



número 5

EL CHILE PENDIENTE



PROYECTO DE LEY DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO:	3
DERECHO AL ABORTO O DERECHO A LA VIDA:	9
¿A QUÉ TENGO DERECHO?	9
¿COMETIÓ GENOCIDIO LA DICTADURA DE PINOCHET?	12
CHILE: ¿CAMBIO CULTURAL?	23
EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN	25
ESTUDIANTES, BUENAS FORMAS Y ABOGADOS	33
SOBRE EL RECHAZO DE LA ADMISIBILIDAD DE UNA DEMANDA COLECTIVA	36
EFEMÉRIDES	39

Editor:

Octavio Crespo.

Dirección de arte y programación:

Patricio Rodríguez.

Consejo Editorial:

Germán González Pardo

María Isabel Rivera

Edgardo Viereck.

Colaboran en esta edición:

José Antonio Henríquez Muñiz

Roberto Garretón Merino

María Agustina Otaola

Ernesto Vásquez Barriga

María Isabel Rivera

Andrés Parra Vergara

Edgardo Viereck.

La Asociación de Abogados de Chile se exime de toda responsabilidad civil, penal, o de cualquier otra naturaleza por las opiniones, juicios o calificativos utilizados en los artículos contenidos en la presente publicación, los que son de exclusiva responsabilidad de sus autores, así como también la integridad y originalidad de los mismos.

PROYECTO DE LEY DE INTERRUPTCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO:

Principales aspectos y fundamentos dogmáticos



Sin lugar a dudas el Proyecto de Ley sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo no es solo un conjunto de normas que vienen a regular un importante tema de salud pública, sino que también permite a la mujer ejercer cierta libertad y autodeterminación respecto de su cuerpo que desde principios de los noventa se encontraba vedada. Todos recordaremos que antes del regreso a la democracia la práctica del aborto terapéutico se encontraba autorizado por la normativa legal, específicamente, en el artículo 119 del Código Sanitario. Al terminar la dictadura nuestro país pasó a ser una de las pocas naciones en el mundo en que el aborto se impide a todo evento, situación que se

mantiene hasta nuestros días.

En atención a la relevancia del tema, en conjunto con Corporación MILES, hemos decidido escribir el presente artículo, el cual tiene por finalidad mostrar los principales aspectos de esta normativa, así como también sus fundamentos empíricos y dogmáticos que avalan su debate en nuestro parlamento y posterior promulgación por parte del ejecutivo.

Las 3 causales de Aborto Terapéutico

Específicamente, los abortos por causa médica estimados sobre el promedio de nacidos vivos en Chile entre el año 2000

y el 2009 corresponden a Insuficiencia Renal Grave, Púrpura Trombocitopénica Trombótica, Falla Renal en Monorena Transplantada, Herpes Gestatione Grave, Cáncer de cuello Uterino de grado II o mayor y Sepsis Materna².

Las mujeres que son obligadas a llevar a término su embarazo cuando este presenta condiciones incompatibles con la vida extrauterina, se encuentran en un claro riesgo para su salud física y mental. En reiterados casos mujeres quedan con graves secuelas físicas y/o psicológicas, y algunas de carácter crónico, que les generan un tratamiento de por vida.

Por José Antonio Henríquez Muñiz

Abogados de la Universidad Diego Portales, Diplomado en Derecho Penal de la Universidad de Talca y la Pompeu Fabra de Barcelona, Magister (C) en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales.

Se ha desempeñado labores de docencia tanto a nivel de pregrado como posgrado en Justicia Penal Juvenil, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal. Ha desarrollado su carrera en diversas instituciones del mundo público y privado, desempeñándose como asistente investigador del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Asesor de la Defensoría Penal Pública, UNICEF, ONG MILES y Gendarmería de Chile. Actualmente se desempeña como Defensor Penal Público.

² Molina, Ramiro. (2012) "Aborto: Mitos y Realidades" Iniciativa Laicista. Número Especial. Octubre, Santiago, Chile.

Leer el ensayo completo

También ocurre con mujeres que presentan enfermedades crónicas -como una hipertensión arterial severa o enfermedad renal crónica-, que producto del embarazo, empeoran su situación de salud, y en algunas situaciones pueden poner en riesgo su vida.

En atención a estas consideraciones es que la primera causal de interrupción voluntaria del embarazo se refiere a aquella mujer que se encuentre en riesgo vital, presente o futuro, de modo que dicha interrupción evite un peligro para su vida (o salud).

A su vez, la segunda causal de interrupción se refiere a aquella en donde el embrión o feto padezca una alteración estructural congénita o genética incompatible con la vida extrauterina.

Respecto de esta segunda causal, de acuerdo a estadísticas del Ministerio de Salud, también existen casos en que la mujer presenta una alteración en su embarazo que la posiciona en una situación de riesgo de su salud e incertidumbre sobre si está en riesgo su vida. Esperar el desarrollo del embrión implica aumentar el riesgo para la vida y salud de la mujer.

Entre las categorías sobre embarazo terminado en aborto en el año 2012, el Departamento de Estadísticas del Ministerio de Salud señala son 30.434 registros de embarazo terminados en aborto. Las categorías con mayores registros corresponden a “otros productos anormales de la concepción” con 12.791, concentrado en el tramo de edad 20 a 44 años. Le sigue “aborto no especificado” con 7.952 registros y el aborto espontáneo registra 5.219 casos.

Existe un gran avance del diagnóstico prenatal en la medicina, lográndose hoy diagnosticar inviabilidades del embrión o feto que lo hacen incompatible con la sobrevivencia en las distintas etapas de su desarrollo. Los casos más frecuentes de inviabilidad fetal por causas genéticas y fallas en el desarrollo embriológico, de acuerdo al número de casos esperados por año corresponden a Agnesia del cuerpo calloso (748); Anencefalia (112); Riñón Poliquistico Bilat y Agnesia Ren bilat o Síndrome de

Potter (110); Acrania (87); Encefalocele (50) y Trisomía 18 (50); Trisomía 13 (13); Holoprosencefalia (7); Gemelos acárdicos (7); Displasia Tanatofórica (4); Pentalogía de Cantrell (4), con un total estimado de 1.192 casos cada año³.

En el caso de inviabilidad fetal, el Comité de Derechos de Naciones Unidas establece que: “El dolor que provoca el embarazo forzado en el supuesto de un embarazo con un feto anencéfalo –o bien, otra enfermedad mortal o condición de inviabilidad- es absolutamente injustificado, puesto que el ser humano que se forma en su vientre no sobreviviría al alumbramiento y, por tanto, incluso en la hipótesis que el feto tenga un derecho subjetivo a la vida, ésta no puede ser una causal para la prohibición del aborto (...)”⁴.



Por último, la tercera causal se refiere a aquella interrupción voluntaria del embarazo que es resultado de una violación, en los términos del inciso segundo del artículo siguiente, siempre que no hayan transcurrido más de 12 semanas de gestación.

Caso especial es el de la menor de 14 años, en el que la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de 18 semanas de gestación.

La violación también es un problema de salud. Las consecuencias de la violencia sexual son devastadoras para las víctimas, tanto a nivel de la salud física como psicológica. La violencia sexual es uno de los actos más hostiles que puede sufrir una persona. Una de las más dramáticas consecuencias de la violencia sexual es el embarazo no deseado.

Entre las consecuencias de salud que no son mortales se encuentran: estrés post-traumático, trauma, depresión, ansiedad, dificultades del sueño, comportamiento suicida, trastorno de pánico y lesiones físicas -como fístula traumática (desgarro)-, infecciones de transmisión sexual, disfunción sexual, aborto espontáneo, embarazo no deseado y aborto inseguro.

³ Ibid, 2012.

⁴ Comité de Derechos Humanos, 85º período de sesiones 17 de octubre a 3 de noviembre de 2005. Dictamen, Comunicación No. 1153/2003, CCPR/C/85/D/1153/2003 17 de noviembre de 2005, disponible en : http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502006000100012&script=sci_arttext

Asimismo, gran parte de las alteraciones psicológicas que sufren las mujeres que han estado en situaciones de violencia sexual se acentúan con las estigmatizaciones sociales e institucionales que impiden en muchos casos la realización de la denuncia y la prosecución de la investigación, entre otras consecuencias. En relación con la denuncia, algunos estudios de América Latina han tratado calcular el porcentaje de víctimas que denuncian casos de violencia sexual a las autoridades o que buscan otros tipos de ayuda. Se estima que en la región sólo un 5% de las víctimas adultas denuncian el suceso a la policía⁵.

De acuerdo a estadísticas publicadas por el Servicio Médico Legal en el año 2011, en Chile, cada 25 minutos una mujer es violada. Diariamente en Chile al menos 17 personas son víctimas de violación y 34 de abusos sexuales, según un informe del año 2011 de la Unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional⁶. Sólo en el año 2010, el ingreso de denuncias por delitos sexuales bordeó los 18 mil casos, siendo generalmente los menores de edad y las mujeres las víctimas más recurrentes de estos delitos.

Según el Centro de Asistencia a Víctimas

de Atentados Sexuales (CAVAS) Metropolitano de la Policía de Investigaciones de Chile⁷, de un total de 1.347 casos ingresados por violación durante los años 2001 a 2003 en donde se estableció el vínculo de la víctima con el agresor, un 89% son personas cercana a la víctima, conocido o familiar mientras que sólo un 11% serían personas desconocidas por la víctima.

De acuerdo a la base de datos de SENAME, en el periodo de enero 2013 a diciembre 2013, se registran datos de niñas y adolescentes embarazadas ingresadas a la red de protección de la institución. De la diversidad de situaciones que presentan, en que el elemento de grave vulneración expresado como violación, que puede ser asociado a otros abusos y negligencias, muestra que de un total de 72 niñas y adolescentes embarazadas por violación, el mayor grupo se concentra entre los 14 y 15 años con 36 casos de niñas embarazadas; seguido de 17 embarazos de niñas que tienen entre 12 a 13 años; 14 casos de adolescentes entre 16 a 17 años y 5 adolescentes que tienen 18 años y más que resultaron embarazadas producto de una violación. Sólo hay registro de 5 niñas que están siendo atendidas en Residencias especializadas para madres adolescentes (RPA) en el SENAME.

Objeción de Conciencia

Se introduce en el proyecto de ley un artículo 119 ter del Código Sanitario, el que establece: “El(la) médico(a) cirujano(a) que sea requerido(a) para interrumpir el embarazo en las causales descritas en el artículo 119, podrá abstenerse de realizarlo cuando hubiera manifestado su objeción de conciencia al(la) Director(a) del establecimiento de salud, en forma escrita y previa. El establecimiento tendrá la obligación de reasignar otro médico(a) cirujano(a) a la paciente o de derivarla en forma inmediata para que el procedimiento le sea realizado por quien no haya manifestado dicha objeción. El Ministerio de Salud deberá dictar los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia.”

En este sentido, el derecho a la objeción de conciencia establece que los profesionales de salud tienen la legítima opción de negarse a brindar ciertos servicios de salud que sean considerados contrarios a sus convicciones o creencias personales. No obstante, se han puesto limitaciones a este derecho, ya que esta opción no puede implicar la restricción al cumplimiento de derechos humanos, especialmente en la prestación de servicios de salud, ya que pueden tener un impacto directo en el ejercicio de los derechos de otra persona.

Las decisiones sobre reproducción comprometen la autonomía de las personas, en particular de las mujeres, con el fin de que puedan definir su propio plan de vida. La decisión de una mujer que desea poner fin a su embarazo se contrapone con las convicciones personales de un profesional que sólo intervendría esa capacidad por razones médicas y no por motivos de autonomía.

Si bien es cierto que la objeción de conciencia es un derecho basado en la libertad de conciencia individual de las personas, se debe respetar el derecho de los demás que puede ser limitado por esta libertad de conciencia. Sólo en la medida en que exista equilibrio y compatibilización por los derechos y libertades fundamentales de cada persona, se disminuirá la intolerancia y discriminación, avanzando así hacia una democracia que integre diferentes grupos ciudadanos, con diversos valores y creencias.⁸ O, como estableció en 2008 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: “La decisión final de realizarse o no un aborto debería ser un asunto que atañe a la mujer afectada, quien debe tener los medios para ejercer este derecho de manera efectiva”⁹.

5 Contreras, J M. et. al (2010). “Violencia en Latinoamérica y el Caribe: Análisis de Datos Secundarios, Iniciativa de Investigación sobre la Violencia Sexual”. UNFPA.

6 El Mercurio: “Estudio revela que en Chile se cometen 17 violaciones diarias y 34 abusos sexuales”, Diario El Mercurio, disponible en:

<http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/09/23/504699/analisis-revela-que-en-chile-se-cometen-17-violaciones-diarias-y-34-abusos-sexuales.html>. Recuperado el 5 de febrero 2015.

7 Policía de Investigaciones de Chile (2003) “Informe del Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales CAVAS de la Policía de Investigaciones de Chile”. Recuperado en 9 de Enero 2015, en: http://www.policia.cl/jenafam/cavas/downloads/Libro_CAVAS.pdf

8 Montero, Adela; Gonzáles, Electra. (2011). “La objeción de conciencia en la práctica clínica” Acta bioeth. Vol. 17. No.1. Santiago, Junio, 2011.

9 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1607; 2008.

Despenalización del Aborto

Los artículos 344 y 345 del Código Penal señalan que no constituye delito de aborto la interrupción voluntaria del embarazo en los casos autorizados en el artículo 119 del Código Sanitario, es decir, las 3 causales de interrupción voluntaria del embarazo revisadas anteriormente. En este sentido, Diversas entidades e instituciones internacionales como la OMS, OPS, ONU Mujeres, IPPF, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Catholics for Choice CFC, han considerado que penalizar el aborto es un atentado contra los derechos humanos de las mujeres. La Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), la Organización Panamericana de la Salud y la Organización Mundial de la Salud en Chile (OPS/OMS) y el Fondo de Población de las Naciones Unidas en Chile (UNFPA) recordaron el compromiso del Estado de Chile, en el marco del Examen Periódico Universal del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2014, a “revisar y modificar la legislación actual que criminaliza la interrupción del embarazo en todas las circunstancias, y a adoptar medidas para reforzar y proteger los derechos sexuales y reproductivos de

las mujeres;”¹⁰.

La última revisión realizada por el Comité de Derechos Humanos en el año 2014 ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendó al Estado chileno “revisar la legislación vigente sobre interrupción del embarazo con miras a despenalizarlo en casos de violación, incesto o riesgo para la salud o la vida de la madre”¹¹. En ese sentido, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Ban Ki Moon, en el marco del foro “Las Mujeres en el Poder y en la Toma de Decisiones: Construyendo un Mundo Diferente”, organizado por ONU Mujeres en Chile en febrero de 2015, señaló que: “Cuando se pone en peligro la vida de una mujer estando embarazada, cuando se pone en peligro por una violación, deberíamos primero tomar medidas para proteger la integridad de la mujer. En temas de salud de la mujer deberían poder ellas tomar la decisión y el Gobierno tiene la responsabilidad de respetar esto”¹².

Para citar un ejemplo, se ha expresado el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, quien en sus observaciones finales sobre el Estado de Chile, en los exámenes de sus informes en los últimos años, ha manifestado en forma consistente que la actual legisla-

ción sobre la interrupción del embarazo es deficitaria y que requiere de una modificación por parte del Estado. En agosto del año 2006, el Comité expresó que “... el Comité expresa su preocupación por la insuficiencia del reconocimiento y la protección de los derechos relacionados con la salud reproductiva de la mujer en Chile. Le sigue suscitando preocupación el hecho de que el aborto en cualquier circunstancia constituya un delito enjuiciable con arreglo a la legislación chilena, lo que puede llevar a las mujeres a la búsqueda

de abortos inseguros e ilegales, con los consiguientes riesgos para su vida y su salud (...)”¹³. En la misma línea, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado a través del Decreto N° 326 de 1989, en su recomendación General N° 14 plantea: “El ejercicio del derecho de la mujer a la salud requiere que se supriman todas las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva”¹⁴.



10 Chile: declaración de ACNUDH, OPS/OMS Y UNFPA sobre proyecto de ley de despenalización del aborto en tres causales. SANTIAGO (25 de junio de 2015). Disponible en: http://www.paho.org/chi/index.php?option=com_content&view=article&id=639:chile-declaracion-de-acnudh-opsoms-y-unfpa-sobre-proyecto-de-ley-de-despenalizacion-del-aborto-en-tres-causales&Itemid=1005

11 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. 13 de agosto de 2014, párrafo 15; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile del 1° a 19 de octubre de 2012, párrafo 35.

13 Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Chile, 36° Período de sesiones, 2 de agosto de 2006, CEDAW/C/CHI/CO/4, Párrafos 19 y 20. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw36/cc/chile/0647950S.pdf>

14 Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22° período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000). Disponible en : <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>

El Aborto como Tema de Derechos Humanos

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y las interpretaciones relevantes emitidas al respecto por las entidades autorizadas de las Naciones Unidas, llevan a la conclusión que la mujer tiene el derecho a decidir en asuntos relacionados con el aborto. Varios Derechos Humanos corren riesgo cuando el acceso de las mujeres a los servicios de aborto legal y seguro está restringido.

El Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer repetidamente han hecho notar, con preocupación, la relación entre las leyes que restringen el aborto, el aborto clandestino y los riesgos para las vidas de las mujeres. Estos comités han recomendado la revisión o enmienda de las leyes que penalizan o

restringen el aborto.

Algunos de los que se oponen al aborto seguro y legal argumentan que “el derecho a la vida” del feto debe ponerse por encima de los Derechos Humanos de las mujeres, en particular los derechos a la no discriminación y a la salud. Es más, algunos opositores se refieren al supuesto “derecho a la vida” del feto en los argumentos en contra del uso de anticonceptivos que actúan después de la fertilización, pero antes de que el óvulo fertilizado se implante en la pared uterina (la implantación, siendo la definición médicamente aceptada del inicio del embarazo).

La mayoría de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos guardan silencio respecto a cuándo comienza el derecho a la vida, pese a que la historia de la negociación de los tratados, la jurisprudencia y la mayoría de los análisis jurídicos parecen sugerir que el derecho

a la vida, como se contempla en dichos documentos, no tiene vigencia antes del nacimiento de un ser humano.

Derechos a la Salud y la Atención Médica

Donde no existe acceso a servicios de aborto legal y seguro y sí existen barreras generalizadas para acceder a otros servicios de salud reproductiva, incluyendo los anticonceptivos, ocurrirán embarazos no deseados y se practicarán abortos inseguros. Ambas situaciones generan una serie de problemas claramente evitables para la salud física y mental de la mujer. Adicionalmente, las clínicas, los médicos, y las parteras que practican abortos ilegales no tienen ningún incentivo legal para preocuparse por la vida y salud de las mujeres que son sometidas a sus servicios.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano de expertos de la ONU principal en la supervisión e interpretación del derecho a la salud. Este comité consistentemente ha afirmado que el respeto por el derecho a la salud de las mujeres requiere la despenalización del aborto, a lo menos en ciertas circunstancias.

Algunos gobiernos buscan defender la negación del acceso al aborto desde una perspectiva de recursos. Este argumento no es justificable. La atención adecuada a las complicaciones producto de abortos inseguros es mucho más cara que la provisión de abortos médicamente seguros. Mientras que el aborto es un procedimiento de bajo costo, especialmente en las etapas tempranas del embarazo cuando se pueden usar técnicas de aspiración o farmacéuticas, el costo del cuidado de mujeres con complicaciones por abortos inseguros puede ser significativo.

Las leyes que restringen el aborto también afectan la salud de las mujeres de otras maneras, no sólo limitando su acceso a servicios de aborto seguros. Por ejemplo, el derecho a la salud es violado cuando se le niega a la mujer arbitrariamente el tratamiento necesario en caso de abortos incompletos o cuando se le otorga tratamiento sin entregársele paliativos para el dolor cuando estos medicamentos están disponibles.



Derecho a la No Discriminación y a la igualdad

El acceso a servicios de aborto legal y seguro es esencial para proteger los derechos de las mujeres a la no discriminación y a la igualdad sustantiva. En la práctica es más probable que sean las mujeres, y no los hombres, las que enfrenten las mayores dificultades y desventajas sociales en el ámbito económico y profesional, además de otros cambios que afectan su vida de facto, cuando tienen hijos. Cuando se obliga a las mujeres a continuar con embarazos no deseados, dichas consecuencias ponen necesariamente a las mujeres en situación de desventaja.

El aborto es un procedimiento clínico requerido sólo por mujeres. El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer ha dejado implícito que la denegación de procedimientos clínicos requeridos sólo por las mujeres es una forma de discriminación en su contra. Por tanto, en ciertos casos las leyes que restringen el aborto pueden, por sí mismas, constituir una violación del derecho a la no discriminación.

Derecho a la privacidad

Las decisiones sobre embarazos y maternidad son sumamente personales y son precisamente el tipo de interés que el derecho a la privacidad debe proteger. El derecho a la privacidad de la mujer embarazada le empodera a decidir si quiere tener un aborto. Ninguna mujer debe to-

mar esta decisión bajo la amenaza de una prosecución legal.

El derecho a la privacidad también está amenazado cuando el personal de salud divulga información confidencial sobre mujeres que buscan tener un aborto o que necesitan atención post-aborto.

El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer de la ONU ha clarificado que la divulgación de información confidencial de salud afecta a las mujeres de manera diferente que a los varones porque puede desalentar la mujer de buscar atención médica por un aborto incompleto. Esta atención es esencial, pues puede salvarle la vida. Del mismo modo, la mujer puede morir si no obtiene atención post-aborto.

Derecho a no ser sometido a un trato cruel, inhumano y degradante

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha indicado que las restricciones al acceso al aborto legal y seguro pueden llevar a situaciones que constituyen un trato cruel, inhumano o degradante. Estas situaciones incluyen el de forzar a una mujer embarazada a llevar a término un embarazo no deseado o riesgoso para su salud.

La evidencia sugiere que las restricciones al aborto frecuentemente conllevan restricciones a la atención post-aborto. Estas restricciones también pueden ser in-

compatibles con el derecho a no ser sometido al trato cruel, inhumano y degradante.

Podría ser inconsistente con este derecho, por ejemplo, la denegación sistemática de la atención post-aborto o cuando se les otorga tratamiento post-aborto a las mujeres sin entregárseles paliativos para el dolor cuando estos medicamentos están disponibles. Este derecho también podría estar amenazado cuando se condiciona la atención médica post-aborto a que las mujeres proporcionen información para la prosecución penal.

Derecho a la libertad religiosa y de conciencia

La fe religiosa es un asunto sumamente personal, como lo es el aborto. El derecho humano a la libertad religiosa y de conciencia no permite ninguna limitación, y aplica a las religiones establecidas y no establecidas y al derecho a no tener una religión.

La libertad de religión incluye el ser libre de la obligación de cumplir con leyes diseñadas exclusivamente, o principalmente, en función de las doctrinas de una religión; incluye también la libertad de actuar según la propia conciencia respecto a doctrinas religiosas no compartidas.

Con respecto al aborto, no se puede obligar a que las mujeres cumplan con leyes basadas exclusiva o principalmente en doctrinas de fe. Éste es el caso de mu-

chas de las leyes que restringen el aborto. Del mismo modo, donde el aborto es legal no se les debe obligar a tener un aborto a las mujeres que no consientan debidamente al procedimiento, que sea por razones religiosas o de otra índole.

La libertad religiosa y de conciencia muchas veces es usado por médicos y otro personal de salud que se oponen al aborto cuando invocan su “objeción de conciencia” a la provisión de ciertos servicios, notablemente abortos. Mientras el marco de los Derechos Humanos contempla la posibilidad de un derecho a la objeción de conciencia en algunos casos, este derecho no es absoluto. Por ejemplo, la conciencia no justifica la negativa a llevar a cabo un aborto que le puede salvar la vida a una mujer cuando no existen alternativas adecuadas para la mujer embarazada.

El Comité de la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha manifestado explícitamente que los Derechos Humanos de las mujeres son vulnerados cuando los hospitales se niegan a proveer abortos a causa de la objeción de conciencia de los médicos. El Comité ha expresado su preocupación por el limitado acceso que tienen las mujeres al aborto debido a esta misma razón. El Comité también ha recomendado expresamente que los hospitales públicos provean servicios de aborto en el contexto del aborto legal.

Ciertamente para algunos es tema sin discusión porque ya lo han resuelto, pero para los que aún meditan acerca de la real dimensión del problema, surgen una serie de interrogantes: ¿qué derecho tiene mayor jerarquía? ¿Quién goza de autoridad para optar por una u otra alternativa? ¿Será la mujer o serán ambos progenitores? O definitivamente, ¿será la sociedad la que tiene la última palabra? Creo que un gran dilema por determinar es ¿quién hablará por el ser en gestación? Nada fácil determinar dónde comienza el derecho de unos y dónde termina el de aquel que no tiene voz.

DESDE LA ANTIGUA ROMA

Es relevante conocer el significado de la palabra “aborto”: deriva de la expresión latina Abortus, que se conforma del prefijo “AB”, que significa mal o muerte, y “ORTUS”, palabra que se refiere al nacimiento y de la cual deriva “ORIUR” que significa nacer. Siguiendo esa tradición, el aborto es sinónimo de parto anticipado y de privación del nacimiento.

Para los romanos el feto era “portio viscerum matris”, por lo que el aborto no era punible mientras fuera consentido por la mujer, independientemente de que fuera causado por ella o por un tercero, pero en el caso que un tercero causara el aborto sin consentimiento el consentimiento de la futura madre, se

consideraba una ofensa contra el derecho de la mujer de disponer de su propio cuerpo.

Para nuestra legislación, el aborto se entiende como la interrupción dolosa del proceso fisiológico del embarazo causando la muerte del producto de la concepción o feto, ya sea dentro o fuera del claustro materno, y sea el feto viable o no. El estado en que se encuentra el ser en gestación lo conocemos con la palabra feto y jurídicamente aún no es persona, pero tampoco es una cosa.

Se tipifica el delito de aborto, cuando de manera intencional se provoca la interrupción del embarazo y como consecuencia se obtiene la muerte del embrión o feto en el claustro de la madre o logrando su expulsión, y para cometer este delito es necesario que la mujer esté embarazada y que el embrión o feto esté vivo; en caso de no darse estos presupuestos, estaríamos ante un delito imposible por la absoluta impropiedad del objeto.

Se plantean entonces dos puntos de vista respecto a la definición de aborto. Uno es jurídico y lo define como delito contra la vida, atendiendo a su materialidad, a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. El otro es médico y puramente ginecológico: el aborto atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente.



Por: María Isabel Rivera
Abogada

DERECHO AL ABORTO O DERECHO A LA VIDA: ¿A QUÉ TENGO DERECHO?

El legislador ha pretendido, al tipificar el delito de aborto, proteger la vida humana antes del nacimiento y el bien jurídico del valor sociocultural “esperanza de vida”, y un conjunto de intereses entre los que se observan, además de la vida humana y esperanza de vida: el interés demográfico del Estado, la vida e integridad física de la mujer y su derecho de autodeterminación.

Todas estas apreciaciones dependerán mucho del momento histórico en que se analice el tema y tanto es así que ha variado la protección a la vida y se ha aceptado el aborto, según la ideología política imperante en cada época, llegándose incluso a considerar –en otros contextos ideológicos– como un atentado contra la integridad, sanidad de la raza y herencia genética¹.

LEGISLACIÓN NACIONAL

En nuestro país, con anterioridad a la Constitución de 1980, existía la posibilidad de recurrir al aborto terapéutico en caso de peligro para la salud y vida de la madre, normativa que fue derogada expresamente cuando se dictó la ley 18.826 en la cual se prescribió: “No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto”; razón por la cual nuestro Código penal no hace distinción entre la protección a la vida que se está gestando y la salud de la madre.

Desde el punto de vista jurídico, ya en el Derecho Romano, en el Digesto de Justiniano, existía un principio general y el concebido se asimilaba al ya nacido, era el principio: “infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur” (El niño concebido es tenido por nacido toda vez que se trate de su propio interés).

La existencia de la persona se consideraba a partir del nacimiento momento en el cual ya podía ser titular de derechos civiles como ciudadano, pero también este principio reconocía protección al no nacido desde el momento de la concepción, es decir, abarcaba al embrión. Esta regla de protección del no nacido fue recibida en Francia a través del Código Civil Francés y de allí pasó a muchos códigos del mundo occidental, especialmente a aquellos de Derecho Continental, como el latinoamericano.

La discusión que se plantea como contrapartida al aborto, es cuándo estamos ante la posibilidad que la Legislación ampare la vida que está por nacer y el bien jurídico derecho a la vida, y quizá es preciso dilucidar cuándo se considera que existe embarazo: ¿cuándo el gameto masculino fecunda el gameto femenino o cuando se han unido los gametos y el huevo se encuentra anidado en el útero? Al respecto Maurach, Schroeder y Maiwald, opinan que el feto recién toma su individualidad a partir de la anidación y que aún natu-

ralmente, hay un alto porcentaje de pérdidas de los óvulos fecundados, lo que torna difícil, desde el punto de vista de la política criminal, castigar el aborto antes de la anidación².

A partir de la fecundación se inicia el proceso de transformación e individualización del feto, quien con el transcurso del tiempo va adquiriendo todas las características que permitirán reconocerlo como un individuo de la especie humana. Es por esto que la legislación debe otorgarle amparo jurídico a su vida, hasta que nazca y sea entonces considerada persona, aquella a la cual se le reconoce la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones.

Desde el punto de vista cristiano la vida humana es siempre un bien. De hecho, es el bien máspreciado que existe y es el fundamento de todos los demás bienes que un ser humano puede poseer.

Además, la vida de cada persona tiene tan alto valor que no puede compararse con el valor de la vida de otros seres vivos; pero es importante saber que a través de la historia su opinión ha sido diversa: en la antigüedad la Iglesia Católica aceptaba el aborto señalando que el espíritu no se establecía en la criatura antes de los tres meses y, por lo tanto, mientras fuera realizado durante los primeros tres meses

del embarazo, era permitido. Dicha apreciación, con el paso del tiempo, ha cambiado y hoy la Iglesia Católica estima que la vida comienza con la unión de lo gametos masculino y femenino.

Desde la mirada científica se afirma que un organismo vivo es un sistema integrado en donde el todo controla las partes y éstas contribuyen a la unidad del todo. El todo sin las partes es incompleto y las partes aisladas son diferentes al todo. El concepto que la ciencia tenga sobre la vida es fundamental para el comportamiento social. Este concepto influye sobre la conducta médica, la concepción filosófica, el ámbito ético y axiológico, la construcción jurídica y el entorno económico mismo.

Por otro lado, desde el punto de vista filosófico la vida humana constituye nuestra propia existencia, la de cada uno; todo cuanto hacemos, deseamos, pensamos, y nos ocurre, pero esta realidad tan patente, tan notoria, no había sido objeto de especial reflexión filosófica sino hasta muy recientemente, hasta la obra de José Ortega y Gasset y de Martin Heidegger.

Aristóteles plantea que la vida es un principio por el cual un “ser se nutre, crece y perece por sí mismo”. Voltaire, por su parte, la define como “un complejo de procesos mecánicos y psíquicos” y Engels se refiere a ella como “una modali-

¹ Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal Parte Especial, T.I, Rubinzal – Culzoni, 2ª Edit., año 2003, p.162.

² Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal Parte Especial, T.I, Rubinzal – Culzoni, 2ª Edit., año 2003, p.167.

dad de existencia de los cuerpos albuminoideos o protoplásmicos, con un intercambio constante de sustancias con la naturaleza externa que los rodea”. Los vitalistas la consideran como “el producto de una fuerza reguladora de la materia”, mientras los mecanicistas la asimilan a “un sistema complejo de procesos físico químicos”. Los dialécticos hablan de “unas leyes biológicas específicas que la rigen. Muchos aceptan que la vida comienza con el embrión siendo este único e irrepetible: un nuevo ser, es un ser vivo capaz de desarrollarse, tiene autonomía intrínseca en su desarrollo. Y en ese desarrollo hay unidad y continuidad”.

El profesor Donna, en su obra señala que “El bien jurídico protegido es la vida del feto, lo que se protege es una vida que, aunque se desarrolla en las entrañas y a expensas de la madre, merece una protección independiente de la vida misma de ésta, pero no de su salud”. En el mismo tenor se ha referido el profesor Núñez en su obra, señalando que el bien jurídico protegido corresponde a la vida del feto, pues aún cuando se encuentre en el vientre materno es un germen de vida y de una esperanza de vida.

Para nuestra legislación, “La Vida del que está por Nacer” es un bien jurídico protegido, consagrándolo en el art. 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución Política de la República, en la cual se ha recogido lo dispuesto en el Derecho Internacional, y específicamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Pacto de San José de Costa Rica: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente” .

Podría pensarse que la protección de la vida humana es un deber que recae sobre todo ser humano y se debe tomar con responsabilidad y decisión. Es, de hecho, un deber cívico dado que la protección de la vida humana es condición irremplazable para asegurar el bien común de todos, pero hay que tener también presente en cualquier discusión que menos del 50% de los embriones formados son normales o aptos para sobrevivir como individuos. Y solamente un 30% de los ovocitos llegan a la fase de feto. El resto se pierde por daño, falta de implante, imposibilidad de sobrevivir, malformaciones, etc. La discusión está servida, justo al frente de nosotros.





ENSAYO

¿COMETIÓ GENOCIDIO LA DICTADURA DE PINOCHET?

El presente artículo es una adecuación a la Revista de la Asociación de Abogados de Chile de una conferencia que di en un seminario organizado por el Auschwitz Institute hace unos meses.

Se trata de un tema tabú, del que se tiene temor de hablar y sobre el que en todos los eventos susceptibles de ser considerados como tales, los responsables se niegan a reconocer: aún reconociendo que los hechos ocurrieron, no cabe para ellos la posibilidad de calificarlos como genocidio.

En mi vida profesional como defensor de los Derechos Humanos, primero en mi país, y luego en muchos otros, me he encontrado varias veces con el enfrentamiento de posiciones encontradas: las

víctimas alegan haber sufrido genocidio y los victimarios lo niegan. En Ruanda en 1994, las víctimas -mayoritariamente de la etnia tutsi- alegaron siempre genocidio, mientras que la etnia hutu lo negaba; cuando la etnia tutsi ganó la guerra y se produjo el desquite, la etnia hutu se sintió víctima de genocidio. El Embajador de Ruanda, ya bajo las autoridades tutsi, ante la oficina de las Naciones Unidas en Ginebra –al discutirse mi informe del año 2000 sobre los Derechos Humanos en los territorios la República Democrática del Congo, en que yo denunciaba masacres en territorio congolés ocupada por su etnia-, me acusó de ser “cómplice del genocidio” de 1994.

Fue por mi experiencia y mis informes sobre lo ocurrido en Ruanda y en la República Democrática del Congo (ex Zaire)

que el Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Annan me designó miembro de un Comité sobre la Prevención de Genocidios en 2006, que también integraban otras siete personas, como el argentino Juan Méndez, el Obispo anglicano y Premio Nobel de la Paz Desmond Tutu, la ex Alta Comisionada para los Refugiados Sadako Ogata, y el general canadiense Romeo Dallaire, quien primero alertó, en 1993, lo que ocurriría en Ruanda.

Reseña histórica

Desde la consolidación del proceso de independencia de España (1810-1833), Chile se caracterizó por ser una de las nuevas repúblicas con mayor estabilidad en Latinoamérica. Sólo dos guerras civiles (1851 y 1891) interrumpieron un de-

Por Roberto Garretón Merino

Abogado de la Universidad de Chile y reconocido defensor de los Derechos Humanos durante la dictadura militar, desde su labor en el Comité de Cooperación para la Paz en Chile, y luego, en la Vicaría de la Solidaridad (1974-1990).

También fue embajador ante organismos internacionales de Derechos Humanos (1990-1994): Relator de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la República Democrática del Congo, ex Zaire (1994-2001); miembro del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias; Representante de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para América Latina y el Caribe (2001-2005) e integrante del Consejo Asesor de las Naciones Unidas sobre Prevención de Genocidios. Ha efectuado misiones de derechos humanos en 34 países del mundo y hoy es Consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos designado por la Cámara de Diputados.

Leer el ensayo completo

sarrollo político de creciente democracia. Y sólo una dictadura de 4 años (1927 a 1931) registraba nuestra historia. En los 140 años que transcurren entre 1833 y 1973, las diversas declaraciones de estados de excepción constitucional, sumadas, no pasaron de 13 años.

En ese mismo período surgió una importante clase media (desde mediados del siglo XIX), luego la pujante clase obrera (principios de siglo XX) y finalmente, en la segunda mitad del siglo XX, emerge con expresión política el campesinado.

En 1912 fue fundado el Partido Comunista, es decir, 5 años antes de la revolución Rusa, y en nada debilitó la seguridad del régimen democrático.

Desde luego, todos estos procesos de incorporación de actores sociales no fueron siempre pacíficos, y mucha sangre inocente fue derramada. Pero el terrorismo era del todo ajeno a la cultura política chilena.

De allí que nunca se dictaron leyes contra el terrorismo, con ese o con cualquier otro nombre.

Contribuyó a este desarrollo, generalmente pacífico, la aceptación por todos los sectores de las reglas de la democracia. Es verdad que los sectores poderosos resistieron la emergencia de las clases

populares, pero -salvo hechos gravísimos pero aislados- terminaron por admitirla.

En 1966, bajo el pánico por el triunfo de la revolución cubana, y en reacción, además, a los primeros pasos de la reforma agraria -y siguiendo las políticas de Washington-, los dos partidos tradicionales de la derecha chilena -Liberal y Conservador, ambos más que centenarios- se fundieron con grupos nazis minoritarios creando el Partido Nacional, sobre la base de tres principios: sustitución de la democracia representativa por una “democracia orgánica” (sic); incorporación de los militares al Gobierno; y término del sistema económico centralizado -tampoco era tanto- y establecimiento del libre mercado¹.

Igualmente, desde la izquierda, surge un discurso político revolucionario que -también bajo la influencia de los ideales de la triunfante revolución cubana-, especialmente entre los jóvenes y los postergados, asume un discurso que no descarta la violencia, pero que no pasó de eso: discurso e incidentes callejeros

En esos años la lucha por los Derechos Humanos -aunque esta expresión no era utilizada- se concentraba fundamental-

mente en demandas de mejoras salariales y de condiciones de vida para los trabajadores, y a lo más se acercaban a lo que hoy llamamos Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresión que en la época era desconocida. Como dice un autor, la lucha por el Derecho a la Vida era por una vida digna y no por su expresión biológica.

Entre 1931 y 1973 las Fuerzas Armadas estuvieron ausentes del debate político.

El triunfo del Dr. Salvador Allende en las elecciones presidenciales de 1973 desató la violencia de los grupos de derecha. Para impedir que el Congreso Nacional ratificase la victoria de Allende, que no había obtenido la mayoría absoluta, una combinación de políticos de derecha y militares golpistas asesinó al Comandante en Jefe del Ejército.

El asesinato se consumó, pero el propósito no se logró y el triunfo de Allende fue ratificado por el Congreso. Allende, de quien siempre fui opositor, había perdido tres elecciones presidenciales (1952, 1958, 1964), y había sido parlamentario por cinco períodos, no habiendo nunca tenido un desliz antidemocrático.

El Gobierno de Allende fue tan democrático como lo habían sido todos sus predecesores. Lamentablemente le correspondió administrar

el país en medio de la agresividad de opositores y partidarios. Mientras sus partidarios se identificaban con consignas sectarias (“avanzar sin transar” y “ningún paso atrás”), la derecha incentivaba el odio bajo la consigna de “juntar rabia, chilenos”, el terror al comunismo y el seguro quiebre de la democracia, anticipando el siniestro que se preparaba.



¹ Fundamentos Doctrinarios y Programáticos del Partido Nacional, en Documentos del Siglo XX Chilenos, Sofía Correa y otros.

Pero hay que ser preciso: en los comienzos del gobierno de Allende la agresividad fue más verbal que material, con algunos hechos que a lo más podrían comprenderse dentro del concepto de “disturbios interiores”, muy lejos de una conmoción interior, de una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la Nación, de una emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado, y muchísimo menos de un conflicto armado sin carácter internacional, para utilizar los términos de los textos internacionales de Derechos Humanos y Derecho Humanitario^{2,3}.

Otras dos circunstancias de contexto son indispensables para entender lo que vendría, fueron, primero: la ausencia absoluta, tanto en la academia como en el lenguaje y las prácticas democráticas y de la cultura política, del concepto de Derechos Humanos. Estudié derecho en la Universidad de Chile entre 1960 y 1966, y en ninguna cátedra se me enseñó esta disciplina que hoy ha invadido –afortunadamente— a todas las ramas del Derecho, además de ser elemento central de todas las ramas del saber y la moral; y segundo, dado que desde antes de 1973 había dictaduras militares infectadas por la doctrina de la seguridad nacional en Argentina, Bolivia, Brasil, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay, miles de líderes políticos, estudiantiles, sindicales y otros

perseguidos en esos países estaban refugiados en Chile, el país donde no había dictaduras. Y esto era así desde antes del gobierno del Presidente Allende.



Los días previos al golpe cívico militar

En los días previos al golpe, hubo gran cantidad de incidentes callejeros, ocupaciones de tierras, predios agrícolas, fabricas, industrias por parte de partidarios del gobierno, con lenguaje virulento e incidentes que causaron heridos y algunos muertos. Pero lo mismo ocurría de lado de la oposición donde hubo una auténtica política de odio creciente hacia el gobierno, de los cuales tomo estos dos hechos avisaron lo que ocurriría:

1. El 18 de julio de 1973, a menos de dos meses del golpe, cinco profesores de la Universidad Católica –desautorizados por el Rector y por el Gran Canciller, el

Cardenal Raúl Silva Henríquez—, que dirigía un futuro Ministro de Relaciones Exteriores de Pinochet, denuncian “la existencia de un gigantesco fraude electoral”, en las elecciones legislativas de marzo de 1973, lo que causó la ira de la oposición política, pues hacía muchos años que en Chile nunca hubo fraude electoral. Según los profesores, el fraude pudo significar 200.000 votos adicionales a los partidos oficialistas. Al día siguiente de la denuncia, en una eufórica principal noticia, el Mercurio ya declaraba que “la gravísima y fundamentada denuncia... viene

a confirmar la sospecha justificada de la ciudadanía frente a unos resultados que no coincidían con el repudio que se advertía en todos los sectores a la gestión del gobierno de Allende y la Unidad Popular”. “Resulta ahora demostrado que los partidos marxistas... realizaron en los meses que precedieron a la elección de marzo las más sucias maniobras, fraudes y falsificaciones...”. El informe terminaba diciendo: “Podemos sostener entonces, que nuestra democracia está hoy quebrada. Nuestro régimen electoral ha permitido un fraude gigantesco y no da garantías de que en futuras elecciones no se vuelva a repetir”, concluyéndose que el pueblo chileno se enfrenta “con una tarea de gran envergadura y que ya no puede eludir. Esta es la de reconstruir la democracia creando la nueva institucionalidad que la garantice eficazmente”. Es decir, Chile necesita un golpe. Algunos días después, y gracias a una investigación de la Cámara de Diputados (que quedó inconclusa por el golpe) y a que el Director del Registro Electoral demostró la imposibilidad del fraude alegado, todo se aclaró, pero de ello no daba cuenta la prensa más leída del país e, incluso, los militares del golpe se apoyaron expresamente en ese informe lleno de falsedades para desacreditar al gobierno depuesto. Pero nunca se sabrá la verdad completa: una de las primeras medidas de la dictadura fue incendiar los registros electorales, para impedir investigaciones molestas.

2 Artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 3 de los Convenios de Ginebra de 1949.

3 Hubo dos asesinatos políticos con caracteres de terrorismo durante el Gobierno de Allende: el asesinato de un ex Ministro del Interior y ex Vicepresidente de la República, perpetrado por un grupo marginal de la extrema izquierda, no integrante de la gubernamental Unidad Popular; y el asesinato del edecán naval del Presidente Allende, por un comando terrorista de extrema derecha, algunos de cuyos integrantes formaron parte luego de los servicios represivos de la dictadura. Y hubo algunas muertes producidos en enfrentamientos de grupos rivales armados.

2. Nueve días después, el 27 de julio, otro incentivo al odio: fue asesinado el Ede-cán Naval del Presidente por un comando que usó consignas de la extrema izquierda, provocando la solidaridad ciudadana con la Armada e irritación y sentimientos de odio contra el gobierno de Allende. Fue, sin dudas, el equivalente del incendio del Reichstag de 1933 y por las torpezas de los asesinos se descubrió fácilmente que éstos integraban grupos de derecha extrema. Luego del golpe, los sujetos fueron liberados por el dictador y se integraron como héroes a las filas de los órganos represivos. Del caso nunca más se habló.

El golpe militar de Pinochet

Alegando que el país vivía una “guerra” o para prevenirla⁴, el martes 11 de septiembre de 1973 un golpe militar encabezado por el General Augusto Pinochet pone término a 140 años de vida republicana. La barbarie quedó retratada en el bombardeo del Palacio de La Moneda. El mismo día centenares de personas son asesinadas; otras son detenidas y desaparecen hasta hoy; se inauguran campos de concentración y centros de tortura y exterminio en todo el país (la Isla Dawson y el Estadio Nacional son los más conocidos pero no los únicos, y una investigación oficial menciona más de 1.200); los llamados al odio político y a extirpar el “cáncer marxista” se suceden. Los “bandos militares”, muchos de ellos redactados por civiles, disponen que (los trabajadores que abandonen sus sitios de trabajo) “serán atacados por fuerzas de tierra y aire” (Bandos 1 y 2); (se justifica la intervención por ser el gobierno depuesto) “ilegítimo, inmoral y no representativo del gran sentir nacional, evitando así los mayores males que el actual vacío de poder pueda producir...” (Bando 5); (los partidarios del Gobierno constitucional depuesto fueron) “mercenarios del marxismo que estaban asesinando a nuestro pueblo” (Bando 6); (los que no entreguen las armas que poseen) “serán objeto de un ataque definitivo por parte de los efectivos de las FF.AA y de Carabineros. Los que fueran tomados prisioneros serán fusilados en el acto” (Bando 24). Todos estos bandos son del 11 y 12 de septiembre, junto a muchos otros.

La Junta de Pinochet asume el Poder total: El decreto de asunción del poder expresa que la Junta “respetará la Constitución y las leyes de la República, en la medida que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los propósitos que ella se propone”; se disuelven el Parlamento, los municipios, los partidos políticos y sólo queda intacto el Poder Judicial, pues éste se sumó a la barbarie al proclamar “públicamente su más íntima complacencia” con los propósitos de la Junta

de Gobierno. En síntesis, asume los poderes constituyente, ejecutivo, legislativo, gran parte del judicial, directamente a través de los tribunales militares, y el residual, con el servilismo de la Corte Suprema.

La Junta proclama el estado de guerra y comienzan a funcionar los Consejos de Guerra, y otros estados de excepción que estarían en vigor durante 15 años consecutivos, es decir, más que en los 140 años anteriores.

Toda forma de participación política es suspendida. Los partidos políticos de derecha se incorporan a la dictadura con la misma violencia que las Fuerzas Armadas, participando a veces, justificando otras veces y encubriendo siempre, todos los crímenes y renunciando a una de las historias de compromiso democrático más profundas de Latinoamérica. La derecha desató allí toda la “rabia” que había llamado a “acumular”.

Los políticos de centro -salvo admirables excepciones- callan frente a un horror que no los horroriza: el golpe y su violencia eran el efecto de la rabia que habían acumulado. Las personas de izquierda son perseguidas y masacradas. Ninguna forma de disidencia era posible.

Además, en la semana siguiente del golpe, El Mercurio informa de un plan de exterminio que habría preparado el Presi-

dente Allende y que el golpe evitó, conocido como “Plan Z”. La información decía que en los allanamientos de las oficinas y la casa del Presidente se descubrió un plan destinado a la eliminación de los altos mandos de las Fuerzas Armadas, que estallaría el 19 de septiembre, durante un evento militar tradicional. Los criminales serían miembros de la guardia personal del Presidente, dirigentes de los partidos políticos de la Unidad Popular, dirigentes sindicales y militares constitucionalistas, los que contarían con ayuda de extremistas cubanos que estaban en Chile por orden de su gobierno.

Luego aparecieron listas de futuras víctimas barrio por barrio, al menos de Santiago. Yo vivía en un barrio de clase media acomodada en Las Condes, y los vecinos me mostraban todos los días distintas listas de eventuales víctimas “salvadas por el 11”. La información del diario El Mercurio, a toda página de portada, fue “El ex gobierno marxista preparaba un autogolpe de Estado”, señalándose que Allende había fomentado un plan de asesinato masivo de militares, dirigentes políticos y periodistas de la oposición, sin olvidar a sus familias. Esta información fue ratificada por un coronel del ejército que había recién asumido como Secretario de la Junta de Gobierno, quien involucró al fallecido ex Presidente Allende directamente en hechos constitutivos evidentemente de genocidio.

⁴ La contradicción no es del autor de este informe, sino de la dictadura, que nunca precisó su concepto de guerra.



Fui abogado en 103 Consejos de Guerra, tribunales militares de tiempo de guerra. En todos ellos aparecía citado el Plan Z. Pero nunca se condenó a nadie: simplemente se trataba de un montaje de mentiras.

Ilustra el espíritu del momento el Bando N°30 de un comandante del Sur del país: “Las Fuerzas Armadas y de Carabineros serán enérgicas en el mantenimiento del orden público, en bien de la tranquilidad de todos los chilenos. Por cada inocente que caiga serán ajusticiados 10 elementos marxistas indeseables, de inmediato”.

Dos grupos humanos fueron especialmente atacados por los bandos, decre-

tos leyes, discursos, y la prensa autorizada. En primer lugar los partidarios y colaboradores del Presidente Allende, considerados como “enemigos”, “marxistas”, “extremistas”, “traidores”, “elementos subversivos”, “extremistas armados”; “núcleos de extremistas” (Bando 26); “traidores” (Bando 31); “elementos extremistas” (Bando 40), etc.⁵, y amenazan a los que cometan “sabotajes” (Bandos 1, 2 y 9); “incitaciones a la violencia” (Bando 3); “ofrecer resistencia” (Bandos 7, 9 y 31). Y en segundo término, los extranjeros refugiados en Chile Bando 26 y numerosas intervenciones orales), que según el ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados) serían sobre cinco mil.

La extrema xenofobia llenó los recintos de detención, particularmente el Estadio Nacional, con miles de

brasileños, argentinos, guatemaltecos, ecuatorianos, uruguayos y bolivianos. Muchos de ellos fueron ejecutados sin juicio.

Pudieron ser más, pero la heroica acción del embajador de Suecia, Harald Edelstam, salvó muchísimas vidas, especialmente de brasileños y uruguayos. La alarma llegó al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Ginebra, Sadruddin Aga Kahn, quien envió el 13 de septiembre un télex al Canciller de la dictadura, representándole los derechos de los refugiados y demandando protección. Y el 20 llegó a Santiago uno de los más altos ejecutivos del ACNUR.

Para la Junta Militar, toda forma de participación, colaboración o la mera indiferencia frente al Gobierno constitucional era terrorismo, aunque no se usa esta expresión.

Dos enemigos inesperados enfrentaron a Pinochet: en el plano interno, las iglesias, y especialmente la católica, mayoritaria en Chile. El 20 de septiembre fundan el Comité Nacional de Refugiados (CONARE), destinado a buscar refugio para los extranjeros que vivían en el país. Inmediatamente, y por iniciativa del Cardenal Arzobispo de Santiago, Raúl Silva Henríquez, se funda el histórico Comité de Cooperación para la Paz en Chile (COPACHI),

que integraron las iglesias Evangélica Luterana, Evangélica Metodista, Bautista, algunas iglesias pentecostales, ortodoxa y el Gran Rabinato de Chile, y que abre sus puertas el 6 de octubre, cuando aún no se cumplía un mes de la asonada⁶. Debido a dificultades internas, el COPACHI fue disuelto en diciembre de 1975, fundándose de inmediato al interior de la Iglesia Católica, la Vicaría de la Solidaridad, que continuó las mismas funciones y pluralismo del Comité. El mismo año se crea la Fundación de Asistencia Social de las Iglesias Cristianas (FASIC); en 1978 la Comisión Chilena de Derechos Humanos, primera institución laica, y en 1980 el Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU).

El segundo enemigo fue la comunidad internacional, en su conjunto: Estados democráticos, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, personalidades de todo signo expresaron desde el primer día su repudio por la destrucción de la democracia de más antigua data de América Latina y los horrores cometidos en la asonada misma y en los días siguientes⁷. Lo que sorprendió al dictador es que su golpe no fuera celebrado como una gesta heroica de un pequeño país contra el gran monstruo marxista. Ni las iglesias ni la comunidad internacional le dieron el título de liberador de occidente a que aspiraba, sino, por el contrario, el de un personaje siniestro y sin escrúpulos.

5 Ver “Por la fuerza sin la razón. Análisis y textos de los Bandos de la dictadura militar”. Manuel Antonio, Roberto y Carmen Garretón Merino, LOM ediciones 1998.

6 Debe advertirse que en 1973 el ecumenismo recién nacía en Europa y aún no llegaba a América Latina. Sólo la defensa de los Derechos Humanos logró lo que parecía imposible.

7 La preocupación por los derechos humanos en Chile permitió inaugurar los mecanismos especiales de estudio de situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones a los derechos humanos, establecidos en la resolución 1235 del Consejo Económico Social en 1967. La Comisión de Derechos Humanos creó un Grupo de Trabajo para este efecto en 1975, por recomendación de la Asamblea General, mecanismo que fue substituido en 1979 por dos Relatores Especiales, uno para la situación de la generalidad de las violaciones de derechos humanos, y otro específicamente para el drama de los detenidos desaparecidos. El mandato de este último se incorporó luego al Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias.

Las violaciones de los derechos humanos

He caracterizado las violaciones de los derechos humanos durante la dictadura de Pinochet como:

1. Sistemáticas, en el sentido que no se trató de hechos aislados repudiables, sino del ejercicio de una política diseñada por el Estado, al amparo de la impunidad para los responsables de los hechos criminales que constituyen la violación.

2. Institucionales, por cuanto comprometen a toda la estructura del Estado: Poder ejecutivo, legislativo, judicial, fuerzas armadas, policía, sistema carcelario y la diplomacia. Interesa destacar que el Poder Judicial no sólo proclamó su “intima complacencia” con los propósitos de la Junta Militar el mismo 11 de septiembre, sino que, consecuente con esa postura, dejó en la más absoluta desprotección a los ciudadanos que reclamaban por la violación de sus derechos. En el primer recurso de amparo o habeas corpus fallado el 14 de septiembre de 1973 en favor de siete personas detenidas de la que no se sabía el lugar del arresto, la Corte resolvió que la persona no estaba detenida... porque la Junta Militar recién instalada había declarado el Estado de Sitio. La sorprendente falta de lógica fue el inicio de una cadena de arbitrariedades de igual medida que se prolongó durante los 16 años y medio de dictadura y que continuaron hasta un histórico 16 de octubre de 1998.

3. Masivas, porque no se trata de víctimas aisladas, sino que fueron centenas de miles, si consideramos los muertos, desaparecidos, torturados, exiliados, presos arbitrariamente, etc.

4. Universales, en el sentido que todo el pueblo chileno ha de considerarse víctima: ningún chileno ni extranjero residente gozó en Chile de Libertad de Expresión y Opinión, del Derecho a la Justicia, del Derecho a la Participación Política, de los Derechos de Asociación y de Reunión, y de Educación en los términos del artículo 26 de la Declaración Universal.

5. Permanentes, toda vez que se produjeron desde el primero al último día de la dictadura, y peor aún, muchas continuaron produciendo sus efectos hasta muchos años después. Piénsese en el Derecho a la Justicia que por efectos de la Ley de Amnistía y la competencia amplísima de la justicia militar no ha sido aún íntegramente restablecido.

Todas estas violaciones de derechos humanos fueron de dos clases: “legales” y criminales, pero ambas formas de represión se apoyaban mutuamente: si la ley autorizaba la detención sin cargos y no exigía que se cumpliera en un recinto público, y si, además, no impedía la incomunicación; ni tampoco obligaba al funcionario aprehensor a identificarse, la mesa de la tortura estaba servida. No hubo mejor incentivo para la represión por medios criminales que la Ley de Amnistía de

1978 que, si bien obviamente operó sólo hacia el pasado, políticamente produjo efectos hacia el futuro, pues los agentes del Estado siempre entendieron que otras leyes de la misma naturaleza se dictarían más adelante.

La represión por vías criminales afectó básicamente al Derecho a la Vida (asesinatos por motivos políticos y desapariciones forzadas) y a la Integridad Física y Psíquica, con la práctica sistemática de la tortura.

Las que he denominado “legales” se ejercían mediante actos administrativos o judiciales con apoyo en algún texto legal.

Con todo el Poder Legislativo y Constituyente en sus manos, Pinochet nunca tuvo dificultades para transformar sus caprichos en leyes. Ya Alexis de Tocqueville había dicho que tras cada dictador hay un gran jurista.

Los principales instrumentos “legales” fueron los estados de excepción constitucional; un sistema penal y procesal ad hoc que comprendía tipos legales vagos; la sanción de conductas legítimas y la vulneración de derechos procesales; los tribunales militares, y, finalmente, la Ley de Amnistía.

Los estados de excepción le permitían detener sin juicio, en cualquier lugar público o clandestino (no hay mejor incitación a la tortura); expulsar a las personas del país; impedirles regresar; deportarlas

al interior del país; censurar la prensa; censurar la correspondencia y las comunicaciones, suprimir los derechos de asociación y reunión, disolver los partidos políticos, organizaciones sociales, sindicatos, incluso iglesias, etc. A veces conjuntamente, a veces alternativamente, se declararon los estados de guerra interna; de sitio; de emergencia; de peligro, que rigieron ininterrumpidamente entre el 11 de septiembre de 1973 y el 31 de agosto de 1988.

Desde el primer momento, se dictó una copiosa legislación penal y procesal, imposible de analizar extensamente en un trabajo de esta naturaleza, y que sólo ilustraré con algunos ejemplos:

1. El Decreto Ley 5 modifica las leyes preexistentes que contemplaban delitos políticos, aumentando las penalidades y estableciendo para siete de ellos la pena de muerte, disponiendo, además, que gran parte de los delitos serían juzgados por los Tribunales Militares de Tiempo de Guerra. Además, dispuso que los que utilizaren uniformes militares sin autorización, “serán muertos en el acto”.

2. Decreto Ley N° 77 (del 08.10.1973), declarando que la obligación del Supremo Gobierno es “extirpar de Chile el marxismo”, pues “la doctrina marxista atenta contra los valores libertarios y cristianos que son parte de la tradición nacional”, prohibió la existencia de todos los Partidos de la combinación de Gobierno de la Unidad Popular “así como todas aquellas entidades... que sustenten la doc-

trina marxista o que por la conducta de sus adherentes sean substancialmente coincidentes” con ella. Los que violen la prohibición cometen delito.

3. El Decreto Ley N° 81 (del 06.11.1973) dispone, entre otras sanciones atroces, que el que ingrese clandestinamente al país, si las circunstancias o antecedentes permitan presumir al Tribunal (Militar, desde luego, y en esa época, de Tiempo de Guerra) que lo hacen para atentar contra la seguridad del Estado, será sancionado con pena de 15 años de presidio a muerte.

4. Decreto Ley N° 604 (del 09.08.1974) sobre prohibición de ingreso al territorio nacional de personas consideradas una amenaza al orden social del país o al sistema de gobierno, en el que lo que importa es penalizar el legítimo ejercicio del Derecho Humano contemplado en el artículo 13 de la Declaración Universal.

Además los procedimientos desconocieron numerosas garantías procesales, incluso de orden constitucional, permitiéndose realizar diligencias sin mandato judicial, mantener en secreto las declaraciones de denunciantes y testigos, extender los plazos de detención; y prohibiendo la libertad provisional, entre otros.

Otras leyes dispusieron que las primeras diligencias del sumario practicadas por jueces criminales del fuero común, en recintos militares, debían ser realizadas por

intermedio de los tribunales militares de cada jurisdicción, ampliando –además- el concepto de recinto militar (Decreto Ley N° 1.775, de 11.05.1977); que todos los documentos que se estime que puedan afectar la seguridad del Estado, la defensa nacional, el orden público o la seguridad de las personas son secretos, incluso para los tribunales (Ley N° 18.667 de 17.11.1987 sobre secretos militares); que son de competencia de los tribunales militares los delitos cometidos en un concepto nuevamente ampliado de recinto militar, que incluye vehículos (el furgón en el que se transportaban presos y donde generalmente comenzaba la tortura) o espacios delimitados donde se ejerce una función específica militar (Ley N° 18.342 de 26.09.1984).

Los Tribunales Militares –el tercer gran instrumento de la represión legal- fueron, en un principio, de aquellos que el Código de Justicia Militar considera de Tiempo de Guerra.

Contrariando el texto expreso de la Constitución de 1925 (“la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la Nación”), la Corte Suprema declaró que esa superintendencia no regía respecto de los tribunales militares de tiempo de guerra, criterio que fue sustentado en más de diez ocasiones cuando los persistentes abogados reclamábamos su intervención. Pinochet, temeroso de que

la Corte cambiase de criterio, lo incorporó en la Constitución que dictó en 1980. Pero este precepto fue eliminado en la primera modificación democrática.

La gran mayoría de las acusaciones que formulaban los tribunales militares a los acusados fueron siempre políticas.



En la primera época –la de los tribunales de tiempo de guerras (1973-1978)-, las acusaciones hacían referencia a hechos lícitos ocurridos incluso antes del Golpe Cívico Militar de 1973, pero, como los procesados eran considerados sediciosos –y no los golpistas- la acusación del Fiscal Militar deformaba los hechos con argumentaciones eminentemente políticas. Cuando los abogados tratábamos de rebatir las acusaciones, se nos interrumpía para advertirnos que no podíamos hablar de política.

Con el tiempo cambiaron las formas, pero no el contenido. Así, la ley que determina las conductas terroristas fue usada desde su dictación en 1984 por los tribunales militares –ahora de tiempos de paz- en contra de civiles para perseguirlos en su condición de opositores. Un ejemplo notable lo constituye el proceso por el tiranicidio frustrado contra Pinochet en 1986. Ciertamente el delito no iba dirigido en contra de éste por su condición de Comandante en Jefe del Ejército, sino en su atribuida calidad de Presidente de la República, lo que daba competencia al juez civil. No obstante la Corte Suprema –servil como el primer día- resolvió la contienda a favor de la justicia de fuero. El abuso del Fiscal Militar llegó al extremo de ordenar la detención de egregios dirigentes políticos, como el futuro Presidente de la República Ricardo Lagos, bajo la sospecha de participación en el frustrado atentado.

El terrorismo de Estado y la lucha contra la impunidad

Contrariamente a toda la represión contra la oposición política –incluida la violenta que afloró desde 1981–, el terrorismo de Estado fue cubierto por la impunidad garantizada a los responsables⁸.

Todo el sistema de violaciones de Derechos Humanos funciona sobre la base de la impunidad, apoyada fundamentalmente en (1) la clandestinidad en el accionar; (2) en el funcionamiento de los tribunales militares; (3) la complicidad de la Corte Suprema, y, por último, (4) en la Ley de Amnistía para el período septiembre 1973-abril de 1978.

El principal instrumento de trabajo para producir la impunidad legal era la clandestinidad. La existencia misma del principal y más temido órgano represivo, la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) fue secreta desde su creación. El Decreto Ley que legalizó su existencia de facto tenía tres artículos secretos. Sus locales eran secretos, sus jefes utilizaban nombres falsos, sus vehículos circulaban con placas falsificadas o robadas. En 1987 se reforzó legalmente la clandestinidad por la ley del “secreto militar” que otorgó tal carácter –incluso para los jueces– a las listas de funcionarios, el tipo de armas y

municiones, los recintos, los vehículos, etc.

Un segundo elemento de impunidad fue la competencia amplísima de los tribunales militares, de tiempo de guerra (1973-1978) o de tiempo de paz (desde 1978). Conforme al artículo 5º del Código de Justicia Militar, estos tribunales conocen, entre muchos otros casos, de los delitos comunes cometidos por militares “en acto de servicio”, y se entiende por acto de servicio “el que tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas”. La DINA sostenía que sus agentes están en servicio militar las 24 horas del día los 365 días del año y ello fue aceptado por las cortes civiles, militares y por la Corte Suprema al resolver las contiendas de competencias planteadas.

Y el tercer elemento que contribuyó a la impunidad fue la renuncia de la Corte Suprema a ejercer sus funciones garantistas.

Durante la dictadura se interpusieron más de 10.000 acciones de amparo o habeas corpus, todos desechados. El aparente fracaso no es tal, si se considera que (a) la interposición de los habeas corpus, si

bien no logró libertades, permitió muchas veces paralizar la tortura; (b) sirvió para que con el tiempo los tribunales cambiaran criterios inicuos; (c) los recursos se utilizaron de base para la denuncia internacional; (d) fueron factor de denuncia social. Si el sistema de desaparición forzada dejó –al menos temporalmente– de utilizarse se debió en gran parte a la demanda constante de justicia que constaba de los habeas corpus.

En materia de detenidos desaparecidos y ante la mentira oficial –que negaba el hecho mismo de la detención, negaba la existencia de la DINA, registraba a los presos con nombres falsos, etc.–, que era sostenida y apoyada por la única prensa existente, la defensa de las víctimas fue básicamente una lucha contra la mentira. Develar la mentira montada desde lo más alto del Estado en condiciones de poder total fue un desafío asumido con plena conciencia del desequilibrio de poderes.

Se trataba de probar que la persona había sido detenida, a pesar que los hechos habían tomado todos los resguardos para que no hubiese prueba alguna. Nuestros esfuerzos eran ubicar sus recintos secretos; individualizar un vehículo; conocer el nombre de un agente. Alguna vez por “error” de los agentes, otra vez

por delación del interior producto de las inevitables pugnas internas, ello se lograba, y los datos aportados fueron lamentablemente desechados por los jueces, militares y civiles.

El cuarto elemento de impunidad fue la Ley de auto Amnistía. Cuando en 1978 la dictadura se vio forzada a entregar a uno de sus agentes a los Estados Unidos, la reacción interna del Ejército fue de estupor e indignación, pues se rompía la garantía de impunidad. La respuesta fue la dictación de una Ley de Amnistía para “los autores, cómplices o encubridores que hayan incurrido en hechos delictuosos” entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, “siempre que no se encuentren actualmente sometidos a proceso o condenados”. Los únicos responsables de “hechos delictuosos” no procesados ni condenados eran los de la DINA.

Desde un comienzo esta ley fue objeto de los ataques de los abogados defensores de las víctimas, en base a cinco argumentos básicos.

En primer lugar, la desaparición forzada consiste fundamentalmente en un delito de secuestro, una privación de libertad arbitraria cometida por agentes del Estado. El delito no es de ejecución instantánea sino de realización permanente, mante-

⁸ Para el autor de este artículo la impunidad comporta al menos cuatro aspectos: impunidad legal o penal; impunidad política, impunidad moral e impunidad histórica. Por impunidad legal se entiende la garantía de falta de sanción penal por los delitos cometidos, y es ella la que más interesa en este encuentro de abogados, y debe ser combatida por medio de los tribunales (nacionales, extranjeros –jurisdicción universal– e internacionales) y las leyes y tratados; la impunidad política es la falta de sanción política, debe ser sancionada en forma objetiva, mediante inhabilidades para ejercer determinadas funciones públicas para quienes participaron en las estructuras de poder de un régimen responsable de gravísimas violaciones a los Derechos Humanos, e independiente de la falta de sanción penal; la impunidad moral consiste en el convencimiento del criminal de lesa humanidad de la bondad intrínseca de su acto, sintiéndose un verdadero héroe de su patria; la impunidad histórica es el olvido de los horrores, de modo que la historia no los reconozca. Un excelente instrumento en contra de estas dos últimas son las Comisiones de la Verdad, creadas desde 1984.

niéndose el dolo del delincuente mientras no cese su actividad delictiva. Por tanto, no puede sostenerse que el delito dejó de cometerse antes del día 11 de marzo de 1978, como lo exige la ley.

En segundo lugar, y dentro de la misma lógica, los responsables han de considerarse miembros de una asociación ilícita, que no se disolvió en la fecha citada, sino que continuó existiendo hasta una fecha que corresponde determinar.

En tercer término, la ley otorga amnistía a “los autores, cómplices y encubridores” de los secuestros, de modo que es una amnistía subjetiva que sólo podría aplicarse una vez determinado quienes son los autores, quienes los cómplices y quienes los encubridores. El argumento partía de la base que si se llegaba a determinar a los responsables, con seguridad se llegaría a saber el destino y paradero de la respectiva víctima.

En cuarto lugar, la dictadura y los tribunales debían ser consecuentes con sus

propios argumentos políticos. Si se sostenía que en Chile hubo una “guerra”, las leyes de la guerra debían aplicarse, y, específicamente los Convenios de 1949, cuyos artículos 51 del Primer Convenio; 52 del Segundo; 131 del Tercero y 148 del Cuarto, si bien relativos a los conflictos de carácter internacional, importaban una prohibición de amnistías para hechos como las torturas y la toma de rehenes, considerados “infracciones graves” y prohibidos en toda clase de conflictos.

En quinto lugar, y desde el precedente del caso Velásquez Rodríguez con Honduras en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se sostuvo la inaplicabilidad de la Ley de Amnistía por ser contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en razón de violar la obligación de garantía que tiene el Estado respecto del respeto de los Derechos Humanos, consagrado en su artículo 1°.

Ninguna de estas acciones tuvo éxito durante la dictadura.

En general, la postura de los tribunales fue la de sostener que el delito no estaba acreditado. Es verdad que muchas veces no lo estaba pues la política de la impunidad hacía muy difícil la prueba. Pero el argumento, esencialmente burocrático, también se esgrimía cuando el hecho si estaba probado. En todo caso, en la generalidad de los casos no había más prueba sobre los hechos o sobre los responsables porque los jueces de instrucción se habían negado a reunirla.

Pero cuando se había rendido prueba suficiente, los jueces rara vez intentaron razonar en contra de los argumentos de las víctimas. Si bien la pobreza de los argumentos en contrario hace imposible adivinar una línea de razonamiento.

La tesis del delito de ejecución permanente del secuestro fue denegada sosteniendo que el principio de ejecución del delito ocurrió durante el tiempo cubierto por la amnistía, monstruosidad que podría llevar a legitimar hasta una eventual esclavitud a que pudiera encontrarse sometido el desaparecido desde el día de la amnistía. Y la misma contra argumentación invocaron las Cortes para sobreseer por amnistía el delito de asociación ilícita.

vitudo a que pudiera encontrarse sometido el desaparecido desde el día de la amnistía. Y la misma contra argumentación invocaron las Cortes para sobreseer por amnistía el delito de asociación ilícita.

Sosteniendo doctrinas válidas para leyes que efectivamente establecen una amnistía al hecho -y no a los responsables-, las Cortes sostuvieron que las leyes de amnistías -todas- son objetivas y borran la naturaleza criminal del hecho, por lo que no es necesario investigar quienes son los autores, quienes los cómplices y quienes los encubridores, como lo ordena el mismo decreto ley, que se ha transcrito.

Las poquísimas veces que las Cortes argumentaron respecto de la existencia y naturaleza de la supuesta guerra que habría ocurrido en Chile, llegaron a la conclusión -políticamente correcta- que en Chile no hubo guerra y por lo tanto los Convenios de Ginebra eran inaplicables.



Ello a pesar que en 1973 las Cortes habían aceptado que en Chile hubo guerra, que funcionaron los Consejos de Guerra, que se condenó por delitos que sólo se pueden cometer en la guerra.

El deber de garantía consagrado en el artículo 1° de la Convención Americana nunca fue reconocido por las Cortes durante la dictadura con un argumento formal: en esa época Chile no era parte aún en la Convención. No estaban dispuestos los tribunales chilenos a aceptar que esa obligación de garantía es un principio de jus cogens e inviolable. De todas maneras, hubo jueces que hicieron honor a su profesión y buscaron poner término a la impunidad... Y fueron muchas veces sancionados por la Corte Suprema.

¿Hubo genocidio en Chile?

Ninguna duda cabe para calificar las ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas o involuntarias, torturas reiteradas y gravísimas como crímenes contra la humanidad. La gran mayoría de los jueces chilenos lo aceptan hoy desde la histórica detención de Pinochet en Londres para su extradición a España, el 16 de octubre de 1998. Hasta esa fecha los jueces habían rechazado el concepto. La desaparición forzada, el asesinato y la tortura aplicada en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990 caben sin duda alguna en las definiciones de esos crímenes descritos en el artículo 7 de la Convención de Roma de 1998.

No ocurre lo mismo con el crimen de genocidio, el “crimen de los crímenes”.

El obstáculo viene de la Convención sobre la prevención y castigo del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948, que limitó el grupo que puede ser la víctima a aquellos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, excluyendo los políticos, que son la inmensa mayoría. Y lamentablemente esta definición restrictiva se ha mantenido en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968, en la de Roma de 1998, y en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que establecen los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

Si bien los criminales chilenos no han podido ser juzgados por el delito de genocidio, ello no significa que no se haya producido genocidio. Aclaro que la petición del juez español Baltasar Garzón al tribunal competente del Reino Unido de octubre de 1998 incluía, además de otros delitos, el de genocidio, pero fundado no en la Convención de 1948 sino en la ley española que penaliza este crimen atroz.

En mi concepto el Ministro del Interior del Reino Unido Jack Straw actuó correctamente al denegar la petición de extradición por genocidio, pues Pinochet no estaba sujeto a esas leyes, pero acogió a tramitación la requisitoria por otros delitos, aunque finalmente razones de salud, pero sobretodo políticas, dejaron sin efecto la demanda española.

La historia de la Convención de las Naciones Unidas sobre prevención y sanción del genocidio, más numerosos tribunales y leyes nacionales, permiten considerar genocidio otros exterminios o intentos de exterminio más allá de la citada Convención.

Sobre la historia de la Convención

Todos los proyectos de Convención consideraron como eventuales colectivos víctimas a los «grupos raciales, religiosos, políticos o de otro tipo hayan sido destruidos por completo o en parte».

El primer borrador del ECOSOC, emitido a petición del Secretario General definía el genocidio como “la destrucción intencional de un grupo de seres humanos” sin mayores especificaciones.

El segundo borrador (el de Lake Success) definió el genocidio físico y biológico como “actos deliberados, cometidos con la intención de destruir a un grupo nacional, racial, religioso o político, por razones de origen nacional o racial, creencia religiosa u opinión política de sus miembros»,

Tampoco puede olvidarse que Rafael Lemkin, nada menos que el creador del vocablo, consideraba genocidio “la puesta en prácticas de acciones coordinadas que tienden a la destrucción de los elementos decisivos de los grupos nacionales con la finalidad de su aniquilamiento”.

La eliminación de los “grupos políticos o de otro tipo” de víctimas fue un capricho de Iósif Vissariónovich Dzhughashvili (Stalin), que pensó que pudiese ser acusados de sus crímenes de los años ’30.

Sobre legislaciones nacionales

URUGUAY La ley 18.026 de Cooperación con la Corte Penal en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, en artículo 16 sanciona al que “con intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político, sindical o a un grupo con identidad propia fundada en razones de género orientación sexual, culturales, sociales, edad, discapacidad o salud perpetrare alguno de los actos mencionados a continuación, será castigado con 15 a 20 años de penitenciaría”.

Los actos que constituyen este crimen son, además de los contemplados en la Convención de 1948: la tortura, desaparición forzada, privación de libertad, agresión sexual, embarazo forzoso, sometimiento a tratos inhumanos o degradantes o lesiones graves contra la integridad física o mental de una o personas del grupo, y, finalmente se castiga la instigación pú-

blica a cometer este crimen.

En Bangladesh se creó en 1973 un tribunal llamado “internacional” para juzgar las atrocidades cometidas durante la guerra de separación de Paquistán Occidental. Se trata, en realidad, de un tribunal bangladechí para crímenes internacionales, que incluyen crímenes de guerra, contra la paz y otros y genocidio que incluye crímenes (a) contra la humanidad; (b) crímenes contra la paz; (c) genocidio; (d) crímenes de guerra; (d) violación de las leyes de la guerra contemplados en las Convenciones de Ginebra; y otros. Entre los grupos victimizados se cuentan, en todo o en parte, nacionales, étnicos, racial, religiosos o políticos.

Por último, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española entiende que es genocidio el “exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivo de raza, de religión o de política”.

Conclusión

Los hechos mencionados en los apartados fueron, sin duda, crímenes contra la humanidad. Así están considerados por los jueces chilenos en forma reiterada, por informes de la Comisión Interamericana de Derechos, la Corte Interamericana y por relatores especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Pero en muchos de estos crímenes encontramos también elementos incitación al odio y al exterminio

por motivos político o por el sólo hecho de ser extranjeros en nuestro país, y no hay genocidio sin incitación al odio. Y el odio estaba planificado en campañas de denigración a ideas no compartidas y, especialmente, a los que las sostenían.

Los hechos mismos del día 11 reflejan una planificación militar destinada a la eliminación de las víctimas (“plan coordinado”, en palabras de Lemkin) y estuvo presente en todos los hechos que en forma mínima se han mencionado (no he hablado de los 1.132 centros de tortura oficialmente reconocidos, ni de los muchos otros que no han sido hasta ahora localizados, de los campos de concentración, de los que sólo mencioné la Isla Dawson y el Estadio Nacional, ni de desapariciones forzadas, etc.).

Sostengo que si bien la Convención de 1948 eliminó como víctimas a los grupos políticos y otros, tal eliminación sólo tiene efectos penales a nivel internacional, pero en caso alguno priva a las legislaciones internas de considerar delictivas las prácticas de destruir grupos políticos, como si lo consideraron todos los Estados de las Naciones Unidas hasta el penúltimo borrador, cuando intervino Stalin.

Las deudas de la post dictadura

Cada vez se hacen más evidentes las flaquezas de nuestra eterna post dictadura: la mantención de una Constitución espuria y antidemocrática. La eliminación de algunas disposiciones especialmente

grotescas no legitima en modo alguno la sustitución del Derecho Humano contemplado tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el Derecho de Libre Determinación de los Pueblos, en cuya virtud estos “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Ya la segunda declaración de la revolución francesa, la de 1793, disponía en su artículo 28 que “El pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar la Constitución. Una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras”, texto que fue recogido por Fray Camilo Henríquez en su histórico “Catecismo de los Patriotas”.





CULTURA

Por: Edgardo Viereck S. / **Productor y Director de Cine**

CHILE: ¿CAMBIO CULTURAL?

Chile cambió. La afirmación la hace Luis Larraín en una reciente entrevista, otorgada como representante de la Fundación “Iguales” y a propósito de la entrada en vigencia del nuevo Acuerdo de Unión Civil, un hito que viene a ofrecer solución a miles de chilenos y chilenas que no podían dar forma jurídica a sus proyectos de vida en pareja no matrimonial. Hito que, por otra parte, se inscribe en un panorama más general y halagüeño, en el que muchos otros cambios de igual impacto nos invitan a creer que, ahora sí, parece que Chile cambia. Y no sólo nuestro país. Atendamos, por ejemplo, a lo que con buen fundamento nos dice Jorge Baradit, también en entrevista reciente aparecida en un medio digital como autor del libro

“La historia secreta de Chile”, título que por estos días lidera la lista de ventas en las librerías nacionales. “Hay una tendencia mundial a la búsqueda de la transparencia” reflexiona Baradit y agrega que “...desde la última década hemos estado asistiendo a un espectáculo patético que involucra a la curia religiosa, la alta política, al empresariado, y a los terribles mecanismos que esconden su funcionamiento. Hay un interés por saber qué hay detrás del poder, saber realmente lo que ocurre, y unas ansias de información veraz [...] estamos interesados por desentrañar nuestra identidad [...] estamos más empoderados [...] Queremos vernos. Asumimos nuestra identidad indígena [...] dejamos de querer ser ricos

solamente. Se agotó ese arribismo. [...] la gente quiere saber quiénes somos realmente, no lo que nos dicen que somos o lo que debemos ser”.

¿Será tan así? No es primera vez que en Chile se habla de profundos y definitivos cambios. No hay que hurgar mucho en nuestra historia reciente, para darnos cuenta que un prematuro entusiasmo nos puede llevar a sacar conclusiones apresuradas.

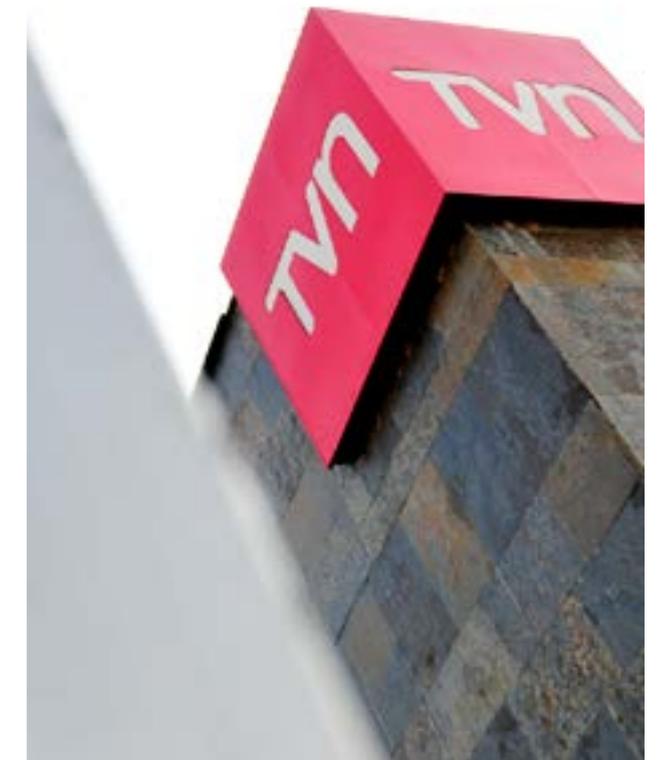
Lejos de cualquier ánimo reaccionario, o de ser un pájaro de mal agüero, lo importante es aprender de las experiencias pasadas. Éstas nos enseñan que los pro-

cesos históricos no son lineales sino zigzagantes, y lo que hoy parece un triunfo, no es más que la antesala de nuevos y a veces inesperados desafíos. Uno de los más complejos es lograr que las victorias de hoy, que son varias -inclusión, igualdad, transparencia, empoderamiento de la base social y un interesante etcétera- adquieran verdadera profundidad. En otras palabras, que respondan a un cambio más amplio y no sean sólo eventos aislados, pues los eventos suelen manifestar tendencias y modas pero, rara vez, verdaderas transformaciones. Y aquí, de lo que se trata, es de lograr transformaciones.

¿Qué hacemos con nuestra salud pública? ¿Qué hacemos con nuestra educación pública? ¿Con nuestra protección y previsión social? ¿O nuestra televisión, cada vez menos pública y menos formativa e informativa? ¿Qué hacemos con nuestros artistas, siempre sumidos en la lógica de la dádiva marginal y sin suficiente espacio ni reconocimiento oficial? ¿Qué hacemos con nuestros deportistas, que acumulan medallas y trofeos internacionales, mientras sus dirigentes consumen tiempo y energía en defenderse de acusaciones de corrupción? A propósito, ¿qué hacemos con nuestros políticos, nuestros empresarios y nuestra iglesia católica, todos estamentos que parecieran estar lejos de recuperar su credibilidad ante el ojo ciudadano? ¿Dejamos que las instituciones funcionen? Difícil, pues en todo este contexto, la actual Constitución Política, más que nuestra “carta fundamental”, parece ser un viejo y desvencijado corsé a punto de reventar.

La inclusión, la igualdad, la transparencia, la participación ciudadana y tantos otros son valores importantísimos y de calado mayor, qué duda cabe. Pero deben ir de la mano de muchas otras soluciones que mejoren la vida de todos de manera integral. No nos basta con incluir a tal o cual sector, ni de lograr parcelas puntuales de igualdad y participación cívica, o de transparentar tal o cual aspecto de nuestra realidad como país, sino de alcanzar una cultura de la igualdad, una cultura de la inclusión, una cultura de la participación y una cultura de la transparencia que atraviese todas las capas de nuestro tejido social. Hablamos, en definitiva, de Cultura con Mayúscula, una noción a la que siempre se intenta empaquetar asociada a la experiencia elitista de leer un buen libro o asistir a la Ópera y que, en realidad, refiere a la mejor vida de todos nosotros.

El desafío es grande, porque Chile cambió pero, en realidad, todavía no hace carne de ese cambio. La buena noticia es que, parafraseando al viejo Parra, pareciera que ahora si queremos ser un país y no un mero paisaje.



EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN

¿Es necesario que un país forme parte de organismos internacionales para ser competitivo en el ámbito mundial?

A nuestro parecer, la característica más relevante de la globalización está dada por la implicancia y compromiso que tuvo y mantiene el sistema capitalista en su desarrollo, comprometido en la búsqueda de una forma de equilibrio entre la retribución exitosa de la actividad empresarial y la existencia de una necesidad que requiera ser satisfecha. Sin embargo, incluso cuando se consigue articular este equilibrio, dada la dinámica natural de todo proceso, nunca es posible mantenerlo, desencadenando mecanismos de reajuste denominados “crisis”, los que en la actualidad no reconocen nacionalidades ni fronteras.

El presente ensayo, tiene por objeto analizar el rol decisivo del fenómeno de la globalización en las crisis econó-

micas contemporáneas. Para ello le proponemos al lector efectuar un análisis a partir de los elementos a desarrollar, que permita reflexionar sobre este fenómeno que nos abarca a todos, de un modo cada vez más creciente.

Observamos que, como consecuencia de la globalización -o por qué no también decir por su “culpa”-, las organizaciones internacionales tradicionales tuvieron que recurrir a la generación de espacios supranacionales de cooperación e integración, con la idea de hacer frente a problemas comunes con mejor suerte, incluso para fortalecerse y posicionarse a nivel mundial desde una perspectiva económica, llegando a conformar entidades con personalidad jurídica de rango internacional -como lo son el Mercosur y la Unión Europea entre

otras entidades-, sobre las que delegaron facultades y prerrogativas soberanas, sin establecer mecanismos claros para recuperarlas eventualmente.

Consideramos que, a pesar de las buenas intenciones y el empeño desplegado por parte de los gobiernos para llevar adelante los objetivos primitivos planteados, cum grano salis estos nunca llegaron a concretarse. Es por ello, que nos atrevemos a razonar que estos procesos arrastraron a los Estados miembros a un estado de vulnerabilidad creciente. Vale preguntarse, si la estrategia seguida por los gobiernos consistentes en “delegar soberanía” a entidades supranacionales, no significó acaso la pérdida de herramientas fundamenta-

Por: María Agustina Otaola

Abogada de la Universidad Nacional de Córdoba, Doctora (C) de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente adjunta de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

Carolina Estefanía Zamar Rabajille

Abogada de la Universidad Gabriela Mistral. Profesora Titular de la Cátedra de Derecho Civil en las Universidades Andrés Bello y Mayor.

Esteban Fado Zamar

Abogado por la Universidad Empresarial Siglo 21.

Leer el ensayo completo

les, despojadas de las cuales, hoy los Estados se muestran en una situación estratégica más desfavorable que otros países que no siguieron ese camino.

Los acontecimientos han demostrado que todos los países que tendieron a aunarse delegando soberanía se encontraron con menores herramientas para superar las recurrentes crisis económicas internacionales. Como así también, el hecho de que muchos Estados que sostenían postulados económicos tradicionales, terminaron recurriendo a mecanismos menos ortodoxos en pos de enfrentar el fenómeno de la crisis, hoy globalizante.

La relación entre el Estado y el Mercado a partir de la Globalización

En consonancia con lo afirmado ut supra, nos dice González Ulloa Aguirre que “el fenómeno de la globalización afectó en gran medida la concepción misma de los Estados, ya que éstos se desenvuelven dentro de referentes tradicionales en los cuales el tiempo y el territorio son partes fundamentales en la forma en la que se organizan y desarrollan. Los tiempos cortos que demanda la globalización y la falta de territorialidad están más cercanos al mercado”¹.

Es fácil advertir que los requerimientos de la “era de la globalización” han generado un quebrantamiento de estructuras básicas de la política interna de los Estados. Los límites del territorio Nacional se desdibujan, en una suerte de amalgama, que conlleva a los distintos Estados a recurrir a herramientas de unión y cooperación de dudosa eficacia. Sin embargo, los tiempos de la globalización corren a una velocidad que supera la capacidad de adaptación del gobierno interno de cada Estado. A su vez, la vorágine del tráfico y la economía internacional obliga a los distintos Estados a aggiornar sus marcos regulatorios de la economía y la apertura al comercio exterior, al servicio de empresas transnacionales de gran poder económico.

En este avatar, los distintos Estados se encuentran ante dos alternativas: o bien ingresan al impetuoso remolino de la globalización y la internacionalización de cuestiones otrora internas; o bien procuran mantener sus tradicionales estructuras nacionales, en un esfuerzo por no ceder a lo inevitable.

Continúa diciendo el autor ya citado: “Lo que ocurre es que, el mercado se presenta, como un ente abstracto en donde a través de él, se puede lograr el intercambio de bienes y de las transacciones financieras, inmateriales. Miles de

millones de dólares van de un lado a otro del planeta todos los días, siendo que el porcentaje que representa el intercambio de bienes equivale a una ínfima parte de las transacciones. La llamada globalización financiera parecía materializar el paradigma del libre mercado, el fin de todas las restricciones y las fronteras, un mundo que se adecuaría a los preceptos del liberalismo y el capitalismo como su forma económica de expresión. A pesar de que estamos asistiendo a un momento en el que las transacciones multimillonarias son cosa de todos los días; el Estado sigue participando de cierta manera en la economía de mercado, estableciendo ciertas pautas de acción mediante políticas económicas, generación de empleo, inversiones de diversa índole, cobro de aranceles y apertura de las fronteras. Sin embargo, el gran poder económico de las empresas transnacionales se expresa fuera del control estatal; de esta manera, los Estados se ven obligados a modificar sus marcos normativos a favor de éstas, impidiendo que dichos Estados definan, como anteriormente lo hacían, el campo de operación. Y esto parece un asunto natural ante la cada vez más limitada participación en cuanto a porcentaje del PIB de los Estados en las economías, propiciado por un gradual desmantelamiento que comenzó con la venta de las empresas estatales”².

Ahora bien, es dable aclarar que, si bien el fenómeno descrito supra venía siendo un patrón constante desde la caída del muro de Berlín en prácticamente todas las economías nacionales del globo, no fue sino hasta la crisis financiera del año 2008 que se reaviva el debate sobre cuáles deben ser las políticas económicas adecuadas para superar esos trances . En gran medida, gobiernos de países como Argentina, Brasil y Venezuela, quienes ya habían iniciado importantes políticas intervencionistas con anterioridad, apostaron a una mayor incidencia estatal en la economía inyectando dinero en estas, incluyendo adquisición y/o mantenimiento de empresas estratégicas en la órbita estatal, con resultados disímiles, en contrapartida a otras naciones que –como es el caso alemán– optaron por políticas de austeridad y “ajuste”.

Existen además sobrados ejemplos de cómo el intervencionismo estatal (en contrapartida al libre mercado) no es un comportamiento exclusivo y excluyente de países en desarrollo, o menos integrados al capitalismo global. Existen políticas públicas de ese talante en países desarrollados marcadamente proteccionistas: los llamados subsidios a la agroindustria en los EE.UU. y la “Polí-

¹ GONZÁLEZ ULLOA, P. A. (2010). El Estado y la globalización ante la nueva crisis internacional. Revista política y cultura. Nº 34, p. 90.

² Ibid., p. 91.

tica Agrícola Común” de la U.E. También podemos detectar políticas de urgencia y/o contracíclicas: la nacionalización de bancos en Francia e Islandia en el año 2009, el “rescate” bancario en los EE.UU. y el Reino Unido, además de medidas gubernamentales en contra de la crisis financiera, que a la postre fueron recomendada por el FMI, como así también la reducción en la tasa de interés de referencia, entre otros tantos.

Estas manifestaciones parecen indicar que muchos países desarrollados están dispuestos a desechar el paradigma del libre mercado e intervenir la economía cuando éste expresa compensaciones y reajustes en orden a corregir los excesos provocados por otras intervenciones estatales; es decir, que cuando se ven afectados por las consecuencias nefastas de sus propias políticas, están dispuestos a intervenir nuevamente el mercado para corregir el impacto negativo de sus propias acciones. ¡Y cómo han intervenido!

Al decir de McCloskey: “en Estados Unidos, con sus omnipresentes pagos de subsidios estatales y exenciones de impuestos para nuestros buenos amigos los súper ricos (...) ha sido precisamente la causa de dicho problema”³. No fue el “capitalismo” lo que causó el reciente y acotado problema, y ciertamente tampoco lo fue el market-tested betterment⁴, dadas las extraordinarias tasas de los últimos siglos.

Es por ello, que decimos que es indudable la relación que existe entre el Estado y el mercado, a propósito de la crisis y con la globalización como marco transversal; y es que, aunque dicha globalización no afecta de la misma manera a todos los Estados –debido a que unos poseen mayores recursos que otros–, sí es posible afirmar que todos se ven menguados ante la tendencia natural a estrechar los límites propios de los mercados, tal como lo hizo ver la crisis internacional que afectó especialmente a Estados Unidos de una manera que tal vez no se veía desde la crisis de 1929; y como afectó a toda la Unión Europea, aunque con otros agregados coyunturales.

Con un aditamento especial; tal como se insinuará en el desarrollo del presente documento, asistimos en la actualidad a una modificación en la dinámica del poder como consecuencia de la globalización, con especial expresión en la forma en que los Estados lo reclaman para sí mismos y cómo se manifiesta el desarrollo de

su actividad en el espacio de intervención elegido. Si nos pusiéramos de acuerdo en asignar como efecto de la globalización el acortamiento de las distancias, y de los tiempos que se expresan en la vertiginosa velocidad de los procesos, podríamos comprender cómo es posible que, en el decir de Moises Naím, “En el siglo XXI, el poder es más fácil de adquirir, más difícil de utilizar y más fácil de perder”⁵.

Tal afirmación categórica no es menor, en la medida en que explica una realidad: el poder que detentan las autoridades –especialmente estatales– se deteriora sostenidamente en

el tiempo, y no hay indicios alentadores a este respecto.

La dinámica de la globalización ha significado una creciente manifestación de consecuencias locales que se suscitan como reflejas de procesos globales, los que no pueden ser reclamados con exactitud por ningún actor en particular. Con el agravante de que tales procesos se muestran fuera de control. Y es en la dinámica globalizante de los mercados, donde mejor pueden apreciarse.

En este punto, debe remarcarse que el proceso de globalización de los mercados está intrínsecamente



3 MCCLOSKEY, D. N. (2015) “Pesimismo medido, no medido, mal medido e injustificado: Un ensayo crítico sobre el libro El Capital en el Siglo XXI de Thomas Piketty”. Traducido del inglés por la Fundación Para el Progreso (FPP) pag. 19 [http://www.fppchile.cl/wpcontent/uploads/2015/01/Ensayo-de-Deirdre-McCloskey-sobre-El-Capital-en-el-Siglo-XXI-dePiketty.-Enero-2015R.pdf\(26/03/15\)](http://www.fppchile.cl/wpcontent/uploads/2015/01/Ensayo-de-Deirdre-McCloskey-sobre-El-Capital-en-el-Siglo-XXI-dePiketty.-Enero-2015R.pdf(26/03/15)).

4 Término que se puede traducir cómo: “Mejoras e innovaciones probadas por el mercado”.

5 NAIM, M (2013). El fin del poder. Ed. Debate Buenos Aires. Pág. 18.

unido al de la internacionalización de la empresa, vista más que nunca como un vehículo natural del capital y del trabajo. La internacionalización de las actividades económicas -aunque no sea un fenómeno nuevo-, presenta algunos matices de relevancia; la tendencia a la integración internacional es cualitativamente distinta de las anteriores, caracterizándose por la intensificación de los vínculos económicos que trascienden los límites nacionales y que a menudo reflejan un comportamiento estratégico a nivel de la empresa. Las operaciones económicas, en esta nueva etapa, se desarrollan en un ambiente sin fronteras, en el que la producción, la tecnología y la comercialización se vinculan en cadenas de valor agregado integradas mundialmente.

La importancia del fenómeno empresario llamó a la reflexión al legislador, quien en menor o mayor medida advirtió la necesidad de fomentar la protección de las empresas ante el peligro de su desaparición, entendiendo que cuanto mayor sea la empresa comprometida, mayores serán los intereses afectados por su cese eventual. Así lo apunta Adolfo Rouillon, cuando sostiene que: “La suerte de las actividades empresariales pasó a ser la principal preocupación, viéndose en la insolvencia de las empresas (especialmente las grandes) un problema que no era ya exclusivo de su titular y de los acreedores. La empresa es fuente

de empleos y de ingresos tributarios, muchas veces generadora de asientos poblacionales y eslabón con otras empresas en el crédito o en sistemas de producción y comercialización. (...)La preocupación por rescatarlas del peligro dio nacimiento al llamado ‘principio de conservación de la empresa’, el cual fue elevado a categoría de principio inspirador de muchas disposiciones de legislaciones concursales a partir de mediados de siglo XX”⁶.

En este complejo marco, surge la necesidad de establecer o armonizar criterios básicos en las legislaciones de los Estados, permitiendo a las empresas internacionales disponer de herramientas legales idénticas para afrontar la doble exposición a la que están expuestas: a las eventuales crisis económicas nacionales y a la cada vez más frecuentes crisis económicas globales, variables que superan al buen gerenciamiento. En lo práctico, estas herramientas debieran permitirle reorganizar sus pasivos y acordar con sus acreedores de manera rápida, eficaz y reservada, sin tener que abandonar -a lo largo del proceso- su actividad. Esto significaría evitar contingencias fallencias costosas y lentas, las que más de las veces minan la confianza empresarial, un activo esencial para conseguir créditos y mantener la participación de los inversionistas.

Globalización: Mundialización de los Mercados

El fenómeno de la globalización, comprende un sinfín de actores, entendiéndose como tales no sólo a los Estados y a los organismos gubernamentales internacionales, sino que la propia institucionalidad económica-financiera, que refleja en buena medida, la correlación de fuerzas existentes al término de la Segunda Guerra Mundial, que dan nacimiento a nuevas categorías de actores o de viejos Estados que asumen un rol internacional con nueva fuerza.

Reviven con gran fuerza económica países como China, India y Rusia. Por otra parte, nos encontramos con la nueva figura de las empresas multinacionales, actores transnacionales importantísimos, ya que tienen como objetivo salir al exterior y establecer posición en el mercado de otra economía.

La competencia a nivel empresarial interno de cada estado es algo natural y lógico, pero en el mundo actual, tecnológico y globalizado en el que vivimos, esta competitividad ha sufrido una creciente movilidad, es decir, se puede elegir el lugar donde operar y con qué tecnología hacerlo. Así, hoy nos vamos a encontrar con que compiten los países, las sociedades

y las economías en su conjunto.

Los países de América Latina compiten por atraer a estas “empresas multinacionales”⁷ a invertir e instalarse en ellos, no así los países del llamado “primer mundo”, que por lo general tienden a fomentar inversiones en nuevos rubros o emprendimientos.

La globalización entendida como “la mundialización de los mercados”, se caracteriza por los intercambios económicos internacionales; intercambios que han provocado un gran impacto en todo el sistema y que han llevado a la crisis financiera internacional.

Es ésta realidad la que nos lleva a reflexionar sobre el mundo actual, pues, se han visto vapuleadas y golpeadas economías monstruosas como lo son los Estados Unidos de Norte América y La Unión Europea. ¿Cómo es que llegamos a este escenario?

Para poder comprender la incógnita planteada, proponemos el siguiente análisis:

1. Los países se unen como un todo en organismos internacionales, para poder competir en el mercado mundial y posicionarse económicamente, surgiendo así, el Mercosur, la Unión Europea, entre otras uniones y organismos tanto gubernamentales como no gubernamentales de carácter internacional.

6 ROUILLON, A. (2008). Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. 15ª edición actualizada y ampliada, 2ª impresión. Buenos Aires: Astrea, pp. 38-39.

7 Entendemos el término “Empresas multinacionales” como aquellas empresas que tienen sede en un país y operan también bajo las leyes de otros países.



2. ¿Qué es lo que origina esta competencia de los mercados, que lleva a los países a aunarse? La globalización, pues como ya se señaló, se caracteriza por los intercambios económicos internacionales. Es la globalización la que ha promovido la competitividad entre los Estados, con el objetivo de poder posicionarse en el mundo contemporáneo.

3. Al estar tan interrelacionados unos con otros los Estados, si bien la crisis puede haberse desencadenado en uno de ellos, es inevitable su repercusión inmediata en los demás.

Un claro ejemplo de nuestra postura, -a saber: que un país no necesariamente debe formar parte de organismos internacionales, para poder ser competitivo en el ámbito mundial- lo encontramos en el caso de Chile, el cual no for-

ma parte del Mercosur, y sin embargo y a pesar de ello, ha podido perfectamente relacionarse con todos los estados que sí forman parte del citado organismo.

¿Por qué Chile no forma parte del Mercosur?

Al retornar el sistema democrático en Chile en el año 1990, ello trajo aparejada una voluntad política por reinsertarse económicamente hablando, en el sistema internacional.

El nuevo gobierno (democrático) promovió una imagen de país innovador, tenían que mostrar a los ojos del “mundo”, que Chile era confiable, responsable, estable; y, sobre todo, que buscaba el desarrollo. En otras palabras, su carta de presentación hacia la comunidad internacional era una economía sana y

renaciente, con hambre de desarrollo y con miras de igualar a los llamados “países del primer mundo.”

A partir del año 1991 se promovieron acuerdos de diversa índole - la mayoría de ellos de tipo comercial- con países y regiones como México, Costa Rica, Colombia, Argentina, Brasil, Perú, Bolivia, la Unión Europea, Nafta, Apec y Mercosur, entre otros. Un país cuyo éxito dependía cada día más de sus exportaciones, requería romper las barreras comerciales a fin de intensificar el comercio bilateral o multilateral, asegurando las reglas de juego en los mercados.

El proceso de aproximación al Mercosur duró varios años. Los países integrantes invitaron a Chile a firmar el Tratado de Asunción del año 1991, pero éste se negó, argumentando que las características del acuerdo le restarían libertad de acción y oportunidades para acceder a otros mercados. Los contactos continuaron hasta que en el año 1996 se logró un acuerdo especial de “asociación” de Chile, que excluía algunos temas y sectores, especialmente servicios, inversiones y el área automotriz. El acuerdo obligó a Chile a asumir el arancel externo común establecido por los países integrantes de la unión aduanera del Mercosur⁸.

La duda que surge al respecto radica en lo siguiente: ¿se puede afirmar que por este acuerdo de libre comercio, Chile estaría participando de una real integración con el Mercosur?

La verdad, es que se trata de un tema bastante complejo que requiere conocer diversos factores, entre ellos, conocer cabalmente qué tipo de integración es la que experimenta Chile con los países pertenecientes al Mercosur.

La ajenidad de Chile en el Mercosur no puede afirmarse en términos absolutos, ya que, si bien Chile no pertenece al Mercado Común del Sur, sí forma parte de la “Alianza del Pacífico”, iniciativa del ex presidente de Perú, Alan García, y ratificada por los países integrantes en junio del año 2012⁹.

Por su parte, Raúl Sohr -analista internacional-, se refiere a “la otra cara del eje comercial latinoamericano”, toda vez que sostiene que “Chile ha hecho también una opción al privilegiar la Alianza del Pacífico con México, Colombia y Perú. Esta opción no es contraria al Mercosur, pero se está mirando con una óptica diferente, Chile está apostando sus fichas en esa dirección más que hacia el resto de Sudamérica”¹⁰.

8 Ver al respecto: Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura, recuperado de: www.unesco.org/most/fuentes.htm.

9 La Alianza del Pacífico es una iniciativa de integración regional creada el 28 de abril de 2011 por Chile, Colombia, México y Perú. Sus objetivos son: a) Construir, de manera participativa y consensuada, un área de integración profunda para avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas; b) Impulsar un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías de las Partes, con miras a lograr mayor bienestar, superar la desigualdad socioeconómica e impulsar la inclusión social de sus habitantes y c) Convertirse en una plataforma de articulación política, integración económica y comercial, y proyección al mundo, con énfasis en la región Asia-Pacífico. Recuperado de: http://alianzapacifico.net/que_es_la_alianza/la-alianza-del-pacifico-y-sus-objetivos/

10 radio.uchile.cl/2012/08/05/raul-sohr-las-opciones-de-chile-lo-hacen-incompatible-con-elmercosur.

Cabe destacar, que la mayor oposición por parte del pueblo chileno a integrar el Mercosur, provino básicamente de sectores académicos, instituciones de investigación económica y ciertos sectores políticos de derecha; quienes argumentaron en su momento y en definitiva que para Chile implicaba asumir un costo económico muy grande el tener un arancel externo común, una política unilateral de rebaja de aranceles y sobre todo la posible influencia negativa de la economía brasileña¹¹.

El Mercosur presentaba una serie de impedimentos para Chile porque éste prácticamente no tiene aranceles, no hay proteccionismo, y el Mercosur es un pacto económico y los países que lo integran tienen aranceles muy altos y son proteccionistas, por lo que para Chile es muy difícil vincularse. Es más en la práctica es imposible. Las opciones que este país tiene lo hacen relativamente incompatible con el Mercosur¹².

Creemos en definitiva que Chile no forma parte de los países que conforman el Mercosur, y tal como se le conoce en el ámbito internacional es un país “asociado”, ello más bien por un tema de mantener las buenas relaciones con sus países vecinos, y seguir fiel a su modelo

económico que ha venido forjando hace ya más de dos décadas: la economía liberal de mercado.

Chile demuestra con su política económica y social, que no es necesario agruparse en entidades para poder posicionarse competitivamente en los mercados internacionales y ha apostado más bien por los acuerdos bilaterales y multilaterales, no cediendo de esa manera “su soberanía”, ni sometiendo a tarifas arancelarias, que entraban la libre circulación de los bienes.

Un buen ejemplo de los pactos, proyectos y tratados que mantiene Chile con todos sus países vecinos, a pesar de que no forma parte del Mercosur, lo encontramos en el Proyecto Minero conocido como “Pascua-Lama”.

Pascua Lama: Primer Proyecto Minero binacional del Mundo

Pascua-Lama es un proyecto –por ahora suspendido- a cargo de la empresa minera Barrick Gold, con sede en Toronto, Canadá, que involucra a Chile y Argentina y que consiste en explotar una mina a cielo abierto de la que se extraerá principalmente oro, además de plata, cobre y otros minerales, a 4.500 msnm en territorio fronterizo. En Chile, se sitúa en la Región de Atacama, específicamente

en la comuna de Alto del Carmen en la Provincia de Huasco, mientras que en la Argentina, en el Departamento Iglesia en la provincia de San Juan.

La inversión estimada será de 2.300-2.400 millones de dólares, con una vida útil de al menos 23 años. La cantidad de reservas calculadas es de 18 millones de onzas de oro, 731 millones de onzas de plata y 662 millones de libras de cobre. Con un porcentaje de depósitos del 75% del lado chileno y 25% del argentino¹³.

La idea del proyecto se retrotrae al año 2001, cuando las autoridades chilenas aprobaron el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) que presentó la empresa Barrick, pero la iniciativa se retrasó hasta el año 2004, en que se retomó la idea de desarrollarla. El Tratado de Integración y Complementación Minera firmado en 1997 por los presidentes de Argentina y de Chile¹⁴, y el Protocolo Adicional Específico suscrito en agosto de 2004 por ambos países, aportaron elementos para que se pudiera llevar adelante el proyecto.

El Estudio de Impacto Ambiental (EIA)¹⁵ fue aprobado en Chile a mediados de febrero de 2006, lo cual consta en la Resolución N°024, mientras que el Informe de Impacto Ambiental (IIA) en Argentina se aprobó el 5 de diciembre de 2006. En mayo de 2009 la empresa Barrick anunció el inicio del proyecto, contando con el visto bueno de ambos gobiernos, que participaron directamente en los procesos de aprobación del mismo.

Es importante recalcar, que la minería como actividad económica siempre ha estado rodeada de controversias. Sus opositores alegan que un efecto ambiental inevitable es el que se produce como consecuencia de la cianuración del oro, proceso tóxico que es el más frecuentemente utilizado en la extracción aurífera. Sin embargo, hay quienes aseguran que está demostrado que las empresas socialmente responsables son capaces de controlar la producción, uso y eliminación de este elemento sin traer complicaciones a las personas o el medio ambiente.

Lo que ocurre, es que, el método de extracción del oro empleando (cianuro) y la posibilidad de contaminación del agua de los glaciares muy próximos a la zona de extracción han generado un fuerte rechazo al proyecto por parte de ciertos sectores, tanto en la Argentina como en Chile.

11 www.unesco.org/most/fuentes.htm.

12 Recuperado de: www.radio.uchile.cl/2012/08/05/raul-sohr-las-opciones-de-chile-lo-hacen-incompatible-con-el-mercosur

13 ESTRADA, D. (2005). Environment-Chile: Conflict Over Andean Glaciers Heats Up. Recuperado de: www.ipsnews.net/2005/11/environment-chile-conflict-over-andean-glaciers-heats-up/

14 Ministerio de Minería Gobierno de Chile. Recuperado en: www.mieria.gob.cl/tratado-minero-conargentina/

15 www.e-seia.cl/externos/admin_seia_web/archivos/6316_2006_2_15_RE.pdf/

La empresa, en un comunicado oficial aclara que en el intertanto, están trabajando para minimizar los costos de mantener el activo. En el 2015, Barrick anticipa gastos de aproximadamente U\$S170 a 190 millones para el proyecto, y entre U\$S140 y 150 millones en costos de cuidado y mantenimiento, incluyendo costos de manejo del agua y aproximadamente U\$S30 a 40 millones para otros costos del proyecto, incluyendo aquéllos relacionados con obligaciones de permisos tanto en Argentina y Chile¹⁶.

Viene al caso, tomar en consideración la opinión emitida en el año 2013 por la abogada y catedrática chilena -María Luisa Baltra- especialista en Derecho de Minas y Agua, quien sostiene:



“Luego de una compleja aprobación del estudio de impacto ambiental, la que no estuvo exenta de polémicas y protestas, se dio paso al inicio de ejecución del proyecto, sabiendo que necesariamente, se producirían efectos negativos en el medio ambiente. Efectuada una fiscalización, se consideró por la autoridad que la empresa a cargo del proyecto no ha efectuado todas las prevenciones necesarias para evitar daños mayores, por lo que se han aplicado multas considerables en contra de Barrick, lo cual ha motivado a la

referida empresa evaluar la continuidad del proyecto, que hoy está suspendido. A raíz de lo mencionado, se han iniciado gestiones en el ámbito penal por falsificación y/o uso malicioso de instrumentos públicos contra los representantes legales de la empresa que representa a Barrick en Chile. Sin perjuicio de los efectos inmediatos que esto ha producido respecto del proyecto, en cuanto a trabajadores, faenas, trato con subcontratistas, la situación de Pascua Lama es relevante, porque produce también

efectos económicos, tributarios y en el ámbito del desarrollo minero. La pregunta que surge es si la empresa minera, al hacer los análisis de factibilidad del proyecto, y considerando los pro y contra del mismo, previó que podría encontrarse en una situación como ésta; o si las autoridades que en su momento aprobaron el proyecto previeron si la empresa, dadas las características del mismo, sería capaz de cumplir y mantener las medidas necesarias para mitigar el daño ambiental que se produciría.

Lo importante es analizar si hoy, con las modificaciones introducidas a la legislación medioambiental, es posible prever que no ocurran situaciones como ésta. La respuesta es negativa, mientras se encuentre pendiente la dictación de los reglamentos y normas complementarias que dan fuerza a la nueva regulación”¹⁷.

Dentro de éste panorama, es decir, teniendo presente que son las obligaciones que mantiene la empresa pendiente en Chile, las que tienen el proyecto estancado, Barrick explicó que “El nuevo Director Ejecutivo de Pascua-Lama, Sergio Fuentes, están trabajando intensamente en la economía de Pascua-Lama. Para hacerlo, deberán enfrentar los pendientes de orden legal y regulatorio y, elaborarán un nuevo plan de acción para optimizar las actividades de construcción restantes. Si ese plan está alineado con nuestros objetivos de distribución de capital y demuestra retornos aceptables del capital invertido de al menos 15%, consideraremos retomar la construcción de Pascua-Lama. En cualquier escenario, la compañía debe obtener los permisos para un nuevo sistema de manejo de agua en Chile y construirlo. Presentaremos nuestra solicitud para un nuevo sistema a más tardar en junio (2015), y se espera que la gestión de permisos demore 2 años”¹⁸.

16 Diario de Cuyo 20-2-2015. Recuperado en: www.miningpress.com.ar/nota/279057/barrick-ypascua-lama-como-impactaron-los-anuncios-en-argentina-y-chile/

17 Debate de fecha 26 de Junio de 2013. Recuperado de: www.miningpress.com.ar/nota/79779/opinion-maria-luisa-baltra-despues-de-pascua-lama-queviene/

18 Diario de Cuyo de fecha 20 de Febrero de 2015. Recuperado de: www.miningpress.com.ar/nota/279057/barrick-y-pascua-lama-como-impactaron-los-anuncios-en-argentina-y-chile/

Reflexión final

El principal objetivo del presente artículo consistió en reflexionar sobre los efectos de un fenómeno tan extendido como inevitable: la globalización, sobre los distintos Estados que se ven involucrados en este proceso.

El fenómeno globalizador ha implicado una revisión y reajuste de herramientas y estrategias de los diferentes Estados, que debieron aggiornar su política interna a los requerimientos de este proceso arrasador. Producto del mismo, se adoptaron estrategias consistentes en la formación de uniones supranacionales que, en el fondo, implicaron una “cuasi consciente” delegación de soberanía por parte de los Estados involucrados en la integración. Tal delegación de soberanía implicó resignar la voluntad del Estado para dirigir su propia política en temas de trascendental importancia; por ello decimos que la misma no fue del todo consciente, ya que el ritmo de la globalización no permitió a los diferentes Estados analizar las condiciones de los convenios multilaterales con la debida cautela; en tanto muchos efectos a largo plazo no pudieron preverse.

Por ello, nos preguntamos si tal estrategia de cooperación y unión, consistentes en “delegar soberanía” a entidades supranacionales, no significó en el fondo, la pérdida de herramientas fundamentales, despojadas de las cuales, hoy los Estados se muestran en una situación vulnerable y estratégicamente más desfavorable que otros países que no siguieron ese camino, como es el caso de Chile.

Los hechos demuestran que muchos países que accedieron a la conformación de organismos multinacionales, se encontraron con menores herramientas para superar las recurrentes crisis económicas internacionales.

La “onda expansiva de la globalización” ha generado nuevas situaciones y nuevos actores, que se desenvuelven en el plano internacional, con gran poder e injerencia en la economía mundial. Una consecuencia de este fenómeno, es el “poder arrasador” de las desavenencias económicas en los países involucrados en el proceso, generando con ello profundas crisis internacionales. Asistimos a un creciente quebrantamiento de barreras, y con ello, la expansión de los efectos de unos países sobre otros. Se han movilizado estructuras básicas de la política interna de los Estados. Como dijimos a lo largo del presente trabajo, los tiempos de la globalización corren a una velocidad que supera la capacidad de adaptación del

gobierno interno de cada Estado; y la vorágine del tráfico y la economía internacional obliga a los distintos Estados a aggiornar sus marcos regulatorios de la economía y la apertura al comercio exterior, al servicio de empresas transnacionales de gran poder económico.

Un ejemplo como el de Chile, tal vez nos permita reflexionar respecto de la eficacia de estas estrategias de agrupación, y revalorizar la soberanía y libre determinación de los Estados. Nada de ello implica negar el valor de uniones tales como el Mercosur, pero es importante reflexionar sobre los efectos -también perniciosos- que la pérdida de soberanía puede implicar ante las constantes crisis que azotan a las distintas Naciones; y para ello, analizar herramientas adecuadas y acordes a las necesidades actuales.

En suma, permítasenos terminar este análisis, citando a Touraine, quien hace ya dos décadas advirtió: “Si en el marco de esa aceleración del crecimiento económico, lo institucional continúa sin resolverse; si no hay transformación, creación e invención de un sistema nuevo de control sociopolítico de la economía, vamos a tener crisis estructurales violentas”¹⁹.



19 TOURAINE, A. (1994). En: GARCÍA DELGADO, D. (1998). Estado- Nación y Globalización. Fortalezas y debilidades en el umbral del Tercer Milenio. Buenos Aires: Ariel, p. 161.



OPINIÓN

ESTUDIANTES, BUENAS FORMAS Y ABOGADOS

Por: Ernesto Vásquez Barriga

Abogado y Magister. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma de Chile.

Cuenta la historia que en el año 1738 y por Real Cédula del Rey Felipe V, se dio inicio a la enseñanza del derecho en nuestro país; primero en la Real Universidad de San Felipe y luego, en la Universidad de Chile.

Con los años, muchas casas de estudios ilustran esta carrera; siendo siempre sólo el Estado el que invierte –en ceremonia solemne- a los sujetos con el Título profesional de abogado. Así, la abogacía ha de ser la única profesión no otorgada por los planteles universitarios; reservándose al máximo Tribunal de la República, el deber y honor de investir al nuevo abogado y reconocer a la nueva abogada; con las cualidades y capacidades necesarias para efectuar una de las funciones más sagradas, esto es, “abogar” por otro en el marco de un Estado de Derecho democrático.

Recuerdo prístinamente, cuando mi profesor don Mario Garrido Montt, me entregó el cartón majestuoso que daba cuenta de la nueva condición profesional. El pecho era muy pequeño para soportar mi orgullo. Parte de la misión estaba terminada y ya tenía en mi poder el sueño cumplido. Como lo he afirmado, soy un eterno enamorado de esta profesión, pues nací abogado y sólo estuve a la espera que el país formalmente me lo reconociera.

Al día siguiente de mi investidura como hombre de derecho, como gesto casi instintivo, encaminé mis pasos hacia el Colegio de la orden y rubriqué mi compromiso con esta entidad. Era el paso natural de alguien investido con la profesión amada.

Con el tiempo no sólo he desempeñado los más variados roles. Desde la judicatura, la defensa penal letrada y la persecución estatal. Amén de ello, se me ha honrado además con apoyar la formación profesional de estudiantes. Con frecuencia suelo conversar con mis alumnos (hoy llamados empoderadamente estudiantes), sobre la profesión de abogado, los mitos y las buenas o malas prácticas asociadas a esta actividad.

Generalmente, los invito a descifrar el misterio de la vocación personal, dando cuenta que la carrera que han abrazado los ha de acompañar por el resto de sus vidas. Así una correcta elección producirá efectos multiplicadores positivos o negativos en la existencia, siendo o su mejor compañera o la tortura eterna; según sea el caso positivo o negativo de su elección razonada.

Superado lo anterior, los acompaño a reflexionar sobre las áreas de interés donde ellos quisieran desarrollarse. En este punto, el derecho y la abogacía, tienen un abanico enorme y por tanto, una ventaja sobre las demás profesiones; puesto que no existe área social y humana donde la profesión de abogado no pueda conectarse y desarrollarse. A saber, desde las artes hasta la ciencia más exacta. El tema

podiera sólo acotarse –en este punto- a saber elegir correctamente, cuál ha de ser la senda temática por donde se quiere transitar y elegida aquella –les espentan de asir o su medalla o su cruz.

Todo ello, sin contar que la carrera de derecho, parece una especie de máquina procesadora de estudiantes, los que al pasar de los años, van cayendo uno a uno; haciéndose carne el dicho popular: “se va desgranando el choclo”. De quienes ingresan a estudiar para convertirse en profesionales –con planes y sueños- muchos no sólo se quedan a la vera del camino, con ilusiones frustradas y otros tanto con planes mutilados. Si observamos la duración de la carrera hasta su titulación (in promedio de nueve años), nos damos cuenta que se trata de uno de los desafíos académicos más extensos y con mayores “heridos” en el trayecto.

Hace sólo pocos días un médico que atendía a un familiar, al preguntarme mi profesión y concordar que ambos realizábamos actividad académica en la Universidad de Chile –misma casa de estudios que nos había acogido- me comentó con especial interés, que no entendía muy bien porque tan pocos de los que ingresaban a derecho, culminaban siendo profesionales titulados; agregando que de su generación de ingreso a Medicina casi todos terminaban con su cartón en la mano. La verdad es que no pude dar-

le una sencilla respuesta. Alguien agudo además, podrá agregar que para tener una especialidad en dicha área de la ciencia médica, es menester algunos años de especialización. Empero, tal fenómeno se repite actualmente en derecho, cada día más resulta imperativo poseer estudios de posgrado y nuevamente se repite la escena, sólo un puñado de quienes ingresan, se convierten finalmente en posgraduados. Otros, piensan con algo de fatalidad impregnada, que se trata del sino de una profesión donde es fácil saber quienes están del lado de la ética y quienes usan y abusan de la ley.

Las universidades, particularmente la casa de Bello, presentan para el estudiante primero, y luego respecto del egresado, un conjunto de desafíos no menores para llegar a la meta. La constancia, el compromiso y el profesionalismo, son hitos relevantes para lograr la cumbre de esta carrera, una particular empresa personal que todos la hemos enfrentado de formas distintas, pero igualmente sacrificada. Los múltiples inconvenientes son de tal magnitud que una vez superados, nos dan más fuerza; pero nadie se da un minuto para luchar porque el camino se haga menos pedregoso para el postulante que viene detrás. Toda injusticia evidente y observada, se olvida con la alegría del título obtenido.

En lo personal, no he querido sólo quedarme en la crítica vacía; pues he manifestado por doquier –siendo esto un documento de aquellos

la preocupación, por las dificultades irracionales que enfrentan los egresados, tanto a nivel Universitario, como en el ámbito de la práctica profesional y la titulación. Empero, también observo la falta de interés o compromiso de las organizaciones de estudiantes para enfrentar razonablemente estos desafíos, pues preocupados de los macrotemas nacionales, olvidan que a la vuelta de la esquina los esperan caminos difíciles de transitar.

En fin, el egresado está sólo en el mundo y frente a las angustias que le presentan los trámites de titulación o se queja y traga saliva o avanza. Muchos hacen esto último y luego olvidan sus padecimientos, cual rito que otros han de enfrentar con el mismo rigor.

La ética y las buenas prácticas

Ayer como estudiante y hoy como profesor, puedo sin embargo, dar cuenta que las Universidades en general entregan a los estudiantes desafíos académico de magnitud. Existen ramos y materias que parecen un cáncer intelectual que pretende dejar moribundos a varios alumnos y normalmente lo logra. En el tema ético de la formación profesional, no hay un compromiso o interés más profundo; pues tanto los estudiantes como las instituciones, convienen en advertir que el enseñar decoro y normas de actuación profesional en este ámbito, ha de ser sólo un apéndice en la formación y no el núcleo central. Si inyectáramos el con-

cepto a nivel formativo de pregrado, que el respeto al contrario y la deferencia en las actuaciones sociales y profesionales debe ser el elemento esencial de las conductas de los hombres y mujeres de derecho, entonces otra imagen podríamos explotar de nuestra a veces desdeñable labor. Empero, bien vale dar cuenta que al menos en un artículo de nuestro estatuto procesal penal (292 C.P.P.) el legislador le ha dado directrices a la magistratura para mantener el decoro en las intervenciones de los litigantes, cuestión en la práctica no se hace carne, ya que dicha facultad es utilizada por muy pocos. Quizás una de las cosas que más me ha interesado en mis constantes conversaciones con los alumnos y alumnas, es poder empoderarles como sujetos capaces de hacer respetar sus derechos; siguiendo sólo la directriz constitucional: “hacerlo en términos respetuosos y convenientes”. Asimismo, he abogado –cual apostolado- por grabar en sus sillas turcas, “la actitud corriente de poseer una deferencia y respeto en el trato con sus futuros colegas”.

En esta temática, es evidente que estamos al debe. Aquí hay mucho que construir diariamente, proscribiendo las “malas prácticas” de algunos en el trato y elevando como sugeribles, los intercambios respetuosos de ideas y posturas entre colegas; sea cual sea la misión o el rol profesional que ha de jugar en un sistema.

En el plano laboral, frecuente es encon-

trar entidades donde trabajan grupos relevantes de abogados y se superponen jerarquías institucionales entre aquellos. Es esperable que un abogado con estándares correctos, de cuenta del respeto que merece la dignidad del profesional y los efectos que actuaciones poco rigurosas en este plano pudieran provocar entre sus pares. Hay que ser respetuosos y leales con todas las personas, pero más aún en el trato entre colegas, proscribiendo las acciones ajenas al mérito para adoptar decisiones y en esto repugna quien se orienta por directrices de amistad ajenas al ámbito del derecho para materializar sus decisiones. El norte de un profesional del derecho debe ser el respeto a la profesión y a sus colegas. Para no aparecer ante los educandos como un profeta o pontificador vacío; utilizo las evocaciones efectuadas por algunos grandes autores que me han marcado. Así al retratar la máxima de realizar “el trabajo con amor” doy cuenta de las sabias oraciones de Kalil Gibran. Si se trata de abordar el compromiso con la profesión, caen como anillo al dedo las palabras de Eduardo Couture, a partir del “pensamiento, el estudio, el olvido y la tolerancia”.

Desde un punto de vista práctico, en lo que respecta a las buenas y positivas maneras de actuación, vienen a mi memoria ejemplos de vida que sirven para graficar adecuados signos de conductas de un letrado, particularmente, en el trato con sus pares. La vida profesional en el ejemplo diario de celebres docentes que tuve el honor de observar, desde mi pupitre

-como don Mario Garrido y don Máximo Pacheco- me permiten, cual testigo privilegiado, testimoniar y evocar sus ejemplos, lo cual da pie para tratar de replicar sus actuaciones. Sus palabras, gestos y actitudes, siempre buscaron convencer y no vencer a sus interlocutores, se trata de formas sublimes, pero posibles de imitar.

Debemos llegar a la máxima directriz profesional de conducta, esto es, que la gentileza en las formas, el compromiso con el trabajo y cortesía en las vinculaciones, han de ser propios de quien ama y ejerce esta actividad. Trabajar con Amor, dedicación, respeto a sus clientes y a las personas a quienes es dable entregar el resultado de sus funciones y la deferencia en el trato con sus pares, entendiendo la relevancia de las funciones ajenas, creo, debe ser no sólo posible, sino que exigible en un abogado.

Después de abandonar una reflexión filosófica y unirme a la razón básica de la existencia profesional, me he convencido con los años de que la esencia de esta profesión, está dada por el sometimiento pacífico de nuestros argumentos y propuestas a la resolución de un tercero (nominado comúnmente Juez o árbitro) y a la plausibilidad de fundamentación de lo resuelto. Así se ha de resolver una litis que cruza dos opciones y siempre un tercero imparcial ha de zanjar el asunto, por medio de un mecanismo o sendero pre establecido: el proceso en cualquiera de sus formas. Es dable afirmar que en todo ámbito, debemos respetar la máxima pro-

fesional de resolución de conflictos, esto es, que sea un tercero imparcial el que resuelva una controversia y la persona sindicada como responsable (imputado, denunciado, querellado o requerido) tenga siempre derecho a defenderse, pudiendo dar cuenta razonada de su conducta. En esto hay que seguir los viejos refranes y costumbres árabes: “No siempre lo que es, resulta ser lo que ocurre; no siempre lo que observamos a primera vista es lo que existe en la realidad. Las apariencias muchas veces engañan”.

De hecho, una negativa connotación intelectual llama prejuicio a esa preimagen de una situación o persona. A ello se contrapone con fuerza racional, el juicio; esto es en síntesis aquel sendero racional que parte con una acción denunciativa o imputativa, que se entrega a un sujeto imparcial, se recibe las pruebas, se analizan y se resuelven en definitiva. Se construye así la verdad procesal, aquella que cuando quede firme y ejecutoriada, debe ser asumida por el perdedor como propia y respetada por los abogados como la resolución última del asunto. En definitiva, el derecho es el triunfo de la razón, por sobre la fuerza; que enfrentado a Juez ético, puede convencer con argumentos y no vencer con el arbitrio. Este es el emblema al que estamos llamados los abogados a levantar y defender, siempre la razonabilidad de las posturas y las buenas formas en el proceder personal; buscando objetivar los argumentos y jamás cayendo en subjetivismos hirientes que pudieren herir a un colega.



S i n
duda alguna, nuestras labores serían muy diferentes y agradables, si cada cual fuera el objetivo multiplicador de las buenas prácticas. Si pudiéramos incoar –cual semilla de consecuencia ética- a quienes abrazan la carrera de derecho, estas máximas y recordar a los litigantes –abogados y abogadas en general- que el respeto a la profesión se traduce en ser coherentes con la ética de la actuación social y particularmente en el foro, usando sólo el argumento jurídico como directriz, el intelecto como base y la cortesía como emblema.

Así, si procuramos cotidianamente actuar con respeto a nuestro contradictor, seguramente podremos evocar nuestro testimonio profesional, parafraseando el decálogo famoso de Couture, dando cuenta que hoy también es un honor ser abogado.

Por: Andrés Parra Vergara

Abogado de la Universidad Gabriela Mistral con estudios en la Universidad Castilla la Mancha. Socio fundador de Parra, Rivera & Asociados y ex Presidente de la Asociación de Abogados de Chile.

SOBRE EL RECHAZO DE LA ADMISIBILIDAD DE UNA DEMANDA COLECTIVA

El presente tema es uno de los más complejos y, al mismo tiempo, no debiera ser tema. En efecto es recurrente que los demandados colectivamente incidenten las demandas y en algunas oportunidades se ha acogido la incidencia declarando inadmisibile la demanda colectiva.

Surge aquí un conflicto interesante, por cuanto la mala redacción de la norma genera dudas en cuanto a qué recurso debe interponerse en ese caso.

Esperamos que con la modificación que se tramita se corrija este defecto en la redacción, aunque en nuestro concepto el principio es claro.

De forma previa y antes de fundamentar, es necesario precisar lo dispuesto por el artículo 52 inciso 6° de la LPC, el que afir-

ma: “Respecto de la resolución que declara inadmisibile la demanda, procede el recurso de reposición y subsidiariamente, el de apelación en ambos efectos”.

Trámite expédito

Debemos tener presente que la Ley 20.543 modificó la Ley del consumidor en cuanto a los trámites de admisibilidad para hacer más expedito el trámite.

Según se aprecia en la historia fidedigna de la ley, La Excma. Corte Suprema, al informar sobre dicha modificación, en el punto Quinto de su informe al Presidente del Senado, señala:

“...Que el proyecto busca es hacer más expedita la tramitación de las demandas de carácter colectivas, para ello, mori-

gera el examen de la admisibilidad, limitándolo sólo a cuestiones de carácter formal.

En lo que respecta a la posibilidad del demandado de cuestionar los elementos de la admisibilidad mediante las observaciones que estime convenientes, el proyecto elimina esta facultad, limitándolo sólo a la de interponer excepciones de carácter dilatorias hasta las 12 horas del día anterior fijado para la audiencia de conciliación, como corolario de lo anterior también se propone eliminar el término probatorio que actualmente puede abrir el juez, si considera que existen hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos.

Con todo, las modificaciones del proyecto van encaminadas directamente a

agilizar los procesos donde se ventilen demandas de carácter colectivo, eliminando las dilaciones que actualmente se producen en virtud de la discusión sobre los elementos de la admisibilidad y dándole un nuevo y mejor tratamiento a la conciliación como forma de solución de conflictos...”

En estos autos US debe verificar que la demanda contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación del interés colectivo de los usuarios, a los que se refiere la acción. SS en virtud de lo previsto en el art. 52 de la Ley, establecer que una vez verificada la concurrencia de los dos elementos señalados de carácter estrictamente formal, declare admisible y dé tramitación a la demanda.

El nuevo texto de esta disposición se originó precisamente por la voluntad del legislador de hacer expedita la admisibilidad, ya que antes la norma se prestaba para dilatar la tramitación de esta parte del juicio por dos o tres años.

Esta declaración de admisibilidad se compatibiliza con las que realiza en el mismo sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones, conociendo en apelación y con lo expuesto por la Excma. Corte Suprema, sin más fundamento que la revisión formal. Esto está expresamente recogido en las actas de la historia fidedigna de la Ley.

Por ello, y en consideración a que se trata de un procedimiento especial, podríamos decir especialísimo, que no sólo en esta materia sino en muchas otras se aparta de las exigencias de las normas comunes y teniendo en cuenta, además, que los intereses de la demandada quedan resguardados con su derecho a contestar la demanda y referirse allí a sus discrepancias.

En efecto la ley 20543 de Octubre de 2011, modificó la Ley. Como se ha señalado, El legislador, modifica la ley del Consumidor entre otras materias, para simplificar el trámite de admisibilidad y dejar para la defensa referida a la contestación de la demanda, los argumentos que se refieren al juicio mismo.

En otras palabras no existe el énfasis que pretende la contraria sino que se aminoran los efectos de la justificación de la demanda a una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho, y que dicha exposición justifique razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso.

Ambos requisitos, tanto la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho, como la justificación razonada, se cumplen a cabalidad en la demanda de autos.

Debemos recordar que el Legislador precisamente ha querido simplificar el trámite de admisibilidad y no convertirlo en un antejuicio como pretende la contraria.

En efecto en las Actas del Congreso sobre la Historia Fidedigna de la Ley, página 14, referida al informe la Excma. Corte Suprema del Proyecto de reforma, reafirma la idea y señala “Que el proyecto busca hacer más rápida y expedita la tramitación de las demandas de carácter colectivas. Para ello, morigerar el examen de admisibilidad, limitándolo sólo a cuestiones de carácter formal”¹.

Este es el espíritu de la Ley, y que refleja la opinión de la Excma. Corte Suprema, el

que el examen de admisibilidad es sólo de carácter formal.

Por lo señalado, pretender una extraña justificación pormenorizada de acuerdo al criterio del demandado es precisamente lo que se ha querido eliminar con la reforma. Sin perjuicio de lo señalado igualmente la demanda de autos cumple cabalmente con todos los requisitos y existe una clara y completa justificación y razonamiento de los hechos, el derecho y la afectación al interés colectivo y difuso.

Que sin perjuicio de lo señalado, la opinión de la Excma. Corte Suprema expresa “Que a mayor abundamiento, cabe hacer notar que tal cual se expresó en el motivo octavo anterior, los propios sentenciadores de segundo grado expresaron, fundando su fallo para declarar inadmisibile la demanda intentada por Senac, ‘que es necesario que el libelo contenga una exposición fáctica y jurídica y que éste justifique de un modo razonable la afectación del interés colectivo que se invoca frente a actos o conductas que amaguen el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores; es decir, la demanda ha de contener una mínima plausibilidad que este tribunal debe analizar’. Este concepto configurado por la Corte de Apelaciones resulta contradictorio en sí mismo, puesto que en la conclusión de mismo (considerando noveno de la sentencia de alzada) resulta que, para admitir la demanda, basta que contenga

una ‘mínima plausibilidad’, es decir, la razonabilidad a que los sentenciadores se refieren, deriva en la exigencia de esa ‘mínima plausibilidad’.

El general las demandas cumplen

El general las demandas cumplen con los requisitos de admisibilidad del artículo 52 de la LPC. Lo que debe resguardarse en el trámite de la admisibilidad es si se cumple con los requisitos previstos en el Art. 52 a de la LPC, los que en el caso de autos se cumple a cabalidad, al Señalar “a) que la demanda ha sido deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51”. A su vez el artículo 51 N°1 señala: “se iniciará (la demanda colectiva) por demanda presentada por

- a) el Servicio nacional del Consumidor,
- b) Una Asociación de Consumidores, constituida a lo menos con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de la asamblea para hacerlo...”

Es del caso que la Ley no señala que si uno de los legitimados activos inicia una demanda inhibe la posibilidad del otro y regula perfectamente la acumulación de causas para el caso que así haya ocurrido, y como en la práctica se ha visto en diversas oportunidades, en distintos juicios o simplemente que uno se hace parte en la demanda del otro, como ha ocurrido en muchas oportunidades.

¹ Historia de la Ley N° 20.543 Relativo al procedimiento aplicable para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores D. Oficial 21 de octubre, 2011.- Biblioteca del Congreso Nacional



Los requisitos de admisibilidad son muy simples, y si el interés colectivo se encuentra protegido o no es materia de juicio y un veredicto, después de conocer los fundamentos y defensas.

Por lo señalado, al revocar la admisibilidad por un argumento no vinculado a los requisitos de admisibilidad se observa que el Tribunal en una etapa procesal anterior ha emitido opinión sobre el fondo, y no sobre la admisibilidad que tiene requisitos muy precisos como se ha señalado, y que el demandante ha cumplido a cabalidad. La admisibilidad no es un antejuicio.

En otras palabras, por la modificación a la Ley se aminoran los efectos de la justificación de la demanda a una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho, y que dicha exposición justifique razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso.

Ambos requisitos, tanto la exposición clara de los hechos y fundamentos de dere-

cho, como la justificación razonada, se cumplen a cabalidad en el texto la una demanda, y la legitimación activa no tiene relación alguna con que pueda “carecer de interés” como erradamente señala alguna sentencia.

Debemos recordar que el Legislador precisamente ha querido simplificar el trámite de admisibilidad y no convertirlo en un antejuicio como pretende la contraria.

Caso “Conadecus con Banco del Estado”

A mayor abundamiento, en el públicamente conocido Caso “Conadecus con Banco del Estado”, también la demandada pretendió dilatar la admisibilidad, señalando que por estar regida por una Ley especial no sería aplicable la Ley del Consumidor, lo que quedó absolutamente zanjado por la ltima. Corte de Apelaciones en su fallo estableció en lo pertinente:

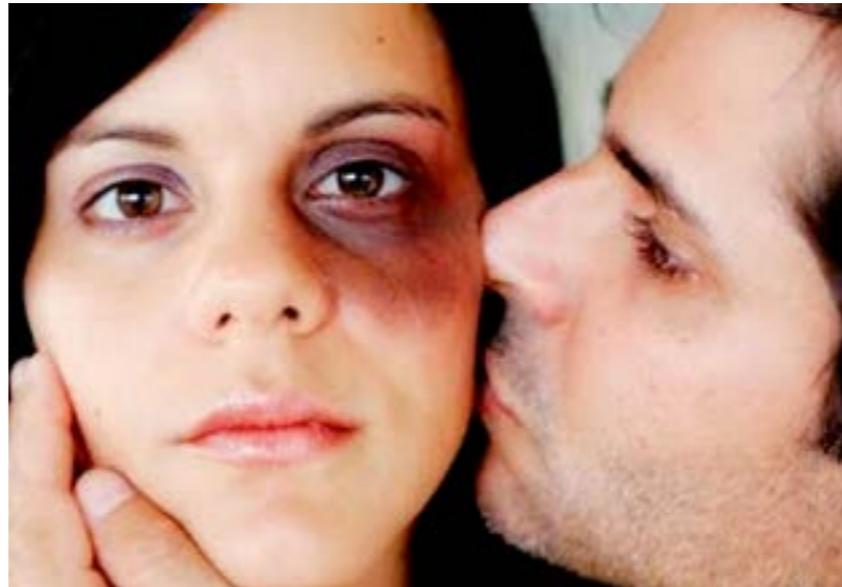
“ 5°

Que la parte demandada sostiene que las normas que regulan las cuentas de ahorro bancarias a la vista y el cobro de comisiones se regulan por una normativa legal especial, constituida por la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central -ley N° 18.840-, y las normas que éste dicta de acuerdo a sus facultades legales; y la Ley general de Bancos, D.F.L. N° 3, de 1997 y las normas reglamentarias dictadas por la Superintendencia de Bancos;

6°.- Que la acción colectiva introducida por la ley N° 19.955, busca cautelar, de manera general, como ya se ha dicho, los actos o conductas que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores que, en el presente caso, colisiona, como aduce la parte demandada, con la normativa especial que regula la actividad bancaria;

La Ley del Consumidor no colisiona con la normativa bancaria, ya que no busca fiscalizar las operaciones y negocios bancarios, sino únicamente interviene, de acuerdo a lo que dispone su artículo 2° bis, cuando se produce el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el proveedor, en el que está comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios;”

Que así las cosas, queda establecida la procedencia de una demanda colectiva en contra de instituciones que se rigen por leyes especiales, por no contemplar en ellas indemnizaciones a los usuarios y por el cumplimiento de la normativa especial de la Ley del Consumidor.



4 DE NOVIEMBRE DE 1980

Se promulga el Decreto Ley N° 3.500, que cambió el antiguo sistema de pensiones (INP, cajas de empleados, etc.), que consistía en un fondo de ahorro común al que aportaban todos los trabajadores, por el actual sistema de capitalización individual, en que cada persona tiene una cuenta individual en una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) para ahí acumular recursos para su pensión de vejez. Con el nuevo sistema sólo el 12,5% de los hombres y el 6,5% de las mujeres obtienen pensiones superiores a \$151.165.

7 DE NOVIEMBRE DE 2005

Se promulga la Ley N°20.066, que tienen por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma. Pese al avance que significó la normativa para el país, la última “Encuesta nacional de victimización por violencia intrafamiliar y delitos sexuales”, realizada el en 2012, reveló que el 31,9% de las mujeres entre 15 y 65 años declara haber sufrido alguna forma de violencia por algún familiar, pareja o ex pareja, alguna vez en su vida.

14 DE NOVIEMBRE DE 2003

Se crea el Tribuna de Libre Competencia, que promueve y defiende la libre competencia entre las empresas mediante dos organismos: el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica. Esta última entidad ha sido clave para el “destape” de los mayores casos de colusión detectados hasta ahora en el país: la colusión de las farmacias, la de las empresas productoras de pollo y, recientemente, la del papel higiénico.



30 DE DICIEMBRE DE 1980

Promulgación del DFL N°1 del Ministerio de Educación, que fijaba normas sobre la fundación y el funcionamiento de las universidades en nuestro país, permitiendo la creación de universidades privadas, y con cuya aplicación se dio término a la Educación Superior gratuita en Chile.



12 DE ENERO DE 2010

Creación de Ministerio del Medio Ambiente, así como también el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, modificando la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Según estadísticas estatales del año 2014, en Chile cada año mueren prematuramente más de 4.000 personas a raíz de enfermedades cardiopulmonares causadas por la contaminación ambiental.



29 DE ENERO DE 1980

Se promulga la Ley de Municipalización de la Educación que descentraliza la administración de la educación traspasándola a las municipalidades y estimula la creación de escuelas privadas con financiamiento estatal (escuelas particulares subvencionadas). Para muchos ése es el momento en que comienza a debilitarse con mayor intensidad la educación pública en el país.



ASOCIACION DE ABOGADOS DE CHILE
Huérfanos n°1147, oficina 1025,
Santiago de Chile.
www.asociacionabogados.cl