Argentina todos los tratados internacionales que han sido ratificados por el país en el ámbito internacional, tal es el caso que algunos de los mismos se encuentran mencionados en la propia Constitución Nacional Argentina.¹¹ La mayoría de estos se refieren a la temática de los derechos humanos (materia fundamental tratada por la norma ISO 26.000 y parcialmente por la SA8.000), por lo que resultan ser muy relevantes para el presente análisis.

II. OBJETIVOS E HIPÓTESIS

El objetivo principal de este trabajo es el de realizar un análisis comparativo de los principales aspectos y de la evolución de las normas voluntarias SA8000 e ISO 26.000, para luego en base al análisis poder establecer fortalezas y debilidades de cada una.

Las hipótesis de trabajo han sido las siguientes:

- i) *Primaria*: La debilidad del Derecho no puede ser totalmente subsanada por la normativa voluntaria sobre Responsabilidad Social (que resulta insuficiente para dicho objetivo).
- ii) *Secundaria*: La norma ISO 26.000 constituye un avance normativo evidente en relación con su antecesora (SA8000), en pos de combatir parcialmente la debilidad del Derecho internacional.

¹¹ Vid. artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional Argentina.

III. RESULTADOS

TABLA N° 1 Principales características de las normas voluntarias ISO 26.000 y SA8.000.

Característica	ISO 26.000	SA8.000
Es auditable y una norma de gestión		X
Es voluntaria y con vigencia internacional	X	X
Es una guía de responsabilidad social	X	
Es aplicable en organizaciones públicas y privadas, en Estados desarrollados y en vías de desarrollo	X	X
Aplicación centrada en derechos laborales, sindicales y derechos humanos		X
Áreas temáticas: derechos humanos, prácticas laborales, medioambiente, prácticas operacionales justas, consumidores, comunidad y desarrollo y gobernanza organizacional	X	
No pueden incorporar obligaciones no contempladas por la normativa local		X
Incorpora la figura de la <i>auditoría social</i>	X	X
Abarcan los siguientes grupos de interés: consumidores, gobierno, industria, trabajadores, ONG's, SSRO (servicios, apoyo, investigación).	X	X
Su objetivo principal es lograr el desarrollo sostenible	X	

Fuente: elaboración propia, 2012¹²

Con estas normativas se incorporó el concepto de *cadena de valor*, el cual involucra a todos los actores que desarrollen cualquier tarea dentro de

¹² Algunos aspectos de esta clasificación son compartidos por otros autores especialistas en la temática de la responsabilidad social, *vid. v.g.* PÉREZ (2005) p. 7.

una organización¹³ e identifica las principales actividades que crean un valor para los clientes y las actividades de apoyo relacionadas, también los distintos costos en que incurre una organización a través de las distintas actividades que conforman su proceso productivo, por lo que constituye un elemento indispensable para determinar la estructura de costos de una compañía. Cada actividad en la cadena de valor incurre en costos y limita activos, para lograr su debido análisis y consideración permiten mejorar la eficiencia tecno-económica de una empresa, un grupo de empresas o de un determinado sector industrial.¹⁴

A su vez, a pesar de no ser certificable -lo cual es criticado habitualmente por diversos profesionales-, la norma ISO 26.000 ha tomado relevancia dentro de la comunidad empresarial y ha perfeccionado debilidades existentes en la norma SA8.000. Una de las justificaciones a la existencia y aplicación de la misma esbozada por algunos autores, es que los sistemas de promoción que no tengan su justificación en la productividad y la creación de valor para la empresa, pueden llevar a situaciones de desmotivación que hagan empeorar los resultados.¹⁵

Tanto es así que desde finales de 2010 año en que se publicó dicha norma, diversas organizaciones ya la han aplicado, siendo que en Argentina su evolución ha sido incipiente.

El caso de la empresa Sancor Seguros, en Argentina resulta interesante, ya que fue la primera empresa que presentó su Balance social siguiendo totalmente los parámetros de la norma ISO 26.000, durante el período 2011, o sea recientemente después de su dictado.¹⁶

Sin embargo, una de las principales quejas realizadas por las Pymes a nivel mundial es que se les dificulta aplicar la norma ISO 26.000, debido a que carecen de fondos necesarios.

¹³ MINAVERRY (2007) p. 3.

¹⁴ QUINTERO y SÁNCHEZ (2006) p. 378.

¹⁵ MÉNDEZ (2005) p. 145.

¹⁶ Memoria y Balance, 2010 – 2011, disponible en <<http://www.gruposancorseguros.com/files/Archivos/361/Sancor%20Seguros%202010%20-%202011.pdf>>, fecha consulta: 3 enero 2013.

A su vez, la norma SA8000 a pesar de tener varios años de vigencia se calcula que 1.8 millones de trabajadores fueron certificados por la misma en 3.200 lugares de trabajo en 72 Estados.¹⁷

IV. NORMAS VOLUNTARIAS Y SU IMPORTANCIA FRENTE AL DERECHO

Una de las cuestiones centrales que han surgido de este análisis es que las normas voluntarias, o sea que no son obligatorias para las personas físicas o jurídicas de una organización, cumplen un papel fundamental apoyando los mismos objetivos que persigue el Derecho. Técnicamente estas normas no podrían ser obligatorias ya que son dictadas por un organismo no gubernamental (ISO y SA), que no dependen de ningún otro organismo internacional. Además, por esta razón, no poseen autoridad como para imponer sus normas en ningún Estado.

A nivel internacional pudieron detectarse varios instrumentos voluntarios y obligatorios para los Estados, que son considerados relevantes en la evolución de ambas normas: *Pacto Global de la Organización de Naciones Unidas* (1999), *Carta de la Tierra* (2000), *Objetivos de Desarrollo del Milenio* (2000), *Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social* (1977 con reformas en 2000 y 2006), *Agenda XXI* (1992), entre otros.

Luego, cuando nos referimos a las normas jurídicas vigentes y obligatorias para Argentina y que se relacionan con la *responsabilidad social*, cabe decir que son muy escasas. Esto implica que en la práctica, las normas vinculantes que se encuentran vigentes no han receptado todos los conceptos fundamentales de las normas voluntarias aquí analizadas. En este sentido, se pueden destacar a nivel nacional las Leyes n° 24.127 (*Premio Nacional de la Calidad*), n° 25.855 (*Voluntariado social*), y el artículo 25 de la Ley n° 25.877 (*Balance social*).

La primera, en su artículo 1° declara de interés nacional el mejoramiento de la calidad en los procesos de producción de bienes y servicios. Luego, en su artículo 2° establece que dicho tiene como objetivo la promoción, desarrollo y difusión de los procesos y sistemas destinados al mejoramiento continuo de la calidad en los productos y en los servicios, que se originan en el sector

¹⁷ De acuerdo a información disponible en el sitio web de SAI, <<http://www.saasaccreditation.org/certifacilitieslist.htm>>, fecha consulta: 4 julio 2013.

empresario y en la esfera de la Administración Pública, a fin de apoyar la modernización y competitividad de esas organizaciones. Además agregó que serán atributos de calidad, no excluyentes de otros: el desarrollo, capacitación y participación de todos los miembros de la organización, la satisfacción del consumidor, la utilización de tecnologías que aumenten la productividad, la integración conceptual y operativa con los proveedores, la preservación del ambiente y la conservación de recursos.

La *Ley sobre voluntariado social* (n° 25.855) lo definió como un instrumento de la participación solidaria de los ciudadanos en el seno de la comunidad, en actividades sin fines de lucro, y para regular las relaciones entre los voluntarios sociales y las organizaciones donde desarrollan sus actividades. Además, se entenderá por organizaciones en las que se ejerce el voluntariado social a las personas de existencia ideal, públicas o privadas, sin fines de lucro, cualquiera sea su forma jurídica, que participen de manera directa o indirecta en programas o proyectos que persigan finalidades u objetivos propios del bien común y del interés general, con desarrollo en el país o en el extranjero, ya sea que cuenten o no con el apoyo, subvención o auspicio estatal.¹⁸

En tercer lugar, la normativa sobre balances sociales resulta relevante, ya que forma parte de las leyes laborales obligatorias para el ámbito nacional argentino. En este caso, las empresas que ocupen a más de trescientos trabajadores deberán elaborar anualmente, un balance social que recoja información sistematizada relativa a condiciones de trabajo y empleo, costo laboral y prestaciones sociales a cargo de la empresa. Las empresas que empleen trabajadores distribuidos en varios establecimientos, deberán elaborar un balance social único, si la convención colectiva aplicable fuese de actividad o se aplicare un único convenio colectivo de empresa. Para el caso de que la misma empresa sea suscriptora de más de un convenio colectivo de trabajo, deberá elaborar un balance social en cada caso, cualquiera sea el número de trabajadores comprendidos. El balance social incluirá la información que seguidamente se indica: a) Balance general anual, cuenta de ganancias y pérdidas, notas complementarias, cuadros anexos y memoria del ejercicio; b) Estado y evolución económica y financiera de la empresa y del mercado en que actúa; c) Incidencia del costo laboral; d) Evolución de la masa salarial promedio. Su distribución según niveles y categorías; e) Evolución de la dotación del personal y distribución del tiempo de trabajo; f) Rotación del personal por edad y sexo; g) Capacitación; h) Personal efectivizado; i) Régimen de pasantías y prácticas rentadas; j) Estadísticas sobre accidentes de trabajo

¹⁸ Ver artículos 1 y 2 de la Ley N° 25.855.

y enfermedades inculpables; k) Tercerizaciones y subcontrataciones efectuadas; l) Programas de innovación tecnológica y organizacional que impacten sobre la plantilla de personal o puedan involucrar modificación de condiciones de trabajo. El primer balance social de cada empresa o establecimiento corresponderá al año siguiente al que se registre la cantidad mínima de trabajadores legalmente exigida.¹⁹

Sería interesante preguntarse qué ocurre con el caso de las empresas que poseen menos de trescientos trabajadores, que quedan excluidas de estas normas, y a su vez sin posibilidad de poder disfrutar de los beneficios que surgen del cumplimiento de la misma.

Asimismo, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existe normativa con conceptos similares. La Ley n° 2.579 *sobre voluntariado social* lo define muy acertadamente como “[a]ctividades de bien común y de interés general, asistenciales, de servicios sociales, cívicas, educativas, culturales, científicas, deportivas, sanitarias, de cooperación al desarrollo, de defensa del medio ambiente o cualquier otra de naturaleza semejante, realizadas por voluntarios sociales en el marco de organizaciones de la sociedad civil, sin recibir por ello remuneración, salario, ni contraprestación económica alguna”. Luego, la Ley N° 2.594 crea el marco jurídico para el Balance de Responsabilidad Social y Ambiental (BRSA), que será obligatorio para las empresas con más de trescientos trabajadores y alta facturación, o sea un documento más exigente que lo requerido por la legislación nacional. También será obligatoria para aquellas empresas que voluntariamente deseen calificar y ser elegibles para los beneficios en la norma. El incumplimiento por parte de la empresa de la confección del Balance Social, en los casos de que sea legalmente obligatorio, o la obstrucción, falsedad, ocultamiento de información relevante queda tipificado como una infracción. Asimismo, se considerarán infracciones todo acto u omisión que, sin causa justificada, afecte el regular ejercicio de la presente ley. Todo funcionario y empleado público cuya conducta se encuadre en las prescripciones de este artículo, es considerado incurso en falta grave, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieren corresponder. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito nacional, se fijan sanciones para los casos de incumplimiento.

Además, la Resolución n° 506/2008 del Ministerio de Desarrollo Económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, creó el Consejo Consultivo sobre Responsabilidad Social y Ambiental (C.C.R.S.A.), con el fin de institucionalizar un espacio de diálogo y participación y fomentar la

¹⁹ Ver artículos 25, 26 y 27 de la Ley nacional n° 25.877.

responsabilidad social. Está formado por asociaciones representantes de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales promotoras de la R.S.E., organizaciones empresarias, instituciones científicas y educativas.

Algunos autores sugieren y apoyan estos modelos de informes denominados “Triple Balance”, en donde se recoge información financiera, social y medioambiental de las organizaciones.²⁰

El *aspecto social* se refiere a las relaciones de las organizaciones con sus empleados, la comunidad en la cual actúan, sus clientes, proveedores y otras organizaciones comunitarias, de manera tal que se busque y promueva el desarrollo sostenible del capital social y humano, en el ámbito de influencia de la actividad de las mismas.

El *aspecto ambiental* abarca las interacciones con su entorno, las mismas deberán ser actividades compatibles con las regulaciones que rijan en los lugares de ubicación de sus instalaciones y de influencia de su accionar; posibilitando así la conservación del capital ecológico, como requisito inseparable de la sustentabilidad económica y financiera.

El *aspecto económico y financiero* abarca el resultado de los indicadores de desempeño económicos y financieros que surjan de los informes y/o dictámenes presentados ante la Inspección General de Justicia o el Organismo de competencia y de la proyección de los flujos de cajas de aquellas.²¹

Actualmente es exigido por la legislación argentina pero únicamente para las organizaciones con gran cantidad de empleados. Sin embargo, la aplicación de sanciones en la práctica respecto de su incumplimiento no resulta ser rigurosa.

A su vez, volver a destacar que la Argentina ha ratificado muchos instrumentos internacionales y que de acuerdo a nuestro sistema jurídico las mismas han sido incorporadas como normativa interna a través de su transcripción textual y dictado de leyes nacionales. Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.²²

²⁰ MÉNDEZ (2005), p. 148.

²¹ Ley n° 2.594 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²² MINAVERRY (2007), pp. 1 – 2.

CONCLUSIONES

Se debe destacar que a lo largo del presente trabajo se han podido confirmar ambas hipótesis, debido a la evidente debilidad del Derecho nacional e internacional, tanto en el aspecto cuantitativo como cualitativo de la normativa vigente.

Coincidimos con una autora que afirma que las presiones de algunos grupos de interés han tenido como consecuencia que se hayan creado leyes en defensa de sus intereses, de modo que el poder adquirido sobre las empresas no ha sido solo social sino también legal.²³

Además, desde el plano jurídico se requiere un cambio de enfoque, o sea pasar de la clásica regulación legal vinculante cuyo cumplimiento se controla por los poderes públicos y que concede derechos ejercitables ante los tribunales, a una regulación que no crea vínculos coercitivos o judicialmente exigibles, pero que sí establece mecanismos de transparencia y escrutinio o valoración externa del cumplimiento.²⁴

A su vez, la norma ISO 26.000 ha significado un notable avance que permite que los conceptos vinculados con la Responsabilidad Social puedan ser efectivamente aplicados.

En particular, actualmente se están cubriendo completamente las siguientes áreas: i) Derechos humanos, ii) Derechos laborales, iii) Protección del medioambiente.

De todas maneras, es importante manifestar que las normas SA8000 constituyen desde todo punto de vista un avance en la mejora continua de las condiciones laborales dentro de toda clase de organizaciones.²⁵

Asimismo, es indudable que la certificación de cualquier organización genera diversos beneficios, algunos de los cuales pueden ser: la mejora del clima interno, de la productividad, la apertura de nuevos mercados, la sustentabilidad del negocio, lograr una mayor confianza de los accionistas y una mejor imagen en la sociedad, la fidelización de clientes, lograr un mayor acceso a créditos, la reducción de accidentes y de juicios laborales, y provocar un sentido de pertenencia del personal.

²³ MÉNDEZ (2005) p. 145.

²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (2001) p. 9.

²⁵ MINAVERRY *et al.* (2012) p. 4.

Esto tiene su fundamento en que la asunción, interpretación y concreción de las declaraciones de principios, códigos de conductas o buenas prácticas, corresponde a la empresa sin intervención de agente externo alguno que audite, a diferencia de lo que ocurre con las directrices sobre sistemas de gestión e instrumentos de certificación.²⁶

Sin embargo, la información sobre las actuaciones socialmente responsables requiere una normalización que tiene que partir del consenso de los grupos de interés, acerca de que información suministrar y de una legislación que regule la presentación de la misma.²⁷

En el caso argentino consideramos que debe reforzarse especialmente el primer aspecto, para lograr un único consenso apoyándose en la normativa vinculada a la participación pública.

Además, la sociedad civil debería asumir que su derecho a la información y al control implica mucho más que un derecho, la responsabilidad de ejercerlo de manera comprometida y calificada.²⁸

Sin embargo, estas normas internacionales voluntarias no pueden reemplazar, transformar o modificar de ninguna forma el deber del Estado de actuar por el interés público, ni tampoco pretenden abordar cuestiones que solo pueden resolverse apropiadamente a través de las instituciones políticas.

Esto sin embargo no quiere decir que la legislación o los poderes públicos no tengan ningún papel al respecto. Por eso, el Estado debe crear un marco jurídico en el que la Responsabilidad Social no se obstaculice y pueda realizarse, respetando su elemento de voluntariedad.²⁹

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la gobernanza afecta a las estructuras de autoridad del sistema político y a la promoción de instituciones más eficaces y democráticas pero requiere cambios sociales, el fortalecimiento de la cultura cívica y la promoción de acciones voluntarias que mejoren las bases sociales del sistema democrático, que permitan sistemas más eficaces de autoridad y de regulación.³⁰

²⁶ PÉREZ (2005) pp. 3 y 4.

²⁷ MÉNDEZ (2005) p. 147.

²⁸ GUIDI (2006) p 23.

²⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (2001) p. 13.

³⁰ *Ídem.*, p. 8.

Por eso, el papel del Estado es fundamental para garantizar la aplicación efectiva de las leyes y regulaciones, con el fin de fomentar una cultura de cumplimiento de la ley social.

Sin embargo, un problema detectado en materia de responsabilidad social es la falta de cooperación y la descoordinación entre los diversos niveles de los poderes públicos.³¹

A su vez, la estructura y el contenido de la norma ISO 26.000 son superiores a su antecedente (norma SA8000), a pesar de tratarse de una “guía”, confirmando de esta manera la hipótesis secundaria.

Es importante que se continúe motivando y se insista en la mejora continua de las condiciones laborales a nivel mundial, ya que estas normas voluntarias se basaron en pactos internacionales de derechos humanos, dejando bien claro que fundamentan la defensa de derechos indiscutibles en la actualidad.³²

A nivel nacional, cabe destacar que la normativa todavía es escasa y la evolución de la temática de la Responsabilidad Social en el ámbito jurídico (o sea obligatorio) es incipiente.

De todas formas resulta lógico si analizamos la antigüedad de la normativa voluntaria y su evolución histórica en el ámbito internacional.

Luego, respecto de la aplicación práctica en el ámbito legal es también muy escaso debido a que en primer lugar esta normativa no es ampliamente conocida por la comunidad jurídica, y además también resulta ser novedosa para los ciudadanos que no realizan reclamos para la defensa de sus derechos básicos por falta de conocimiento de las mismas.

En este sentido resulta clave el papel de la difusión y especialmente de la educación que debe ocuparse de que estos instrumentos y herramientas recientes, puedan ser utilizados cada vez con más frecuencia.

Finalmente, cabe destacar que la Responsabilidad Social fue definida por algunos autores como la acción de la empresa que va más allá del cumplimiento minimalista de la ley.³³

³¹ *Ídem.*, p. 19.

³² MINAVERRY *et al.* (2012) p. 5.

³³ GUIDI (2006) p. 22.

Asimismo, no debe olvidarse que los gobiernos tienen la obligación de armonizar la legislación vigente en cada país de manera que garantice y asegure un accionar responsable de las empresas tanto al interior de su país de origen como hacia afuera de sus fronteras.³⁴

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- GUÉDEZ, Víctor (2008): *Ser confiable. Responsabilidad social y reputación empresarial* (Caracas, Editorial Planeta) 329 pp.
- GUIDI, Marta (2006): “Estado, empresas, sociedad civil. Reflexiones a partir de una experiencia”, *Iberoforum, Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana* (vol. 1 n° 2): pp. 1 – 25.
- KLIKSBERG, Bernardo (2010): “RSE: ¿Moda o demanda social?”, *Red Iberoamericana de universidades por la responsabilidad social empresaria (REDUNIRSE)*. Disponible en <<http://www.redunirse.org/files/RSE%20Moda%20o%20Demanda%20Social%20-%20Bernardo%20Kliksberg.pdf>>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- MÉNDEZ PICAZO, María Teresa (2005): “Ética y Responsabilidad Social Corporativa, ICE: Información Comercial Española”, *Revista Ética y Economía* (n° 823): pp. 141 - 150.
- MINAVERRY, Clara, LÓPEZ, Jorge y GALLY, Teresa (2012): “Análisis comparativo entre la norma SA 8000 y la norma ISO 26.000:2010 en la actualidad”, *Resúmenes II Jornadas de Enseñanza de la Ingeniería JEIN 2012* (año 2, vol. 1): pp. 45 – 48. Disponible en <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/minaverry-analisis-comparativo-entre-la-norma-sa-8000-y-la-norma-iso-26.0002010-en-la.pdf>>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- MINAVERRY, Clara (2007): “Normas SA8000: Auditoría de las condiciones laborales”, *Boletín IARSE (Instituto Argentino de Responsabilidad Social Empresaria)* (n° 108): pp. 1 - 3.
- MINAVERRY, Clara (2011): *Presentaciones correspondientes al Seminario Responsabilidad Social de la Organizaciones* (Buenos Aires, Universidad

³⁴ Ídem., p. 23.

Tecnológica Nacional, Maestría en Ingeniería en Calidad Regional): pp. 1 – 5.

PÉREZ DOMÍNGUEZ, Fernando (2005): *Instrumentos de la RSE: Criterios de clasificación, Observatorio sobre Responsabilidad Social de la Empresa y Relaciones Laborales* (Observatorio Laboral On-Line del CARL), 8 pp. Disponible en <http://www.dipgra-rs.es/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=58&Itemid=63>, fecha consulta: 3 julio 2013.

QUINTERO, Johana y SÁNCHEZ, José (2006): “La cadena de valor: Una herramienta del pensamiento estratégico”, *Telos. Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales* (vol. n° 3): pp. 377 – 389.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Mercedes (2001): “Veinte años de vigencia y reforma del Estatuto de los Trabajadores”, *Temas Laborales* (vol. 61): pp. 9 – 17. Disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_497_3.pdf>, fecha consulta: 3 julio 2013.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Agenda XXI, Naciones Unidas, 1992. Disponible en <www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/>, fecha consulta: 3 julio 2013.

Carta de la Tierra, 2000. Disponible en <http://www.earthcharterinaction.org/invent/images/uploads/echarter_spanish.pdf>, fecha consulta: 3 julio 2013.

Constitución Nacional de Argentina, con reforma del 22 de agosto de 1994. Disponible en <<http://www.senado.gov.ar/delInteres>>, fecha consulta: 3 enero 2013.

Declaración Tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social (1977 con reformas en 2000 y 2006), Organización Internacional del Trabajo. Disponible en <http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm>, fecha consulta: 3 julio 2013.

ISO 9.001, *Quality management systems – Requirements*, 2008, norma versión en idioma español. Disponible en <<http://www.iso.org/iso/home/store/>>

- catalogue_tc/catalogue_detail.htm?csnumber=46486 >, fecha consulta: 3 julio 2013.
- ISO 14.001, *Environmental management systems - Requirements with guidance for use*, 2004, norma versión en idioma español disponible en <http://www.iso.org/iso/home/store/catalogue_tc/catalogue_detail.htm?csnumber=31807>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- ISO 26.000, *Social Responsibility*, 2010, norma versión en idioma español. Disponible en <http://www.iso.org/iso/catalogue_detail?csnumber=42546>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- Ley n° 2.579 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Voluntariado social, 6 diciembre 2007. Disponible en <<http://www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley2579.html>>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- Ley n° 2.594 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Balance de responsabilidad social y ambiental (BRSA), 6 diciembre 2007. Disponible en <www.cedom.gov.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley2594.html>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- Ley n° 24.127 (Argentina), Premio Nacional de la Calidad, 21 septiembre 1992. Disponible en <infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/526/norma.htm>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- Ley n° 25.855 (Argentina), Voluntariado social, 7 enero 2004,. Disponible en <infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/91604.htm>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- Ley n° 25.877 (Argentina), Balance social, 18 marzo 2004. Disponible en <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/norma.htm>>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- Objetivos de Desarrollo del Milenio, Naciones Unidas, 2000. Disponible en <www.un.org/es/millenniumgoals/>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- Pacto Global de la Organización de Naciones Unidas, 1999. Disponible en <<http://www.un.org/es/globalcompact/>>, fecha consulta: 3 julio 2013.
- Resolución N° 506/2008 del Ministerio de Desarrollo Económico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 31 octubre 2008. Disponible en <<http://tyss.elderecho.com.ar/index.php?action=178&record=12369>>, fecha consulta: 3 julio 2013.

SA8000, *Social Accountability International Standard*, 1998 y sus actualizaciones posteriores. Disponible en <<http://www.sa-intl.org/index.cfm?fuseaction=Page.ViewPage&pageId=1463>>, fecha consulta: 3 julio 2013.

CUESTIONES TERRITORIALES
RELATIVAS AL DERECHO DEL
MAR. COMENTARIO SOBRE
LA SENTENCIA DE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN
EL CASO: DIFERENDO TERRITORIAL
Y MARÍTIMO (NICARAGUA VS.
COLOMBIA)

*Territorial questions relative to the
Law of the Sea. Commentary on the
sentence of the International Court of
Justice in the Territorial and Maritime
Dispute (Nicaragua v. Colombia) case*

GABRIELA TERESITA MASTAGLIA*
Pontificia Universidad Católica Argentina
Paraná, Argentina

* Profesora Protitular a cargo de la Cátedra de Derecho Internacional Público del Departamento de Derecho y Profesora Adjunta a cargo de las Cátedras de Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales del Departamento de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, ambos de la Facultad *Teresa de Ávila* de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Paraná. Paraná, Entre Ríos, Argentina. <gtmastaglia@yahoo.com.ar>.

Artículo recibido el 15 de abril de 2013 y aprobado el 21 de julio de 2013.

RESUMEN: La sentencia en comentario versa sobre uno de los temas clásicos del derecho internacional, cual es, la adquisición de territorios y la delimitación marítima de la zona económica exclusiva y la plataforma continental en base a la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, específicamente en relación al diferendo territorial y marítimo sostenido por Nicaragua y Colombia sobre ciertas islas, cayos y áreas del Mar del Caribe. El comentario aborda dos de los tres temas tratados en el decisorio, cuales son, los relativos a las islas y elevaciones que emergen en pleamar, su definición jurídica, la posibilidad de apropiación de los cayos y los derechos territoriales que generan tanto en la determinación del mar territorial, como de la plataforma continental y la zona económica exclusiva y el examen de los títulos y modos de adquisición territorial, en especial, el principio *utis possidetis juris* y la adjudicación, efectuando por último un breve análisis sobre el alcance de la jurisprudencia a la luz de su empleo en el presente fallo.

PALABRAS CLAVES: Derecho internacional – islas – elevaciones en bajamar – *utis possidetis juris* – efectividad

ABSTRACT: The sentence in commentary refers to the acquisition of territories, one of the classical issues of International Law, and the maritime delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf regarding the territorial and maritime dispute between Nicaragua and Colombia in the Caribbean Sea. The commentary deals with two of the three subjects of the sentence, which are, the islands and low-tide elevations, their legal definition, the possibility of appropriation of the islands and cays, the territorial rights that they generate in the determination of the territorial sea, the continental shelf and the exclusive economic zone, and the examination of territorial titles, specially, based on the principle of *uti possidetis juris* and the adjudication. Finally it is analyzed the significance of the jurisprudence taking into account its application in the decision.

KEY WORDS: International Law - islands – low tide elevations – *utis possidetis juris* – effectivités

I. EL CASO SOMETIDO A LA DECISIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El 6 de diciembre de 2001 la República de Nicaragua, presentó ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la Corte) una solicitud de promoción de procedimiento contra la República de Colombia. El fallo sobre la cuestión de fondo se dictó el 19 de noviembre de 2012.¹

En el caso se debatía fundamentalmente la soberanía sobre las islas Providencia, San Andrés, Santa Catalina y todas las islas y cayos accesorios y, además, sobre los cayos Roncador, Serrana, Serranilla, Quitasueño, Albuquerque, Bajo Nuevo y del Este-Sudeste ubicados en el Caribe Occidental, así como también la determinación de una frontera marítima única en los sectores de la plataforma continental y la zona económica exclusiva relevantes para Nicaragua y Colombia.²

Al resolver la Corte Internacional de Justicia por sentencia de fecha 13 de diciembre de 2007, la excepción preliminar planteada por Colombia sobre la jurisdicción de dicho tribunal para entender en el caso, se resolvió que carecía de jurisdicción para entender sobre la cuestión de la soberanía sobre las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con fundamento en que ello ya había sido reglado por el tratado celebrado entre las partes en Managua el 24 de marzo de 1928. En el fallo, la Corte reitera que, conforme los términos de dicho tratado, Colombia tiene la soberanía sobre las islas citadas y sobre las islas, islotes y arrecifes que formaban parte del archipiélago de San Andrés.

Al excluir de la *litis* a las islas de San Andrés, Providencia, Santa Catalina y sobre las islas, islotes y arrecifes que formaban parte del archipiélago de San Andrés, la Corte limita su pronunciamiento a los demás territorios objeto de la contienda. Así resuelve declarar que Colombia tenía soberanía sobre las islas que formaban parte de las formaciones de Albuquerque, Bajo Nuevo, los cayos del Este–Sudeste, Quitasueño, Roncador, Serrana y Serranilla; estableció el método de delimitación en el marco geográfico y jurídico constituido por las costas continentales de Nicaragua y Colombia consistente en trazar un límite atendiendo a una limitación en partes iguales de la zona correspondiente a la plataforma continental donde los derechos de ambas partes se solapan y fijó la línea de la frontera marítima única que delimita la plataforma

¹ Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Caso Nicaragua vs. Colombia sobre Diferendo territorial y marítimo* (2012).

² *Ídem.*, pág. 23.

continental y la zona económica exclusiva de ambos países. La Corte decidió que alrededor de Quitasueño y de Serrana, la frontera marítima única está constituida por arcos ubicados a una distancia de 12 millas marinas medidas, en el primer caso, a partir de un enclave geográfico denominado QS 32 y de las elevaciones situadas en un radio de 12 millas marinas de QS 32 y, en el segundo caso, a partir del cayo de Serrana y de los cayos cercanos.

La sentencia de la Corte Internacional de Justicia se pronunció así, sobre un conflicto que data del año 1969 y que había llevado a que en 1980 Nicaragua desconociera el Tratado Esguerra –Bárceñas de 1928– 1930 por el que se definiera las cuestiones territoriales en disputa por ambos países sobre la costa de Mosquitos y las islas del archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. La sentencia de la Corte determinó la soberanía de Colombia en los cayos ya señalados, pero también resolvió que corresponden a Nicaragua extensas zonas de aguas que rodean a los cayos Quitasueño y Serrana. El gobierno colombiano objetó la delimitación marítima efectuada por la Corte Internacional.³

II . ISLAS

1. Las islas y la delimitación de espacios marítimos

La Corte aborda el tratamiento de ciertos espacios marítimos, su concepto, y su determinación. Las islas y cayos constituyen espacios geográficos, de conformidad con el fallo en comento, que resultan relevantes para la determinación de áreas marítimas que han de quedar sometidas a la soberanía de los Estados en el conflicto.

La Corte Internacional de Justicia toma en consideración especialmente al art. 121 de la Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM), pese a que Colombia no es parte en dicho tratado. Sostuvo la Corte que dicha norma, así como los artículos 74 y 83 del mismo instrumento, referentes a la delimitación de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva, reflejan y/o constituyen costumbre jurídica internacional. En el caso específico del art. 121⁴, la Corte entendió que todos

³ SANTOS (2012).

⁴ Art. 121 CNUDM: “1. Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar. 2. Salvo lo dispuesto en el párrafo 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental

sus incisos constituyen un todo inescindible y gozan del carácter de costumbre jurídica internacional.⁵

Dadas las características del caso planteado ante la Corte, las islas objeto de la controversia tenían incidencia directa para determinar tres áreas marítimas sobre las cuales los Estados pueden ejercer competencias territoriales conforme los términos establecidos en la CNUDM, esto es, el mar territorial, la plataforma continental y la zona económica exclusiva.

La CNUDM no da un concepto de mar territorial sino que define el régimen jurídico del mismo en su art. 2. Siguiendo los lineamientos de esa norma y del art. 3 de la misma Convención, el mar territorial puede ser definido como: *la franja de mar adyacente al territorio del Estado ribereño* y, en el caso

de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres. 3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental”.

⁵ CIJ, *Caso Nicaragua vs. Colombia sobre Diferendo territorial y marítimo* (2012) pár. 139: “139. La Corte ha reconocido que los principios relativos a la delimitación marítima consagrados por los arts. 74 y 83 reflejan la costumbre jurídica internacional (*Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar vs. Bahrein,*) fondo, sentencia: C.I.J. Reports 2001, p. 91. párr. 167 y p. 99, párr. 167 y ss.). En el mismo sentido se ha entendido que la definición jurídica de una isla, enunciada en el párrafo 1 del artículo 121, era parte del derecho internacional consuetudinario (*ibíd.* 91, párr. 167 y p. 99, párrafo 195). Se arriba a la misma conclusión respecto del párrafo 2 de este artículo (*ibíd.*, p. 97, párr. 185). Si bien en la sentencia recaída en *Qatar vs. Bahrein* no se examinó específicamente el párrafo tercero del artículo 121, la Corte observa que los derechos generados por una isla a título del párrafo 2, están expresamente limitados por el reenvío a las disposiciones del párrafo 3. Al enunciar que las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental, el párrafo 3 crea una relación esencial entre, por una parte, el principio establecido de larga data según el cual « las islas, cualesquiera fuera su dimensión, gozan del mismo status y, en consecuencia, generan los mismos derechos en el mar que los otros territorios que poseen el carácter de tierra firme» (*ibíd.*, p. 97, párrafo 185) y, por la otra, los derechos a los espacios marítimos más extensos consagrados en la CNUDM, han sido derechos declarados por la Corte, como “de carácter consuetudinario”. De ahí que la Corte considera que el régimen jurídico de las islas definidos por el artículo 121 de la CNUDM, forman un todo indivisible y que cada una de sus disposiciones forman parte, como lo admitieran Colombia y Nicaragua, del derecho internacional consuetudinario” (Traducción de la autora de la versión en francés de la sentencia).

del Estado archipelágico, a las aguas archipelágicas, hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de las líneas de base.

El Estado ribereño o el Estado archipelágico detenta soberanía sobre el mar territorial, soberanía que se extiende al espacio aéreo, así como al lecho y subsuelo de ese mar (art. 2 n° 1 y 2 de la CNUDM).

La plataforma continental es definida en el art. 76.1. CNUDM: *“La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”*. El inciso 5 del art. 76 CNUDM establece una distancia máxima de 350 millas marinas para establecer la línea del límite exterior de la plataforma para aquellos Estados cuya plataforma continental excediera las 200 millas marinas. Las 350 millas marinas pueden ser contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial o de 100 millas marinas contadas desde la isóbata de 2.500 metros, salvo en las crestas submarinas en que han de ser contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.⁶

Sobre la plataforma continental el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales, independientemente de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa (art. 77 N° 1 y 3 de la CNUDM).

La Corte aborda el concepto jurídico de isla por ser éste un tema en disputa entre las partes respecto de Quitasueños. Nicaragua sostenía que constituía un banco de arena y Colombia que era una isla.

La diferencia sostenida entre ambas partes no era menor dado que conforme al art. 121.1 CNUDM una isla constituye un espacio territorial a partir del cual se puede determinar el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva. De no tratarse de una isla sino de una mera elevación que emerge en bajamar situada a una distancia que exceda la anchura del mar territorial, no tiene mar territorial propio (art. 13 CNUDM).

⁶ Vid. Art. 76.6 de la CNUDM.

Para definir la cuestión la Corte tomó en consideración el art. 121.1 CNUDM. Señaló que, conforme al derecho internacional, los elementos que definen si se está ante una isla son, a saber: que constituya una *formación natural* y si se encuentra sobre el nivel del agua en pleamar, independientemente de todo criterio geológico. Sostuvo asimismo que el derecho internacional no establece dimensiones mínimas para que una formación marítima pueda ser considerada como una isla.⁷

Procede luego la Corte a determinar las áreas marítimas sobre las que generan derechos las islas. El primer espacio marítimo que trata es el mar territorial. La sentencia deja en claro que cualquiera fuera el tamaño de la isla da derecho al mar territorial en una extensión de 12 millas marinas, como cualquier otro territorio, basándose en la redacción del art. 121 CNUDM. También establece que, ese derecho se genera aun en el caso de rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia con el argumento de que no existen diferencias para establecer el mar territorial tomando como base una isla o desde otro territorio que revista el carácter de tierra firme y que el art. 3 CNUDM que establece la anchura del mar territorial en 12 millas marinas constituye derecho consuetudinario internacional⁸, sin que

⁷ CIJ, *Caso Nicaragua vs. Colombia sobre Diferendo territorial y marítimo* (2012) párr. 37: “(...) El derecho internacional define una isla como una ‘formación natural’ que se encuentra «sobre el nivel de ésta en pleamar» independientemente de todo criterio geológico (...) [E]l derecho internacional no establece una extensión mínima para que una formación marítima pueda ser considerada como una isla”. Traducción de la autora de la versión en francés de la sentencia.

⁸ *Ídem.*, párrs. 176 y 177: “176. En relación a los cayos de Albuquerque, Este-Sudeste, Roncador, Serrana, Serranilla y Bajo Nuevo, resulta conveniente partir del principio que establece que: «conforme al párrafo 2 del artículo 121 de la Convención de 1982 sobre Derecho del Mar, el cual refleja el derecho internacional consuetudinario, las islas, cualesquiera que fuera su dimensión, gozan a este respecto del mismo status y, consecuentemente, origina los mismos derechos que otros territorios que revistan el carácter de tierra firme» (*Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar vs. Bahrein)*, fondo, sentencia, C.I.J. Reports, 2001, p. 97, párr. 185). De ello se sigue que una isla de dimensión relativamente reducida puede generar el derecho a un espacio marítimo considerable. Asimismo una isla comprendida en la excepción prevista en el párrafo 3 del artículo 121 de la CNUDM da derecho a un mar territorial. 177. Este derecho a un mar territorial es el mismo que para otros territorios terrestres. Cualquiera fuera la posición en el pasado, el derecho internacional fija hoy en 12 millas marinas al anchura del mar territorial del Estado ribereño y el artículo 3 de la CNUDM refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario sobre este punto(...)”. Traducción de la autora de la versión en francés de la sentencia.

corresponda una anchura menor, salvo casos excepcionales tales como que la superposición de derechos al mar territorial por parte de más de un Estado en la misma área o la existencia de un límite histórico o acordado.⁹

Por otra parte la sentencia deja en claro que la soberanía del Estado ribereño en el área del mar territorial se extiende tanto al lecho como a las aguas suprayacentes, basando ello en una regla de derecho consuetudinario internacional.¹⁰

A renglón seguido la Corte aborda los efectos jurídicos generados por las elevaciones que emergen en bajamar cercanas o integrando una formación natural que constituya una isla. Aplicando el art. 13 CNUDM, respecto del cual establece que la regla contenida en el mismo constituye una norma consuetudinaria internacional, sostiene que dichas elevaciones han de ser tomadas para establecer la anchura del mar territorial siempre que se encuentre a menos de 12 millas marinas de la formación considerada isla.¹¹

⁹ *Ídem.*, párr. 179: “179. Dado que el derecho a un mar territorial de una anchura de 12 millas marinas está establecido en el derecho internacional, cada vez que una sentencia atribuido a una isla de pequeño tamaño un mar territorial de menor dimensión, ello se ha debido a que ha avanzado sobre el mar territorial de otro Estado (es el caso, por ejemplo, de la isla de Qit’at Jaradah en el asunto de la Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar v. Bahrein), fondo, sentencia, C.I.J. Reports, 2001, p. 109, párr. 219), o porque existía una frontera histórica o convenida (como el caso por la isla de Alcatraz en el Asunto de la delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea – Bissau (1985), RSA, vol. XIX, p. 190 (francés); ILR, vol. 77, p. 635 (inglés)”. Traducción de la autora de la versión en francés de la sentencia.

¹⁰ *Ídem.*, párr. 177: “(...) conforme a principios bien establecidos en el derecho internacional consuetudinario el Estado ribereño detenta la soberanía sobre el fondo del mar y la columna de agua suprayacente en su mar territorial (Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar vs. Bahrein), fondo, sentencia, C.I.J. Reports, 2001, p. 93, párr. 174)”. Traducción de la autora de la versión en francés de la sentencia.

¹¹ *Ídem.*, párr. 182: “Por los motivos ya expuestos (párrafos 176-180 precedentes), Colombia puede pretender un mar territorial de 12 millas marinas alrededor de QS 32. Por otra parte, a fin de medir ese mar territorial, puede apoyarse sobre la regla enunciada en el artículo 13 CNUDM (...) La Corte ha considerado que esta disposición refleja el derecho internacional consuetudinario (Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar vs. Bahrein), fondo, sentencia, C.I.J. Reports, 2001, p. 100, párr. 201). Colombia tiene derecho en consecuencia a tomar esas elevaciones en bajamar, que se encuentren a menos de 12 millas marinas de QS 32, para medir la anchura de su mar territorial”. Traducción de la autora de la versión en francés de la sentencia.

Conforme al art. 121 CNUDM las islas también constituyen un territorio a partir del cual cabe determinar la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva.

En el fallo se considera que una formación natural, independientemente de su tamaño, puede constituir una isla y establecerse alrededor de ella el mar territorial. *Contrario sensu*, la Corte toma en consideración el tamaño de la isla en vistas a la delimitación de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva. El criterio de la Corte es que si al establecer los puntos de base sobre formaciones geográficas minúsculas (vgr. de apenas 1 m² de superficie) pudiera tener un efecto distorsivo considerando el contexto geográfico relevante para determinar esos espacios marítimos, es apropiado dejarlos de lado en el proceso de delimitación.¹²

2. Las islas y la adquisición de territorio

En el caso se aborda un tema clásico del Derecho Internacional cual es el de la adquisición de territorios, pero centrado en el supuesto de que ese territorio constituya una isla o una elevación sobre el nivel del mar en bajamar.

La Corte sostiene que las islas son susceptibles de apropiación por un Estado pero no las elevaciones que emergen en bajamar, reconociendo que puede ejercerse soberanía sobre las mismas pero si se encuentran el área del mar territorial y exclusivamente por tal circunstancia, así como que pueden ser consideradas para medir la anchura del mar territorial en el caso que estén situadas en su interior.¹³

¹² *Ídem.*, párs. 200 y 202: “200. (...) la delimitación de áreas marítimas relativas a dos o más Estados (...) La Corte debe, al delimitar la plataforma continental y la zona económica exclusiva, seleccionar los puntos de base tomando como referencia la geografía física de las costas relevantes (*Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania vs. Ucrania)*, Sentencias, I.C.J. Reports, 2009, p. 108, párr. 137) (...) 202. En lo que concierne a la costa colombiana, la Corte estima que Quitasueño no debería ser considerada para trazar la línea media provisoria. La parte de Quitasueño que con certeza se halla descubierta en pleamar es una formación minúscula de apenas un metro cuadrado. Ahora bien, cuando los puntos de base situados sobre minúsculas formaciones podrían tener un efecto distorsivo considerando el contexto geográfico, conviene no tenerlo en cuenta para establecer la línea media provisoria (...)”. Traducción de la autora de la versión en francés de la sentencia.

¹³ *Ídem.*, pár. 26: “Se encuentra bien establecido en derecho internacional que las islas, sin importar cuán pequeñas sean, son susceptibles de apropiación (ver por ejemplo *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar v. Bahrein)*, fondo,

Para definir cuál Estado ha adquirido como territorio una isla, la Corte no toma en consideración las normas pertinentes de la CNUDM, ya sea como tratado propiamente dicho –lo que por otra parte no podía hacer dado que Colombia no es parte en ella– o como costumbre jurídica internacional, dada la ubicación de las islas y cayos en disputa, todos ellos situados más allá del mar territorial de ambos Estados, medido desde la costa de sus respectivos territorios terrestres. A tal fin, examina la cuestión acudiendo a criterios tradicionalmente aceptados en la región, en el siguiente orden, a saber: a) el Tratado sobre cuestiones territoriales entre Colombia y Nicaragua de 1928 y su Protocolo de 1930 (Tratado Esguerra – Bárcenas de 1928); b) el principio *uti possidetis juris*; y, por último, c) los actos de soberanía respecto de los mismos. Tiene en cuenta también actos unilaterales (por omisión o silencio) y la conducta de terceros Estados, pero no como elementos principales para resolver la cuestión sino como medios coadyuvantes.

El orden seguido por la Corte tiende a determinar los derechos tomando en consideración –en primer término– la voluntad de las partes claramente expresada en un tratado. Descartada esa posibilidad considera en segundo término otros títulos en virtud de los cuales se puedan sustentar los derechos de soberanía invocados –tal el caso del principio *uti possidetis juris*– y, al no constatar la existencia de tales títulos, recién atiende a la conducta de las partes y la de terceros Estados, en aplicación del principio clásico de Derecho internacional en la materia, esto es, el principio de efectividad en el ejercicio de la soberanía sobre un territorio.

A) *EL TRATADO ESGUERRA – BÁRCENAS DE 1928*

La Corte desecha el tratado para dirimir la contienda porque entiende que no especifica la composición del Archipiélago de San Andrés, el cual forma parte del territorio colombiano. También descarta que el hecho de que Roncador, Quitasueño y Serrana no hayan sido incluidos en la disputa pudiera ser un elemento suficiente para determinar si esas formaciones integraban el referido archipiélago.¹⁴

sentencia, C.I.J. Reports, 2001, p. 102, párr. 206). Por el contrario las elevaciones que emergen en bajamar no pueden ser objeto de apropiación y, si bien el ‘Estado ribereño ejerce su soberanía sobre las elevaciones en bajamar situadas en su mar territorial, ello lo es porque ejerce su soberanía sobre el mar territorial misma’ (Ibid. P. 101, párr. 204) y tales elevaciones situadas en el interior del mar territorial pueden ser consideradas a los efectos de medir la anchura de aquél (...). Traducción de la autora de la versión en francés de la sentencia.

¹⁴ Vid. *Ídem.*, párs. 52 y 54.

B) *EL PRINCIPIO UTI POSSIDETIS JURIS*

El principio *uti possidetis juris* se configura en su origen como una norma consuetudinaria regional, propia del ámbito iberoamericano, reconocido en la práctica convencional de los Estados de la región¹⁵, o sus constituciones nacionales¹⁶, o por compromisos de arbitraje relativos a controversias fronterizas¹⁷; la jurisprudencia arbitral (v. gr. el laudo de 1891 de la Reina de España María Cristina en el conflicto fronterizo entre Colombia y Venezuela)¹⁸; y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.¹⁹ El principio también ha sido adoptado en el derecho internacional regional africano y fue utilizado por la Corte Internacional de Justicia para dirimir la contienda entre Burkina Faso y Mali.²⁰

Dicho principio tiende a asegurar el respeto de los límites territoriales existentes al momento en que las repúblicas latinoamericanas accedieron a la independencia, partiendo del presupuesto de la inexistencia de *terra nullius* en el continente americano. Los nuevos Estados exigieron el respeto de los límites coloniales tal y como se encontraban delineados al momento de la emancipación y afirmaron su soberanía sobre todas las tierras que formaban parte del imperio colonial español, con independencia de que hubieran sido efectivamente ocupadas. La posesión a la que refiere el principio no es la posesión efectiva, sino el derecho a poseer de acuerdo con un título válido y al asumir dicho principio se afirmaba que constituía un fundamento válido para el título a la soberanía territorial y para la fijación de las respectivas fronteras.²¹

En el caso en comentario, ambos Estados habían invocado el principio *uti possidetis juris* para sustentar sus reclamos de soberanía. La Corte Internacional de Justicia deja de lado el principio para dirimir la contienda. Considera el principio como una norma del derecho internacional pero deja en claro que el *jus* o derecho que comprende el principio no es de derecho internacional en sí mismo, sino que remite al derecho colonial (“derecho constitucional o administrativo de soberanía anterior a la independencia” en los términos empleados por la Corte) y, si en dicho cuerpo jurídico no

¹⁵ Tratado de Unión y Alianza entre Argentina y Paraguay de 1811.

¹⁶ Art. 2 de la Ley Fundamental de la Gran Colombia de 1819.

¹⁷ Tratado Arosema – Guzmán de 1881 celebrado entre Colombia y Venezuela.

¹⁸ REMIRO *et al.* (1997) pp. 537 y 538.

¹⁹ CIJ, *Caso El Salvador vs Honduras; Nicaragua (interviniente)* (1992).

²⁰ CIJ, *Caso Diferendo fronterizo: Burkina Faso vs. Mali* (1986).

²¹ REMIRO *et al.* (1997) p. 536.

hay referencias específicas a los territorios en disputa que permitan determinar si correspondían a una división administrativa colonial que correspondía a Nicaragua o a Colombia, concluye la Corte que no puede establecerse que uno u otro Estado detentan un título sobre las formaciones marítimas en litigio con fundamento en dicho principio.²²

Tal como fue señalado anteriormente, la Corte ha tomado diferentes criterios para dirimir el conflicto de soberanía atendiendo a un orden que permite entrever un orden de jerarquía entre tales criterios. La primera regla, como ya se ha dicho, es la expresa y clara voluntad de las partes volcada en un tratado escrito. En segundo lugar, en supuestos de territorios que hubieran estado bajo dominio colonial, la Corte aplica la regla del principio *utis possidetis juris* para establecer la existencia de un título de soberanía. Recién en tercer término se atiende al ejercicio efectivo de soberanía sobre un territorio.

El razonamiento jurídico seguido en el caso tiende a establecer la existencia de título sobre el territorio y, a falta de éstos, se atribuye el territorio en función del ejercicio efectivo de soberanía sobre aquél.

²² CIJ, *Caso Nicaragua vs. Colombia sobre Diferendo territorial y marítimo* (2012) p. 64: “La Corte observa que, a propósito de las reivindicaciones de soberanía formuladas por ambas partes sobre la base del principio *uti possidetis juris* a la fecha de su independencia de España, que ninguna de las ordenanzas de la época colonial citadas por la una o por la otra específicamente refiere a las formaciones marítimas en litigio. La Corte ya ha tenido ocasión de hacer la constatación siguiente, que vale igualmente para el presente caso: ‘...cuando el principio de *uti possidetis juris* está en juego, el derecho en cuestión no es el derecho internacional sino el derecho constitucional o administrativo de soberanía anterior a la independencia, en el caso el derecho colonial español, y puede ocurrir perfectamente que ese derecho no aporte ninguna respuesta clara y categórica a la cuestión de saber que entidad tiene derecho a zonas marginales o zonas poco pobladas con una importancia económica mínima’ (*Diferendo fronterizo terrestre, insular y marítimo* (*El Salvador/ Honduras; Nicaragua* (*interviniente*)), sentencia, C.I.J. reports 1992, p. 559, párr. 333). 65. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Corte concluye que, en el presente caso, el principio *uti possidetis juris* no permite determinar quien detenta la soberanía sobre las formaciones marítimas en litigio entre Nicaragua y Colombia, dado que ningún elemento permite establecer claramente que las formaciones en cuestión habían sido atribuidas a las provincias coloniales de Nicaragua o de Colombia antes de la independencia o a esa fecha. La Corte estima en consecuencia que ni Nicaragua ni Colombia han establecido que detentan un título sobre las formaciones marítimas en litigio en virtud del principio *uti possidetis juris*”. Traducción de la autora de la versión en francés.

Más allá de la rigurosidad jurídica evidenciada en el razonamiento seguido en la sentencia y el hecho de que ambas partes habían invocado el referido principio, es de destacar la importancia que cobra en la región, el principio *uti possidetis juris* en la atribución de territorios, así como el respeto a la tradición jurídica, política e histórica latinoamericana que manifiesta la Corte.

C) *EL EJERCICIO EFECTIVO DE SOBERANÍA*

En el derecho internacional, el título a la soberanía sobre un territorio tiene por efectos jurídicos su adjudicación a un Estado y su oponibilidad a reivindicaciones territoriales de terceros. La solución es clara en supuestos de reivindicaciones manifiestamente infundadas, pero no en casos en que ambos contendientes invocan un título en los que la cuestión debe dirimirse en base a la regla del mejor poseedor, situación en la que resulta necesario efectuar una comparación de títulos y atender a la efectividad del ejercicio de soberanía sobre el territorio en litigio.²³

El principio de efectividad es propio del Derecho internacional. La pura efectividad de muchas situaciones en el ámbito internacional, ante la ausencia de un sistema centralizado de derecho, cobra especial relevancia constituyéndose en un factor de corrección ante criterios de validez subjetivos.²⁴

El fallo en comentario presenta una particularidad: ninguna de las partes detentaba un título propiamente dicho se tratase éste de un tratado o en base al derecho colonial español por aplicación del principio *uti possidetis juris*, por lo que la contienda se dirime exclusivamente en función de la aplicación del principio de efectividad como factor de adjudicación territorial.

La Corte no considera el caso desde la perspectiva de la ocupación, porque hubiera tenido que considerar los territorios en litigio como *res nullius*, lo que devenía imposible desde el momento mismo en que habían estado sujetos al régimen colonial español por su ubicación geográfica, independientemente de que en derecho español no se hubiera determinado a qué división administrativa correspondían. La ocupación consiste en la apropiación por un Estado de un territorio no sujeto a soberanía de otro Estado.²⁵

²³ REMIRO *et al.* (1997) p. 5363.

²⁴ PAGLIARI (2007) p. 41.

²⁵ REMIRO *et al.* (1997) p. 528.

En el caso en comentario la Corte ha seguido el criterio ya establecido en pronunciamientos anteriores²⁶, por el cual ante la falta de títulos se estuvo a la aplicación del principio de efectividad.

La doctrina ha denominado esta práctica de la Corte como “adjudicación”, la que ha comenzado a ser recepcionada por la primera con cautela, por cuanto tradicionalmente solo se atribuye un mero efecto declarativo a las sentencias de los tribunales internacionales. En los fallos citados, la jurisprudencia produce efectos constitutivos basados en la equidad *infra legem*.²⁷

La aplicación de la regla de la efectividad tuvo una función sustitutoria ante la falta de títulos en el caso.

La regla de la efectividad del ejercicio de soberanía sobre un territorio puede cumplir diversas funciones, a saber: confirmativa del título jurídico cuando el hecho corresponde al derecho (adecuación de una administración efectiva al *uti possidetis juris*); sustitutoria si no hay título alguno; *interpretativa* o *integradora* si el título es insuficiente u oscuro. Si hay un título este prevalece sobre la regla de la efectividad (caso del territorio administrado por un Estado distinto al que posee el título).²⁸

Consolida así la Corte su anterior jurisprudencia y el implícito efecto constitutivo de la misma en diferendos territoriales de darse la ausencia de títulos.

El método de la Corte seguido para la adjudicación de territorios respecto de los cuales los Estados contendientes no pueden aportar títulos es el siguiente, a saber: en primer término se establece la fecha de comienzo del conflicto (también llamada fecha crítica) para proceder a analizar los actos de soberanía, anteriores y posteriores a dicha fecha.

Los actos de soberanía anteriores son considerados para adjudicar los territorios. Los posteriores no son tomados en consideración a menos que constituyan la continuación normal de las actividades desarrolladas con anterioridad y no una forma de mejorar la posición jurídica de ambas partes.²⁹

²⁶ CIJ: *Caso Diferendo fronterizo: Burkina Faso vs. Mali* (1986), *Caso El Salvador vs Honduras; Nicaragua (interviniente)* (1992), *Caso Indonesia vs. Malasia* (2002).

²⁷ REMIRO *et al.* pp. 532 y 533.

²⁸ DEL TORO HUERTA (2005) pp. 594 – 596.

²⁹ *Vid.* CIJ, *Caso Nicaragua vs. Colombia sobre Diferendo territorial y marítimo* (2012) párs. 67 y 68.

En segundo término determina cuáles son los actos llevados a cabo por los Estados a título de soberano.

La sentencia enumera una serie de actos a título meramente enunciativo, tales como, los actos legislativos o administrativos, la aplicación del derecho penal o el derecho civil, la reglamentación de la inmigración, la reglamentación de las actividades de pesca o de otras formas de actividades económicas, el patrullaje naval, las operaciones de búsqueda y rescate.³⁰ También considera en el caso en concreto el mantenimiento de faros y boyas y el reconocimiento de la representación consular de naciones extranjeras en los territorios en conflicto por parte del Estado que reivindica derechos soberanos.³¹ La Corte reitera asimismo el criterio del Tribunal Permanente Internacional, dependiente de la Sociedad de Naciones, sostenido en el caso de *Groenlandia Oriental*³², por el cual se estableció que el número de actos llevados a cabo carece de relevancia, especialmente en territorios escasamente poblados, siempre que el otro Estado en la disputa no efectúe una pretensión superior.³³

También considera la Corte en relación a los actos de soberanía el tiempo más o menos prolongado en que se han llevado a cabo en forma constante y coherente, la publicidad del ejercicio de actos de soberanía y la falta de protesta por parte del otro Estado reivindicante, con anterioridad a la fecha de conflicto determinada, así como la ausencia de actos a título de soberano por parte de éste.³⁴

³⁰ *Ídem.*, pár. 80.

³¹ *Ídem.*, párs. 82 y 83.

³² Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Dinamarca vs. Noruega sobre el Status jurídico de Groenlandia Oriental* (1933).

³³ CIJ, *Caso Nicaragua vs. Colombia sobre Diferendo territorial y marítimo* (2012) pár. 80: "(...) Finalmente, un elemento importante a tener en consideración es la medida en la que tales actos son cumplidos a título de soberano por el Estado que formula una reivindicación concurrente de soberanía sobre las islas en litigio. En efecto como lo ha declarado la Corte de Justicia Internacional en la sentencia en el asunto del Status jurídico de Groenlandia Oriental: "Es importante examinar las decisiones recaídas en los asuntos en relación a la soberanía territorial sin observar que, en muchos casos, el tribunal no ha exigido numerosas manifestaciones del ejercicio de derechos soberanos siempre que el otro Estado no pueda efectuar una pretensión superior. Esto es particularmente cierto en aquellas reivindicaciones de soberanía sobre territorios situados en países escasamente poblados o no ocupados por habitantes que residan allí". Traducción de la autora de la versión en francés.

³⁴ *Ídem.*, pár. 84: "Así se ha establecido que durante varias décadas Colombia se ha comportado de manera constante y coherente a título de soberano respecto de las formacio-

Además, la Corte toma en consideración la protesta formulada por Nicaragua ante el laudo arbitral recaído en un conflicto territorial sostenido entre Costa Rica y Colombia. Nicaragua objetó la decisión respecto de ciertos puntos geográficos cercanos su costa pero no en relación a los que eran objeto del litigio llevado a resolver ante la Corte³⁵, concluyendo ésta que tal silencio fortalecía la pretensión de Colombia.

La protesta constituye otro acto de importancia considerado por la Corte, en el marco contextual de los elementos tenidos en consideración al analizar el efectivo ejercicio de soberanía sobre un territorio, lo que pone de relevancia nuevamente la cuestión de los efectos jurídicos de los actos unilaterales de los Estados. Tanto a la formalización de la protesta como a la omisión en efectuar una protesta se le otorga valor indiciario sobre la voluntad de ejercer soberanía sobre un determinado territorio o sobre el efectivo ejercicio de derechos soberanos.

Otros elementos se examinan en la sentencia para determinar la soberanía de uno u otro Estado sobre las áreas en disputa, sin otorgarles un valor probatorio absoluto pero sí indiciario, tales como la práctica de terceros Estados en punto al reconocimiento de soberanía o no³⁶ y los mapas, reiterando la Corte el criterio sostenido en el *Caso sobre el Diferendo Fronterizo (Burkina Faso vs. Mali)*³⁷ respecto de estos últimos, esto es, que los mapas por sí mismos no constituyen títulos territoriales, entendidos como aquellos documentos que de acuerdo al derecho internacional gozan de la fuerza legal para establecer derechos territoriales y como elemento probatorio tienen un alcance limitado a los efectos de acreditar el título sobre el territorio.³⁸

nes marítimas en conflicto. Ha ejercido públicamente su autoridad soberana y ningún elemento hay que demuestre que ha encontrado la menor oposición de parte de Nicaragua antes de la fecha crítica. Por otra parte, los elementos de prueba que Colombia ha aportado para establecer los actos de administración que ha llevado a cabo en relación a las islas contrastan con la ausencia de elementos de prueba por parte de Nicaragua que acrediten que ha actuado a título de soberano". Traducción de la autora de la versión en francés.

³⁵ Vid. *Ídem.*, pág. 88.

³⁶ *Ídem.*, pág. 95.

³⁷ CIJ, *Caso Diferendo fronterizo: Burkina Faso vs. Mali* (1986).

³⁸ CIJ, *Caso Nicaragua vs. Colombia sobre Diferendo territorial y marítimo* (2012) pág. 100: "La Corte recuerda que los mapas 'jamás constituyen por sí mismos y por el solo hecho de su existencia un título territorial, es decir, un documento al que el derecho internacional confiere un valor jurídico intrínseco a los fines de establecer derechos territoriales (*Diferendo fronterizo (Burkina Faso vs. Mali)*), sentencia, C.I.J., Reports 1986, p. 582, párr.

Es de destacar que tanto el silencio de alguno de los Estados, los mapas y la práctica de terceros, en el razonamiento de la Corte, por sí solos no definen la adjudicación de soberanía a uno u otro Estado pero, tomados en conjunto, ayudan a favorecer la pretensión de uno u otro Estado y, en consecuencia, a determinar quién ha ejercido soberanía sobre el territorio.

III. JURISPRUDENCIA

Mucho se ha debatido y se debate sobre la jurisprudencia y su alcance en derecho internacional. El art. 38, inc. 1, d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la contempla como un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Lo cierto es que en conflictos territoriales como el presente, adquiere una relevancia co-creadora o coadyuvante a la creación de la regla de derecho y, a su vez, verificativa de ese derecho. Baste señalar, al efecto, la regla de la efectividad o “adjudicación” creada a través de la jurisprudencia de la Corte para dirimir las contiendas territoriales y definir los derechos territoriales de los Estados ante la ausencia de título. Son asimismo numerosos los precedentes que la Corte cita en el fallo, en comentario, para dirimir la contienda, remitiendo a criterios por ella establecidos en la interpretación de la norma internacional que redimensionan tales normas en su contenido o declarando cuáles constituyen derecho consuetudinario.

La jurisprudencia resulta un punto de referencia esencial en la labor de codificación y desarrollo del Derecho Internacional, sirviendo como punto de partida tanto para establecer la existencia de la norma jurídica internacional, como referencia para acordar el contenido final de la norma de Derecho por los organismos internacionales que cumplen dichas funciones.

Pero tal vez, entre los aspectos más relevantes del rol que actualmente desempeña la jurisprudencia se cuenten su función co-creadora o coadyuvante en la formación del Derecho Internacional; su empleo como sustento de autoridad o de legitimación de la propia labor de los tribunales internacionales y su labor legitimante de la actividad de organismos internacionales no judiciales.

Por función co-creadora o coadyuvante en la formación del Derecho internacional, cabe entender la creación de disposiciones legales por vía de interpretación o de aplicación de la norma a circunstancias respecto de las

54): *Además, de acuerdo a la jurisprudencia constante de la Corte, los mapas tienen generalmente un alcance limitado como prueba de un título de soberanía*”. Traducción de la autora de la versión en francés.

cuales formalmente quien se encuentra legitimado para crear Derecho internacional –en especial los Estados y las Organizaciones Internacionales– no habían previsto su aplicación o al menos no en la forma o con el alcance que, en definitiva, se la aplica.

Esa función participativa en el proceso de creación del Derecho Internacional se da también a través de una práctica particular de los tribunales internacionales. Éstos suelen citar sus pronunciamientos anteriores para sustentar los actuales, aun en los casos contenciosos en sistemas en que la sentencia solo produce efectos para las partes que intervienen en la controversia, convirtiendo a tales pronunciamientos en derecho directamente aplicable.

En tal sentido la Corte Internacional de Justicia ha señalado que: “(...) en tanto las decisiones contienen definiciones de la ley, la Corte las tratará como decisiones previas, es decir, si bien esas decisiones no son vinculantes para la Corte, ésta no se apartará de la jurisprudencia establecida a menos que encuentre razones muy valederas para así hacerlo”.³⁹

Además, los tribunales internacionales suelen citar pronunciamientos de otros tribunales internacionales para sustentar las conclusiones coincidentes a las que arriban, sosteniendo la existencia o el alcance que pretenden dar a una norma de derecho internacional en casos en que ello es dudoso o controversial, pero -al mismo tiempo- legitimando sus decisiones.

El fallo en comentario, en ese sentido, analiza la jurisprudencia propia y de otros tribunales para verificar y determinar la regla de derecho. Así cita la jurisprudencia del Tribunal Permanente Internacional⁴⁰, para tratar los criterios a considerar para la adjudicación de territorios escasamente poblados o el caso entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República francesa, fallado por un tribunal arbitral⁴¹, al abordar el tratamiento de la metodología de delimitación de la plataforma continental. En cuanto a su propia jurisprudencia cita, por ejemplo, la regla de las que las islas sin importar su tamaño son susceptibles de apropiación, no así las elevaciones que emergen

³⁹ CIJ, *Caso Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro* (2007), traducción de la autora del texto original en inglés. Cfr. BUERGHENTAL (2009).

⁴⁰ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Dinamarca vs. Noruega sobre el Status jurídico de Groenlandia Oriental* (1933).

⁴¹ Tribunal Arbitral, *Caso delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República francesa* (1977).

en pleamar en el asunto de *delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*.⁴²

También sienta la regla de las 12 millas marinas como anchura del mar territorial, en su aplicación al caso de islas⁴³, sustentándose en sus propios pronunciamientos y en el de otros tribunales internacionales, entre ellos el Tribunal del Mar.⁴⁴

Los precedentes jurisprudenciales, en conjunto y sostenidos en el tiempo, se presentan así como un elemento de gran relevancia en la formación de la regla de derecho internacional, trascendiendo el mero carácter de elemento material de formación de una norma consuetudinaria, de no mediar una clara y firme oposición a dicha práctica por los Estados, considerando especialmente las particulares características de la Corte Internacional de Justicia, ya sea atendiendo a su autoridad, al hecho de que puede entender en cualquier conflicto de derecho internacional y que cualquier Estado puede plantear casos ante la Corte, con el solo requisito de que sea parte en su Estatuto y acepte su jurisdicción.

En cuanto a la labor verificativa, en la sentencia en comentario se determina que la regla contenida en ciertos artículos de la CNUDM⁴⁵ constituyen derecho consuetudinario internacional, sin profundizar en los argumentos por los cuales llega a tal conclusión.

Esta forma de dar por sentada la existencia de costumbre jurídica internacional en la materia, no es extraña a la práctica de los tribunales internacionales ante conductas que han adquirido un grado tal de vigencia, que su existencia es algo evidente para cualquier observador.⁴⁶

CONCLUSIONES

La sentencia en comentario remite a un tema clásico del derecho internacional, cual es, la adquisición de territorios por los Estados. Se aborda en

⁴² CIJ, *Caso Qatar vs. Bahrein; relativo a la Delimitación marítima y cuestiones territoriales* (2001).

⁴³ Sostiene que alrededor de las islas puede determinarse el mar territorial.

⁴⁴ CIJ, *Caso Nicaragua vs. Colombia sobre Diferendo territorial y marítimo* (2012) pár. 178.

⁴⁵ Arts. 74, 83 y 121.

⁴⁶ BARBERIS (1994) pp.79 y 80.

primer término, el estudio de los títulos, factor de insoslayable tratamiento en un conflicto de esta naturaleza. Por otra parte, también se tratan temas novedosos o que han sido objeto de anteriores pronunciamientos. La situación jurídica de las islas, los derechos que generan, la delimitación de la plataforma continental a partir de éstas, la aplicación del principio *uti possidetis juris*, la adjudicación como método de determinación de derechos territoriales, son temas que si bien no se tratados por primera vez por la Corte, han sido objeto de escasas controversias y, por lo tanto, los ha tratados muy contadas veces. La Corte en su actual composición, reafirma la posición sostenida en anteriores integraciones, manteniéndose así fiel a la línea jurisprudencial marcada en anteriores precedentes.

El tema de las fuentes del Derecho internacional, como en la casi totalidad de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia, adquiere especial relevancia ante la necesidad de determinar el derecho aplicable al caso y la identificación formal de esas fuentes frente a la vigencia de un tratado normativo con el alcance y la aceptación que ha tenido la CNUDM en la comunidad internacional, aunque uno de los Estados de la controversia (Colombia) no era parte en la misma. La Corte no realiza -en el fallo en comentario- un análisis profundo para determinar si una determina norma de dicha convención constituye o no derecho consuetudinario como lo ha hecho en otros casos⁴⁷, pero también es de advertir que respecto de muchas de esas normas, las partes coincidían en que constituían derecho consuetudinario, lo cual allanaba la tarea del tribunal y se ha considerado, implícitamente, que tales prácticas resultaban evidentes.

Por último es de reiterar lo ya dicho respecto de la jurisprudencia sentada por la Corte y otros tribunales, en que la misma se advierte en el presente caso, no solo como medio auxiliar para interpretar y aplicar el derecho internacional sino -en ciertos supuestos- como factor coadyuvante en la formación del derecho internacional, al redimensionar el alcance y sentido de ciertas disposiciones frente a los hechos concretos del conflicto objeto de decisión o la ausencia de títulos o de normas aplicables para las partes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARBERIS, Julio (1994): *Formación del derecho internacional* (Buenos Aires, Editorial Ábaco) 324 pp.

⁴⁷ CIJ, *Caso Alemania vs. Italia sobre Inmunidad Jurisdiccional del Estado* (2012).

- BUERGHENTAL, Thomas (2009): "Lawmaking by the ICJ and Other International Courts", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* (n° 103): pp. 403 - 406.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio (2005): "El tema de las efectividades en el Caso concerniente a la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan entre Indonesia y Malasia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (n° 5): pp. 587-609. Disponible en <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amdi/article/view/16574>>, fecha consulta: 13 abril 2013.
- REMIRO, Antonio, RIQUELME, Rosa, DIEZ, Javier; ORIHUELA, Esperanza y PEREZ-PRAT, Luis (1997): *Derecho Internacional* (Madrid, Editorial McGraw-Hill) 1269 pp.
- PAGLIARI, Arturo (2007): *Curso de Derecho Internacional Público* (Córdoba, Editorial Advocatus) 734 pp.
- SANTOS, José (2012) "Alocución del Presidente Juan Manuel Santos sobre el fallo de la Corte Internacional de Justicia", AA.VV.: *Presidencia de la Republica de Colombia – Sistema Informativo del Gobierno* (Bogotá, 19 de noviembre de 2012, Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica de Colombia). Disponible en <http://wsp.presidencia.gov.co/Prensa/2012/Noviembre/Paginas/20121119_02.aspx>, fecha de consulta: 11 junio 2013.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Montego Bay, 10 diciembre 1982. Entrada en vigor: 16 noviembre 1994. Disponible en <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convenmar_es.pdf>, fecha de consulta: 11 junio 2013.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Organización de las Naciones Unidas: 24 de octubre 1945.
- Ley Fundamental de la Gran Colombia, de 1819.
- Protocolo del Tratado de Managua de Esguerra – Bárcenas, 5 mayo de 1930.
- Tratado de Arosema-Guzmán, 14 septiembre de 1881, establece un tratado de "arbitramento juris" de delimitación territorial entre Colombia y Venezuela. Acta de Canje de Instrumentos de Ratificación: Caracas, 9 junio de 1882.

MASTAGLIA, GABRIELA TERESITA (2013): CUESTIONES TERRITORIALES RELATIVAS AL DERECHO DEL MAR. COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO: DIFERENDO TERRITORIAL Y MARÍTIMO (NICARAGUA VS. COLOMBIA) DE 19 NOVIEMBRE 2012

Tratado de Límites entre las Juntas Gubernativas de Buenos Aires y del Paraguay. Congreso de Cúcuta: 17 diciembre de 1819.

Tratado de Unión y Alianza entre Argentina y Paraguay de 1811.

Tratado Internacional entre Colombia y Nicaragua (Esguerra-Bárceñas) establece límites marítimos entre Colombia y Nicaragua. 24 de marzo de 1928.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Internacional de Justicia, *Caso Diferendo fronterizo: Burkina Faso vs. Mali (1986)*: 22 diciembre 1986. Disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf>, fecha consulta: 11 junio de 2013.

_____, *Caso El Salvador vs Honduras; Nicaragua (interviniente) relativo al diferendo fronterizo terrestre, insular y marítimo (1992)*: 11 septiembre 1992. Disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1992-1996.pdf>, fecha consulta: 11 junio de 2013.

_____, *Caso Qatar vs. Bahrein; relativo a la Delimitación marítima y cuestiones territoriales (2001)*: 16 marzo 2001. Disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1997-2002.pdf>, fecha consulta: 11 de junio 2013.

_____, *Caso Indonesia vs. Malasia; relativo a la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (2002)*: 17 diciembre 2002. Disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1997-2002.pdf>, fecha consulta: 11 junio de 2013.

_____, *Caso Bosnia y Herzegovina vs. Serbia y Montenegro; sobre Aplicación de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (2007)*: 26 febrero 2007. Disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_2003-2007.pdf>, fecha consulta: 11 junio de 2013.

_____, *Caso Alemania vs. Italia sobre Inmunidad Jurisdiccional del Estado (2012)*: 3 febrero 2012. Disponible en <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/reports/report_2008-2010.pdf>, fecha consulta: 11 junio de 2013.

_____, *Caso Nicaragua vs. Colombia sobre Diferendo territorial y marítimo* (2007): sentencia excepciones preliminares, 13 diciembre 2007. Disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/124/14305.pdf>>, fecha de consulta: 11 de junio 2013.

_____, *Caso Nicaragua vs. Colombia sobre Diferendo territorial y marítimo* (2012): 19 noviembre 2012. Disponible en <<http://www.icj-cij.org/docket/files/124/17164.pdf>>, fecha de consulta: 11 de junio 2013.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Dinamarca vs. Noruega sobre el Status jurídico de Groenlandia Oriental* (1933): 5 septiembre 1933. Disponible en <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1933.04.05_greenland.htm>, fecha consulta: 11 junio de 2013.

Tribunal Arbitral, *Caso delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República francesa* (1977): 30 junio 1977. Disponible en <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVIII/3-413.pdf>, fecha consulta: 11 junio de 2013.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. ALCANCE Y POLÍTICA EDITORIAL

1. *Ars Boni et Aequi* tiene el cometido de contribuir al desarrollo de la Ciencia Jurídica a través de la publicación de investigaciones originales e inéditas circunscritas a las diversas ramas del Derecho, que invite a todos los operadores jurídicos a un constante estudio, reflexión, análisis, crítica y proposiciones en el ámbito jurídico iberoamericano.
2. Su principal objetivo es comunicar conocimientos jurídicos derivados de investigación científica, fundamental y aplicada (estudios). Asimismo tiene como propósito compartir opiniones jurídicas fundadas respecto de materias legales o instituciones jurídicas (ensayos); participar cuestiones jurídicas de actualidad y novedosas para el ámbito chileno (crónicas); y comentar jurisprudencia desde una perspectiva crítica (comentarios de jurisprudencia).
3. Se trata de una publicación en formato electrónico e impreso de periodicidad semestral. El n° 1 de cada año aparece en junio, y el n° 2, en diciembre.
4. Se convoca al envío de colaboraciones para cubrir las cuatro secciones permanentes de la Revista (estudios, ensayos, crónicas y comentarios de jurisprudencia) a todos los investigadores y estudiosos del Derecho, nacionales y extranjeros, a fin de evaluar sus trabajos y de ser aprobados posibilitar su publicación y difusión. Las colaboraciones se reciben durante todo el año, sin embargo, se recomienda enviarlas antes del 15 de abril para el primer semestre, y antes del 15 de octubre para el segundo semestre, a fin de que completen el proceso de evaluación y aprobación, y logren ser incluidas en el n° 1 y n° 2 correspondientes.
5. El envío de una colaboración supone el compromiso del autor de no someterlo simultáneamente a la evaluación de otras publicaciones periódicas. Además supone la cesión de derechos de autor a la Revista, una vez aprobado el artículo, para efectos de su reproducción.
6. La admisión de la colaboración procederá conforme a un sistema de arbitraje de doble anonimato, el cual consiste en la revisión y la evaluación de la colaboración por un académico nacional o extranjero, externo a la entidad o institución editora de la Revista, designado por la Directora responsable a proposición del Comité Editorial de la Revista.

7. Los colaboradores cuyos trabajos fueren aceptados y publicados en la Revista, recibirán gratuitamente un ejemplar de la que contenga su colaboración y 10 separatas.

II. FORMA Y PREPARACIÓN DE MANUSCRITOS

1. Las colaboraciones pueden presentarse en idioma español o inglés, en páginas tamaño carta, numeradas y completamente legibles, letra Times New Roman, tamaño 12, con un interlineado a espacio y medio, y con un espacio adicional entre párrafos. Debe estar encabezado por el título completo en español, mayúscula y negrita. Luego se agrega su traducción al inglés, en minúscula y cursiva.
2. Seguidamente debajo del título se ha de consignar el nombre del autor y su afiliación institucional, indicando ciudad y país de la institución. Luego, un resumen de no menos de 100 ni más de 150 palabras y de tres a cinco palabras clave, al menos en español, y preferentemente también en inglés.
3. Los títulos y subtítulos correspondientes a las divisiones principales del artículo deberán ser claros, concisos, debidamente relacionados con los contenidos del mismo y sin subrayados de ninguna especie.
4. En cuanto a las divisiones del texto y su enumeración se recomienda utilizar un máximo de cuatro niveles, enumerados con números romanos, arábigos, letra mayúscula y letra minúscula, seguidos de punto final o paréntesis, del modo que se ejemplifica a continuación:

I. TÍTULO DEL APARTADO (primer nivel) (letra negrita, mayúscula, con número romano seguido de punto).

1. Título de subapartado (segundo nivel) (letra negrita y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con número arábigo seguido de punto).

A) TÍTULO DE SUBAPARTADO (tercer nivel) (letra con efecto versalitas y cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra mayúscula seguida de cierre de paréntesis).

a) Título de subapartado (cuarto nivel) (letra cursiva, minúscula salvo la primera letra, con letra minúscula seguida de cierre de paréntesis).

5. No se enumerarán los apartados correspondientes a la introducción, conclusiones, listado bibliográfico, jurisprudencial y de normas, solo deben

indicarse con el mismo formato que los títulos de los apartados, pero sin números o letras.

6. No se usará letra negrita, salvo para los títulos de conformidad a lo explicado precedentemente. Tampoco se usará el subrayado, solo se usará cursiva para destacar una palabra u oración del trabajo o de sus citas. De la misma forma, se recomienda cursiva en los títulos de obras y revistas, para los títulos de fuentes, para la transcripción de texto de fuentes (por ejemplo, artículos de un código o ley o párrafos de una sentencia y palabras en otro idioma).
7. Se utilizará el sistema de citación con notas a pie de página numeradas consecutivamente y ajustadas a las normas de publicación adoptadas por la Revista.

III. ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. Los trabajos que deseen publicarse en la Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, deberán enviarse a la Directora Responsable Sra. Regina Ingrid Díaz Tolosa, vía electrónica a la casilla arsboni@ubo.cl, con copia a reginad@ubo.cl.
2. En hoja separada debe incluirse una biografía corta de cada uno de los autores de no más de 50 palabras, incluyendo grados académicos, ocupaciones y cargos actuales, publicaciones principales, correo electrónico, dirección postal y teléfono.
3. También deberá adjuntarse una carta en la que los autores señalan que el trabajo es inédito y que se comprometen a no someterlo simultáneamente a la consideración de otras publicaciones periódicas. Asimismo, los autores de los artículos informarán si dicho trabajo se publicará como parte de un libro o un texto mayor.
4. El sistema de citación adoptado por la Revista corresponde a las normas de la *International Standardization Organization*, ISO 690 e ISO 690-2, en relación con sus equivalentes emanadas del Instituto Nacional de Normalización: NCH1143.Of1999 Documentación – Referencias bibliográficas – Contenido, forma y estructura, y NCH 1143/2.Of2003 Información y documentación – Referencias bibliográficas – Parte 2: Documentos electrónicos o partes de ellos, las que han sido declaradas norma chilena oficial por Resolución n° 75 de 1999 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 24 de febrero de 1999 y Resolución n° 92 de 2003 del Ministerio de Economía, Diario Oficial de 13 de marzo de 2003, respectivamente.

5. **Referencias bibliográficas:** Al final del trabajo irá un listado de todas las referencias bibliográficas efectivamente citadas o referidas bajo el título de *Bibliografía citada*. La lista se ordena alfabéticamente por su primer elemento, que es el apellido del autor, junto a su año de publicación, entre paréntesis. Si se dictan dos o más obras de un mismo autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán entre sí, con letras minúsculas a), b), c), etc., a continuación del año y dentro del paréntesis. El o los apellidos del autor se escribirán en versalitas y el nombre en redonda. En ningún caso podrán ser citadas dos fuentes bibliográficas diferentes en una sola referencia. En esta lista, la referencia de los libros contendrá una indicación del número total de páginas; y la referencia a los artículos de revista y de capítulo de libros hará indicación de los números de página de inicio y final. Con uso de sangría francesa. Ejemplos:

a) *Referencia de libro*

BENADAVA, Santiago (1989): *Derecho Internacional Público* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 377 pp.

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva) / número de edición (excepto la primera) / (lugar de publicación, editorial) / paginación (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

b) *Referencia de traducción*

AKEHURST, Michael (1972): *Introducción al Derecho Internacional* (Traducc. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial) 434 pp.

Elementos: Autor(es) ya sea institución o persona, / (año de publicación): / título de la publicación (en cursiva) / número de edición (excepto la primera) / (Traducc. nombre del traductor, lugar de publicación, editorial) / paginación (si se trata de obras de más de un volumen se debe indicar el número de éstos sin mencionar las páginas).

c) *Referencia de capítulo de libro*

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", LLANOS MANSILLA, Hugo y Picand ALBÓNICO, Eduardo (coordinadores académicos), *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 145 - 184.

Elementos: Autor(es) del capítulo o artículo/ (año de publicación): / "título del capítulo o artículo" / nombre del autor(es) o del coordinador(es) del libro, cuando éste difiere del autor del capítulo o artículo (indicando su calidad de editor(es) o coordinador(es), / título del libro (en cursiva) / (lugar de publicación, editorial) / paginación.

d) *Referencia de artículo de revista*

VAN DE WYNGARD, Jorge (2010): "La potestad disciplinaria de las fuerzas armadas y carabineros: un análisis constitucional", *Ars Boni et Aequi* (n° 6): pp. 27 - 79.

Elementos: Autor(es) del artículo / (fecha): / "título del artículo" / título de la Revista (en cursiva) / (volumen (cuando la Revista lo incluye) o número): / paginación.

e) *Referencia de documentos en formato electrónico*

BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea", AA.VV.: *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 67 p., disponible en: <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, fecha de consulta: 22 mayo 2007.

f) *Referencia de dos obras del mismo año del mismo autor*

Si se citan dos o más obras de un determinado autor, publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra, que sigue al primer apellido y el año de la obra:

NOGUEIRA (2007a) y NOGUEIRA (2007b).

6. **Referencias de normas:** Luego del listado de referencias bibliográficas, se debe incluir uno de todas las referencias legales o normativas, bajo el título *Normas jurídicas citadas*. Dicho listado se limitará a las normas efectivamente citadas o referidas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente, de menor a mayor número, si es del caso, y se usará sangría francesa. En el caso de una ley, se indicará el número de la ley y la denominación oficial si la tiene / el título de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de la publicación en que aparece oficialmente/ la fecha de publicación (día, mes y año). Ejemplo:

Ley n° 20.431, establece normas que incentivan la calidad de atención al contribuyente por parte del servicio de impuestos internos. *Diario Oficial*, 30 abril 2010.

7. **Referencias de sentencias:** Tras el listado de referencias legales, se debe incluir uno de todas las sentencias efectivamente citadas o referidas en el trabajo, bajo el título *Jurisprudencia citada*. Las sentencias se ordenarán por tribunal con un criterio alfabético y cronológico. Si existieran diversas sentencias en el mismo tribunal y año se ordenarán alfabéticamente por el nombre de las partes. Se usará sangría francesa. La referencia hará indicación del tribunal / nombre de las partes en cursiva (si se trata de sentencia civil), nombre del procesado (si se trata de sentencia penal), nombre del caso (si se trata de sentencia internacional), nombre por el que se conoce el requerimiento (si se trata de sentencia de Tribunal Constitucional) / el año de la sentencia (entre paréntesis y redonda) seguido de dos puntos (:)/ fecha (día, mes y año) / n° rol, de serie, de expediente u otro equivalente / fuente de localización. Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigán y otros* (2009): 13 abril 2009, rol n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927): 7 septiembre 1927, serie A n° 10. Disponible en <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, fecha consulta: 26 marzo 2012.

Corte Suprema, *Contra Contreras Sepúlveda y otros (Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez)* (2004): 17 noviembre 2004, rol n° 517-2004. Disponible en *Ius et Praxis* (vol. 10 n° 2): pp. 337 – 375.

Tribunal Constitucional, *Requerimiento respecto del Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989* (2000): 4 agosto 2000, rol n° 309. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_expediente.php?id=29863/>, fecha consulta: 15 diciembre 2012.

8. **Notas al pie de página:** Las notas al pie de página irán numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice, en que se incluirán las referencias o citas abreviadas a obras, normas y jurisprudencia y, solo excepcionalmente, se admitirán textos de desarrollo.

a) *Referencia abreviada de obras*

En las referencias abreviadas de libros, artículos de revista y demás formatos se señalará en la nota al pie: solo el primer apellido del autor (en versalitas), el año (entre paréntesis) y el número o números de la página o de las páginas precisas en que aparece la referencia citada. Se recomienda no efectuar citas de trabajos que no han sido confrontados directamente por el autor, ya sea críticamente o siguiendo sus planteamientos. Los lectores podrán verificar los datos completos de la referencia en la *bibliografía citada*, al final del trabajo (que se describe más arriba). Ejemplos:

Obras con un autor: MANSON (1978) p. 52.

Obras con dos autores (los apellidos se unen por medio de la conjunción y): FIX-ZAMUDIO y VALENCIA (2003) p. 247.

Si una obra tiene tres, cuatro o más autores, se citan todos los autores en la lista de referencias final. En las notas al pie de página se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de *et al.*, año de publicación y página respectiva: ALESSANDRI *et al.* (1990) p. 20.

En el caso que se citen dos o más obras de diferentes autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación, separados por una coma: GARCÍA (2007) p. 84, NOGUEIRA (2007) p. 145, CEA (2006) p. 135.

b) *Referencia abreviada de normas jurídicas*

Se deberán indicar en cada caso el número de la ley y su año. Los lectores podrán verificar los datos completos de la ley señalada en el listado de normas citadas, al final del trabajo. Ejemplo:

Ley n° 20.431, de 2010.

c) *Referencias abreviadas de jurisprudencia*

Las citas al pie de página de jurisprudencia deberán indicar el nombre del tribunal, los apellidos de las partes, nombre del caso o norma revisada (en el caso de sentencias de tribunales constitucionales) (en cursiva), el año de la sentencia y su n° de rol, serie, expediente o su equivalente (entre paréntesis), página, párrafo o considerando, según corresponda. De este modo, los lectores podrán verificar los datos completos de la sentencia en el listado de jurisprudencia citada al final del trabajo. Ejemplo:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigan y otros* (2009, rol n° 2447-2008) considerando 3°.

Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso Lotus* (1927, serie A n° 10) p. 14.

Tribunal Constitucional, *Convenio n° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* (2000, rol n° 309).

9. **Presentación de gráficos, tablas, figuras o imágenes:**

a) *Tablas*

Las tablas se realizarán en formato Word, llevarán un título conciso y serán enumeradas correlativamente con números arábigos, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **TABLA N° 1, TABLA N° 2, TABLA N° 3**. Las observaciones adicionales se incluirán al pie de la tabla, irán organizadas en columnas y filas. Se cita en el texto por el número de la tabla, esto es, utilizando el número específico de la tabla. Ejemplo: Como se muestra en la Tabla n° 1.

b) *Figuras (gráficos e imágenes)*

Se considerará figura a todo tipo de material gráfico que no sea tabla (diagrama, gráfico, fotografía, dibujo, entre otros). Las figuras se realizarán en formato .jpg (resolución mínima 350 ppp (puntos por pulgada) y tamaño máx. de 15 cm. de ancho por 18 cm. de alto; todos los elementos deben ser legibles; entre 8 y 14 puntos. Enumere todas las figuras de manera consecutiva con números arábigos a la largo de todo el texto, usando letra mayúscula negrita. Ejemplo: **Figura n° 1, Figura n° 2, Figura n° 3**. Dentro del texto, se refiere a las figuras por sus números. Ejemplo: Como se muestra en la Figura n° 1 o véase la Figura n° 2.

IV. PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN Y APROBACIÓN DE ARTÍCULOS

1. El Comité Editorial se reserva el derecho de rechazar los artículos antes de enviarlos a arbitraje en el caso que no se ajusten a los lineamientos de la Revista.
2. Los parámetros utilizados por los pares académicos para la evaluación de los trabajos son los siguientes: originalidad del trabajo; desarrollo de argumentos; redacción, sintaxis, ortografía, estilo, extensión y estructura del trabajo; pertinencia y actualidad de la bibliografía; concordancia entre títulos, resúmenes y palabras claves con el contenido del trabajo; calificación del trabajo como estudio, ensayo, crónica o comentario de jurisprudencia.

3. El resultado del arbitraje será comunicado al autor. Este tendrá que ajustar el trabajo a las observaciones o recomendaciones hechas por los arbitradores si desea la aceptación del mismo para publicación.
4. Recibida la versión ajustada, se revisa si han sido salvadas por el autor las observaciones hechas a su trabajo. Tras esta revisión, pueden realizarse nuevas recomendaciones al autor. Se establece un máximo de hasta dos correcciones por trabajo. Si en la tercera revisión el artículo no cumple plenamente con las observaciones formuladas, este se entenderá rechazado por el Comité Editorial.
5. Aprobado el artículo, el Comité de Redacción lo revisa desde el punto de vista formal (estilo, lenguaje, ortografía, normas de edición, traducciones al inglés). Tras esta revisión, puede solicitarse al autor completar datos bibliográficos o notas a pie de página de ser necesario.
6. Dos meses antes del lanzamiento de cada número, se prepara el cierre del proceso de edición correspondiente, ordenando la aparición de los originales aprobados en cada una de las cuatro secciones de la Revista, conforme a la rama del Derecho a la que se pueden adscribir, según el siguiente criterio de prelación: Derecho Internacional, Derecho Político, Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Laboral, Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, Enseñanza del Derecho.
7. Los primeros días del mes de junio, y de diciembre, se publican los artículos aceptados durante el primer y segundo semestre, respectivamente, en la versión electrónica de la Revista y se procede al envío de los archivos a las bases electrónicas en las cuales se encuentra la Revista indexada. Dentro de los mencionados meses, asimismo, se realiza el envío gratuito de ejemplares a las principales bibliotecas del país, a los miembros de los tribunales superiores de justicia y a los más célebres estudios jurídicos chilenos.

INSTRUCTIONS TO AUTHORS

I. SCOPE AND POLICY

1. *Ars Boni et Aequi* is committed to contribute to the development of Legal Science through the publication of original and unpublished researches confined to the various branches of law, to invite all legal operators to constant study, reflection, analysis, critical and propositions in Latin-American juridical area.
2. Its main objective is to communicate legal knowledge derived from scientific research, fundamental and applied (studies). It also aims to share legal opinions concerning legal matters or legal institutions (essays); to participate new and current legal issues for the Chilean system (reports) and to comment jurisprudence from a critical perspective (case law reviews).
3. This is an electronic and printed publication presented every six months. The n° 1 of each year appears in June, and n° 2, in December.
4. We invite to all researchers and students of law, domestic and foreign, to submit articles to cover the four regular sections of the magazine (studies, essays, reports and case law reviews). The works are evaluated and if they are approved we permit their publication and dissemination. Contributions are received all the year, however, we recommend submissions before April 15 for the first semester, and before October 15 for the second one, in order to complete the approval process.
5. Sending an original article to the editor implies that the author is not going to submit it simultaneously to other periodicals. Also assigns the copyright of the text, once admitted, to *Ars Boni et Aequi*.
6. The admission of the article will be followed by a double-blind system of review, in which a national or foreign scholar, external to the institution or magazine editor, appointed by the Director responsible proposition Editorial Board of the Journal, will review and evaluate the work.
7. The authors, whose works were accepted and published in the Journal, will receive a free copy with it and 10 offprints.

II. FORM AND PREPARATION OF MANUSCRIPTS

1. The articles can be submitted in English or Spanish, letter-size page, numbered and fully legible, font Times New Roman, size 12, line spacing to double spacing, and with an extra space between paragraphs. It should be headed by the full title in English, bold capitals. Then add a Spanish translation, in lowercase italics.
2. Immediately below the title must include the the author's full name (written in lowercase except the initial letters, which must be written in capital letters) and her/his institutional affiliation, indicating city and country of the institution. Then, an abstract of no less than 100 or more than 150 words and three to five keywords, at least in English, and preferably also in Spanish.
3. The titles and subtitles for the main divisions of the article should be clear and concise properly related the contents thereof without underlined whatsoever.
4. As for the divisions of the text and its listing is recommended up to four levels, numbered with Roman numerals, Arabic numerals, uppercase and lowercase, followed by endpoint or parentheses, as exemplified below:

I. SECTION TITLE (first level) (bold, uppercase, with Roman number followed by dot).

1. Subsection title (second level) (bold and italics, lowercase except the first letter, with Arabic numeral followed by dot).

A) SUBSECTION TITLE (third level) (VERSALES and italics, lowercase except the first letter, with capital letter followed by closing parenthesis).

a) *Title of subsection* (fourth level) (italics, lowercase except the first letter, with lower case letters followed by closing parenthesis).

5. No listing the sections relating to the introduction, conclusions, bibliographical list, judicial rules and norms, should only be provided with the same format as the titles of the chapters, but no numbers or letters.
6. You do not use bold, except for titles as explained above. Neither use underlining. Italics will be used only to highlight a word or sentence from work or notes. Similarly, it is recommended italics in titles of books and periodicals, for titles of sources, to transcribe text sources (eg, articles of a code or law or paragraphs of a sentence and words in another language).

7. It will be used a citation system with footnotes numbered consecutively and adjusted to the standards adopted by the Journal.

III. ORIGINAL SUBMISSIONS AND PUBLICATION STANDARDS

1. The articles to be published in the Law Review of Universidad Bernardo O'Higgins, *Ars Boni et Aequi*, must be submitted to the Director-in-Chief, Mrs. Regina Ingrid Díaz Tolosa, by email to address arsboni@ubo.cl, with copy to reginad@ubo.cl.
2. On a separate page should include a short biography of each one of its authors of no more than 50 words, considering academic degrees, jobs, current positions, major publications, email and postal addresses and telephone.
3. Also must be attach a letter in which the authors note that the work is unpublished and undertake not to submit simultaneously to other journals. Also, the authors of the articles report if such work is published as part of a text book or greater.
4. The citation system adopted by the Journal corresponds to the standards of the *International Standardization Organization*, ISO 690 and ISO 690-2, in relation to their equivalent issued by the Chilean National Standards Institute: NCH1143.Of1999 Documentation - Bibliographic references - Content, form and structure, and NCH 1143/2.Of2003 Information and documentation - Bibliographic references - Part 2: Electronic documents or parts thereof, which have been declared official Chilean Standard by Resolution n° 75 of 1999 of the Ministry of Economy, *Diario Oficial*, 24 February 1999 and Resolution n° 92 of 2003 of the Ministry of Economy, *Diario Oficial*, 13 March 2003, respectively.
5. **Bibliographic references:** At the end of the work will be a list of all references effectively cited or referred under the title *Bibliography cited*. The list must be sorted alphabetically according to the last name of the author, with its year of publication in parentheses. If there are two or more works by the same author published in the same year, they must be distinguished in parentheses by small letters a), b), c), etc., as well as the year of publication. The last names of the author are written in VERSALES and name in round. In no case can be said two different literature sources in a single reference. In this list, reference books contain an indication of the total number of pages, and the reference to journal articles and chapters of books will display the page numbers start and end. Examples:

a) *Book reference*

ADAMS, Randolph G. (1958): *Political Ideas of the American Revolution* (3rd edition, New York, Barnes Noble Inc.) 216 p.

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (place of publication, publisher) / page (if For works with more than one volume, indicate the number of pages to mention them).

b) *Translation reference*

AKEHURST, Michael (1972): *Introduction to International* (Traducc. Manuel Medina Ortega, Madrid, Alianza Editorial) 434 pp.

Elements: Author (s) (either institution or person), / (year of publication): / title of the publication (in italics) / edition number (except the first) / (Traducc. translator name, place of publication, publisher) / page (if it works for more than one volume, indicate the number of pages to mention them).

c) *Books chapters reference*

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo and MALDONADO PAREDES, Antonio (2008): "Extradición y crímenes internacionales: El caso Fujimori ante la justicia chilena", LLANOS MANSILLA, Hugo and Picand ALBÓNICO, Eduardo (coordinators), *I Estudios de Derecho Internacional, libro homenaje al profesor Santiago Benadava* (Santiago, Editorial Librotecnia) pp. 145 – 184.

Elements: Author (s) of the chapter or article / (year of publication): / "title of chapter or article" / name of the author (s) or coordinator (s) of the book, when it differs from the author of the chapter or article (indicating his capacity as editor (s) or coordinator (s) / book title (in italics) / (place of publication, publisher) / page.

d) *Periodical's articles reference*

WALDRON, Jeremy (2005): "Foreign Law and the modern *Jus Gentium*", *Harvard Law Review* (vol. 119 n° 1): pp. 129 – 147.

Elements: Author (s) Item / (date) / "Item Title" / title of the journal (in italics) / (volume (when the magazine is included) or number): / paging.

e) *Electronic documents reference*

BASSIOUNI, M. Cherif (2005): "Jurisdicción universal para crímenes internacionales: perspectivas históricas y práctica contemporánea", AA.VV.: *18 Ensayos Justicia Transicional, Estado de Derecho y Democracia* (Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) 67 p., available at <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Bassiouni_JurisdiccionUniversal.pdf>, accessed: May 22, 2007.

f) *Reference of two works of the same year by the same author*

When citing two or more works by a particular author, published in the same year, will be distinguished by a letter, which follows the first name and the year of the work:

NOGUEIRA (2007a) and NOGUEIRA (2007b).

6. **Statutory materials references:** After the list of bibliographic references, must be included one of all legal or regulatory references, entitled *Statutory materials cited*. This list is limited to the rules effectively quoted or referred in the work. The must be sorted alphabetically, from lowest to highest number, if applicable. In the case of a law, state the number of the law and if any official name / title of the publication in which it appears officially / date of the publication in which it appears officially / publication date (day, month and year). Examples:

Declaration of Independence of the United States of America (4 July 1776)
U.S.C.A. *Constitution* (first volume, pp. 1 – 5).

Law n° 20.431 establishes quality standards that encourage taxpayer assistance from the Internal Revenue Service. *Official Journal*, April 30, 2010.

Statute of the Permanent Court of International Justice. League of Nations, 16 December 1920, available at <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/40421d5e4.html>>, accessed: March 26, 2012.

7. **Case References:** After the legal reference list, must be included one of all sentences actually quoted or referred to in the work, entitled *Case law cited*. The sentences were ordered by the court with alphabetical and chronological approach. If there are several statements in the same court and shall be ordered alphabetically according to the name of the parties. The reference shall mention: The court / name of the parts in italics (if it is a civil judgment), name of the accused (in the case of criminal judgment),

case name (if it is an international judgment), the name by which requirement is known (if it is Constitutional Court judgment) / year of the judgment (round brackets) followed by a colon (:)/ date (day, month and year) / n° role, serie n° or equivalent / source location. Examples:

Corte de Apelaciones de Santiago, *Contra Radrigan y otros* (2009): April 13, 2009, role n° 2447-2008, *Westlaw* CL/JUR/8560/2009.

Corte Suprema, *Contra Contreras Sepúlveda (Caso Miguel Angel Sandoval Rodríguez)* (2004): November 17, 2004, role n° 517-2004. Available in *Ius et Praxis* (Vol. 10 n° 2): p. 337 – 375.

International Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* (1970) (1971): June 21, 1971, advisory opinion, available at <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=a7&case=53&code=nam&p3=4>>, accessed: March, 26 2012.

Permanent Court of International Justice, *Lotus case* (1927): September 7, 1927, Series A n° 10. Available at <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm>, accessed: March 26, 2012.

8. **Footnotes:** Footnotes must be numbered in Arabic characters and they must be inserted in a superscript format, which will include references or short citations to works, norms and jurisprudence, and, only exceptionally, the inclusion of text will be permitted.

a) *Brief bibliographic references*

Abbreviated references in books, magazine articles and other formats will be noted in the footnote: only the first author's last name (in VERSALES), year (in brackets) and the number or numbers of the page or pages accurate in the cited reference appears. It is recommended not to make references to jobs that have not been addressed directly by the author, either critically or at their approaches. Readers can check the full details of the reference in the *Bibliography cited* list at the end of work (described above). Examples:

Works by one author: MANSON (1978) p. 52.

Works by two authors (surnames are joined by the conjunction and): FIX-ZAMUDIO AND VALENCIA (2003) p. 247.

If a work has three, four more authors, cite all authors in the reference list end. In the footnotes page is written only the first author followed by *et al.*, Year of publication and page respectively: ALESSANDRI *et al.* (1990) p. 20.

In case citing two or more works by different authors in the same reference, write the names and respective years of publication, separated by a comma: GARCÍA (2007) p. 84, NOGUEIRA (2007) p. 145, CEA (2006) p. 135.

b) Brief Statutory Materials References

It shall indicate in each case the number of the law and your year. Readers can check the full details of the law mentioned in the list above rules, after work. Example: Law n° 20.431 of 2010.

c) Brief case references

The footnotes of jurisprudence shall indicate the name of the court, the name of the parties, the name case or revised norm (constitutional court decisions) (in italics), the year of the sentence and its role n°, series, file or its equivalent (in parentheses), page, paragraph, or considering. Thus, readers can check the full details of the judgment in the list of *Case cited* at the end of the work. Example: Corte de Apelaciones de Santiago, Contra Radrigan y otros (2009, role n° 2447-2008) pár. 3°. Permanent Court of International Justice, Lotus case (1927, Series A n° 10) p. 14.

9. Presentation of graphs, tables, figures and images:

a) Tables

The tables will be in Word format, with a concise title and be numbered consecutively with Arabic numerals, capital letters using bold. Example: **TABLE N° 1, TABLE N° 2, TABLE N° 3**. Additional observations will be included at the bottom of the table, will organized in columns and rows. In the text the tables are cited by its number, that is, using the specified number of the table. Example: As shown in Table n° 1.

b) Figures (graphics and photos)

It will be considered *figure* any kind of graphic material than is not a table (chart, graph, photograph, drawing, etc.). The figures are made in .jpg (minimum resolution 350 dpi (dots per inch) and max. size 15 cm. wide x 18 cm. high; all items must be legible; between 8 and 14 points. List all Figures consecutively with Arabic numerals in the text, using bold capital letter. Example:

FIGURE N° 1, FIGURE N° 2, FIGURE N° 3. In the text, the figures are referred to by their numbers. Example: As shown in Figure n° 1 or see Figure n° 2.

IV. PROCEDURE FOR ARTICLES REVIEW AND APPROVAL

1. Before sending the articles to arbitration, the Editorial Board reserves the right to reject articles if they are not adjusted to the guidelines of the Journal.
2. The evaluation parameters are: originality of the work, developing arguments, writing, syntax, spelling, style, size and structure of work, relevance and timeliness of the literature, agreement between titles, summaries and key words with the content of the work; the classification of the work as a study, essay, report, or case law review.
3. The arbitration result will be communicated to the author, who will have to adjust his/her work to the observations or recommendations made by the arbitrators.
4. The new version of the article received is checked if there have been saved by the author the observations done to his/her work. After this review, new recommendations can be realized to the author. It provides a maximum of up to two corrections work. If in the third review article does not fully comply with the observations, this means it will be rejected by the Editorial Board.
5. The approved article is formal checked by Draft Committee (style, language, spelling, procedure of edition, translations into Spanish). After this review, the author can be requested to complete bibliographical information or footnotes if it is necessary.
6. Two months before the release of each issue, ends the corresponding editing process, and proceed to the publication of the original approved in each of the four sections of the Review in accordance with the branch of the Law or Science of the Law to which it is possible to assign the article, according to the following criterion of marshalling: International Law, Constitutional Law, Criminal Law, Procedural Law, Labour Law, Civil Law, Commercial Law, Legal Philosophy, Legal History, Legal Education.
7. The first day of June and December, accepted papers are published in the first and second half, respectively, in the electronic version of the Journal and proceeds to send files to the electronic database which is indexed the Journal. Within the mentioned months, also performed free shipping copies to major libraries in the country, members of the superior courts and the most famous Chilean legal buffets).